



# Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
MELCHIOR WATHELET  
föredraget den 26 september 2013<sup>1</sup>

**Mål C-295/12 P**

**Telefónica SA  
Telefónica de España SAU  
mot**

**Europeiska kommissionen**

”Konkurrens — Missbruk av dominerande ställning — Marginalpress (marginalklämning) — Telefónica SA:s grossistpriser på den spanska marknaden för bredbandstillträde — Böter — Kommissionens motiveringsskyldighet — Beräkningsmetod — Icke-diskrimineringsprincipen — Proportionalitetsprincipen — Tribunalens obegränsade behörighet”

## Innehållsförteckning

|  |   |
|--|---|
| I – Bakgrunden till tvistenI – 4 .....   | 3 |
| II – Talan vid tribunalen och den överklagade domenI – 6 .....   | 4 |
| III – Förfarandet vid domstolenI – 7 .....   | 5 |
| IV – ÖverklagandetI – 7 .....  | 5 |
| A – Ansökan om tillgång till en ordagrann utskrift eller ljudupptagning av förhandlingen vid tribunalenI – 7 ..... | 5 |
| B – Den av kommissionen framställda processinvändningen mot överklagandet i dess helhetI – 7 .....                 | 5 |
| C – ÖverklagandetI – 8 .....   | 6 |
| 1. Grunder som i sin helhet inte kan tas upp till sakprövning: Andra, tredje, fjärde och femte grundenI – 8 .....  | 6 |
| a) Andra grundenI – 8 .....  | 6 |
| b) Tredje grundenI – 9 .....   | 6 |

<sup>1</sup> – Originalspråk: franska.

|  |    |
|--|----|
| c) Fjärde grundenI – 9 .....   | 7  |
| d) Femte grundenI – 10 .....   | 7  |
| 2. Grunder som delvis ska avvisas, delvis lämnas utan bifall: Första, sjätte, sjunde och nionde grundenI – 13.....   | 9  |
| a) Första och nionde grundenI – 13 .....   | 9  |
| b) Sjätte grundenI – 17 .....  | 12 |
| c) Sjunde grundenI – 19 .....  | 14 |
| i) Sjunde grundens första dell – 19 .....  | 14 |
| ii) Sjunde grundens andra dell – 20 .....  | 14 |
| – Första anmärkningenI – 20 .....  | 14 |
| – Andra anmärkningenI – 23 .....   | 16 |
| 3. Åttonde grunden (beräkning av böterna) och tionde grunden (underlåtenhet att fullgöra skyldigheten att utöva den obegränsade behörigheten vad gäller påföljder)I – 23 ..... | 17 |
| i) Åttonde grundens första del (andra och tredje argumentet i första och andra anmärkningen)I – 24 .....   | 17 |
| ii) Första och fjärde argumentet i första anmärkningen, tredje och fjärde anmärkningen i första delen och återstoden av åttonde grunden samt tionde grundenI – 26 .....        | 19 |
| – Parternas argumentI – 26 .....   | 19 |
| – BedömningI – 30 .....  | 21 |
| α) Del 1: Kommissionens rättigheter och skyldigheterI – 30.....  | 22 |
| β)Del 2: Tribunalens obegränsade behörighetI – 35.....   | 25 |
| αα)Teorin om den obegränsade behörighetenI – 35 .....  | 25 |
| ββ)Tillämpning i ifrågavarande mål.I – 48 .....  | 33 |
| V – Förslag till avgörandeI – 57.....  | 39 |

1. Detta mål avser ett överklagande som ingetts av Telefónica SA (nedan kallad Telefónica) och Telefónica de España SAU (nedan kallad Telefónica de España) (tillsammans kallade klagandena) av en dom meddelad av tribunalen<sup>2</sup>, i vilken den ogillade deras talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut K(2007) 3196 slutlig<sup>3</sup> och deras andrahandsyrkande om upphävande eller nedsättning av böterna.

2 — Dom av den 29 mars 2012 i mål T-336/07, Telefónica och Telefónica de España mot kommissionen (nedan kallad den överklagade domen).

3 — Beslut av den 4 juli 2007 om ett förfarande enligt artikel 82 [EG] (ärende COMP/38.784 – Wanadoo España mot Telefónica) (nedan kallat det omtvistade beslutet).

## I – Bakgrunden till tvisten

2. Tribunalen har sammanfattat bakgrunden till tvisten på följande sätt i punkterna 3–29 i den överklagade domen:

”3 Den 11 juli 2003 gav Wanadoo España SL (nu France Telecom España SA) (nedan kallat France Telecom) in ett klagomål till ... kommission[en] och hävdade att marginalen mellan de grossistpriser som Telefónicas dotterbolag tog ut av sina konkurrenter för att tillhandahålla bredbandstillträde i grossistledet i Spanien och de slutkundspriser som dotterbolagen tog ut av användarna inte var stor nog för att Telefónicas konkurrenter skulle kunna konkurrera med detta företag ...

...

6 Den 4 juli 2007 antog kommissionen det [omtvistade] beslutet vilket utgör föremål för förevarande talan.

7 Kommissionen fastställde i det [omtvistade] beslutet för det första tre relevanta produktmarknader, nämligen en bredbandsmarknad i slutkundsledet och två bredbandsmarknader i grossistledet ...

...

15 De relevanta geografiska marknaderna var enligt det [omtvistade] beslutet, både på grossist- och slutkundsnivå, nationella (Spanien) ...

16 Kommissionen konstaterade för det andra att Telefónica hade en dominerande ställning på de två relevanta grossistmarknaderna ... Under den berörda perioden hade Telefónica monopol på tillhandahållande av den regionala grossistprodukten och mer än 84 procent av marknaden för den nationella grossistprodukten ... Enligt det [omtvistade] beslutet ... hade Telefónica en dominerande ställning även på slutkundsmarknaden.

17 Kommissionen undersökte för det tredje huruvida Telefónica hade missbrukat sin dominerande ställning på de relevanta marknaderna ... Kommissionen fann härvid att Telefónica hade överträtt artikel 82 EG genom att tillämpa oskäligen priser gentemot konkurrenterna i form av marginalpress mellan, å ena sidan, priserna för bredbandstillträde i slutkundsledet på den spanska massmarknaden och, å andra sidan, grossistpriserna för bredbandstillträde på regional och nationell nivå, under perioden september 2001–december 2006 ...

...

25 Vid beräkningen av bötesbeloppet tillämpade kommissionen, i det [omtvistade] beslutet, den metod som föreskrivs i riktlinjerna för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17<sup>[4]</sup> och artikel 65.5 [KS] (EGT C 9, 1998, s. 3) (nedan kallade 1998 års riktlinjer).

26 Kommissionen bedömde först överträdelsens allvar och påverkan samt storleken på den relevanta geografiska marknaden. Vad först och främst gäller överträdelsens allvar fann kommissionen att det rör sig om ett typiskt missbruk av ett företag med monopolliknande ställning, som ska kvalificeras som mycket allvarligt enligt 1998 års riktlinjer ... I skälen 744–750 i det [omtvistade] beslutet skilde kommissionen bland annat mellan beslutet i förevarande ärende och ... beslutet i

4 — Rådets förordning av den 6 februari 1962, förordning nr 17, första förordningen om tillämpning av artiklar[na] [101 FEUF] och [102 FEUF] (EGT 13, 1962, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8).

[Deutsche Telekom-ärendet<sup>5</sup>]. I detta beslut fann kommissionen att Deutsche Telekoms missbruk bestod i en marginalpress<sup>6</sup> som inte kvalificerades som mycket allvarlig i den mening som avses i 1998 års riktlinjer. Vad gäller påverkan av överträdelsen beaktade kommissionen att de relevanta marknaderna hade ett stort ekonomiskt värde, att de spelade en avgörande roll i utvecklingen av informationssamhället och att Telefónicas missbruk hade haft en betydande påverkan på slutkundsmarknaden ... Vad slutligen gäller storleken på den relevanta geografiska marknaden påpekade kommissionen bland annat att den omständigheten att den spanska bredbandsmarknaden var den femte största nationella bredbandsmarknaden i Europeiska unionen och att fallen av marginalpress med nödvändighet var begränsade till en enda medlemsstat hindrade operatörer från andra medlemsstater från att träda in på en marknad i stark tillväxt ...

- 27 Enligt det [omtvistade] beslutet tar böternas utgångsbelopp på 90 000 000 euro hänsyn till det faktum att allvaret i Telefónicas missbruk blev tydligare under den berörda perioden och särskilt efter beslutet om Deutsche Telekom ... På nämnda belopp tillämpades en multiplikationsfaktor på 1,25 i syfte att beakta Telefónicas stora ekonomiska kapacitet och för att säkerställa att böterna blev tillräckligt avskräckande, och utgångsbeloppet höjdes därmed till 112 500 000 euro ...
- 28 Med hänsyn till att överträdelsen hade pågått från september 2001 till december 2006, det vill säga i fem år och fyra månader höjde kommissionen utgångsbeloppet med 50 procent. Böternas grundbelopp blev därmed 168 750 000 euro ...
- 29 På grundval av tillgängligt bevismaterial fann kommissionen att vissa förmildrande omständigheter kunde konstateras i förevarande fall, eftersom överträdelsen åtminstone hade begåtts av oaktsamhet. Telefónica beviljades därför en nedsättning av bötesbeloppet med 10 procent, vilket innebar att bötesbeloppet sänktes till 151 875 000 euro ...”

## II – Talan vid tribunalen och den överklagade domen

3. Till stöd för sina förstahandsyrkanden om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet åberopade Telefónica och Telefónica de España sex grunder. Som första grund gjordes det gällande ett åsidosättande av rätten till försvar. Den andra grunden avsåg felaktiga faktiska omständigheter och felaktig rättstillämpning i samband med definitionen av relevanta grossistmarknader. Såvitt avser den tredje grunden gjorde klagandena gällande felaktiga faktiska omständigheter och felaktig rättstillämpning i samband med fastställandet av klagandenas dominerande ställning på de relevanta marknaderna. Klagandena gjorde som fjärde grund gällande felaktig tillämpning av artikel 102 FEUF med avseende på deras missbruk. Den femte grunden avsåg felaktiga faktiska omständigheter och/eller oriktig bedömning av de faktiska omständigheterna samt felaktig rättstillämpning med avseende på deras missbruk och missbrukets konkurrensbegränsande verkningar. Som sjätte grund gjordes det slutligen gällande en tillämpning utan befogenhet (*ultra vires*) av artikel 102 FEUF samt åsidosättanden av subsidiaritetsprincipen, proportionalitetsprincipen, rättssäkerhetsprincipen, principen om lojalt samarbete och principen om god förvaltningssed.

5 — Beslut 2003/707/EG av den 21 maj 2003 om ett förfarande enligt artikel [102 FEUF] (ärende COMP/C 1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG) (EUT L 263, s. 9) (nedan kallat beslutet i Deutsche Telekom-ärendet). Se, dom av den 14 oktober 2010 i mål C-280/08 P, Deutsche Telekom mot kommissionen (REU 2010, s. I-9555), samt förslag till avgörande av generaladvokaten Mazák i detta mål.

6 — I detta förslag till avgörande kommer jag uteslutande att använda uttrycket marginalpress.

4. I andra hand anförde klagandena två grunder som avser upphävande eller nedsättning av de ålagda böterna. Den första grunden avser felaktiga faktiska omständigheter och felaktig rättstillämpning samt åsidosättande av artikel 15.2 i rådets förordning nr 17, av artikel 23.2 i förordning nr 1/2003<sup>7</sup> samt av rättssäkerhetsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar. Den andra grunden, avser felaktiga faktiska omständigheter och felaktig rättstillämpning samt åsidosättande av proportionalitetsprincipen, principen om likabehandling, principen att straff ska vara individuella och motiveringsskyldigheten vid fastställandet av böterna. Tribunalen fann att talan inte kunde vinna bifall på någon av dessa grunder och ogillade talan i dess helhet.

### III – Förfarandet vid domstolen

5. Förutom klagandena och kommissionen har tre intervenienter i första instans, nämligen Asociación de usuarios de servicios bancarios (Ausbanc Consumo, nedan kallad Ausbanc), France Telecom (ursprunglig klagande i förevarande mål) och European Competitive Telecommunications Association (nedan kallad ECTA), deltagit i det skriftliga förfarandet vid domstolen. Vid förhandlingen den 16 maj 2013 – vilken uteslutande rörde den sjunde, åttonde och tionde grunden i överklagandet (angående den påstådda felaktiga rättstillämpningen vid beräkningen av böterna och tribunalens skyldighet att utöva sin obegränsade behörighet) – yttrade sig alla dessa parter.

### IV – Överklagandet

#### A – Ansökan om tillgång till en ordagrann utskrift eller ljudupptagning av förhandlingen vid tribunalen

6. Klagandena och Ausbanc har ansökt om att domstolen ska ge dem tillgång i enlighet med artikel 15 FEUF till en ordagrann utskrift eller ljudupptagning av den förhandling som ägde rum vid tribunalen den 23 maj 2011. Min åsikt är att dessa ansökningar ska avslås då det inte ingick någon ordagrann utskrift eller ljudupptagning av förhandlingen vid tribunalen i de handlingar som överlämnades till domstolen enligt artikel 5.1 i instruktionen för justitiesekreteraren vid tribunalen.

#### B – Den av kommissionen framställda processinvändningen mot överklagandet i dess helhet

7. Det måste slås fast att: (i) Överklagandet är formulerat på ett förvirrat och ostrukturerat sätt och det är extremt långt – den franska översättningen av överklagandet innehåller inte mindre än 133 sidor med enkelt radavstånd och 492 punkter<sup>8</sup> – och det innehåller många upprepningar och flera hundra grunder, delgrunder, anmärkningar, argument och delargument (vilket enligt kommissionen slår alla rekord beträffande processer vid unionsdomstolarna). (ii) Överklagandet syftar nästan systematiskt till att uppnå en ny prövning av de faktiska omständigheterna, under förevändningen att tribunalen skulle ha tillämpat ett ”felaktigt rättsligt kriterium”. (iii) Grunderna läggs ofta fram som enkla påståenden utan någon som helst motivering. (iv) Dels kritiserar klagandena ofta det omtvistade beslutet och inte den överklagade domen, dels identifierar de nästan aldrig – när deras kritik avser den överklagade domen – vilka särskilda avsnitt eller punkter i domen som innehåller den påstådda oriktiga rättstillämpningen.

7 – Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna [101 FEUF] och [102 FEUF] (EGT L 1, 2003, s. 1), vilken trädde i kraft den 1 maj 2004.

8 – Det vill säga ett överklagande till domstolen (vilken endast får innehålla argumentation i rättsfrågor) som är längre än den ansökan som ingavs till tribunalen! Dessutom finns det punkter i den som är nästintill obegripliga, exempelvis punkt 298 som innehåller en mening på 121 ord.

8. Dessa konstateranden och det faktum att det var svårt eller till och med omöjligt för kommissionen att utöva sin rätt till försvar ligger till grund för dess processinvändning mot överklagandet i dess helhet. Även om jag kan känna viss sympati för denna processinvändning – och jag för övrigt anser att det är uppenbart att stora delar av överklagandet inte kan tas upp till sakprövning – kvarstår dock att det inte är möjligt att avvisa överklagandet i dess helhet, eftersom några av grunderna och argumenten i överklagandet (även om det handlar om att leta efter nålar i en höstack) uppfyller kraven för upptagande till sakprövning. Dessa nålar ger dessutom upphov till principiella frågor, ibland nya sådana, bland annat frågan om tribunalens skyldighet att göra en verklig prövning med utövande av sin obegränsade behörighet.

9. Således finner jag att den av kommissionen framställda processinvändningen mot överklagandet i dess helhet ska ogillas.

### C – Överklagandet

1. Grunder som i sin helhet inte kan tas upp till sakprövning: Andra, tredje, fjärde och femte grunden

10. Dessa grunder – som avser påstådd felaktig rättstillämpning i samband med definitionen av de relevanta marknaderna, bedömningen av den dominerande ställningen och missbruket av densamma samt dess verkningar för konkurrensen – förefaller mig inte kunna tas upp till sakprövning såvitt klagandena i dem väsentligen bestrider bedömningen av de faktiska omständigheterna i tribunalens dom. Dessutom anges det endast sällan i dessa grunder vilka punkter eller avsnitt i den överklagade domen som åsyftas fastän denna uppgift är obligatorisk enligt domstolens fasta rättspraxis som kodifierats genom och bekräftats av artiklarna 169.2 och 178.3 i domstolens rättegångsregler.

#### a) Andra grunden

11. Klagandena har påstått (punkt 37 i överklagandet) att tribunalen felaktigt vägrade att beakta i första hand att tillträdet till det lokala accessnätet, den nationella grossistprodukten och den regionala grossistprodukten tillhörde samma grossistmarknad och i andra hand att den nationella och den regionala grossistprodukten tillhörde samma grossistmarknad.

12. Jag bedömer att den processinvändning, som framställts av kommissionen, ECTA, France Telecom och Ausbanc mot den andra grunden i dess helhet, ska bifallas. För det första är de anmärkningar som framförts till stöd för denna grund oklara och formulerade på ett nästan obegripligt sätt. För det andra syftar i realiteten denna grund till att ifrågasätta tribunalens bedömning av de faktiska omständigheterna. För det tredje har klagandena tagit upp flera nya uppgifter som inte har diskuterats i första instans, nämligen att kommissionen inte skulle ha använt sig av "SSNIP-testet"<sup>9</sup>, att marknadsdefinitionen inte är förenlig med tillkännagivandet om definitionen av relevant marknad<sup>10</sup>, att marknadsdefinitionen kräver att det görs en empirisk studie grundad på en marknadsanalys eller en ekonometrisk analys och slutligen att SSNIP-testet borde tillämpas inom en konkret tidsram.

#### b) Tredje grunden

13. Klagandena har kritiserat (punkt 93 i överklagandet) tribunalens resonemang angående den dominanta ställning som de innehar på den nationella och den regionala grossistmarknaden.

9 – "SSNIP" betyder "small but significant and non-transitory increase in price" (test avseende en liten, men betydelsefull och varaktig prishöjning).

10 – Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i [unionens] konkurrenslagstiftning (EGT C 372, 1997, s. 5).

14. Även här anser jag att den processinvändning som framställts av ECTA, France Telecom och Ausbanc ska bifallas, såvitt denna tredje grund bygger på nya påståenden och syftar till att ifrågasätta de bedömningar av faktiska omständigheter tribunalen gjort och som föranlett den att konstatera att det rör sig om en dominerande ställning. Klagandena har kritiserat punkterna 149, 150, 162 och 163 i den överklagade domen och härvid anfört att tribunalen endast grundade sig på klagandenas stora marknadsandelar för att slå fast att de har en dominerande ställning. Enligt dem underlät tribunalen felaktigt att beakta det konkurrenstryck som klagandena är utsatta för på en omstridd marknad för bredbandsanslutning och de har bestritt de faktiska omständigheter som tribunalen bedömde i punkt 157 i den överklagade domen och som fick den att dra slutsatsen att den ifrågavarande grossistmarknaden inte var en omstridd marknad.<sup>11</sup> Överklagandet i den del den avser dessa yrkanden bör följaktligen avvisas.

c) Fjärde grunden

15. Klagandena har i huvudsak påstått (punkt 120 i överklagandet) att tribunalens oriktigt konstaterade att de hade överträtt artikel 102 FEUF fastän rekvisiten för leveransvägran (*refusal to deal*) som innebär missbruk av dominerande ställning inte var uppfyllda och att tribunalen härigenom åsidosatte deras äganderätt, rättssäkerhetsprincipen och legalitetsprincipen.

16. Här anser jag åter att processinvändningen mot den fjärde grunden i dess helhet vilken framställts av kommissionen, ECTA, France Telecom och Ausbanc ska bifallas, eftersom de argument som grunden bygger på (i) antingen inte diskuterades i första instans (exempelvis argumentet om ett påstått åsidosättande av äganderätten vilket verkar vara det centrala i denna grund och argumenten angående proportionalitetsprincipen och rättssäkerhetsprincipen), (ii) är ämnade att ifrågasätta tribunalens bedömning av de faktiska omständigheterna och klagandena i realiteten har begärt att domstolen ska göra en ny bedömning av de faktiska omständigheterna, (iii) eller inte har lagts fram på ett tydligt sätt (som det icke motiverade bestridandet av den rättspraxis som bygger på domen i målet TeliaSonera Sverige<sup>12</sup>) eller inte i tillräcklig mån har preciserat de angivna punkterna i den överklagade domen.

d) Femte grunden

17. Genom denna grund (punkt 149 i överklagandet) har klagandena väsentligen nöjt sig med att – efter att ha sammanfattat de båda marginalpresstesterna som kommissionen utfört – upprepa sin kritik i detta avseende i sin ansökan i första instans vid tribunalen samt att bestrida tribunalens svar i punkterna 199–265 i den överklagade domen.

18. I själva verket försöker klagandena mycket ofta, utan att ange på ett precist sätt vilka punkter i den överklagade domen som de åsyftar, att få till stånd att domstolen gör en ny bedömning av de faktiska omständigheterna och den bevisning som prövats av tribunalen. Det är tydligt att ett sådant önskemål inte kan tillgodoses på stadiet för överklagandet, såvida inte bevisningen har missuppfattats vilket klagandena inte har visat.

19. Låt mig ge några exempel:

— Klagandena har hävdat att de alternativa operatörerna använde en optimal kombination av grossistprodukter. Härigenom har de ifrågasatt ett konstaterande av faktiska omständigheter som tribunalen gjorde i punkterna 130, 195 och 280 i den överklagade domen, enligt vilket användningen av en kombination av grossistprodukter inte var utredd.

11 — De vill säga en marknad på vilken Telefónicas kunder och konkurrenster kunde duplicera företagets nät och få möjlighet att utöva ett effektivt konkurrenstryck oberoende av sina marknadsandelar.

12 — Dom av den 17 februari 2011 i mål C-52/09, TeliaSonera Sverige (REU 2011, s. I-527).

- Klagandena förefaller (punkt 162 i överklagandet) ha kritiserat punkt 207 i den överklagade domen, såvitt tribunalen missuppfattade de faktiska omständigheterna när den konstaterade att den faktiska användningen av tillträdet till accessnätet inte inleddes förrän i slutet av år 2004. Enligt klagandena borde tribunalen ha skiljt mellan de båda testperioderna före och efter detta datum och vidare hade konkurrenterna faktiskt använt tillträdet till accessnätet före år 2004. I detta argument anges emellertid inte någon konkret uppgift i handlingarna i målet som tribunalen skulle ha missförstått. I vart fall framgår det av handlingarna i målet att klagandena inte gjort gällande i första instans att en ny period hade börjat från och med år 2004.
- Klagandena förefaller (punkt 167 i överklagandet) ha kritiserat punkt 217 i den överklagade domen, såvitt tribunalen felaktigt förutsatte att en förlängning av referensperioden skulle leda till en icke-godtagbar snedvridning av konkurrensen och bortsåg från de mekanismer som klagandena föreslagit för att få överträdelserna att upphöra och detta i strid med oskuldspresumtionen. Det är tillräckligt att notera att tribunalen i detta avseende endast återgav ett av klagandenas argument, utan att ge uttryck för någon egen bedömning. Argumentet angående oskuldspresumtionen har klagandena i vart fall framfört för första gången i samband med överklagandet.
- Klagandena har även påstått (punkt 178 och följande punkter i överklagandet) att tribunalen gjort sig skyldig till flera fall av felaktig rättstillämpning när den i punkterna 233–264 i den överklagade domen prövade kommissionens användning av periodmetoden utan diskontering i det omtvistade beslutet. Jag anser att dessa argument inte kan tas upp till sakprövning såvitt klagandena inte rent principiellt har bestritt att periodmetoden utan diskontering användes utan enbart det sätt på vilket kommissionen tog hjälp av metoden.
- Klagandena har även hävdad (punkt 181 i överklagandet) att tribunalen gjort sig skyldig till flera fall av felaktig rättstillämpning i samband med prövningen i punkterna 234–244 i den överklagade domen av kostnaderna för säljpersonal. Klagandena har hävdad att tribunalen på ett felaktigt sätt hade utfört testet ”om en lika effektiv konkurrent” genom att underlåta att beakta möjligheten av att en lika effektiv konkurrent skulle kunna lägga ut sin försäljningsavdelning till en underleverantör. Detta argument kan inte tas upp till sakprövning såvitt det utvidgar överklagandet utöver diskussionen i första instans via nya påståenden och anmodar domstolen att företa en ny bedömning av de faktiska omständigheterna.
- Klagandena förefaller (punkt 183 i överklagandet) ha kritiserat punkt 244 i domen såtillvida att tribunalen felaktigt skulle ha förbisett de uppskattade kostnader som ingick i klagandenas styrkort och underlåtit att utöva sin obegränsade behörighet, antagit de långsiktiga genomsnittliga särkostnaderna för försäljning (LRAIC) som norm och använt verkliga kostnader, vilka var fördelade i deras bokföring för att uppskatta marginalkostnaderna för försäljningen. Dessa argument ska likaledes avvisas i och med att klagandena genom dem har anmodat domstolen att ompröva den bedömning av de faktiska omständigheterna som återfinns i punkterna 237–244 i den överklagade domen.
- Klagandenas argument angående uppskattningen av den genomsnittliga abonnenttiden för kunderna vilken rör punkterna 245–251 i den överklagade domen ska avvisas eftersom de bygger på nya påståenden.
- Klagandena förefaller (punkt 188 i överklagandet) ha kritiserat punkterna 256 och 257 i den överklagade domen, och anfört att tribunalen felaktigt hade förkastat den genomsnittliga viktade kapitalkostnad (WACC) som klagandena använt samt punkterna 259–264 i den överklagade domen där tribunalen gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning vid prövningen av den påstådda bokföringen av flera kostnadsposter två gånger. Härigenom har klagandena ifrågasatt tribunalens bevisvärdering (tribunalen grundade sin slutsats på en sammantagen bedömning av uppgifterna i handlingarna i målet och parternas respektive anföranden).



— Klagandena har också hävdad (punkt 218 i överklagandet) att tribunalen borde ha konstaterat att marginalen mellan grossistpriset på insatsvaror och slutkundspriset var positiv i förevarande fall, vilket borde ha föranlett tribunalen att fordra att konkreta verkningar visades eller att ställa särskilt höga beviskrav för sannolika verkningar av klagandenas beteende. Detta argument har framförts för första gången i överklagandet och kan därför inte tas upp till sakprövning.

20. Klagandena har därefter framfört tre argument (punkterna 220, 227 och 231 i överklagandet) som förefaller avse punkterna 274–276 i den överklagade domen såvitt tribunalen felaktigt fann att de sannolika verkningarna av klagandenas beteende hade styrkts eftersom: (a) kommissionen borde ha undersökt om lönsamheten för de alternativa operatörer som var lika effektiva som klagandena verkligen hade minskat till följd av deras prissättning, (b) kommissionen borde ha analyserat förhållandet mellan grossistpriset och slutkundspriset på marknaden för att kunna avgöra om marginalpressen verkligen hade begränsat de alternativa operatörernas förmåga att fastställa slutkundspriser, och (c) kommissionen borde ha analyserat förhållandet mellan grossistpriserna, operatörernas kassaflöden och deras investeringsnivå för att kunna avgöra om marginalpressen verkligen hade begränsat de alternativa operatörernas investeringsförmåga. Jag anser att dessa tre argument inte kan tas upp till sakprövning, eftersom de inte framförts i första instans och syftar till att inleda en diskussion om de ”konkreta verkningarna” av klagandenas beteende inom ramen för överklagandet. I ansökan i första instans togs enbart frågan om de ”sannolika verkningarna” upp i punkterna 191–199 och det omtvistade beslutet kritiserades för att kommissionen i dessa punkter hade presumerat att sådana konsekvenser var en nödvändig följd av resultaten från marginalpresstestet. För övrigt syftar argumenten även till att ifrågasätta tribunalens bedömning av de faktiska omständigheterna i punkterna 275 och 276 i den överklagade domen.

21. Det följer av det ovan anförda att den andra, den tredje, den fjärde och den femte grunden inte kan tas upp till sakprövning.

2. Grunder som delvis ska avvisas, delvis lämnas utan bifall: Första, sjätte, sjunde och nionde grunden

a) Första och nionde grunden

22. Dessa båda grunder överlappar varandra så till den grad att klagandena i redogörelsen för sin nionde grund identiskt återger en del av resonemangen i deras första grund. Följaktligen bör dessa båda grunder prövas tillsammans. För det första rör klagandenas argument (punkt 12 i överklagandet) den orimligt långa tid som målets handläggning vid tribunalen tog, nämligen från den 1 oktober 2007 till den 29 mars 2012. Härigenom åsidosattes deras grundläggande rätt till ett effektivt rättsmedel inför en domstol inom skälig tid, vilken garanteras av artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan) och artikel 6 i Europakonventionen till skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad Europakonventionen). Klagandena har i första hand påstått (punkt 14 i överklagandet) att målets orimligt långa handläggningstid motiverar att den överklagade domen upphävs med hänsyn till inverkan på målets avgörande, eftersom tidsåtgången hade hindrat dem från att inge ett överklagande eller att anpassa sin skriftliga argumentering innan domstolen meddelat sin dom i det ovannämnda målet TeliaSonera Sverige. Oberoende av det faktum att jag inte delar klagandenas åsikt om detta orsakssamband, påpekar jag i vart fall att de uttryckligen yttrade sig om hur domen i målet TeliaSonera Sverige borde tolkas under förhandlingen vid tribunalen, vilken ägde rum flera månader efter det att nämnda dom hade meddelats.

23. Sedan har klagandena gjort gällande (punkt 15 i överklagandet) i andra hand att de i vart fall måste komma i åtnjutande av en nedsättning av böterna i enlighet med domen i målet Baustahlgewebe mot kommissionen.<sup>13</sup>

24. I likhet med kommissionen, ECTA, France Telecom och Ausbanc, anser jag att den tid under vilken tribunalens handläggning pågick, nämligen litet mindre än fyra år och sex månader inte är orimlig i detta mål<sup>14</sup> med hänsyn bland annat till följande omständigheter: (i) Ärendets tekniska komplexitet (enligt domstolen<sup>15</sup> kan således "ärendets komplexitet ... anses motivera en tidsåtgång som vid första anblicken förefaller alltför stor"). (ii) Talan har väckts två gånger mot det omtvistade beslutet, genom en ansökan av klagandena och en annan av Konungariket Spanien, vilka har prövats parallellt av tribunalen och medfört en förlängning av förfarandet. (iii) Klagandena inkom redan i första instans med en ansökan som var överdrivet lång och mycket ovanlig, då den vida överskred det högsta antal sidor som rekommenderas i de praktiska anvisningarna till parterna vid tribunalen. Ansökan innehöll brister som måste avhjälpas, vilket förlängde det skriftliga förfarandet och den rättade versionen av ansökan som innehöll nära 140 sidor samt många och omfattande bilagor var fortfarande överdrivet omfattande och överskred vida den längd som föreskrivs i de praktiska anvisningarna. Därefter inkom klagandena med en replik på 112 sidor, åtföljda av 25 bilagor, i vilka de dessutom lade fram nya påståenden. (iv) Flera intervenienter gav sig till kända under målets handläggning, med följden att det skriftliga förfarandet förlängdes fram till början av år 2009. (v) Klagandena ingav slutligen många ansökningar om konfidentiell behandling i förhållande till intervenienterna, vilka till största delen avlogs, men även bidrog till att förlänga handläggningen genom att tribunalen tvingades ta fram icke-konfidentiella versioner av diverse handlingar.

25. Vidare har klagandena (punkt 19 i överklagandet) kritiserat punkterna 62 och 63 i den överklagade domen, där tribunalen beslutade att bilagorna till ansökan och repliken endast skulle tas i beaktande i den mån de styrkte eller kompletterade grunder eller argument som uttryckligen åberopats i brödtexten i deras inlagor. De har även kritiserat punkterna 231, 250 och 262 i den överklagade domen där tribunalen förklarade med tillämpning av denna princip att vissa argument inte kunde tas upp till sakprövning, vilka styrktes av bilagorna och rörde beräkningen av slutvärdet, den genomsnittliga abonnenttiden samt bokföringen av flera kostnadsposter två gånger.

26. Det är uppenbart att inte något av dessa argument kan tas upp till sakprövning, eftersom det inte preciseras i dem på vilket sätt eventuella handläggningsfel kunde skada klagandenas intressen eller deras rätt till försvar. Dessutom är det argumentet grundlöst enligt vilket tribunalen borde ha avvisat processinvändningen eftersom den hade framställts av kommissionen först i dupliken och inte i dess svaromål. Att inlagor ska vara formellt riktiga är en fråga om ordre public som kan väckas ex officio av domstolen oavsett vilken inställning svaranden har och som av samma skäl kan väckas när som helst under handläggningen. Vidare finns det inte heller fog för det argument genom vilket klagandena har kritiserat punkt 62 i den överklagade domen, såvitt tribunalen inte kan kräva att ansökan innehåller alla ekonomiska beräkningar som ligger till grund för deras argument. Tribunalen nöjde sig i enlighet med rättspraxis att i punkt 58 i den överklagade domen kräva att "väsentliga, faktiska och rättsliga, omständigheter som talan grundar sig på, åtminstone kort men på ett konsekvent och begripligt sätt, framgår av innehållet i själva ansökan".

13 — Dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95, Baustahlgewebe mot kommissionen (REG 1996, s. I-8417), punkt 141.

14 — Jag noterar att de principiella frågor som rör problemet med tribunalens handläggningstider på nytt kommer att prövas av domstolens stora avdelning i mål C-50/12, Kendrion mot kommissionen (som ännu inte har avgjorts av domstolen – generaladvokaten Sharpstons förslag till avgörande föredrogs den 30 maj 2013), däribland räckvidden av domen i det ovannämnda målet Baustahlgewebe mot kommissionen (i vilken domstolen satte ned böterna till följd av den orimligt långa handläggningstiden vid tribunalen), mot bakgrund av dom av den 16 juli 2009 i mål C-385/07 P, Der GrünePunkt - Duales System Deutschland mot kommissionen (REG 2009, s. I-6155) (i vilken det inte ålades några böter och domstolen underrättade klagandebolaget om att det kunde väcka talan om skadestånd vid tribunalen).

15 — Dom av den 25 januari 2007 i de förenade målen C-403/04 P och C-405/04 P, Sumitomo Metal Industries och Nippon Steel mot kommissionen (REG 2007, s. I-729) punkterna 116 och 117, och där angiven rättspraxis.

27. Klagandena (punkt 24 i överklagandet) har kritiserat punkt 182 i den överklagade domen såvitt tribunalen skulle ha missförstått de faktiska omständigheterna och åsidosatt rätten till försvar när den fann att klagandena inte hade gjort gällande att grossistprodukterna inte var oundgängliga för bedömningen av verkningarna av deras beteende. De har i första hand hävdade att de åberopade dess oundgängliga karaktär i sin ansökan i första instans (punkterna 106 och 108), i sin replik (punkt 216) och vid förhandlingen, såväl i den grund som avsåg möjligheten att tillämpa artikel 102 FEUF i allmänhet, som i samband med bedömningen av verkningarna. Enligt klagandena utgör argumentationen om att grossistprodukterna inte var oundgängliga en utvidgning av en grund om ogiltigförklaring som redan formulerats i ansökan. I likhet med kommissionen och France Telecom anser jag att detta argument är verkningslöst. Det är nämligen tillräckligt att konstatera att tribunalens resonemang, särskilt i punkterna 268–272, 274–281 och 389–410 i den överklagade domen inte bygger på huruvida insatsvarorna var oundgängliga eller ej.

28. I andra hand har klagandena tillagt (punkt 28 i överklagandet) att artikel 48.2 i tribunalens rättegångsregler i vart fall ger dem rätt att åberopa en ny grund som föranletts av en rättslig eller faktisk omständighet som framkommit först under förfarandet, vilket domen i det ovannämnda målet TeliaSonera Sverige utgör, eftersom domstolen klargjorde i den domen vilka kriterier som ska tillämpas vid bedömningen av verkningarna av en marginalpress. Enligt fast rättspraxis som *mutatis mutandis* ska tillämpas på ett förhandsavgörande motiverar inte en dom genom vilken en talan ogillas att nya grunder åberopas.<sup>16</sup>

29. Klagandena anser dessutom (punkt 33 i överklagandet) att tribunalen har åsidosatt deras rätt till försvar och oskuldspresumtionen. För det första anser de att tribunalen åsidosatte oskuldspresumtionen genom att besluta att de uppgifter som kommissionen stödde sig på i det omtvistade beslutet som inte återfinns i meddelandet om invändningar endast ska underkännas om klagandena visar att utgången i det omtvistade beslutet på grund av dem skulle ha blivit en annan. Enligt klagandena är det av tribunalen valda beviskriteriet inte förenligt med rättspraxis från Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Europadomstolen).

30. Enligt min mening kan detta argument inte tas upp till sakprövning, därför att det dels inte anger tillräckligt precist vilka punkter i den överklagade domen vars upphävande har yrkats som innehåller den felaktiga rättstillämpningen, dels görs det i punkterna 86–109 i den överklagade domen där denna fråga går igenom utförligt en bedömning av de faktiska omständigheterna som inte kan överklagas. Punkt 78 i den överklagade domen verkar endast vara *obiter dictum* i ett resonemang som bygger på andra avgörande överväganden som redogörs för i punkt 79 och följande punkter och som inte har bestritts av klagandena. Slutligen är argumentet grundlöst eftersom det kriterium som tribunalen tillämpade i den överklagade domen följer av domstolens fasta rättspraxis<sup>17</sup> och är fullständigt förenligt med Europadomstolens rättspraxis. Den omständigheten att en handling inte har översänts utgör nämligen ett åsidosättande av rätten till försvar endast om kommissionen grundar sig på denna handling för att styrka sin invändning och denna invändning endast bevisas genom denna handling.<sup>18</sup> När flera bevis specifikt stöder en slutsats eller en invändning räcker det inte att något av dem saknas för att den ska underkännas om andra bevis bekräftar den. Vidare grundade sig kommissionen inte på någon ny omständighet när den fastställde klagandenas ansvar, såsom punkterna 103 och 107 i den överklagade domen vittnar om.

16 — En dom av domstolen i vilken det fastställs att en rättsakt av en gemenskapsinstitution är giltig kan inte anses som en omständighet som gör det möjligt att åberopa en ny grund, eftersom den endast bekräftar ett rättsförhållande som sökandena kände till vid tidpunkten då de väckte talan (se domstolens dom av den 1 april 1982 i mål 11/81, Dürbeck mot kommissionen, REG 1982, s. 1251, punkt 17).

17 — Se dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (REG 2004, s. I-123), punkterna 71–73 och där angiven rättspraxis, samt 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 104.

18 — Kommissionen förklarade i sina inlagor till tribunalen (punkt 15 i svaromålet) att Telefónicas påståenden uppenbarligen var verkningslösa, eftersom alla de punkter på vilka Telefónica har hävdade att företaget inte haft tillfälle att uttrycka sig, var delar av skäl som redovisats för fullständighetens skull.

31. I andra hand anser klagandena (punkt 36 i överklagandet) att de har visat att utgången i det omtvistade beslutet kunde ha blivit en annan om de nya bevisen hade underkänts. De har hävdad att tribunalen genom att bortse från dessa argument missförstod de faktiska omständigheterna, gjorde en uppenbart oriktig bedömning, och en felaktig rättstillämpning av kriterierna för bevisvärderingen och dessutom åsidosatte motiveringsskyldigheten. Denna anmärkning förefaller mig både omöjlig att ta upp till sakprövning, eftersom den bygger på lakoniska och allmänna påståenden och är grundlös, eftersom tribunalen faktiskt prövade i punkterna 88–109 i den överklagade domen huruvida vissa bevis, enligt vad som påstås, verkligen var nya och inverkan av den påstådda bristen på tillgång till dessa bevis. För övrigt anser jag i likhet med France Telecom att de uppgifter som klagandena nämnt inte infördes i beslutet enbart i syfte att avfärda de argument som klagandena framfört i sitt yttrande över meddelandet om invändningar och att tribunalen ansåg att kommissionen inte heller hade grundat sig på ifrågasvarande handlingar för att styrka sin invändning angående förekomsten av en överträdelse (se punkt 103 i den överklagade domen).

32. Mot bakgrund av det ovan anförda ska den första och den nionde grunden delvis avvisas och delvis lämnas utan bifall.

#### b) Sjätte grunden

33. Genom denna grunds första del har klagandena påstått (punkt 242 i överklagandet) att tribunalen gjort sig skyldig till flera fall av felaktig rättstillämpning i samband med prövningen i punkterna 287–295 i den överklagade domen av kommissionens påstådda åsidosättande av förbudet mot att handla utan befogenhet. Klagandena har inledningsvis hävdad att tribunalen har godkänt en felaktig tolkning av domen i målet Bronner<sup>19</sup> och ansett att kommissionen hade befogenhet att i efterhand föreskriva vilka prisvillkor som skulle gälla för användning av icke oundgänglig infrastruktur. Såsom Telecom och ECTA med rätta har understrukit är emellertid denna argumentering uppenbart grundlös eftersom den går ut på att hävda att artikel 102 FEUF inte är tillämplig när de villkor som fastställts i domen i det ovannämnda målet Bronner inte är uppfyllda.

34. Sedan förefaller klagandena (punkt 249 i överklagandet) ha kritiserat punkt 289 i den överklagade domen, såvitt tribunalen har missförstått deras påståenden. De hade nämligen inte hävdad att konkurrensrätten inte ska tillämpas på en ”instrumentell marknad”, utan snarare att den inte är tillämplig på en skyldighet att ge tillträde som föreskrivs av en nationell regleringsmyndighet. Jag konstaterar härvidlag att klagandena inte har uppgett vilka uppgifter i deras inlagor som hade missförstås och inte heller vilka oriktiga bedömningar som föranlett tribunalens missförstånd. För övrigt har klagandena faktiskt anfört i första instans att konkurrensrätten inte kunde tillämpas på en ”instrumentell marknad” (punkt 241 i deras replik). Även denna anmärkning är under alla omständigheter verkningslös därför att klagandena inte har bestritt att tribunalens svar är korrekt i juridiskt hänseende.

35. Klagandena förefaller (punkt 251 i överklagandet) ha kritiserat punkt 290 i den överklagade domen, såvitt tribunalen inte hade ifrågasatt användningen av begreppet ”investeringssteg” som i sin egenskap av ”regleringstekniskt” begrepp fick kommissionen att bortse från möjligheten att använda en kombination av produkter. Jag anser att det är uppenbart att anmärkningen inte kan tas upp till sakprövning såvitt den inte avser någon felaktig rättstillämpning och inte innebär att någon av tribunalens synpunkter i punkt 290 i den överklagade domen ifrågasätts.

36. Klagandena förefaller därefter (punkt 253 i överklagandet) ha kritiserat punkt 293 i den överklagade domen, såvitt tribunalen hade missförstått deras påståenden, eftersom de inte hade bestritt tillämpningen av artikel 102 FEUF på telemarknaden, utan de har kritiserat att kommissionen använt den artikeln för regleringsändamål. Detta argument kan inte tas upp till sakprövning, såvitt

19 — Dom av den 26 november 1998 i mål C-7/97, Bronner (REG 1998, s. I-7791).

klagandena inte har angett vilka uppgifter i deras inlagor som har missförståtts och inte heller vilka oriktiga bedömningar som föranlett tribunalens missförstånd. Enligt min mening har tribunalen i vart fall inte missförstått de påståenden från klagandenas sida i vilka de faktiskt hade hävdad att det inte förekommit något missbruk av dominerande ställning, eftersom de målsättningar som eftersträvas med rättsreglerna på teleområdet skiljer sig från konkurrensrättens målsättningar.

37. Klagandena förefaller därefter (punkt 254 i överklagandet) ha kritiserat punkt 294 i den överklagade domen, såvitt tribunalen hade missförstått de faktiska omständigheterna när den konstaterade att enbart de regleringsåtgärder som antagits år 2006 hade anmälts till kommissionen. Dels hade Konungariket Spanien införlivat det nya ramdirektivet år 2003 genom Ley General de Telecomunicaciones (Ramlag om telekommunikationer nr 32/2003, av den 3 november 2003), dels utövade kommissionen kontroll genom de rapporter om genomförande som den offentliggör sedan år 1997. Såsom kommissionen, ECTA och France Telecom med rätta har understrukt missförstod tribunalen inte någon faktisk omständighet, eftersom ingen åtgärd hade anmälts till kommissionen, vilket klagandena inte har bestritt. Det faktum att de spanska myndigheterna hade agerat redan före år 2006 inom ramen för unionsrätten saknar i princip relevans, då klagandenas argument bestod i att kommissionen borde ha använt sig av sina befogenheter enligt det nya ramdirektivet (punkt 291 i den överklagade domen) men att tribunalen har påpekat att dessa befogenheter inte kunde användas före den anmälan av åtgärder som skedde år 2006 (punkt 294 i den överklagade domen).

38. I denna grunds andra del har klagandena påstått (punkt 255 i överklagandet) att tribunalen gjort sig skyldig till flera fall av felaktig rättstillämpning vid prövningen i punkterna 296–308 i den överklagade domen. Klagandena (punkt 259 i överklagandet) förefaller för det första ha kritiserat punkt 306 i den överklagade domen, såvitt tribunalen åsidosatte proportionalitetsprincipen genom att avstå från att undersöka om det omtvistade beslutet var lämpligt och nödvändigt med hänsyn till de legitima syften som eftersträvades av den nationella regleringsmyndigheten (Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (Kommissionen för den spanska telemarknaden, nedan kallad CMT)). De anser även att rätten till försvar har åsidosatts, såvitt tribunalen hade tvingat dem att visa att kommissionens agerande stred mot proportionalitetsprincipen, fastän kommissionen var skyldig att visa att dess agerande var förenligt med nämnda princip. Jag är överens med kommissionen och ECTA om att detta argument inte kan tas upp till sakprövning, då det inte har åberopats vid tribunalen.

39. Klagandena har vidare (punkt 261 i överklagandet) kritiserat punkt 306 i den överklagade domen, såvitt tribunalen har åsidosatt rättssäkerhetsprincipen genom att godta att ett beteende som är förenligt med ramdirektivet kan utgöra en överträdelse av artikel 102 FEUF. Inte heller det argumentet kan tas upp till sakprövning eftersom klagandena inskränkte sig till att göra gällande vid tribunalen att det skett ett åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen som härrör från det faktum att kommissionen inte hade undersökt CMT:s agerande.

40. Klagandena (punkt 264 i överklagandet) har för det tredje kritiserat punkterna 299–304 i den överklagade domen, såvitt tribunalen uppenbart hade missförstått deras påståenden angående subsidiaritetsprincipen och bortsett från att de målsättningar som eftersträvas i konkurrensrätten och lagstiftningen på teleområdet är desamma. Det argumentet anser jag inte kan tas upp till sakprövning, såvitt klagandena inte angett vilka av deras påståenden som tribunalen har missförstått.

41. I denna grunds tredje del har klagandena kritiserat (punkt 267 i överklagandet) den prövning som tribunalen gjorde av kommissionens påstådda åsidosättande av principen om lojalt samarbete och principen om god förvaltnings sed. Klagandena åsyftar närmare bestämt punkterna 313 och 314 i den överklagade domen såvitt tribunalen hade missförstått deras påståenden, då de inte hade kritiserat kommissionen för att den inte hade samrått med CMT angående meddelandet om invändningar, utan att den inte hade agerat med stöd av alla de faktiska omständigheter som behövdes för att bilda sig en uppfattning och att den inte hade samarbetat på ett lämpligt sätt med CMT i fråga om grunderna för dess agerande samt dess inflytande på förverkligandet av målsättningarna med regleringen. Således hade tribunalen felaktigt underlåtit att bedöma huruvida kommissionen under utövande av sin

skyldighet att samarbeta och iakttagande av principen om god förvaltningssed hade analyserat skälet och diskuterat syftet med sitt agerande och sin beräkningsmetod med marginalpress (det vill säga det test som CMT tillämpade). Jag finner att det är uppenbart att detta argument inte kan tas upp till sakprövning såvitt klagandena varken har uppgett vilka uppgifter som har missförståtts eller vari den oriktiga bedömningen bestod. Vidare är det uppenbart att argumentet är helt ogrundat eftersom tribunalen konstaterade, vilket klagandena inte har bestritt, att CMT i realiteten hade deltagit i det administrativa förfarandet och att de relevanta bestämmelserna i förordning nr 1/2003 inte föreskriver någon skyldighet för kommissionen att samråda med de nationella regleringsmyndigheterna.

42. Mot bakgrund av det ovan anförda finner jag att överklagandet antingen inte kan tas upp till sakprövning eller inte kan vinna bifall på den sjätte grunden.

c) Sjunde grunden

i) Sjunde grundens första del

43. Klagandena har påstått (punkt 274 i överklagandet) att tribunalen när den beskrev överträdelsen som ett "typiskt missbruk" i punkterna 353–369 i den överklagade domen, åsidosatte rättssäkerhetsprincipen och principen inget straff utan lag (*nulla poena sine lege*) vilka garanteras av artikel 7 i Europakonventionen och artikel 49 i stadgan. Klagandena har betonat att enligt domen i de förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen<sup>20</sup> kan dessa principer utgöra hinder mot retroaktiv tillämpning av en ny tolkning av en bestämmelse om en överträdelse, vars resultat inte i rimlig grad kunde förutses då överträdelsen begicks, bland annat mot bakgrund av den tolkning som gjordes i rättspraxis avseende den ifrågakvarande bestämmelsen vid den tidpunkten.

44. I sin första anmärkning (punkt 281 i överklagandet) med rubriken "Förekomsten av klara och förutsebara prejudikat" har klagandena nöjt sig med att sammanfatta punkterna 357–368 i den överklagade domen. Genom sin andra anmärkning (punkt 284 i överklagandet) har klagandena kritiserat punkt 357 i den överklagade domen, såvitt tribunalen på nytt hänvisade till kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning vad gäller det lämpliga i att ålägga böter och har således åsidosatt skyldigheten att utöva sin obegränsade behörighet vilken slagits fast i artikel 6 i Europakonventionen och artikel 229 EG (nu artikel 261 FEUF), samt principen inget straff utan lag och rättssäkerhetsprincipen som stadfästs i artikel 7 i Europakonventionen. Klagandena förefaller genom sin tredje anmärkning (punkt 286 i överklagandet) ha kritiserat punkterna 356–362 i den överklagade domen, såvitt tribunalen oriktigt hade slutit sig till att tillämpningen av artikel 102 FEUF på deras beteende hade grundat sig på klara och förutsebara prejudikat. Genom den fjärde anmärkningen (punkt 302 i överklagandet) förefaller klagandena ha kritiserat punkterna 363–369 i den överklagade domen, såvitt tribunalen felaktigt funnit att den metod som kommissionen använt för att fastställa att det förekom marginalpress rimligen grundade sig på klara och förutsebara prejudikat.

45. Jag anser att den första delgrunden i sin helhet inte kan tas upp till sakprövning, eftersom klagandena underlåtit att i första instans ta upp frågan om huruvida det fanns klara och förutsebara prejudikat för att bestrida ett principiellt åläggande av böter, utan endast har tagit upp den i samband med bötesbeloppet och förekomsten av ett "typiskt missbruk".

20 — Domstolens 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).

ii) Sjunde grundens andra del

46. Klagandena har påstått (punkt 310 i överklagandet) att tribunalen i flera fall gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den i punkterna 319–352 i den överklagade domen prövade om deras beteende skulle rubriceras som en överträdelse som skett uppsåtligen eller av grov oaktsamhet i den mening som avses i artikel 23.2 i förordning nr 1/2003.

– Första anmärkningen

47. Första argumentet: Klagandena förefaller ha kritiserat punkterna 322–326 i den överklagade domen såvitt tribunalen felaktigt ansåg att de kunde förutse vilken marknadsdefinition som kommissionen skulle välja i det omtvistade beslutet. Det är tillräckligt att konstatera, i likhet med kommissionen, att tribunalen tillämpade de klassiska kriterierna för marknadsdefinition som grundar sig på utbytbarhet och som inte kan betraktas som ”oförutsebara”. För övrigt är det påstått oförutsebara hos distinktionen mellan den regionala och den nationella grossistmarknaden verkningslöst, eftersom båda dessa marknader påverkades av en dominerande ställning och en marginalpress som skapats av klagandena.

48. Klagandena förefaller (punkt 317 i överklagandet) mer specifikt ha kritiserat punkt 323 i den överklagade domen såvitt tribunalen i strid med Europadomstolens rättspraxis angående förutsebarhet fann att klagandena borde ha anlitat kvalificerad rådgivning utan att kontrollera om de verkligen hade gjort det, och utgick ifrån att rådgivningen skulle överensstämma med kommissionens inställning. Jag konstaterar härvidlag att det i rättspraxis aldrig har fästs något som helst avseende vid huruvida ett företag har anlitat rådgivning eller ej, vilket skulle förutsätta att företagen skulle undgå påföljd om de inte begärde juridisk rådgivning.

49. Klagandena förefaller sedan (punkt 319 i överklagandet) ha kritiserat punkt 326 i den överklagade domen, såvitt tribunalen underlätit att tillämpa det rättsliga kriteriet förutsebarhet i samband med definitionen av marknaden och följaktligen det rättsliga kriteriet förutsebarhet vad gällde konsekvenserna av klagandenas beteende. Tribunalen beaktade härvid inte sammanhanget och vissa omständigheter som klagandena nämnt, exempelvis att de tillgängliga prejudikaten definierade en enda marknad, att vissa operatörer använde en kombination av insatsvaror, att en nationell och/eller regional grossistmarknad inte existerade i andra medlemsstater, att direktiv 2002/21/EG<sup>21</sup> definierade en enda marknad som inbegrep den nationella och regionala infrastrukturen, samt att CMT själv har bekräftat denna ståndpunkt i sitt beslut av den 6 april 2006. Jag anser inte att dessa påståenden kan tas upp till sakprövning, eftersom även om de olika ovannämnda omständigheterna nämns i överklagandet, har de inte nämnts i första instans i syfte att bestrida att konsekvenserna av klagandenas beteende var förutsebara (varken i punkterna 297–301 i ansökan, eller i punkterna 271–275 i repliken i första instans).

50. Slutligen förefaller klagandena (punkt 323 i överklagandet) ha kritiserat punkt 326 i den överklagade domen, såvitt tribunalen felaktigt slagit fast att de inte kunde vara ovetande om att de innehade en dominerande ställning på de relevanta marknaderna. Detta påstående bygger på den felaktiga premissen att klagandena rimligen borde ha förutsett vilken definition av den relevanta marknaden som kommissionen skulle välja. För övrigt har klagandena hävdatt att tribunalen använde ett felaktigt rättsligt kriterium när den företog en prövning i sak i stället för att tillämpa kriteriet förutsebarhet. Dessa påståenden kan inte tas upp till sakprövning, då klagandena i första instans inte uttryckte några som helst tvivel om att deras marknadsandelar rimligen kunde tyda på en dominerande ställning, vare sig i punkterna 297–301 i ansökan eller i punkterna 272–275 i repliken.

21 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (EGT L 108, s. 33).

51. Andra argumentet: Klagandena förefaller ha kritiserat punkterna 338–341 i den överklagade domen, såvitt tribunalen oriktigt fann att de var i stånd att förutse att deras prissättning kunde utgöra ett konkurrensbegränsande beteende.

52. Inledningsvis förefaller klagandena (punkt 330 i överklagandet) ha kritiserat punkterna 339 och 340 i den överklagade domen och hävdade att tribunalen tillämpade ett felaktigt rättsligt kriterium när den företog en prövning i sak i syfte att avgöra om kommissionen lagenligt kunde ingripa i efterhand, i stället för att företa en analys av förutsebarheten i syfte att avgöra om ett sådant ingripande rimligen kunde förutses, fastän klagandena var skyldiga att ge tillräde och att låta CMT utföra en grundlig kontroll. Enligt min åsikt är det fullständigt uppenbart och därför ”förutsebart” att det faktum att det finns en reglering eller att en viss uppföljning sker av nationella branschmyndigheter inte skyddar mot en tillämpning av fördragen (såsom understryks i punkt 340 i den överklagade domen). För övrigt fastställdes i domen i det ovannämnda målet Deutsche Telekom mot kommissionen (punkterna 119, 124 och 127) att regleringen av branschen är relevant endast med avseende på frågan huruvida företaget var medvetet om att dess agerande var rättsstridigt. Den är däremot inte relevant för att avgöra huruvida överträdelsen varit uppsåtlig eller oaktsam. Detta villkor är uppfyllt, när det ifrågasvarande 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 fördragens konkurrensbestämmelser.

53. Därefter förefaller klagandena ha kritiserat den första delen av punkt 341 i den överklagade domen som rör den regionala grossistprodukten, såvitt tribunalen hade missförstått de faktiska omständigheterna och ansett att klagandena inte hade bestritt att CMT inte baserade undersökningen av huruvida det förelåg marginalpress på Telefónicas faktiska anskaffningskostnader, utan på en uppskattning som gjorts på förhand. Klagandena har således påstått att de hävdade i sin ansökan i första instans (punkt 320) att CMT inte hade velat använda redovisningen av deras verkliga kostnader utan föredragit att anförtro åt konsulten ARCOME att utarbeta en modell baserad på en ”rimligt effektiv” och inte på en ”lika effektiv” hypotetisk konkurrents kostnader. Tribunalen hade således felaktigt bortsett från den omständigheten att klagandena var berättigade att anta att CMT:s analys var mer precis än en analys baserad på dess egna kostnader. Klaganden anser dessutom att det är uppenbart att tribunalen missförstått de faktiska omständigheterna, när den inte ansåg att de aktuella priserna hade blivit föremål för en kontroll i efterhand. Jag framhåller att klagandena inte har bestritt det konstaterande av sakförhållanden enligt vilket CMT inte analyserade den eventuella marginalpressen på grundval av verkliga historiska uppgifter. För övrigt är det uppenbart att påståendet att CMT hade använt sig av kriteriet ”rimligt effektiv” konkurrent, utöver att det inte är styrkt, uppenbarligen inte kan tas upp till sakprövning, då klagandena aldrig nämnt detta i första instans, fastän det i skäl 733 i det omtvistade beslutet hävdades att den metod som CMT använde var metoden med en ”lika effektiv” operatör. Detta påstående saknar i vart fall relevans och är verkningslöst eftersom, enligt vad som anges i punkt 302 i den överklagade domen, CMT vid flera tillfällen har förklarat att myndigheten inte hade tillgång till vissa uppgifter som var nödvändiga för att undersöka marginalpressen. Därför kunde klagandena inte förvänta sig att CMT:s kontroll som hade grundat sig på uppskattningar på förhand skulle skydda dem från en tillämpning av konkurrensrätten i efterhand med stöd av verkliga historiska uppgifter. Slutligen underlät inte tribunalen att beakta den påstådda kontrollen i efterhand, utan den ansåg helt enkelt att denna kontroll inte påverkade dess slutsats (punkterna 303, 340, 347 och 348 i den överklagade domen).

54. Slutligen förefaller klagandena (punkt 334 i överklagandet) ha kritiserat den andra delen av punkt 341 i den överklagade domen angående den nationella grossistprodukten, såvitt tribunalen hade missförstått de faktiska omständigheterna. Tribunalen hade dels förbisett att de hade uppgett att deras nationella infrastruktur var en del av en större marknad som inbegrep accessnätet och åtminstone det regionala tillträdet, vilket var föremål för förhandsreglering av CMT, dels att de kontrollerades i



efterhand av CMT. Det är tillräckligt att härvidlag anföra att frågan om CMT utövade kontroll eller ej rör de faktiska omständigheterna och att tribunalens slutsatser är tydliga på denna punkt. Klagandenas argument är i vart fall verkningslösa eftersom enbart det faktum att en efterhandskontroll möjligen kan förekomma inte kan medföra att det är uteslutet att tillämpa konkurrensrätten.

– Andra anmärkningen

55. Genom denna anmärkning (punkt 338 i överklagandet) förefaller klagandena ha kritiserat punkterna 343–352 i den överklagade domen, såvitt tribunalen felaktigt fann att kommissionens uteblivna ingripande och CMT:s handlande inte hade kunnat skapa berättigade förväntningar om att deras prissättning var förenlig med artikel 102 FEUF. Dessa argument anser jag inte kan tas upp till sakprövning, eftersom de enbart utgör kritik som formulerats mot tribunalens oberoende bedömning av de faktiska omständigheterna.

56. Jag anser mot bakgrund av det ovan anförda att den sjunde grunden delvis ska avvisas och delvis lämnas utan bifall.

3. Åttonde grunden (beräkning av böterna) och tionde grunden (underlåtenhet att fullgöra skyldigheten att utöva den obegränsade behörigheten vad gäller påföljder)

57. Jag ska inledningsvis, i syfte att föreslå att de ska underkännas, analysera det andra och det tredje argumentet i den första anmärkningen samt den andra anmärkningen i denna åttonde grundens första del. Därefter ska jag bemöda mig om att analysera det första och det fjärde argumentet i den första anmärkningen och de övriga anmärkningarna i den åttonde grunden samt den tionde grunden vilka alla på ett eller annat sätt hör ihop med frågan huruvida tribunalen fullt ut utövade sin obegränsade behörighet vid fastställandet av böterna.

i) Åttonde grundens första del (andra och tredje argumentet i första och andra anmärkningen)

58. I det andra argumentet i den första anmärkningen förefaller klagandena (punkt 371 i överklagandet) ha kritiserat punkt 384 i den överklagade domen, såvitt tribunalen felaktigt ansåg att de befann sig i en monopolliknande situation. Tribunalen förbisåg härvid vissa av marknadens väsentliga kännetecken, som möjligheten att duplicera grossistprodukterna, det faktum att marknaden var omstridd, den stränga reglering som klagandena var underkastade och det indirekta konkurrenstrycket. Eftersom detta argument inte har något annat syfte än att ifrågasätta tribunalens bedömning av de faktiska omständigheterna, kan det inte tas upp till sakprövning.

59. Genom det tredje argumentet i den första anmärkningen förefaller klagandena (punkt 374 i överklagandet) ha kritiserat punkt 385 i den överklagade domen, såvitt tribunalen felaktigt fann att beräkningsmetoden av marginalpressen följer av kommissionens tidigare beslutspraxis, även om det är riktigt att den innehåller många nya beståndsdelar, bland annat en ny insatsvara som inte är outhärlig och en marknad som befinner sig i utveckling.

60. Klagandena har upprepat tanken om att påföljden inte var förutsebar, eftersom det i deras fall rörde sig om en insatsvara (i detta fall "Telefónicas lokala accessnät") som inte var nödvändig<sup>22</sup> och de har upprepade gånger hänvisat till domen i målet Bronner<sup>23</sup>, till den omständigheten att prejudikaten uteslutande rörde "outhärliga insatsvaror" och till domen i målet Industrie des poudres sphériques

22 — Punkterna 276, 289, 293, 295, 330, 336, 366, 371, 374 och 482 i överklagandet.

23 — Punkterna 276, 288, 289, 295 och 298 i överklagandet.

mot kommissionen<sup>24</sup> (och de har påstått att frågan om priset måste vara orimligt högt eller innebära underprissättning i konkurrensbegränsande syfte inte kunde besvaras entydigt). Vad beträffar domen i målet Bronner, konstaterar jag att frågan om klaganden var skyldig att tillhandahålla produkten eller ej inte uppkom i det fallet, då denna skyldighet redan förelåg. För övrigt är det helt felaktigt att hävda att det i alla prejudikat talades om oundgängliga insatsvaror. Exempelvis har Telefónica underlåtit att nämna beslutet i ärendet National Carbonising angående ett missbruk som bestod i vad som i dag kallas marginalpress.<sup>25</sup> I ärendet Napier Brown<sup>26</sup> fann kommissionen att det förelåg ett missbruk av dominerande ställning i form av en marginalpress, fastän alternativ till varan i föregående led fanns att tillgå. Med andra ord krävde inte kommissionen i detta ärende att insatsvaran skulle vara oundgänglig.<sup>27</sup> Tillkännagivandet om tillämpning av konkurrensreglerna på tillträdesavtal inom telesektorn<sup>28</sup>, vilket tog upp detta problem redan år 1998, kräver inte heller att det finns en oundgänglig insatsvara eller att priset är orimligt högt eller innebär underprissättning i konkurrensbegränsande syfte. Den fråga som tribunalen i realiteten ställdes inför var huruvida det fanns prejudikat som krävde att insatsvaran var oundgänglig och inte motsatsen.

61. Dessutom är det argument som klagandena framförde i första instans (punkt 341 i överklagandet), enligt vilket insatsvarans egenskap av "icke nödvändig" i det fallet inte var uppenbar, till och med verkninglös, eftersom kommissionen inte alls drog slutsatsen att insatsvaran var oundgänglig, då den beteckningen inte är ett villkor för det resonemang som kommissionen använder sig av för att fastställa att det föreligger ett missbruk. Vad angår domen i det ovannämnda målet Industrie des poudres sphériques mot kommissionen räcker det att anföra att klagandena enbart insisterat på att deras läsning av domen är den riktiga, utan att verkligen gå in i diskussionen om den samlade tolkning som kommissionen och tribunalen har gjort av denna dom.

62. Vad beträffar klagandenas argument angående nya uppgifter som kommissionen använt och som tribunalen förbisett, räcker det att slå fast att det inte kan tas upp till sakprövning, då det framförts i första instans endast för att böterna skulle sänkas och inte i syfte att bestrida det faktum att kommissionen kunde ålägga böterna. När det sedan mer specifikt gäller argumentet angående marknader som befinner sig i utveckling, rörde besluten i de ovannämnda ärendena Wanadoo Interactive<sup>29</sup> och Deutsche Telekom också snabbt växande marknader, så det var tydligt att denna omständighet i sig inte kunde utesluta att det förelåg ett missbruk.

63. Klagandena förefaller slutligen genom sin andra anmärkning ha kritiserat punkterna 377–407 i den överklagade domen, såvitt tribunalen gjorde sig skyldig till flera fall av felaktig rättstillämpning vid sin bedömning av ifrågavarande missbruks konkreta verkningar och mer specifikt (i vart fall som det verkar): (i) punkterna 394–398 i den överklagade domen, såvitt tribunalen gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den bedömde hur deras marknadsandel på slutkundsmarknaden hade utvecklats (punkt 380 i överklagandet), (ii) punkt 399 i den överklagade domen, såvitt tribunalen hade missförstått de faktiska omständigheterna eftersom kommissionen själv hade medgett i det omtvistade

24 — Se punkterna 295 och 482 i överklagandet och förstainstansrättens dom av den 30 november 2000 i mål T-5/97, Industrie des poudres sphériques mot kommissionen (REG 2000, s. II-3755).

25 — Beslut i vilket kommissionen beslutade om säkerhetsåtgärder och förklarade vilka villkor som ska vara uppfyllda för att detta beteende ska betraktas som missbruk (kommissionens beslut 76/185/EKSG av den 29 oktober 1975, om säkerhetsåtgärder avseende National Coal Board, National Smokeless Fuels Ltd och National Carbonising Company Ltd (EGT L 35, 1976, s. 6)).

26 — Se kommissionens beslut 88/518/EEG av den 18 juli 1988 om ett förfarande enligt artikel [102 FEUF] (IV/30.178 – Napier Brown – British Sugar) (EGT L 284, s. 41), skäl 66.

27 — Det kan noteras att enligt domen i det ovannämnda målet TeliaSonera Sverige, punkt 69, är det i samband med prövningen av marginalpressens effekter som grossistproduktens eventuella oundgänglighet kan bli relevant. Se även förslag till avgörande av generaladvokaten Mazák i det målet.

28 — EGT C 265, 1998, s. 2, punkterna 117–119.

29 — Kommissionens beslut av den 16 juli 2003 om ett förfarande enligt artikel [102 FEUF] (ärende COMP/38.233 - Wanadoo Interactive) (nedan kallat beslutet i ärendet Wanadoo Interactive). Se, i detta avseende, dom av den 2 april 2009 i mål C-202/07 P, France Télécom mot kommissionen (REG 2009, s. I-2369), samt förslag till avgörande av generaladvokaten Mazák i detta mål. Såsom denne dock anmärkte i sitt förslag till avgörande (punkt 57) inför domen i det ovannämnda målet TeliaSonera Sverige: "[d]ynamiska och snabbt växande marknader är inte undantagna från tillämpningen av artikel 102 FEUF, men kommissionen [borde], när det är motiverat, ingripa med stor försiktighet på sådana marknader och om nödvändigt ändra sitt gängse tillvägagångssätt, vilket med framgång gjordes i Wanadoo [Interactive]-ärendet."

beslutet att två operatörer hade uppnått en marknadsandel som översteg 1 procent (Wanadoo och Ya.com) (punkt 385 i överklagandet), (iii) punkt 401 i den överklagade domen, såvitt tribunalen felaktigt hade funnit att klagandenas högre tillväxttakt på grossistmarknaden utgjorde ett indicium på konkreta utestängningseffekter för deras konkurrenter (punkt 390 i överklagandet), (iv) punkt 407 i den överklagade domen, såvitt tribunalen felaktigt ansåg att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den ansåg att de höga slutkundspriserna i Spanien utgjorde ett trovärdigt indicium på den konkreta påverkan som Telefónicas beteende haft på den spanska marknaden, fastän kommissionen inte hade visat att det fanns ett orsakssamband mellan ifrågavarande missbruk och de höga slutkundspriserna (punkt 393 i överklagandet), och (v) punkt 409 i den överklagade domen, såvitt tribunalen felaktigt ansåg att kommissionen med rätta kunde betrakta det förhållandet att marknadspenetrationen för bredband var låg i Spanien som ett trovärdigt indicium på den konkreta påverkan som Telefónicas beteende haft på den spanska marknaden. Tribunalen bortsåg då från andra faktorer som klagandena åberopat vilka förklarar dessa låga siffror (punkt 399 i överklagandet).

64. Jag bedömer att den processinvändning som framställts mot den andra anmärkningen i dess helhet av kommissionen och France Telecom ska bifallas. Anmärkningen bygger på påståenden som inte har tagits upp i första instans och genom den anmodas domstolen att ompröva faktiska omständigheter. I vart fall tillämpade tribunalen det riktiga kriteriet, nämligen att det ska finnas ”konkreta, tillförlitliga och tillräckliga indicier som gör det möjligt för den att bedöma vilket faktiskt inflytande som överträdelsen har kunnat ha på konkurrensen” (punkt 390 i den överklagade domen), och klagandena har endast bestritt att indicierna var tillräckliga, utan att nämna att det skett något missförstånd.

ii) Första och fjärde argumentet i första anmärkningen, tredje och fjärde anmärkningen i första delen och återstoden av åttonde grunden samt tionde grunden

65. Jag ska redogöra för parternas argument innan jag gör en syntes av dem för att isolera den väsentliga fråga som ställts till domstolen i detta överklagande.

#### – Parternas argument

66. I det första argumentet i den första anmärkningen (punkt 362 i överklagandet) förefaller klagandena ha kritiserat punkterna 382–387 i den överklagade domen, såvitt tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den kvalificerade överträdelsens karaktär med avseende på 1998 års riktlinjer för beräkning av böter. Tribunalen ansåg bland annat att ett konstaterande av att rättssäkerhetsprincipen inte har åsidosatts med nödvändighet innebär att det föreligger ett ”typiskt missbruk”. Enligt klagandena syftade deras resonemang om rättssäkerhetsprincipen till att visa att de inte var i stånd att förutse att deras beteende var rättsstridigt. Argumentet angående ett typiskt missbruk syftade däremot till att visa att det inte rörde sig om ett uppenbart missbruk eller ”clear-cut” med avseende på 1998 års riktlinjer. Klagandena har tillagt att de var berättigade att tvivla på att deras beteende utgjorde ett missbruk.

67. Kommissionen har väsentligen hävdats att tribunalen angrep frågan om det förelåg ett typiskt missbruk genom att på ett synnerligen utförligt sätt i punkterna 353–369 i den överklagade domen bemöta vart och ett av de argument som framförts i första instans för att komma fram till slutsatsen att prejudikaten var tillräckligt klara.

68. Genom det fjärde argumentet i den första anmärkningen har klagandena (punkt 375 i överklagandet) kritiserat, bland annat, punkt 386 i den överklagade domen, såvitt tribunalen felaktigt hade vägrat att kvalificera överträdelsen som ”allvarlig” i stället för ”mycket allvarlig” under den tidsperiod som föregick offentliggörandet av beslutet i det ovannämnda Deutsche Telekom-ärendet.

69. Kommissionen har hävdad att den överklagade domen ska läsas i sin helhet och att tribunalen fann att överträdelsen var ”mycket allvarlig” oberoende av beslutet i det ovannämnda Deutsche Telekom-ärendet.

70. I en tredje anmärkning förefaller klagandena (punkt 409 i överklagandet) ha kritiserat punkterna 412 och 413 i den överklagade domen, såvitt tribunalen åsidosatte principen om icke-diskriminering, dels när den fann att kommissionens beslutspraxis inte utgör den rättsliga ramen för åläggande av böter på konkurrensområdet ens när det finns prejudikat som är mycket likartade, som i deras fall, besluten i de ovannämnda ärendena Wanadoo Interactive och Deutsche Telekom.

71. Enligt kommissionen framgår det inte av denna anmärkning att det skett någon felaktig rättstillämpning, i och med att ingen rättsregel utgör hinder mot att en överträdelse vars räckvidd är begränsad till en medlemsstat kvalificeras som ”mycket allvarlig”. Kommissionen har i övrigt hänvisat till punkt 413 i den överklagade domen där tribunalen förklarade de betydande olikheterna i förhållande till tidigare ärenden, vilka aldrig har bestritts av klagandena.

72. I den fjärde anmärkningen förefaller klagandena (punkt 414 i överklagandet) ha kritiserat punkterna 415–420 i den överklagade domen, såvitt tribunalen hade underlåtit att beakta överträdelsens varierande svårighetsgrad under den period som överträdelsen pågick.

73. Kommissionen har i huvudsak hävdad att den medgav i skälen 750 och 760 i det omtvistade beslutet att överträdelsen hade varit ”mindre allvarlig” under vissa perioder, vilket visar att den varierande svårighetsgraden beaktades vid beräkningen av böterna. Kommissionen har även understrukit att en uppdelning i två olika perioder inte kan komma i fråga eftersom tribunalen anser att överträdelsen var mycket allvarlig under båda perioderna.

74. I den åttonde grundens andra del, har klagandena anfört att det skett åsidosättanden av proportionalitetsprincipen, principen om likabehandling och principen att straff ska vara individuella. Klagandena förefaller i sin första anmärkning (punkt 424 i överklagandet) ha kritiserat punkterna 424–427 i den överklagade domen, såvitt tribunalen hade beslutat under det att den åsidosatte principen om icke-diskriminering att kommissionens beslutspraxis inte utgör den rättsliga ramen för åläggande av böter på konkurrensområdet.

75. Kommissionen har erinrat om att den redogjorde i första instans för olikheterna mellan förevarande ärende och de ärenden som nämnts av klagandena och tillagt att den har befogenhet att höja nivån på böterna, särskilt när föregående nivå inte har visat sig vara avskräckande. Den omständigheten att grundbeloppet är mycket högre än det som ålades i besluten i de ovannämnda ärendena Wanadoo Interactive och Deutsche Telekom är inte relevant för bedömningen av huruvida grundbeloppet i förevarande fall är lagenligt.

76. I den andra anmärkningen förefaller klagandena (punkt 428 i överklagandet) ha kritiserat punkterna 428–432 i den överklagade domen, såvitt tribunalen, utan att utöva sin obegränsade behörighet för att kontrollera huruvida påföljden var proportionerlig, således åsidosatte proportionalitetsprincipen och helt enkelt gömde sig bakom det utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen har vid fastställandet av böter.

77. Kommissionen har i huvudsak noterat att tribunalen inte endast hänvisade till kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning, utan faktiskt kontrollerade i punkt 432 i den överklagade domen om böterna var oproportionerliga.

78. Klagandena förefaller genom sin tredje anmärkning (punkt 432 i överklagandet) ha kritiserat punkt 433 i den överklagade domen, såvitt tribunalen underlät att utöva sin obegränsade behörighet för att kontrollera huruvida principen om böternas avskräckande verkan felaktigt hade getts företräde framför principen att straff ska vara individuella.

79. Kommissionen har medgett att den inte kan se den av klagandena påstådda felaktiga rättstillämpningen. Kommissionen har dels understrukt att ingen rättsprincip säger att den ”individualpreventiva verkan” måste ges företräde framför den ”allmänpreventiva verkan”, dels att det omtvistade beslutet förklarar på ett ytterst ingående sätt skälet till att böterna anpassades med hänsyn till omständigheterna i förevarande fall.

80. I den fjärde anmärkningen slutligen, förefaller klagandena (punkt 435 i överklagandet) ha kritiserat punkterna 434 och 435 i den överklagade domen, såvitt tribunalen hade åsidosatt motiveringsskyldigheten genom att slå fast att kommissionen inte var skyldig att särskilt omsorgsfullt motivera sitt beslut att ålägga betydligt högre böter än i besluten i de ovannämnda ärendena Wanadoo Interactive och Deutsche Telekom.

81. Kommissionen har väsentligen gjort gällande att, i den mån klagandena har förebrått tribunalen att den endast kontrollerade att uppgifterna ”fanns” i det omtvistade beslutet, den fjärde anmärkningen inte visar på någon felaktig rättstillämpning, eftersom det inom ramen för motiveringen ska kontrolleras om kommissionen har anfört tillräckliga skäl och inte om den har lagt fram bevisning till stöd för dem.

82. I den åttonde grundens tredje del har klagandena (punkterna 439 och 440 i överklagandet) hävdade att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning i punkterna 437–443 i den överklagade domen när den prövade den höjning som gjorts av böternas grundbelopp i avskräckande syfte.

83. Kommissionen och France Telecom har inledningsvis anmärkt att punkterna 437–443 i den överklagade domen med precision avfärdar de argument som klaganden framfört. Sedan har kommissionen understrukt att unionsdomstolarna har bekräftat att den praxis är lagenlig som består i att höja de stora företagens böter som skedde i domarna i målen Showa Denko mot kommissionen och Lafarge mot kommissionen.<sup>30</sup> Slutligen har kommissionen tillagt att en höjning med 25 procent är mycket lägre än den som kommissionen brukar tillämpa.

84. I den åttonde grundens fjärde del, som formellt är inbegripen i den tredje delen i överklagandet, har klagandena (punkt 445 i överklagandet) i huvudsak anfört att tribunalen gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning i samband med att den undersökte i punkterna 444–452 i den överklagade domen om deras beteende kunde kvalificeras som en ”varaktig överträdelse”.

85. Vad beträffar överträdelsens upphörande, har kommissionen betonat att det inte fanns någon uppgift i de handlingar i ärendet som klagandena tillhandahållit, vilken vittnade om att priserna ändrats under perioden juni–december 2006.

86. I den åttonde grundens femte del som formellt är inbegripen i den tredje delen i överklagandet, har klagandena (punkt 453 i överklagandet) i huvudsak påstått att tribunalen gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning vid prövningen i punkterna 453–461 i den överklagade domen av nedsättningen av böterna med hänsyn till förmildrande omständigheter.

87. Vad gäller oaktsamheten har kommissionen gjort gällande att tribunalen omsorgsfullt bedömde denna aspekt i punkt 458 i den överklagade domen som ska läsas mot bakgrund av den överklagade domen i dess helhet. Vad angår ärendets oprövade karaktär, anser kommissionen att tribunalen hade rätt att i punkt 461 i den överklagade domen hänvisa till punkterna 356–368 i samma dom, eftersom den redan i dem hade prövat överträdelsens svårighetsgrad och en förmildrande omständighet även bidrar till bedömningen av hur allvarlig överträdelsen är.

30 — Dom av den 29 juni 2006 i mål C-289/04 P, Showa Denko mot kommissionen (REG 2006, s. I-5859), respektive av den 17 juni 2010 i mål C-413/08 P, Lafarge mot kommissionen (REU 2010, s. I-5361).

88. I sin tionde grund har klagandena (punkt 474 i överklagandet) påstått att tribunalen åsidosatte artikel 229 EG (nu artikel 261 FEUF) genom att inte fullgöra skyldigheten att utöva sin obegränsade behörighet i fråga om påföljder.

89. Kommissionen har hävdats att vart och ett av de påståenden som formulerats inom ramen för den tionde grunden har tillbakavisats på ett utförligt sätt i dess bemötande av de övriga grunderna.

– Bedömning

90. Som det kan konstateras vid en läsning av parternas argument förhåller det sig så att den första anmärkningen (dess första och andra argument), den tredje och fjärde anmärkningen i den åttonde grundens första del, den första, andra, tredje och fjärde anmärkningen i den åttonde grundens andra del samt dess tredje, fjärde och femte del och slutligen den tionde grunden i hög grad överlappar varandra. Alla klagandenas argument angående beräkningen av böterna avser väsentligen tribunalens utövande av dess obegränsade behörighet, iakttagandet av proportionalitetsprincipen, principen om icke-diskriminering och principen att straff ska vara individuella. Jag tänker således i det följande analysera frågan huruvida tribunalen i den överklagade domen verkligen utövade sin obegränsade behörighet, i enlighet med sin skyldighet eller om den felaktigt endast forskansade sig bakom kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning.

α) Del 1: Kommissionens rättigheter och skyldigheter

91. Enligt rättspraxis krävs det – inom ett och samma beslut som kommissionen har meddelat – för att principen om icke-diskriminering och proportionalitetsprincipen ska kunna iaktas att samma beräkningsmetod används för samtliga medlemmar av kartellen.<sup>31</sup> Domstolen har emellertid vid flera tillfällen slagit fast att ”kommissionens tidigare beslutspraxis inte utgör den rättsliga ramen för åläggande av böter på konkurrensområdet och att beslut i andra ärenden endast är vägledande vid fastställelsen av om det förekommer diskriminering”.<sup>32</sup>

92. ”Det förhållandet att kommissionen tidigare har ålagt böter på en viss nivå för vissa typer av överträdelser hindrar den [således] inte från att höja denna nivå, om en höjning bedöms vara nödvändig för att genomföra unionens konkurrenspolitik, som uteslutande definieras i rådets förordning (EG) nr 1/2003.”<sup>33</sup> Tribunalen har tillagt<sup>34</sup> att ”[k]ommissionen ... nämligen inte [är] skyldig att fastställa böter som precis överensstämmer med dem som fastställts i andra ärenden”.

93. Domstolen har nämligen understrukit att ”genomförandet av unionens konkurrenspolitik kräver att kommissionen kan anpassa böternas nivå efter konkurrenspolitikens behov”<sup>35</sup>, särskilt när de nivåer som tidigare tillämpats inte har visat sig vara avskräckande.

31 — Se, bland annat, dom av den 16 november 2000 i mål C-291/98 P, Sarrió mot kommissionen (”Kartongkartellen”) (REG 2000, s. I-9991), punkterna 91–101.

32 — Dom av den 19 april 2012 i mål C-549/10 P, Tomra Systems m.fl. mot kommissionen, punkt 104. Se även dom av den 21 september 2006 i mål C-167/04 P, JCB Service mot kommissionen (REG 2006, s. I-8935), punkt 205, och av den 24 september 2009 i de förenade målen C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P och C-137/07 P, Erste Group Bank m.fl. mot kommissionen (REG 2009, s. I-8681), punkt 233.

33 — Se domen i det ovannämnda målet Tomra Systems m.fl. mot kommissionen, punkt 105, och för ett liknande resonemang, domen i de ovannämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 227.

34 — Se tribunalens dom av den 9 september 2010 i mål T-155/06, Tomra Systems m.fl. mot kommissionen (REU 2010, s. II-4361), punkt 314.

35 — Se domstolens dom i det ovannämnda målet Tomra Systems m.fl. mot kommissionen, punkt 106, och, för ett liknande resonemang, dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80-103/80, Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen (”Pioneer”) (REG 1983, s.1825; svensk specialutgåva, s.133), punkt 109.

94. Fortfarande enligt domstolen, ska det tilläggas att ”överträdelsernas allvar skall fastställas utifrån ett stort antal omständigheter, såsom bland annat de särskilda omständigheterna i målet, dess sammanhang och böternas avskräckande verkan, och detta utan att det fastställts någon tvingande eller uttömmande förteckning över kriterier som obligatoriskt skall beaktas”.<sup>36</sup>

95. Det är också lämpligt att citera rättspraxis från förstainstansrätten i vilken den har haft anledning att uttala sig i dessa frågor. Förstainstansrätten noterade med rätta i domen i målet Archer Daniels Midland mot kommissionen att ”[d]et följer av ... jämförelser med andra beslut som kommissionen har antagit i fråga om böter att dessa beslut endast kan vara relevanta med avseende på iakttagandet av principen om likabehandling om det visas att de *faktiska omständigheterna i de ärenden som dessa andra beslut gäller, nämligen marknaderna, produkterna, länderna, företagen och de berörda tidsperioderna är jämförbara med dem i förevarande mål*”<sup>37</sup> (min kursivering).

96. I domen i målet Tréfilunion mot kommissionen (”kartellen för svetsat armeringsjärn”)<sup>38</sup> preciserade förstainstansrätten just att ”även om det vore önskvärt att företagen – för att bedöma sin ställning med fullt vetskap om saken – enligt det system som kommissionen anser vara lämpligt, i detalj skulle kunna få kännedom om sättet att beräkna beloppet av de böter som har ålagts dem utan att för den skull vara tvungna att väcka talan mot kommissionens beslut – vilket skulle strida mot principen om god förvaltnings sed – kan yrkandet rörande den bristfälliga motiveringen i det föreliggande fallet och med beaktande av nämnd rättspraxis, i beslutet behandlade sakförhållanden och bristen på samarbete från sökandesidan ... inte bifallas” (min kursivering).

97. För övrigt har tribunalen med rätta angett i sin rättspraxis att ”[n]är kommissionen beslutar att ålägga böter med stöd av de konkurrensrättsliga bestämmelserna är den skyldig att iaktta de allmänna rättsprinciperna. Bland dessa principer finns principen om likabehandling och proportionalitetsprincipen, som de tolkats av unionsdomstolen”.<sup>39</sup>

98. När jag sammanfattar det ovan anförda konstaterar jag att kommissionens motiveringsskyldighet, vars betydelse nyligen åter har bekräftats i domarna i målen Chalkor mot kommissionen och KME Germany m.fl. mot kommissionen (”kartellen på marknaden för rör för industriellt bruk/VVS-kopparrör”) samt i Europadomstolens rättspraxis<sup>40</sup> är det denna skyldighet som är mest relevant vid bedömningen av huruvida principen om icke-diskriminering och proportionalitetsprincipen har iakttagits och vid en jämförelse med kommissionens tidigare beslut såvitt det i dem har ålagts böter.

36 — Se domstolens dom i det ovannämnda målet Tomra Systems m.fl. mot kommissionen, punkt 107, och, för ett liknande resonemang, dom av den 17 juli 1997 i mål C-219/95 P, Ferriere Nord mot kommissionen (REG 1997, s. I-4411), punkt 33.

37 — Förstainstansrättens dom av den 27 september 2006 (REG 2006, s. II-3627), punkt 316, och där angiven rättspraxis. Denna rättspraxis har bekräftats av tribunalens dom av den 29 juni 2012 i mål T-360/09, E.ON Ruhrgas och E.ON mot kommissionen, punkt 262. Jag noterar att domen i det ovannämnda målet Archer Daniels Midland mot kommissionen upphävdes av domstolen av skäl som inte har något samband med denna fråga (dom av den 9 juli 2009 i mål C-511/06 P, Archer Daniels Midland mot kommissionen, REG 2009, s. I-5843).

38 — Förstainstansrättens dom av den 6 april 1995 i mål T-148/89, Tréfilunion mot kommissionen (REG 1995, s. II-1063), punkt 142.

39 — Se, bland annat, förstainstansrättens dom i det ovannämnda målet Archer Daniels Midland mot kommissionen, punkt 315, tribunalens dom av den 13 juli 2011 i mål T-138/07, Schindler Holding m.fl. mot kommissionen (REU 2011, s. II-4819), punkt 105, och av den 12 december 2012 i mål T-352/09, Novácke chemické závody a.s. mot kommissionen, punkt 44.

40 — Domar av den 8 december 2011 i mål C-389/10 P, KME Germany m.fl. mot kommissionen (REU 2011, s. I-13125), i mål C-272/09 P, KME Germany m.fl. mot kommissionen (REU 2011, s. I-12789) (nedan kallad domen i målet KME m.fl. mot kommissionen), och i mål C-386/10 P, Chalkor mot kommissionen (REU 2011, s. I-13085) (nedan kallad alla tre domarna gemensamt för domarna i målen Chalkor och KME), samt Europadomstolens dom i mål A. Menarini Diagnostics mot Italien av den 27 september 2011 (ansökan nr 43509/08).

99. Först och främst fann domstolen i punkt 73 i domen i det ovannämnda målet Sarrió mot kommissionen<sup>41</sup> att "[e]nligt den rättspraxis som åberopas i punkterna 341 och 342 i den överklagade domen<sup>[42]</sup> är det väsentliga formkrav som motiveringsskyldigheten utgör uppfyllt om kommissionen i sitt beslut har redovisat de uppgifter som legat till grund för dess bedömning av överträdelsens svårighetsgrad och varaktighet. Om sådana uppgifter saknas är beslutet ogiltigt på grund av bristande motivering."

100. Domstolen tillade vidare i punkt 76 i denna dom att "[k]ommissionen skulle självfallet inte kunna avsäga sig sin befogenhet att göra skönmässiga bedömningar genom att uteslutande och rutinmässigt hänvisa till matematiska formler. *Den kan emellertid förse beslutet med en motivering som går utöver de krav, om vilka det erinras i punkt 73 i denna dom, bland annat genom att redovisa de sifferuppgifter som — i synnerhet beträffande den eftersträlvade avskräckande verkan — varit vägledande vid den skönmässiga bedömningen när det gällt att fastställa de böter som har ålagts ett flertal företag, vilka i olika hög grad har deltagit i överträdelsen*" (min kursivering).

101. Slutligen slog domstolen fast i punkt 77 i domen att "[d]et kunde vara önskvärt att kommissionen utnyttjade denna möjlighet så att företagen *mer i detalj kunde få reda på hur de böter som ålagts dem har beräknats*. På ett mera allmänt sätt kunde detta bidra till en ökad insyn i det administrativa förfarandet och *underlätta förstainstansrättens utövande av sin [obegränsade behörighet]. Det skall inom ramen för denna vara möjligt för förstainstansrätten att pröva – förutom det ifrågasatta beslutets lagenlighet – huruvida de ålagda böterna är lämpliga*. Denna möjlighet kan emellertid inte ändra omfattningen av de krav som följer av motiveringsskyldigheten ..." (min kursivering).

102. Det framgår klart av denna rättspraxis att kommissionens tillkännagivande av metoden för beräkning av böter endast medför en "önskvärd" möjlighet som inte i strikt mening är en motiveringsskyldighet. Då det endast krävs att de uppgifter anges som legat till grund för kommissionens bedömning av överträdelsens svårighetsgrad och varaktighet,<sup>43</sup> kan man fråga sig om det betyder att kommissionen samtidigt både kan tåga om beräkningsmetoden för böterna och inte utförligt förklara varför den höjde böterna så drastiskt i förhållande till prejudikat som uppvisar en mycket hög grad av jämförbarhet och detta mot bakgrund av domarna i de ovannämnda målen Chalkor och KME samt Menarini, såtillvida att dessa domar förtydligade räckvidden av tribunalens skyldighet att utöva sin obegränsade behörighet.

103. Jag erinrar om att domstolen inledningsvis preciserade i punkt 60 i domen i det ovannämnda målet Chalkor mot kommissionen att "[r]iktlinjerna, som enligt domstolen ska betraktas som vägledande förhållningsregler för den praxis som ska följas och från vilka kommissionen, i ett enskilt fall, inte kan avvika utan att ange skäl som är förenliga med likabehandlingsprincipen<sup>[44]</sup> *begränsar sig till att beskriva den metod som kommissionen använder när den bedömer överträdelsen och de kriterier som den förbinder sig att beakta när den fastställer bötesbeloppet*".

41 — Jag tillägger att denna rättspraxis har bekräftats bland annat av dom av den 2 oktober 2003 i mål C-199/99 P, Corus UK mot kommissionen (REG 1999, s. I-11177), punkterna 149 och 150, samt av den 15 oktober 2002 i de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P-C-252/99 P och C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen (REG 2002 s. I-8375), punkterna 463 och 464.

42 — Det vill säga domstolens beslut av den 25 mars 1996 i mål C-137/95 P, SPO m.fl. mot kommissionen (REG 1996, s. I-1611), punkt 54, och förstainstansrättens dom av den 11 december 1996 i mål T-49/95, Van Meegen Sports mot kommissionen (REG 1996, s. II-1799), punkt 51.

43 — Det kan noteras härvidlag att 2006 års riktlinjer innebar ett visst framsteg, eftersom det där infördes att grundbeloppet skulle fastställas i förhållande till företagets försäljning. Se kommissionens tillkännagivande, med titeln "Riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003" (EUT C 210, 2006, s. 2), punkterna 12–26.

44 — Dom av den 18 maj 2006 i mål C-397/03 P, Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen (REGP 2006, s. I-4429), punkt 91.



104. I detta sammanhang uttalade domstolen i punkt 61 i domen i det ovannämnda målet Chalkor mot kommissionen (liksom i punkt 128 i domen i det ovannämnda målet KME Germany m.fl. mot kommissionen) att ”*skyldigheten att motivera unionens rättsakter är särskilt viktig* och kommissionen ska motivera sitt beslut och bland annat förklara sin viktning och bedömning av de omständigheter som tagits i beaktande. ... Unionsdomstolen ska ex officio pröva om ett beslut är motiverat” (min kursivering).

105. Jag erinrar även om att det preciseras i domstolens rättspraxis<sup>45</sup> ”att ett kommissionsbeslut som ligger i linje med fast beslutspraxis får ges en summarisk motivering, med hänvisning till denna praxis. Om kommissionen i beslutet däremot går längre än i sina tidigare beslut åligger det den att på *ett uttryckligt sätt* utveckla sitt resonemang” (min kursivering). Utan denna förklaring blir en prövning med utövande av den obegränsade behörigheten mycket svårare att förstå.

106. Slutligen konstaterar jag att kommissionens motivering framstår som betydligt mer transparent och utförlig när den ”föreslår”böter eller viten (i ett förfarande angående två fördragsbrott) (artikel 260.2 FEUF) än när den själv ”beslutar” att ålägga böter (i ett konkurrensärende).<sup>46</sup>

## β) Del 2: Tribunalens obegränsade behörighet

### αα) Teorin om den obegränsade behörigheten

107. Genom Romfördraget av den 25 mars 1957<sup>47</sup> erhöll domstolen en mycket speciell befogenhet vad gäller påföljder, nämligen den obegränsade behörigheten. Den gör det möjligt för domstolen att på det konkurrensrättsliga området inte endast upphäva eller fastställa ett bötesbelopp utan även höja eller sänka det.

108. Domstolen fann i punkt 130 i domen i det ovannämnda målet KME Germany m.fl. mot kommissionen att ”[l]agenlighetsgranskningen kompletteras av den obegränsade behörighet som unionsdomstolen tillerkändes genom artikel 17 i förordning nr 17 och som den nu tillerkänns genom artikel 31 i förordning nr 1/2003, i enlighet med artikel 261 FEUF. *Förutom att pröva påföljdens lagenlighet* är således unionsdomstolen behörig att ersätta kommissionens bedömning med sin egen bedömning. Följaktligen kan unionsdomstolen undanröja, sätta ned eller höja de böter eller viten som ålagts<sup>[48]</sup>” (min kursivering).

45 — Se dom av den 29 september 2011 i mål C-521/09 P, Elf Aquitaine mot kommissionen (REU 2011, s. I-8947), punkt 155, i vilket det bland annat hänvisas till dom av den 26 november 1975 i mål 73/74, Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique m.fl. mot kommissionen (REG 1975, s. 1491; svensk specialutgåva, volym 2, s. 525), punkt 31, och av den 11 december 2008 i mål C-295/07 P, kommissionen mot Département du Loiret (REG 2008, s. I-9363), punkt 44. Se även dom av den 14 februari 1990 i mål C-350/88, Delacre m.fl. mot kommissionen (REG 1990, s. I-395), punkt 15, och av den 8 november 2001 i mål C-228/99, Silos (REG 2001, s. I-8401), punkt 28, samt, för ett liknande resonemang, dom av den 20 november 1997 i mål C-244/95, Moskof (REG 1997, s. I-6441), punkt 54.

46 — Även om kommissionen inte har några problem med att tillkänna metoden för beräkning av påföljden i förfaranden med dubbla fördragsbrott – genom att den åtminstone behåller ett utrymme för skönsmässig bedömning när den fastställer vilken koefficient som ska tillämpas på varje kriterium – är det svårt att försvara att kommissionen vägrar att ge insyn i beräkningen av böterna på området för karteller (vilket skulle göra det möjligt för tribunalen att fullt ut utöva sin obegränsade behörighet). Se även De Bronett, G.-K., *Ein Vergleich zwischen Kartellgeldbußen gegen Unternehmen und "Pauschalbeträgen" gegen Mitgliedstaaten wegen Verstoß gegen EU-Recht*, ZWeR 2013, 38. För övrigt tyder det faktum att kommissionens riktlinjer finns på att dess utrymme för skönsmässig bedömning inte alls är obegränsat. Härvidlag förefaller mig den lösning som valts i Förenta staterna vara den bästa, i och med att ”sentencing guidelines” (riktlinjer för straffutmätning) gör det möjligt att förutse bötesnivån (och fängelsestraffets längd) med ganska stor precision (se Sentencing Reform Act 1984 och US Sentencing Commission Guidelines Manual på [www.ussc.gov](http://www.ussc.gov), samt Whish, R., och Bailey, D., *Competition Law*, Oxford, 7:e uppl., 2012, s. 276).

47 — Artikel 172 i Romfördraget har följande lydelse: ”I de förordningar som rådet antar enligt bestämmelserna i detta fördrag får domstolen ges en obegränsad behörighet i fråga om de påföljder som föreskrivs i förordningarna.” I artikel 17 i förordning nr 17 anges följande: ”Domstolen har oinskränkt rätt enligt artikel [229 EG/261 FEUF] att pröva beslut genom vilka kommissionen har fastställt böter eller viten. Domstolen kan upphäva, sätta ned eller höja ålagda böter eller viten.”

48 — Se även punkt 63 i domen i det ovannämnda målet Chalkor mot kommissionen och, för ett liknande resonemang, domen i de ovannämnda förenade målen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, punkt 692.

109. Utan att lydelsen i fördraget eller i de förordningar som tillerkänner EU-domstolen denna behörighet har ändrats,<sup>49</sup> har de allmänna principerna i unionsrätten, stadgans ikraftträdande (vilken enligt artikel 6.1 första stycket FEU har samma rättsliga värde som fördragen) och rättspraxis såväl från Europadomstolen som från EU-domstolen bekräftat, apropå böter som åläggs av kommissionen på konkurrensområdet, att den obegränsade behörigheten innebär att domstolen<sup>50</sup> måste göra en egen bedömning i detta avseende.

110. Det framgår bland annat av Europadomstolens dom i det ovannämnda målet Menarini, att en prövning med utövande av den obegränsade behörigheten medför en befogenhet att på alla punkter, i såväl faktiskt som rättsligt hänseende, ändra det avgörande som meddelats samt en befogenhet att utreda alla sak- och rättsfrågor som är relevanta för det mål som anhängiggjorts vid tribunalen.

111. Domaren Pinto de Albuquerque framhöll helt riktigt i sin skiljaktiga mening i samma mål att ”[p]å det principiella planet överskrider tillämpningen av offentlighetsrättsliga sanktioner förvaltningens traditionella uppgifter och den ska anförtros en domare. Om granskningen av de faktiska villkoren för tillämpning av en offentlighetsrättslig sanktion kunde förbehållas ett förvaltningsorgan, utan någon rigorös kontroll i efterhand från en domstol, skulle nämnda principer [om maktindelning och inget straff utan lag] fullständigt förvanskas” (min kursivering).

112. I domarna i de ovannämnda målen Chalkor och KME slogs det tydligt fast att tribunalens prövning med utövande av sin obegränsade behörighet innebär att den kontrollerar såväl rättsliga som faktiska omständigheter och att den har behörighet att pröva bevisningen, ogiltigförklara det omtvistade beslutet och ändra bötesbeloppet.<sup>51</sup>

113. Såsom generaladvokaten Kokott<sup>52</sup> har påpekat är frågan om tribunalen verkligen har utfört sin prövning med utövande av sin obegränsade behörighet ”en verklig rättsfråga ... Den avser omfattningen av de rättsliga krav som kan ställas på tribunalens prövning av en påstådd diskriminering och i synnerhet hur djupgående den kontroll som tribunalen i detta avseende utövar gentemot kommissionen ska vara. I detta avseende handlar det om en fråga som återkommande har diskuterats och för närvarande, inte minst med hänsyn till [stadgan] beaktas allt mer. ... I artikel 47 i stadgan ... fastställs den grundläggande rätten till effektivt domstolsskydd. Denna princip är även erkänd som en allmän princip i unionsrätten<sup>[53]</sup> ... Denna grundläggande rättighet omfattar bland annat rätten till prövning av myndighetsbeslut genom en rättvis förhandling i en *oberoende* domstol” (min kursivering).

114. I överensstämmelse med artikel 49.3 i stadgan angående legalitetsprincipen och principen att straffet ska stå i proportion till brottet är unionsdomstolarna skyldiga att säkerställa genomslaget av den princip enligt vilken ”[s]traffets stränghet bör inte vara oproportionerlig i förhållande till lagöverträdelsen”.

49 — Artikel 261 FEUF har följande lydelse: ”I de förordningar som Europaparlamentet och rådet gemensamt eller rådet ensamt antar enligt bestämmelserna i detta fördrag får domstolen ges en obegränsad behörighet i fråga om de påföljder som föreskrivs i förordningarna.” Det föreskrivs följande i artikel 31 i förordning nr 1/2003: ”EG-domstolen skall ha obegränsad behörighet att pröva beslut genom vilka kommissionen har fastställt böter eller viten. EG-domstolen får upphäva, sänka eller höja förelagda böter eller viten.”

50 — Numera ankommer detta på tribunalen inom ramen för en talan som väcks mot kommissionens beslut att ålägga böter.

51 — Se domen i det ovannämnda målet Chalkor mot kommissionen, punkt 67.

52 — Se förslaget till avgörande av generaladvokaten Kokott i de förenade målen C-628/10 P och C-14/11 P, Alliance One International och Standard Commercial Tobacco mot kommissionen och kommissionen mot Alliance One International m.fl., där domstolen meddelade dom den 19 juli 2012, punkt 95 och följande punkter.

53 — Se dom av den 22 december 2010 i mål C-279/09, DEB (REU 2010, s. I-13849), punkterna 30 och 31, av den 28 juli 2011 i mål C-69/10, Samba Diouf (REU 2011, s. I-7151), punkt 49, domen i det ovannämnda målet KME m.fl. mot kommissionen, punkt 92, samt beslut av den 1 mars 2011 i mål C-457/09, Chartry (REU 2011, s. I-819), punkt 25.

115. Härutöver har även Europadomstolen funnit att kontrollen av en administrativ sanktion innebär att domstolen granskar och analyserar på ett detaljerat sätt huruvida sanktionen är *lämplig* i förhållande till den överträdelse som begåtts, med beaktande av relevanta parametrar inklusive själva sanktionens proportionalitet och vid behov ersätter den med en annan sanktion (se domen i det ovannämnda målet Menarini, punkterna 64–66).

116. Vad beträffar prövningen av proportionaliteten ska det också erinras om att det enligt proportionalitetsprincipen, som ingår bland de allmänna principerna i unionsrätten (och som har stadfäst i stadgan), krävs att unionsinstitutionernas rättsakter inte går utöver gränserna för vad som är lämpligt och nödvändigt för att uppnå de legitima mål som eftersträvas med reglerna i fråga, varvid gäller att man när det finns flera lämpliga åtgärder att välja mellan ska använda sig av den åtgärd som är den minst ingripande och att vållade olägenheter inte får vara orimliga i förhållande till de eftersträvalda målen.<sup>54</sup>

117. I konkurrensärenden innebär detta att böterna inte ska vara orimliga i förhållande till de mål som kommissionen eftersträvar och att bötesbeloppet ska stå i proportion till överträdelsen med beaktande av bland annat hur allvarlig den varit. För detta ändamål ska tribunalen pröva alla relevanta omständigheter såsom företagets beteende och roll vid genomförandet av det konkurrensbegränsande förfarandet, dess omfattning, värdet på de ifrågavarande varorna och den vinst företaget kunnat göra genom överträdelsen, det avskräckande syfte som eftersträvas samt den risk som överträdelser av detta slag innebär för genomförandet av unionens mål.

118. Tribunalen måste med andra ord utöva sin obegränsade behörighet *fullt ut* när den bedömer om böterna är proportionerliga.<sup>55</sup>

119. Principen om icke-diskriminering ”innebär [för övrigt] att jämförbara situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling”<sup>56</sup>.

120. Detta innebär två saker. Först och främst måste kommissionens motivering göra det möjligt för tribunalen att bedöma om böterna är proportionerliga och icke-diskriminerande. Såsom domstolen uttalade ska ”[d]en motivering som krävs enligt artikel 253 EG [nu artikel 296] ... mot denna bakgrund 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 vidtagna åtgärden och *så att domstolen ges möjlighet att utföra sin prövning*”<sup>57</sup> (min kursivering), vilket i vårt fall innebär en prövning med utövande av den obegränsade behörigheten.

54 — Se, bland annat, dom av den 13 november 1990 i mål C-331/88, Fedesa m.fl. (REG 1990, s. I-4023), punkt 13, av den 5 oktober 1994 i de förenade målen C-133/93, C-300/93 och C-362/93, Crispolti m.fl. (REG 1994, s. I-4863), punkt 41, och av den 12 juli 2001 i mål C-189/01, Jippes mot kommissionen (REG 2001, s. I-5689), punkt 81.

55 — Jag ansluter mig här till punkterna 103–131 i förslaget till avgörande av generaladvokaten Bot i mål C-89/11 P, E.ON Energie mot kommissionen, där domstolen meddelade dom den 22 november 2012, där det bland annat hänvisas till Europadomstolens rättspraxis (dom av den 23 oktober 1995 i mål Schmautzer mot Österrike, serie A nr 328-A, av den 10 januari 2001 i mål Valico S.R.L. mot Italien, *Recueil des arrêts et décisions* 2006-III, och domen i det ovannämnda målet Menarini). Generaladvokaten Bot föreslog visserligen i sitt förslag till avgörande att tribunalens dom skulle upphävas, såvitt tribunalen inte hade utövat sin obegränsade behörighet inom ramen för prövningen av huruvida de böter som ålagts E.ON Energie var proportionella, och målet återförvisas till tribunalen för att denna skulle avgöra frågan om böternas proportionalitet. Domstolen ogillade för sin del överklagandet. Inte desto mindre kan det konstateras vid läsningen av domstolens dom att domstolen inte är oense med generaladvokaten Bot om principerna, men den visar att tribunalen i detta fall hade utövat sin obegränsade behörighet och att den hade kunnat konstatera, utan att göra sig skyldig till felaktig rättstillämpning, att böterna var proportionerliga. I vetskap om att kommissionen hade kunnat påföra E.ON Energie böter uppgående till 10 procent av dess årsomsättning, om den hade styrkt att det förekom konkurrensbegränsande verksamhet, hade tribunalen bedömt att de böter på 38 miljoner euro som ålagts för brytande av försegling, motsvarade 0,14 procent av årsomsättningen för E.ON Energie, inte kunde betraktas som överdrivna med hänsyn till att det var nödvändigt att säkerställa påföljdens avskräckande verkan.

56 — Dom av den 11 september 2007 i mål C-227/04 P, Lindorfer mot rådet (REG 2007, s. I-6767), punkt 63.

57 — Domen i det ovannämnda målet Elf Aquitaine mot kommissionen, punkt 147.

121. Detta betyder vidare att tribunalens bedömning ska vara tillräckligt fristående i förhållande till kommissionens bedömning, eftersom tribunalen inte enbart kan hålla sig till det bötesbelopp som kommissionen fastställt – på ett ganska abstrakt sätt som verkar vara fallet med grundbeloppet i detta mål – och inte heller kan känna sig bunden av kommissionens beräkningar eller överväganden i samband med fastställandet av böterna.<sup>58</sup>

122. Förstainstansrätten påpekade mycket riktigt i domen i målet Volkswagen mot kommissionen<sup>59</sup> (i vilket överklagandet ogillades av domstolen) att "[d]et ankommer nämligen på förstainstansrätten att inom ramen för sin behörighet på området *själv bedöma omständigheterna i målet för att fastställa bötesbeloppet*" (min kursivering). I nämnda dom ansåg förstainstansrätten att det mot bakgrund av samtliga omständigheter och överväganden i det aktuella fallet och med stöd av sin obegränsade behörighet att det fanns anledning att sätta ned böterna från 102 000 000 ecu till 90 000 000 euro.

123. Generaladvokaten Mengozzi<sup>60</sup> framhöll mycket riktigt att "de villkor på vilka [unions]domstolarna kan utöva sin obegränsade behörighet ska inte definieras av kommissionens riktlinjer som är en för institutionen intern organisatorisk rättsakt" och som endast utgör "soft law",<sup>61</sup> medan såsom generaladvokaten Bot<sup>62</sup> skriver "begränsar sig tribunalen i själva verket alltför ofta till att pröva huruvida kommissionen på ett korrekt sätt har tillämpat den metod som den själv har fastställt i sina riktlinjer, fastän fastställandet av böterna vanligtvis inte inbegriper några komplicerade ekonomiska bedömningar som är förbehållna kommissionen och underkastas en begränsad domstolsprövning".

124. Ett argument som ofta framförs mot den inställning som förespråkas i detta förslag till avgörande, nämligen att tribunalen inte ska eller inte kan "lägga sig i" fastställandet av böter och följaktligen inte heller i konkurrenspolitiken, som enbart är kommissionens ansvar. Jag delar inte denna uppfattning, eftersom tribunalen endast uttalar sig i ett enskilt ärende. Kommissionen behåller således alla sina befogenheter i syfte att bestämma och tillämpa sin politik i andra ärenden.

125. Det följer enligt min mening av det ovan anförda och särskilt av punkt 62 i domen i det ovannämnda målet Chalkor mot kommissionen och punkt 129 i domen i det ovannämnda målet KME Germany m.fl. mot kommissionen att tribunalen i samband med sin prövning inte får hänvisa till kommissionens utrymme för skönmässig bedömning eller enbart till att kommissionen gjort en uppenbart oriktig bedömning vid valet av omständigheter som den har beaktat vid tillämpningen av kriterierna i 1998 års riktlinjer eller vid bedömningen av dessa omständigheter, och på så sätt avstå från att göra *en fördjupad prövning av såväl rättsliga som faktiska omständigheter eller inte kräva att kommissionen förklarar sin ändrade policy i fråga om böter i ett specifikt ärende*.

58 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 september 2003 i mål C-338/00 P, Volkswagen mot kommissionen (REG 2003, s. I-9189).

59 — Förstainstansrättens dom av den 6 juli 2000 i mål T-62/98, Volkswagen mot kommissionen (REG 2000, s. II-2707), punkt 347, och där angiven rättspraxis. Domstolens dom anges i föregående fotnot.

60 — Se Mengozzi, P., "La compétence de pleine juridiction du juge communautaire", *Liber Amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Bruylant, Bryssel, 2007, s. 219–236.

61 — I detta sammanhang, se även Nehl, H.P., "Kontrolle kartellrechtlicher Sanktionsentscheidungen der Kommission durch die Unionsgerichte", i Immenga, U., och Körber, T. (förl.), *Die Kommission zwischen Gestaltungsmacht und Rechtsbindung*, Nomos, 2012, sidorna 139 och 140 ("[d]ie mit dieser Neuorientierung einhergehende Rückbesinnung des Gerichtshofs auf das 'hard law' anstelle des 'soft law' zum Zweck der gerichtlichen Kontrolle der Ausübung des Ermessens der Kommission bei der Geldbußenbemessung ist sehr zu begrüßen").

62 — Se generaladvokaten Bots artikel "La protection des droits et des garanties fondamentales en droit de la concurrence" i *De Rome à Lisbonne: mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruylant, 2013, s. 175–192.

126. Även om tribunalen enligt domstolens rättspraxis i undantagsfall får hänvisa till kommissionens ”utrymme för skönsmässig bedömning’, ’betydande utrymme för skönsmässig bedömning’ eller ’stora utrymme för skönsmässig bedömning’ [vilket den enligt min åsikt borde upphöra med], [*hindrar*] *inte dessa uttryck tribunalen från att företa en sådan fullständig prövning av de rättsliga och faktiska omständigheterna som den [är] skyldig att göra*”<sup>63</sup> (min kursivering).

127. Enligt vad domstolen uttalade i punkt 78 i domen i det ovannämnda målet Chalkor mot kommissionen ”begränsade sig i vart fall inte tribunalen till att kontrollera förenligheten med riktlinjerna, utan prövade själv, i punkt 145 i den överklagade domen, om påföljden var lämplig”.

128. Domstolen har också erinrat i domen i målet SCA Holding mot kommissionen<sup>64</sup> om att ”förstainstansrätten är *behörig* att inom ramen för sin [obegränsade behörighet] enligt artikel 172 i EG-fördraget [nu artikel 261 FEUF] och artikel 17 i förordning nr 17 [artikel 31 i förordning nr 1/2003] *pröva huruvida bötesbeloppet är lämpligt. Det kan vid denna prövning finnas skäl att begära in och beakta sådana kompletterande upplysningar som inte i sig måste finnas med i beslutet att ålägga böter för att motiveringsskyldigheten* i artikel 190 i fördraget [nu artikel 296 FEUF] skall anses vara uppfylld” (min kursivering).

129. Tribunalen ska således *själv* bedöma om böterna är lämpliga och proportionerliga och den är skyldig att *själv* konstatera att alla uppgifter som är relevanta för beräkningen av böterna verkligen har tagits i beaktande av kommissionen, eftersom tribunalen även i samband härmed måste kunna ompröva de faktiska omständigheter och förhållanden som sökandena har åberopat vid tribunalen.<sup>65</sup>

130. Tribunalen har för övrigt redan resonerat i den riktningen i vissa mål.

131. I domen i målet Roma Tabacchi<sup>66</sup> (vilken inte överklagades till domstolen) ansåg tribunalen med rätta att ”[t]ribunalens obegränsade behörighet enligt artikel 31 i förordning nr 1/2003 med tillämpning av artikel 229 EG [nu artikel 261 FEUF] innebär, utöver en kontroll av påföljdens laglighet, vilken endast tillåter den att ogilla talan om ogiltigförklaring eller upphäva den ifrågasatta rättsakten, att den har behörighet att ersätta kommissionens bedömning med sin egen bedömning och följaktligen befogenhet att ändra den omtvistade rättsakten, även om den inte ogiltigförklaras, för att, exempelvis, med beaktande av samtliga faktiska omständigheter, ändra det bötesbelopp som påförts, när frågan

63 — Se domen i det ovannämnda målet KME Germany m.fl. mot kommissionen, punkt 136. Även i fråga om prövning av lagenligheten och komplicerade ekonomiska bedömningar, preciseras i punkt 94 i domen i det ovannämnda målet KME, att ”[d]omstolen har beträffande granskningen av lagenligheten slagit fast att kommissionen, på de områden som kräver komplexa ekonomiska bedömningar, har ett utrymme för skönsmässig bedömning avseende ekonomiska frågor, *men att detta emellertid inte innebär att unionsdomstolen inte ska pröva kommissionens tolkning av ekonomiska uppgifter*. Unionsdomstolen ska nämligen inte bara pröva huruvida de bevis som åberopats är materiellt riktiga, tillförlitliga och samstämmiga, utan även om dessa bevis utgör samtliga relevanta uppgifter som ska beaktas för att bedöma en komplicerad situation och om de styrker de slutsatser som dragits ...” (min kursivering). Likaledes har Efta-domstolen, i sin dom av den 18 april 2012 i mål E-15/10, Posten Norge, punkterna 100 och 101, slagit fast att ”it must be recalled that Article 6(1) ECHR requires that subsequent control of a criminal sanction imposed by an administrative body must be undertaken by a judicial body that has full jurisdiction. Thus, the Court must be able to quash in all respects, on questions of fact and of law, the challenged decision (see, for comparison, European Court of Human Rights Janosevic v. Sweden, no 34619/97, § 81, Reports of Judgments and Decisions 2002-VII, and [domen i det ovannämnda målet Menarini], § 59). Therefore, when imposing fines for infringement of the competition rules, [EFTA Surveillance Authority (ESA)] cannot be regarded to have *any margin of discretion in the assessment of complex economic matters* which goes beyond the leeway that necessarily flows from the limitations inherent in the system of legality review [...] Furthermore [...] in a case which is covered by the guarantees of the criminal head of Article 6 ECHR, the question whether the evidence is capable of substantiating the conclusions drawn from it by the competition authority must be answered having regard to the presumption of innocence. Thus, although the Court may not replace ESA’s assessment by its own and, accordingly, it does not affect the legality of ESA’s assessment if the Court merely disagrees with the weighing of individual factors in a complex assessment of economic evidence, *the Court must nonetheless be convinced that the conclusions drawn by ESA are supported by the facts*” (min kursivering).

64 — Dom av den 16 november 2000 i mål C-297/98 P, SCA Holding mot kommissionen (REG 2000, s. I-10101), punkt 55.

65 — Denna läsning av domarna i de ovannämnda målen Chalkor och KME samt Menarini, får även stöd av bland andra Wesseling, R., och van der Woude, M., *The lawfulness and acceptability of enforcement of European cartel law*, World Competition, volym 35, nr 4 (2012), s. 573–598.

66 — Tribunalens dom av den 5 oktober 2011 i mål T-11/06, Romana Tabacchi mot kommissionen (REU 2011, s. II-6681), punkterna 265 och 266. Se, för ett liknande resonemang, domen i de ovannämnda förenade målen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, punkt 692, dom av den 8 februari 2007 i mål C-3/06, Groupe Danone mot kommissionen (REG 2007, s. I-1331) punkt 61, samt dom av den 3 september 2009 i mål C-534/07 P, Prym och Prym Consumer mot kommissionen (REG 2009, s. I-7415), punkt 86.

om detta har väckts ... tribunalens fastställande av böter är inte ... en exakt räkneoperation. *Tribunalen är vidare inte bunden av kommissionens beräkningar eller av dess riktlinjer* vid sin bedömning, när den avgör en talan i enlighet med sin [obegränsade behörighet] ... *utan måste göra en egen bedömning, med beaktande av samtliga omständigheter i målet*" (min kursivering).

132. I punkterna 283–285 i nämnda dom uttalade tribunalen att "[m]ot bakgrund av dessa omständigheter anser tribunalen att ett bötesbelopp på 2,05 miljoner euro, som det som kommissionen ålade Romana Tabacchi den 20 oktober 2005, är av sådant slag att det i sig kan medföra likvidation av företaget och följaktligen att det försvinner från marknaden, vilket vidare kan få betydande konsekvenser, vilka Romana Tabacchi angett inom ramen för den femte grunden ... Mot bakgrund av det ovan anförda anser tribunalen, med beaktande av den kumulativa effekten av de tidigare konstaterade olagligheterna och Romana Tabacchis svaga finansiella situation, att det slutliga bötesbelopp som Romana Tabacchi ska åläggas efter en rättvis bedömning av samtliga omständigheter i målet ska fastställas till 1 miljon euro. Ett sådant bötesbelopp innebär nämligen att en effektiv sanktionsåtgärd vidtas mot Romana Tabacchis rättsstridiga beteende, på ett sätt som inte är försumbart och som förblir tillräckligt avskräckande. Varje bötesbelopp som är högre än detta skulle vara oproportionerligt med hänsyn till den överträdelse som Romana Tabacchi klandras för betraktad som *helhet*. ... I förevarande mål är böter med ett belopp på 1 miljon euro en *rättvis sanktion* för det beteende som Romana Tabacchi klandras för"<sup>67</sup> (min kursivering).

133. I domen i målet Groupe Danone mot kommissionen ("Belgiska ölmarknadskartellen") fann domstolen att en grund inte kunde leda till bifall för överklagandet vilket gällde ett påstått åsidosättande från förstainstansrättens sida av regeln om *ultra petita*. Förstainstansrätten hade nämligen ändrat villkoren för tillämpningen av koefficienten för förmildrande omständigheter, utan att något yrkande om detta hade framställts. Domstolen nådde sin slutsats med hänvisning till att frågan om böternas belopp var underställd förstainstansrättens bedömning enligt artikel 229 EG [nu artikel 261 FEUF] och förordning nr 17, som ersatts av förordning nr 1/2003. Förstainstansrätten var därför behörig att undanröja, sätta ned eller öka de böter som hade ålagts av kommissionen.<sup>68</sup>

134. Såsom generaladvokaten Mengozzi<sup>69</sup> mycket riktigt har understrukit, kan denna bedömning enkelt förstås om man betraktar unionsdomstolarnas obegränsade behörighet som ytterligare en garanti för företagen för en omfattande prövning av en obunden och opartisk domstol av det bötesbelopp som de åläggs. Denna kvalificering av tribunalens obegränsade behörighet som "en ytterligare garanti" har redan bekräftats av domstolen i samband med definitionen av företagens rätt till försvar inför kommissionen med avseende på åläggande av böter.<sup>70</sup>

135. Jag är också överens med generaladvokaten Mengozzi när han säger i sitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet kommissionen mot Tomkins att denna kvalificering endast kan betyda att företagen, genom bestridande av bötesbeloppet inför tribunalen, med full vetskap om det exakta belopp som kommissionen fastställt, har möjlighet att framföra varje kritik, beträffande såväl laglighet som lämplighet, mot kommissionens beräkning av detta belopp, varför de genom varje grund till stöd för sitt försvar – utan att vara underkastade de begränsningar som kännetecknar en laglighetsprövning

67 — Se även dom av den 11 december 2003 i mål T-59/99, Ventouris mot kommissionen (REG 2003, s. II-5257), och av den 29 april 2004 i de förenade målen T-236/01, T-239/01, T-244/01-T-246/01, T-251/01 och T-252/01, Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen (REG 2004, s. II-1181).

68 — Se domen i det ovannämnda målet Groupe Danone mot kommissionen, punkterna 56 och 61–63.

69 — Se förslag till avgörande av generaladvokaten Mengozzi i mål C-286/11 P, kommissionen mot Tomkins, där domstolen meddelade dom den 22 januari 2013, punkt 40. Se även Mengozzi, P., "La compétence de pleine juridiction du juge communautaire", op. cit., s. 227.

70 — Se domen i de ovannämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 445. Se även, bland annat, förstainstansrättens dom av den 6 oktober 1994 i mål T-83/91, Tetra Pak mot kommissionen (REG 1994, s. II-755; svensk specialutgåva, s. 1), punkt 235, och av den 20 mars 2002 i mål T-23/99, LR AF 1998 mot kommissionen (REG 2002, s. II-705), punkt 200.

– kan påverka tribunalens uppfattning angående vilket bötesbelopp som är lämpligt.<sup>71</sup> För att denna funktion som ytterligare säkerhet ska vara effektiv måste det emellertid vara tillåtet för tribunalen<sup>72</sup> att beakta *alla* faktiska omständigheter inbegripet exempelvis omständigheter som inträffat efter det beslut som angripits inför den,<sup>73</sup> vilket de begränsningar som kännetecknar en laglighetsprövning i princip inte tillåter<sup>74</sup>.

136. Jag nämner även tribunalens dom i de förenade målen Siemens Österreich m.fl. mot kommissionen ("Kartellen för gasisolerade ställverk")<sup>75</sup>, där tribunalen slog fast, med stöd av principen om att straff och påföljder ska vara individuella, att "[k]ommissionen kan i detta avseende, till skillnad mot vad den anfört ... inte fritt fastställa de belopp som ska betalas solidariskt. Det följer nämligen av principen att straff och påföljder ska vara individuella ... att varje bolag måste kunna utläsa ur beslutet varigenom det åläggs böter för vilka det föreligger solidariskt betalningsansvar med ett eller flera andra bolag, den andel av böterna som ska bäras av bolaget i förhållande till sina solidariskt förpliktade medgäldenärer när kommissionen väl fått betalt. Kommissionen ska därvid bland annat precisera för vilka perioder de berörda bolagen tillskrivs (med)ansvar för de överträdelse som begåtts av de företag som deltagit i kartellen och, i förekommande fall, vilken grad av ansvar för överträdelserna som tillskrivs nämnda bolag ... Kommissionen skulle följaktligen i förevarande fall ha beaktat konstaterandena i skäl 468 i [i det i målet aktuella] beslutet, vad gäller perioderna för gemensamt ansvar för de olika bolagen i VA Tech-koncernen när den fastställde de belopp för vilka dessa bolag skulle åläggas solidariskt betalningsansvar. Dessa belopp ska i största möjliga mån spegla vikten av de enskilda delarna i ansvaret som nämnda bolag delar, såsom de definierats i nämnda skäl."

137. Tribunalen gjorde då en ingående analys av kommissionens beslut och slog ned på valet av böternas adressater och fastställandet av beloppen respektive adressaterna.

138. I punkt 166 i domen drog tribunalen slutsatsen, utan att hänvisa till kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning, "att kommissionen åsidosatte principen om att straff och påföljder ska vara individuella ... genom att hålla Reyrolle, SEHV och Magrini solidariskt betalningsansvariga för ett bötesbelopp som klart överstiger deras gemensamma ansvar, genom att inte hålla Siemens Österreich och KEG solidariskt ansvariga för betalningen av en del av det bötesbelopp som ålades SEHV och Magrini och genom att Reyrolle inte hölls ensamt ansvarigt för en del av de böter som bolaget ålades".

71 — Generaladvokaten Mengozzi har med rätta erinrat om (i fotnot 20 i sitt förslag till avgörande) att domstolen vid flera tillfällen har bekräftat att tribunalens kontroll av de böter som kommissionen har ålagt har till syfte att kontrollera huruvida det fastställda beloppet är lämpligt med hänsyn till omständigheterna i det mål den ska avgöra. Se härvidlag, bland annat, domar av den 16 november 2000 i mål C-279/98 P, Cascades mot kommissionen (REG 2000, s. I-9693), punkterna 42 och 48, och i mål C-283/98 P, Mo och Domsjö mot kommissionen (REG 2000, s. I-9855), punkterna 42 och 48.

72 — I enlighet med den rättspraxis från domstolen som anges i fotnot 66 i detta förslag till avgörande.

73 — Se, härvidlag, 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; svensk specialutgåva, s. 229), punkterna 51 och 52, och domen i det ovannämnda målet Baustahlgewebe mot kommissionen, punkt 141, samt förstainstansrättens dom i de ovannämnda förenade målen Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, punkt 274, och av den 18 juli 2005 i mål T-241/01, Scandinavian Airlines System mot kommissionen (REG 2005, s. II-2917), punkt 227.

74 — Generaladvokaten Mengozzi har tillagt att detta gör det möjligt att förstå varför domstolen exempelvis i sin dom av den 28 mars 1984 i mål 8/83, Officine Bertoli mot kommissionen (REG 1984, s. 1649), punkt 29, fann att fastän vissa särskilda omständigheter i detta mål motiverade en nedsättning av böterna med hänsyn till skälighet, talan inte kunde bifallas på den grund som sökanden hade åberopat till stöd för sin begäran om nedsättning av böterna.

75 — Tribunalens dom av den 3 mars 2011 i de förenade målen T-122/07–T-124/07, Siemens Österreich m.fl. mot kommissionen (REU 2011, s. II-793), se särskilt punkterna 153 och 154. Denna dom är föremål för ett överklagande som nu är anhängigt vid domstolen (de förenade målen C-231/11 P–C-233/11 P, kommissionen mot Siemens Österreich m.fl.). Förslaget till avgörande av generaladvokaten Mengozzi föredrogs den 19 september 2013.

139. Ett annat exempel återfinns i förstainstansrättens dom i de förenade målen *Brasserie nationale m.fl. mot kommissionen*<sup>76</sup> i vilken förstainstansrätten ansåg "[a]tt det ankommer ... på förstainstansrätten att kontrollera om det ålagda bötesbeloppet är proportionellt i förhållande till överträdelsens allvar och varaktighet samt att göra en avvägning mellan överträdelsens allvar och de omständigheter som sökanden åberopar".

140. I domen i målet *Parker Pen mot kommissionen*<sup>77</sup>, meddelad innan riktlinjerna hade antagits fann förstainstansrätten, efter det att den hade bedömt de ifrågavarande böterna, "att böterna på 700 000 ecu som hade påförts sökanden inte [var] satta till ett lämpligt belopp, bland annat med hänsyn till den ringa omsättning som överträdelsen avsåg, och att förstainstansrätten – med utövande av sin obegränsade behörighet – [kunde] sätta ned de böter som påförts Parker Pen till 400 000 ecu".

141. I domen i det ovannämnda målet *Ventouris mot kommissionen* ("Grekiska färjekartellen"), vilken inte överklagades, ansåg förstainstansrätten, denna gång efter det att riktlinjerna hade införts, att ifrågavarande böter skulle nedsättas med hänsyn till skälighet och proportionalitet. Eftersom kommissionen hade ålagt påföljder för två olika överträdelser i ett enda beslut, kräver hänsyn till skälighet och proportionalitet emellertid att ett företag som endast medverkat i en överträdelse åläggs mindre stränga påföljder än de företag som medverkat i två överträdelser. Enligt förstainstansrätten, har kommissionen genom att fastställa bötesbeloppet utifrån ett för alla företag gemensamt grundbelopp, vilket varierades med hänsyn till deras respektive storlek, men utan att göra någon som helst åtskillnad med hänsyn till företagets grad av delaktighet i den ena eller båda överträdelserna, ålagt det företag som endast har hållits ansvarigt för att ha medverkat i ett konkurrensbegränsande avtal, böter som är oproportionerligt höga i förhållande till den begångna överträdelsen.<sup>78</sup>

142. Däremot (och detta efter domarna i de ovannämnda målen *Chalkor* och *KME* samt *Menarini*!) fann tribunalen i domen i målet *Dow Chemical mot kommissionen* ("Kloroprenkummikartellen")<sup>79</sup> att "i förevarande fall handlar det i detta skede inte om att tribunalen, i avsaknad av varje konstaterande av rättsstridighet i det [omtvistade] beslutet, som fallet var i det målet *BASF* och *UCB* mot kommissionen<sup>[80]</sup> ska räkna om det bötesbelopp som påförts sökanden *utan att pröva huruvida kommissionens tillämpning av 2006 års riktlinjer på deras situation var lagenlig*" (min kursivering), en inställning som återfinns i den överklagade domen.

143. Jag framhåller att en verklig prövning av böterna av tribunalen med utövande av sin obegränsade behörighet framstår som än mer nödvändig med hänsyn till att de böter som kommissionen ålägger inte upphör att stiga. Utan att göra anspråk på att vara fullständig, ger jag här några exempel: I ärendet *Microsoft* (vilket togs upp av kommissionen vid förhandlingen) ålades detta företag böter på 497 miljoner euro år 2004, till vilka ska läggas ett vite på 280,5 miljoner euro år 2006, ett vite på 899 miljoner euro år 2008 samt böter på 561 miljoner euro år 2013.<sup>81</sup> *Intel* ålades böter på 1,06 miljarder euro.<sup>82</sup> *Saint Gobains* böter år 2008 uppgick till 896 miljoner euro (plus 1,38 miljarder euro för

76 — Dom av den 27 juli 2005 i de förenade målen T-49/02-T-51/02, *Brasserie nationale m.fl. mot kommissionen* (REG 2005, s. II-3033), punkt 170.

77 — Förstainstansrättens dom av den 14 juli 1994 i mål T-77/92, *Parker Pen mot kommissionen* (REG 1994, s. II-549), punkterna 94 och 95.

78 — Se även tribunalens dom av den 16 juni 2011 i mål T-211/08, *Putters International mot kommissionen* (REU 2011, s. II-3729), och dom av den 7 juli 1994 i mål T-43/92, *Dunlop Slazenger mot kommissionen* (REG 1994, s. II-441), domen i de ovannämnda förenade målen *Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen* och av den 16 juni 2011 i mål T-235/07, *Bavaria mot kommissionen* (REU 2011, s. II-3229). I dessa mål ersatte tribunalen kommissionens bedömning med sin egen bedömning eller bedömde huruvida böterna var lämpliga.

79 — Dom av den 2 februari 2012 i mål T-77/08, *Dow Chemical mot kommissionen*, punkt 148 (denna dom är föremål för ett överklagande som nu är anhängigt vid domstolen, se mål C-179/12 P).

80 — Dom av den 12 december 2007 i de förenade målen T-101/05 och T-111/05, *BASF* och *UCB mot kommissionen* (REG 2007, s. II-4949).

81 — Kommissionens beslut K(2004) 900 av den 24 mars 2004, om ett förfarande enligt artikel 82 EG (ärende COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*), kommissionens beslut K(2005) 4420 slutlig av den 12 juli 2006, kommissionens beslut K(2008) 764 slutlig av den 27 februari 2008, om fastställande av det slutliga vitesbelopp som ålagts *Microsoft Corp.* genom kommissionens ovannämnda beslut "*Microsoft*" samt kommissionens beslut K(2013) 1210 slutlig av den 6 mars 2013.

82 — Kommissionens beslut K(2009) 3726 slutlig av den 13 maj 2009 (ärende COMP/C-3/37.990 – *Intel*).



”Bilglaskartellen”<sup>83</sup>), Siemens böter år 2007 uppgick till mer än 396 miljoner euro (plus 750 miljoner euro för kartellen för ”gasisolerade ställverk”).<sup>84</sup> I hisstillverkarkartellen uppgick böterna till totalt nästan en miljard euro.<sup>85</sup> År 2012 beslutade kommissionen om böter på 1,47 miljarder euro för två karteller mellan tillverkare av bildrör för tv- och datorskärmar.<sup>86</sup>

144. Vad angår betydelsen av den i detta förslag till avgörande förespråkade prövningen som tribunalen ska göra av beräkningen av böterna, vill jag erinra om vad generaladvokaten Tizzano uttalade i sitt förslag till avgörande i de förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, där han noterade att<sup>87</sup> den hittills gjorda undersökningen ”visar att den beräkningsmetod som kommissionen har använt innebär vissa risker i rättvisehänseende i systemet. För mig framstår nämligen det förhållandet att, såsom i förevarande fall, *en del av beräkningarna huvudsakligen har formell och abstrakt karaktär och således inte avspeglas konkret i det slutliga bötesbeloppet*, inte som helt förenligt med kraven på individualisering och gradindelning av ’påföljder’. Av samma anledning kan man inte heller bortse från att det finns risk för att det i riktlinjerna eftersträvade syftet att uppnå större insyn inte helt uppnås ... Dessutom kan denna hårdare linje [i kommissionens policy i fråga om böter för åsidosättande av konkurrensrätten som har blivit strängare och lett till en ökning av bötesnivån] eftersom den grundas på en beräkningsmetod som bygger på schablonbelopp, slå hårdare mot de små och medelstora företagen ... Det framträder således en ny och mer problematisk situation än i den fas där den av kommissionen använda metoden i princip inte ledde till att gränsen om 10 procent överstegs under beräkningen, varigenom beaktandet av alla omständigheter blev smidigare och mer omedelbart ... Man måste således fråga sig om det inte med hänsyn till de angivna följderna av den nya inriktningen avseende böter är lämpligt att göra några kursändringar *som kan säkerställa resultat som i varje fall överensstämmer med allmänna rättvise- och skälighetskrav*” (min kursivering).

145. Denna bitande kritik av generaladvokaten Tizzano i nämnda mål visar tydligt att det inte är önskvärt eller möjligt utan rent av *nödvändigt* att tribunalen gör en fullständig<sup>88</sup> och fristående prövning av kommissionens böter.<sup>89</sup>

ββ) Tillämpning i ifrågakvarande mål.

146. För att kunna bedöma tribunalens prövning av böterna och klagandenas grunder avseende åsidosättande av proportionalitetsprincipen, principen om icke-diskriminering, principen att straff ska vara individuella samt kommissionens skyldighet att motivera böternas belopp, måste vi återvända till det omtvistade beslutet.

147. I skäl 756 i det omtvistade beslutet uppgav kommissionen att missbruket kunde kvalificeras som en mycket allvarlig överträdelse, även om den inte med nödvändighet var lika allvarlig under hela överträdelseperioden. I skäl 757 har kommissionen nöjt sig med att anföra att grundbeloppet för de böterna som skulle åläggas klagandena, för att återspegla överträdelsens svårighetsgrad, borde fastställas till 90 miljoner euro ”med hänsyn till de specifika omständigheterna i ärendet”.

83 — Kommissionens beslut K(2008) 6815 slutlig av den 12 november 2008 (ärende COMP/39.125 – Bilglas).

84 — Kommissionens beslut K(2006) 6762 slutlig av den 24 januari 2007 (ärende COMP/F/38.899 – Gasisolerade ställverk).

85 — Kommissionens beslut K(2007) 512 slutlig av den 21 februari 2007 (ärende COMP/E-1/38.823 – Hissar och rulltrappor).

86 — Kommissionens beslut K(2012) 8839 slutlig av den 5 december 2012 (ärende COMP/39.437 – Bildrör för tv- och datorskärmar).

87 — Se punkterna 129–133 i förslaget till avgörande i det målet.

88 — Det ska nämligen påpekas att ”inrättandet av förstainstansrätten i anslutning till domstolen och införandet av en domstol i två instanser dels hade till syfte att förbättra enskildas rättsskydd, i synnerhet beträffande sådan talan som förutsätter en ingående undersökning av komplicerade faktiska omständigheter, dels hade som målsättning att bibehålla domstolsprövningens kvalitet och effektivitet inom [unionens] rättsordning” (domen i det ovannämnda målet Baustahlgewebe mot kommissionen, punkt 41).

89 — Som ett exempel på fullständig genomgång av den obegränsade behörigheten kan jag hänvisa till United Kingdom Competition Appeal Tribunal (CAT), såtillvida att denna domstol har gjort *sin egen* bedömning av bötesbeloppet *på grundval av en mycket uttömmande prövning av målet i dess helhet* (se, bland annat, dom nr 1114/1/09, Kier Group plc mot OFT [2011] CAT 3, och nr 1099/1/2/08, National Grid plc mot Gas and Electricity Markets Authority [2009] CAT 14).

148. Klagandena har hävdat inför tribunalen att kommissionen hade åsidosatt principen att straff ska vara individuella, proportionalitetsprincipen och principen om likabehandling samt sin motiveringsskyldighet när den fastställde böternas grundbelopp till 90 miljoner euro. För det första motsvarar detta grundbelopp som fastställts för Telefónica med hänvisning till överträdelsens svårighetsgrad det näst största grundbelopp som någonsin har ålagts för missbruk av dominerande ställning. För det andra var detta belopp nio eller tio gånger högre än grundbeloppet för de böter som år 2003 påfördes Deutsche Telekom och Wanadoo Interactive för missbruk av dominerande ställning i samma bransch, fastän (i) dessa båda beslut, i likhet med det beslut i vilket Telefónica påfördes böter, antogs på grundval av 1998 års riktlinjer och att således samma regler för beräkningen tillämpades, (ii) det agerande som var i fråga i de tre ärendena ägde delvis rum samtidigt och var av likartad beskaffenhet, (iii) de tre ärendena rörde marknaderna för tillträde till internet i Frankrike, Tyskland och Spanien, vilka uppvisar många likheter i fråga om storlek, ekonomisk betydelse och tillväxtfas. Den uppenbart oproportionerliga skillnaden mellan det grundbelopp som fastställdes för Telefónica och de grundbelopp som fastställdes för Wanadoo Interactive och Deutsche Telekom, förvärrades ytterligare genom att grundbeloppet i Telefónicas fall höjdes i avskräckande syfte med 25 procent, en höjning som varken tillämpades på Wanadoo eller Deutsche Telekom, trots dessa företags storlek. Med avseende på den avskräckande verkan är de böter som ålades Telefónica på grund av överträdelsens svårighetsgrad (112,5 miljoner euro), cirka 12,5 respektive 11,25 gånger högre än de böter som ålades Wanadoo Interactive och Deutsche Telekom för liknande eller till och med allvarigare missbruk av dominerande ställning.

149. För övrigt framstår det enligt klagandena som än mer uppenbart att grundbeloppet på 90 miljoner euro som ålades Telefónica är alltför högt om det jämförs med grundbeloppet i ärendet Deutsche Post AG år 2001.<sup>90</sup> I det ärendet fastställde kommissionen ett grundbelopp på endast 12 miljoner euro, fastän den hade medgett (i) att överträdelsen skulle betraktas som "allvarlig", (ii) att den trohetsrabatt som företag i dominerande ställning gav "redan vid flera tillfällen [befunnits vara olaglig] av domstolen", och (iii) att "[Deutsche Post AG:s] rabatt- och prispolitik har haft avsevärda negativa effekter på konkurrensen" som gjorde det möjligt för [Deutsche Post AG] att behålla sin andel av den tyska marknaden för pakettjänster åt postorderhandeln på en nivå av mer än 85 procent.

150. Vad har tribunalen sagt om detta?

151. Vad för det första gäller principen om icke-diskriminering tillbakavisade tribunalen i punkterna 424–427 i den överklagade domen (endast fyra punkter) klagandenas argument och ansåg helt enkelt att kommissionens tidigare beslutspraxis inte utgör den rättsliga ramen för åläggande av böter på konkurrensområdet och endast kan vara vägledande.

152. När det för andra gäller proportionalitetsprincipen i punkterna 428–432 i den överklagade domen (sammanlagt fem punkter) har tribunalen underkänt klagandenas argument och väsentligen begränsat sig till att slå fast att kommissionen har ett utrymme för skönsässig bedömning när den fastställer bötesbeloppet, för att därigenom kunna styra företagens beteenden så, att de följer konkurrensreglerna. Tribunalen har faktiskt i denna punkt återgett kommissionens förklaringar till att överträdelsen kvalificerades som "mycket allvarlig" och i enda punkt (432), har den "gjort en analys" och funnit att ett utgångsbelopp på 90 miljoner euro inte är oproportionerligt.

153. När det för det tredje rör sig om principen att straff ska vara individuella, erinrade tribunalen (endast) i punkt 433 i den överklagade domen om rättspraxis, enligt vilken kommissionen vid bedömningen av en överträdelses allvar i samband med fastställandet av böternas belopp ska se till att institutionens handlande verkar avskräckande, i synnerhet vad gäller den typ av överträdelser som är särskilt skadliga för genomförandet av unionens mål. Avskräckningen ska på samma gång vara individuell och allmän. Böterna utgör ett ingripande mot ett individuellt beteende, men ingår

90 — Kommissionens beslut 2001/354/EG av den 20 mars 2001 om ett förfarande enligt artikel [102 FEUF] (ärende COMP/35.141 – Deutsche Post AG) (EGT L 125, s. 27).

samtidigt i den allmänna politiken för att få företagen att följa konkurrensreglerna. Tribunalen fann att det följer av det omtvistade beslutet att böterna i förevarande fall beräknats med hänsyn till Telefónicas egen situation. Klagandena kan därför inte påstå att den allmänna avskräckande effekten var det "främsta syftet och ändamålet med böterna".

154. Vad slutligen angår det påstådda åsidosättandet av motiveringsskyldigheten och rätten till ett effektivt domstolsskydd i punkterna 434 och 435 i den överklagade domen (det vill säga i endast två punkter) har tribunalen avfärdat klagandenas argument och enbart hävdade att kommissionen uppfyllt *minimikraven* på området eftersom den hade redogjort för vilka uppgifter som legat till grund för dess bedömning av överträdelsens allvar och varaktighet. Dessutom tillade tribunalen ännu en gång att kommissionens beslutspraxis inte utgör den rättsliga ramen för åläggande av böter på konkurrensområdet, då kommissionen inte är skyldig att uppge skälen till varför grundbeloppet för Telefónicas böter var betydligt högre än grundbeloppet för de böter som ålades i besluten i de ovannämnda ärendena Wanadoo Interactive och Deutsche Telekom.

155. Vid en läsning av dessa 12 punkter (av 465!)<sup>91</sup> som för övrigt praktiskt taget inte innehåller någon *bedömning* i egentlig mening från tribunalens sida, anser jag att det är uppenbart att tribunalen med avseende på principen om icke-diskriminering, proportionalitetsprincipen, principen att straff ska vara individuella och kommissionens motiveringsskyldighet avseende bötesbeloppet, inte har utfört sin prövning med utövande av sin obegränsade behörighet, vilket är dess skyldighet.

156. I fråga om det påstådda åsidosättandet av principen om icke-diskriminering nöjde sig tribunalen med att påpeka att de böter som ålagts av kommissionen i tidigare beslut endast är av vägledande karaktär, men den avstod från att nämna att det i förevarande mål fanns vissa tidigare beslut som innehöll särskild värdefull vägledning. Detta är än mer anmärkningsvärt, eftersom kommissionen varken hade redogjort för (vilket enligt domstolen hade varit önskvärt och enligt min mening nödvändigt här) beräkningsmetoden för ett grundbelopp för böterna vilket uppgick till 90 miljoner euro eller lämnade en tillräcklig motivering av skillnaden mellan detta belopp och de bötesbelopp som ålagts i andra beslut som uppvisade mycket likartade kännetecken, såsom besluten i de ovannämnda ärendena Deutsche Telekom och Wanadoo Interactive.

157. Tribunalen hade till och med glömt sin egen rättspraxis. Den angav nämligen i punkt 316 i domen i det ovannämnda målet Archer Daniels Midland mot kommissionen (för övrigt bekräftad av domen i det ovannämnda målet E.ON Ruhrgas och E.ON mot kommissionen, punkt 262, vilken meddelades efter den överklagade domen) att "[d]et följer av ... jämförelser med andra beslut som kommissionen har antagit i fråga om böter att dessa beslut endast kan vara relevanta med avseende på iakttagandet av principen om likabehandling om det visas att de *faktiska omständigheterna i de ärenden som dessa andra beslut gäller, nämligen marknaderna, produkterna, länderna, företagen och de berörda tidsperioderna är jämförbara med dem i förevarande mål*" (min kursivering). Det är nämligen uppenbart att även om kommissionens tidigare beslutspraxis i princip inte utgör den rättsliga ramen för åläggande av böter på konkurrensområdet, begränsas denna argumentation av principen om icke-diskriminering enligt vilken jämförbara situationer inte får behandlas olika<sup>92</sup>.

158. Principen "lika sanktioner för samma beteende" uttalas för övrigt i 1998 års riktlinjer<sup>93</sup> och den ska tillämpas särskilt när de omständigheter som leder till åläggande av böter, såsom de relevanta marknaderna, typen av överträdelse, produkterna, företagen eller överträdelseperioden faktiskt är likartade, vilket just verkar vara fallet här, förutom då – med eller utan stöd av kompletterande uppgifter som kommissionen tillhandahållit på tribunalens begäran – motsatsen har bevisats.

91 — Det är sant att "korthet är förståndets själ" ("brevity is the soul of wit") (Shakespeare i Hamlet, 1602), men den obegränsade behörigheten kräver mer än ett bevingat ord.

92 — Angående fastställandet av böter, se särskilt domen i mål T-13/03, Nintendo mot kommissionen (REG 2009, s. II-975), punkt 170.

93 — Se avdelning 1 A sista punkten i 1998 års riktlinjer.

159. I förevarande fall hade tribunalen åtminstone bort kräva av kommissionen att den mycket tydligt skulle förklara varför den ålade ett utgångsbelopp på 90 miljoner euro i det aktuella ärendet (och hur den kom fram till detta belopp), då (i) det rörde sig om de näst högsta böterna efter böterna i det ovannämnda ärendet Microsoft, och utgångsbeloppet i förevarande ärende överskred med 40 procent det tredje största utgångsbeloppet (vilket hade ålagts AstraZeneca<sup>94</sup>), medan i de båda sistnämnda ärendena den relevanta geografiska marknaden sträckte sig utanför en medlemsstats territorium, (ii) det omtvistade beloppet var 4,5 gånger högre än det minimibelopp som föreskrivs i 1998 års riktlinjer för beräkning av böter vid ”mycket allvarliga överträdelser”, och (iii) nämnda belopp är tio respektive nio gånger högre än ”det grundbelopp” som påfördes Deutsche Telekom och Wanadoo Interactive, det vill säga företag som liknar Telefónica och har liknande förfaranden, marknader och produkter.

160. Angående överträdelsens svårighetsgrad (”allvarlig” eller ”mycket allvarlig”), hade klagandena påstått inför tribunalen att (i) missbruk av dominerande ställning som begåtts på en geografisk marknad som var begränsad till en medlemsstat hittills hade kvalificerats som allvarliga och att (ii) de omständigheter som kommissionen åberopat för att motivera den geografiska avgränsningen (den spanska marknadens storlek och svårigheterna för utländska operatörer att komma in på marknaden), också fanns med i besluten i de ovannämnda ärendena Deutsche Telekom och Wanadoo Interactive, där överträdelserna dock inte kvalificerades som ”mycket allvarliga” i motsats till vad kommissionen kommit fram till i klagandenas ärende och detta även i fråga om perioden före offentliggörandet av beslutet i Deutsche Telekom-ärendet. Här har tribunalen åter inskränkt sig till att hävda att kommissionens beslutspraxis inte utgör den rättsliga ramen för åläggande av böter på konkurrensområdet. Om kommissionen tar fasta på marknadens storlek när den kvalificerar överträdelserna som ”mycket allvarlig”, borde då inte tribunalen ha beaktat den omständigheten att kommissionen inte ansåg detta kriterium vara tillräckligt för att kvalificera överträdelserna som ”mycket allvarlig”, när det rörde sig om större marknader (Frankrike och Tyskland)?

161. Om dessutom det kriterium som gör det möjligt att definiera överträdelserna som ”mycket allvarlig”, i den mening som avses i 1998 års riktlinjer, är kriteriet huruvida ifrågavarande missbruk är typiskt (*clear cut*), är det omöjligt att dra en sådan slutsats utan att åtminstone hänvisa till kommissionens beslutspraxis. I själva verket hänvisar 1998 års riktlinjer själva till kommissionens beslutspraxis i syfte att klargöra begreppet ”mycket allvarlig” överträdelse.<sup>95</sup> Dessutom motiveras kvalificeringen i det omtvistade beslutet av missbruket som ”typiskt missbruk” av kommissionens beslutspraxis.<sup>96</sup> Tribunalen har således förväxlat rättspraxis angående bötesbeloppens påstådda vägledande karaktär i de tidigare besluten med tolkningen av 1998 års riktlinjer i syfte att fastställa överträdelsens mindre allvarliga, allvarliga eller mycket allvarliga karaktär. Riktlinjerna använder nämligen kriteriet ”typiskt missbruk” för att beivra de beteenden, vilkas rättsstridighet det inte råder något tvivel om, vilken i fråga om beteenden som utgör missbruk, endast kan slås fast i jämförelse med beslutspraxis.

162. För övrigt håller jag med om vad som sägs i den fjärde anmärkningen i den första delen av klagandenas åttonde grund (punkt 414 i överklagandet) där klagandena har kritiserat punkterna 415–420 i den överklagade domen. Enligt klagandena underlät tribunalen att beakta överträdelsens varierande svårighetsgrad under den tid som överträdelserna pågick. Härvidlag kan man invända mot tribunalens konstateranden i punkterna 418 och 419 i den överklagade domen, enligt vilka kommissionen mycket riktigt ansåg att överträdelserna borde kvalificeras som ”mycket allvarlig” under hela den berörda perioden och att kommissionen trots kvalificeringen som ”mycket allvarlig” under hela nämnda period, faktiskt hade beaktat överträdelsens varierande svårighetsgrad vid

94 — Kommissionens beslut K(2005) 1757 slutlig av den 15 juni 2005 om ett förfarande enligt artikel 82 EG och artikel 54 i EES-avtalet (ärende COMP/A.37.507/F3 – AstraZeneca).

95 — Se avdelning 1 A i 1998 års riktlinjer.

96 — ”Såsom har föreslagits ovan i avdelning A.1, är Telefónicas missbruk inte nytt utan tvärtom ett typiskt missbruk i fråga om vilket det finns prejudikat. Särskilt efter Deutsche Telekom-ärendet (offentliggjort i oktober 2003) blev villkoren för tillämpning av artikel 82 på en ekonomisk verksamhet som omfattades av en sektorspecifik förhandsreglering i stor utsträckning klargjorda och kända för Telefónica” (skäl 740 i det omtvistade beslutet).

fastställandet av böternas utgångsbelopp. Tribunalen har följaktligen åsidosatt skyldigheten att utföra prövning med utövande av sin obegränsade behörighet, genom att den underlät att kontrollera huruvida böternas grundbelopp *verkligen* inbegrep ett beaktande av överträdelsens varierande svårighetsgrad, särskilt vad gäller perioden före offentliggörandet av beslutet i Deutsche Telekom-ärendet.

163. Angående det påstådda åsidosättandet av proportionalitetsprincipen och principen att straff ska vara individuella, var tribunalen särskilt kortfattad och den ägnade sig åt mycket allmänt hållna överväganden: om kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning (punkt 430 i den överklagade domen), det angreppssätt grundat på schabloner som präglar 1998 års riktlinjer (punkt 431), kommissionens skyldighet att fastställa böter som står i proportion till de omständigheter som tagits i beaktande vid bedömningen av överträdelsens svårighetsgrad och att tillämpa dessa omständigheter på ett konsekvent och objektivt motiverat sätt, men utan att någonsin kontrollera om tillämpningen av dessa omständigheter verkligen var konsekvent och objektivt motiverad i ifrågasvarande mål. Tribunalen fann i punkt 432 i den överklagade domen att "[e]tt utgångsbelopp på 90 miljoner euro ... inte [är] oproportionerligt med hänsyn till att Telefónicas missbruk utgör ett typiskt missbruk för vilket det finns prejudikat, att missbruket undergrävt målet att fullborda en inre marknad för nät och teletjänster och att missbruket haft en betydande påverkan på den spanska slutkundsmarknaden (skälen 738–757 i [det omtvistade] beslutet)".

164. Medan tribunalens egen rättspraxis<sup>97</sup> kräver att böterna beräknas med beaktande av det berörda företagets egen situation, vilket innebär att *det ska kontrolleras huruvida* principen om böternas avskräckande verkan *med hänsyn till de faktiska förhållandena i det aktuella målet* oriktigt hade getts företräde framför principen att straff ska vara individuella, nöjde sig tribunalen med att helt enkelt slå fast i punkt 433 i den överklagade domen att böterna har "beräknats med hänsyn till Telefónicas egen situation".

165. Tribunalen drog sina slutsatser utan att fästa någon som helst vikt vid flera omständigheter som den borde ha uppmärksammat, närmare bestämt: (i) att de beslut som fattades i de ovannämnda ärendena Deutsche Telekom, Wanadoo Interactive och Telefónica antogs på grundval av 1998 års riktlinjer, det vill säga med tillämpning av samma beräkningsmetod, (ii) att de beteenden som utreddes i de tre ärendena delvis pågick samtidigt och var väldigt lika till sin beskaffenhet,<sup>98</sup> underprissättning i konkurrensbegränsande syfte i Wanadoo Interactives fall och marginalpress i ärendena Deutsche Telekom och Telefónica, (iii) att de tre ärendena angick marknaderna för tillträde till internet i Frankrike, Tyskland och Spanien som har stora likheter i fråga om storlek och ekonomisk betydelse, (iv) att de bötfällda företagen i de tre ärendena är tidigare monopoloperatörer (eller ett dotterbolag till en sådan operatör i fallet Wanadoo Interactive) med ungefär lika stor omsättning<sup>99</sup>, (v) och att vissa omständigheter kunde till och med, åtminstone teoretiskt, tala för ett lägre grundbelopp för böterna i jämförelse med det som ålades i Deutsche Telekom-ärendet där: a) grossistpriserna var högre än dess slutkundspriser, vilket gjorde det möjligt för Deutsche Telekom att vara medveten om att det förelåg en marginalpress utan att behöva ta hänsyn till kostnaderna, b) den tyska

97 — Dom av den 26 april 2007 i de förenade målen T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 och T-136/02, Bolloré m.fl. mot kommissionen (REG 2007, s. II-947), punkt 528.

98 — Generaladvokaten Mazák noterade följande i sitt förslag till avgörande (fotnot 41) inför domen i det ovannämnda målet TeliaSonera Sverige: "Det har i doktrinen gjorts gällande att det nämnda målet Deutsche Telekom mot kommissionen i stället borde ha bedömts som ett fall av otillåten underprissättning och att målet France Télécom mot kommissionen [det ovannämnda Wanadoo Interactive-ärendet] borde ha bedömts som ett fall av marginalpress (kommissionen bestred inte sistnämnda uppfattning vid förhandlingen, men förklarade att France Télécom-ärendet hade behandlats som ett fall av otillåten underprissättning, eftersom bolaget på marknaden i efterföljande led (Wanadoo [Interactive]) inte var helägt av France Télécom)."

99 — Enligt klagandena var Telefónica-koncernens omsättning år 2006, det vill säga den presumerade överträdelsens sista år, 52 901 miljoner euro, France Telecom-koncernens omsättning uppgick till 46 630 miljoner euro år 2002 och Deutsche Telekom's ersättning var 55 838 miljoner euro år 2003.

regleringsmyndigheten konstaterade att det förekom negativa marginaler, c) de berörda produkterna var nödvändig infrastruktur, d) enligt klagandena var de spanska bestämmelserna strängare än de tyska bestämmelserna under den omstridda perioden<sup>100</sup> (även om kommissionen har bestritt denna sistnämnda punkt).

166. Kommissionen har visserligen hävdad vid domstolen att ”den slutsats som tribunalen drar i punkt 432 bygger på en *utförlig prövning av ’uppgifter i handlingarna i målet’* och parternas påståenden” och att tribunalen faktiskt kontrollerade om böterna var oproportionerliga. Som svar på en fråga från domstolen vid förhandlingen angående ” *dessa uppgifter i handlingarna i målet*” sade kommissionens företrädare endast att han trodde att ” *dessa uppgifter i handlingarna i målet [skulle] förstås som handlingar, bevis, och rättsutredningar som [parterna] lagt fram*” och han förklarade väsentligen att 90 miljoner euro i grundbelopp befann sig halvvägs (en ”sorts medelväg” sade han) mellan den utgångspunkt som fastställts i 1998 års riktlinjer, det vill säga 20 miljoner euro, och grundbeloppet på 185 miljoner euro i det ovannämnda Microsoft-ärendet. Det är svårt att i detta argument finna en övertygande förklaring till den enorma ökning av grundbeloppet i förhållande till andra liknande ärenden, i synnerhet som det rör sig om det näst högsta grundbeloppet sedan Microsoft-ärendet. Även om dessa frågor diskuterades vid förhandlingen i tribunalen (som kommissionen har hävdad) kvarstår dock att detta inte framgår av den överklagade domen.

167. Vad beträffar höjningen av böternas grundbelopp i avskräckande syfte (punkterna 437–443 i den överklagade domen) (vilken borde ha föranlett tribunalen att ställa sig frågan om samma avskräckande syfte motiverade en betydande höjning av grundbeloppet), har tribunalen i punkt 439 utan vidare godtagit kommissionens resonemang och enbart gjort generella hänvisningar till skäl i det omtvistade beslutet, dock utan att undersöka om multiplikationsfaktorn på 25 procent var lämplig och detta ånyo utan att göra en verklig prövning med utövande av sin obegränsade behörighet. Tribunalen bedömde inte heller i detta avsnitt jämförelsen med besluten i de ovannämnda ärendena Deutsche Telekom och Wanadoo Interactive, i vilka böterna inte hade ökats med hänvisning till försvärande omständigheter och underlät därvid att tillämpa rättspraxis enligt vilken motiveringsskyldigheten måste vara mer långtgående, eftersom ”beslutet går påtagligt längre än de tidigare besluten” (se fotnot 45 i detta förslag till avgörande).

168. Vidare har tribunalen inte på ett korrekt sätt i punkt 441 i den överklagade domen prövat huruvida principen om icke-diskriminering eventuellt hade åsidosatts, eftersom klagandenas omsättning faktiskt kunde jämföras med Wanadoo Interactives respektive Deutsche Telekoms omsättning,<sup>101</sup> i fråga om vilka kommissionen inte hade bedömt att det var lämpligt att höja böterna i avskräckande syfte. I denna punkt förskansade sig tribunalen på nytt bakom rättspraxis enligt vilken beslutspraxis inte utgör den rättsliga ramen för åläggande av böter.

169. Tribunalen verkar ha begått samma misstag i samband med sin prövning i punkterna 444–452 i den överklagade domen, av kvalificeringen av klagandenas beteende som en ”varaktig överträdelse”. I punkterna 448–450 i den överklagade domen, skilde inte tribunalen mellan de båda överträdelseperioderna (vilket enligt min åsikt var nödvändigt), där den ena låg före och den andra efter beslutet i det ovannämnda Deutsche Telekom-ärendet. Tribunalen bedömde inte heller

100 — Telefónica har i punkt 284 i sin replik insisterat på att de spanska bestämmelserna var strängare än de tyska bestämmelserna under den omstridda perioden, bland annat därför att (i) *retail minus*-modellen som CMT tillämpade just syftade till att undvika ett marginalpressfenomen i motsats till systemet med ett pristak som användes i Tyskland under överträdelseperioden, ett system som gjorde det möjligt att tillämpa kompensation mellan olika produkter som tillhörde samma ”varugrupp” och genom att (ii) CMT ända fram till november månad år 2003 fastställde slutkundspriserna (medan den tyska myndigheten fastställde högsta och inte fasta slutkundspriser) och därefter måste godkänna *på förhand* alla Telefónicas initiativ till slutkundspriser på nya tjänster och i samband med reklamerbjudanden och för att kunna göra detta kontrollerade CMT att det fanns en tillräcklig marginal mellan grossistpriserna och slutkundspriserna.

101 — Tribunalen har nöjt sig med att enbart hänvisa till Telefónicas ekonomiska styrka. Enligt vad som anges i fotnot 99 i detta förslag till avgörande var emellertid omsättningen i hög grad jämförbar. Uttryckt i börsvärde hade Deutsche Telekom och Telefónica också en jämförbar ställning, enligt de källor som kommissionen angav i det omtvistade beslutet. (Se sidan 22 i Telefónicas årsredovisning som nämns i fotnot 791 i det omtvistade beslutet. Telefónicas och Deutsche Telekoms börsvärden uppgick till 74 113 respektive 70 034 miljoner dollar år 2005 och till 104 722 respektive 80 371 miljoner dollar år 2006.)

överträdelsens svårighetsgrad under varje period. Tribunalen hänvisade till punkterna 356–369 och punkt 419 i den överklagade domen och nöjde sig med att anföra att ”utgångsbeloppet ... redan återspeglar överträdelsens varierande omfattning”. Enligt vad jag redan anfört är det emellertid inte alls klart att (och hur) utgångsbeloppet verkligen återspeglar dessa olika svårighetsgrader. I vart fall har inte tribunalen bedömt detta. Tribunalen har dock inte bestritt att kommissionen i beslutet i Deutsche Telekom-ärendet hade bedömt att överträdelsens varierande svårighetsgrad under den undersökta perioden innebar (i) att överträdelsens kvalificering skulle ändras från a priori ”mycket allvarlig” till ”allvarlig”, och härutöver motiverade (ii) en nedsättning av de höjda böterna med hänsyn till varaktigheten. Kommissionen ansåg nämligen att det begränsade manöverutrymme att företa taxeändringar som Deutsche Telekom hade från och med januari 2002, motiverade att överträdelsen kvalificerades som ”mindre allvarlig” från och med detta datum samt att det var lämpligt att avstå från en höjning av bötesbeloppet efter detta datum.<sup>102</sup>

170. I punkt 461 i den överklagade domen hänvisade slutligen tribunalen i samband med sin prövning av ärendets påstådda oprövade karaktär till sitt resonemang angående förekomsten av tydliga och förutsebara prejudikat. Tribunalen tillämpade i detta avseende ett uppenbart oriktigt kriterium, nämligen rättssäkerhetskriteriet och den bortsåg från en av de förmildrande omständigheterna enligt 1998 års riktlinjer, vilken är att företaget haft rimliga tvivel om huruvida dess beteende utgör en överträdelse. Jag anser emellertid att ett sådant rimligt tvivel har kunnat föreligga åtminstone fram till och med oktober 2003, det vill säga den tidpunkt då beslutet i Deutsche Telekom-ärendet offentliggjordes, eftersom det är möjligt att klagandena inte kunnat uppfatta gränserna för de berättigade förväntningar som en dominant operatör fick ha på CMT:s handlande. Tribunalen själv har i punkt 361 i den överklagade domen medgett att ”[s]åsom kommissionen funnit i skäl 735 i det omtvistade beslutet utgör även beslutet i Deutsche Telekom-ärendet ett prejudikat som klargör förutsättningarna för att tillämpa artikel 82 EG på ekonomisk verksamhet som är föremål för en sektorsspecifik förhandsreglering”.

171. Klagandenas enda argument i denna del av överklagandet som jag anser att det inte finns fog för, rör tidpunkten för överträdelsens upphörande. Klagandena (punkt 449 i överklagandet) har kritiserat punkt 451 i den överklagade domen och påstått att tribunalen verkar ha godtagit att kommissionen inte hade bevisat att det förekommit någon överträdelse fram till det första halvåret 2006. Följaktligen har tribunalen vänt på bevisbördan genom att slå fast att klagandena inte hade visat att det inte förekommit någon marginalpress under det andra halvåret 2006, fastän det ankom på kommissionen att styrka förekomsten av en överträdelse. Tribunalen har emellertid inte gjort sig skyldig till någon felaktig rättstillämpning i detta hänseende i och med att det inte fanns någon uppgift i handlingarna i målet, vilken klagandena lämnat, som visade att prisändringar hade ägt rum mellan juni och december 2006. Det har således inte skett någon omkastning av bevisbördan, utan avgörandet har grundat sig på de uppgifter som finns i handlingarna i målet. Kommissionen har nämligen i sitt beslut bevisat att den nationella grossistprodukten och den regionala grossistprodukten inte hade blivit föremål för någon ändring till och med den 21 december 2006, och att slutkundspriserna var oförändrade sedan september månad år 2001, och detta utan att klagandena gjort gällande att det skett någon förändring av de kostnader som kommissionen beaktat (punkt 451 i den överklagade domen).

172. Det följer av det ovan anförda att den åttonde grunden i likhet med den tionde grunden till stor del ska godtas eftersom tribunalen inte utövade sin obegränsade behörighet och således gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den prövade det påstådda åsidosättandet av proportionalitetsprincipen, principen om likabehandling och principen att straff ska vara individuella samt motiveringskyldigheten.

102 — Beslutet i det ovannämnda Deutsche Telekom-ärendet, punkterna 206, 207 och 211.

173. Jag påstår inte att dessa principer har åsidosatts utan att tribunalen inte på ett korrekt sätt – med utövande av sin obegränsade behörighet – har prövat huruvida kommissionens beslut att ålägga böter var förenligt med dessa principer eller ej.

174. Enligt artikel 61 första stycket i domstolens stadga får Europeiska unionens domstol, om den upphäver tribunalens avgörande, själv slutligt avgöra målet, om detta är färdigt för avgörande, eller återförvisa målet till tribunalen för avgörande. I förevarande fall är målet inte färdigt för avgörande.

#### **V – Förslag till avgörande**

175. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen beslutar enligt följande:

1. Den dom som Europeiska unionens tribunal meddelade den 29 mars 2012 i mål T-336/07, Telefónica och Telefónica de España mot kommissionen upphävs, såvitt tribunalen inte har utövat sin obegränsade behörighet i samband med prövningen av de böter Europeiska kommissionen ålagt Telefónica SA och Telefónica de España SAU.

2. Målet återförvisas till Europeiska unionens tribunal.

3. Beslut om rättegångskostnader anstår.