RETTENS DOM (Femte Udvidede Afdeling)

10. april 2008 *

I sag T-271/03,

Deutsche Telekom AG, Bonn (Tyskland), først ved advokaterne K. Quack, U. Quack og S. Ohlhoff, derefter ved U. Quack og S. Ohlhoff,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, først ved K. Mojzesowicz og S. Rating, derefter ved K. Mojzesowicz og A. Whelan og endelig ved K. Mojzesowicz, W. Mölls og O. Weber, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

* Processprog: tysk.

støttet af:

Arcor AG & Co. KG, Eschborn (Tyskland), først ved advokaterne M. Klusmann, F. Wiemer og M. Rosenthal, derefter ved M. Klusmann og F. Wiemer og endelig ved M. Klusmann,

og af

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

EWE TEL GmbH, Oldenburg (Tyskland),

HanseNet Telekommunikation GmbH, Hamburg (Tyskland),

Versatel Nord-Deutschland GmbH, tidligere KomTel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbH, Flensburg (Tyskland),

NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH, Köln (Tyskland),

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

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

ved advokaterne N. Nolte, T. Wessely og J. Tiedemann,

intervenienter,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning 2003/707/EF af 21. maj 2003 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 82 (COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — Deutsche Telekom AG) (EUT L 263, s. 9), subsidiært om nedsættelse af den bøde, sagsøgeren er blevet pålagt ved beslutningens artikel 3,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Femte Udvidede Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Vilaras, og dommerne E. Martins Ribeiro, D. Šváby, K. Jürimäe og N. Wahl,

justitssekretær: fuldmægtig K. Andová,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 3. maj 2007,

afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

1 Sagsøgeren, Deutsche Telekom, er det etablerede teleselskab i Tyskland. Den tyske stat ejer direkte en andel på 30,92% af sagsøgerens kapital og indirekte en andel på 12,13% (gennem Kreditanstalt für Wiederaufbau), mens de resterende 56,95% ejes af institutionelle og private investorer.

2 Sagsøgeren driver det tyske telefonnet. Før den fuldstændige liberalisering af telemarkederne havde sagsøgeren et lovfæstet monopol på at udbyde teletjenester til slutbrugerne på det faste net. De tyske markeder for tilrådighedsstillelse af infrastruktur og levering af teletjenester blev liberaliseret, da Telekommunikationsgesetz (den tyske lov om telekommunikation, herefter »TKG«) af 25. juli 1996 (BGBl. 1996 I, s. 1120) trådte i kraft den 1. august 1996. Siden da har sagsøgeren på begge markeder, i forskellig grad, været udsat for konkurrence fra andre operatører.

3 Sagsøgerens lokale net omfatter alle et antal abonnentledninger til slutbrugerne. Udtrykket »abonnentledning« betegner den fysiske ledning, der forbinder netterminеringspunktet hos abonnenten med hovedfordeleren eller et tilsvarende punkt i det faste offentlige telefonnet.

4 Sagsøgeren leverer adgang til sine abonnentledninger til såvel andre teleoperatører som slutbrugerne. Derfor skal der for så vidt angår sagsøgerens adgangstjenester og priser sondres mellem de tjenester vedrørende adgang til det lokale net, sagsøgeren leverer til sine konkurrenter (herefter »tjenester i engrosleddet« eller »engrostjenester«), og de tjenester vedrørende adgang til det lokale net, sagsøgeren leverer til sine slutbrugere (herefter »adgangstjenester i detailleddet«).

I — *Tjenester i engrosleddet*

5 Ved afgørelse nr. 223a, der blev truffet af forbundsministeriet for post og telekommunikation (herefter »BMPT«) den 28. maj 1997, blev sagsøgeren forpligtet til fra og med juni 1997 at give sine konkurrenter fuld ubundtet adgang til abonnentledningerne.

6 Sagsøgerens engrospriser består dels en månedlig abonnementsafgift, dels en engangsafgift. Når en konkurrent opsiger en tilslutning, opkræver sagsøgeren et opsigelsesgebyr af konkurrenten.

7 Sagsøgerens engrospriser skal ifølge § 25, stk. 1, i TKG forhåndsgodkendes af Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (tilsynsmyndigheden for telekommunikation og post, herefter »RegTP«).

8 RegTP undersøger i den forbindelse, om de engrospriser, sagsøgeren har ansøgt om, opfylder betingelserne i § 24 i TKG. Priserne skal ifølge § 24, stk. 1, i TKG »fastsættes således, at de svarer til omkostningerne i forbindelse med en effektiv levering af ydelser«. Endvidere må priserne ifølge § 24, stk. 2, i TKG ikke:

»1. indeholde tillæg, der kun kan gennemføres, fordi udbyderen indtager en dominerende stilling på det pågældende telemarked

2. indeholde afslag, der skader andre virksomheders konkurrencemuligheder på et telemarked

3. give bestemte brugere fordele i forhold til andre brugere af lignende eller identiske teletjenester på det pågældende telemarked

medmindre der er en påviselig objektiv begrundelse herfor«.

9 Ifølge § 29, stk. 1, i TKG er sagsøgeren forpligtet til at anvende de af RegTP godkendte priser i hele den periode, RegTP's godkendelse gælder for.

II — *Adgangstjenester i detailleddet*

10 Med hensyn til adgangstjenester i detailleddet tilbyder sagsøgeren to grundlæggende varianter, nemlig dels en almindelig analog forbindelse (mærkenavn: T-Net), dels en digital smalbåndsforbindelse (Integrated Services Digital Network — ISDN, mærkenavn: T-ISDN). Disse to grundlæggende former for slutbrugertilslutning kan leveres via det kobbernet, sagsøgeren har opbygget gennem tiden (smalbåndsforbindelser). Sagsøgeren tilbyder ligeledes slutbrugerne bredbåndsforbindelser (Asymmetrical Digital Subscriber Lines, mærkenavn: T-DSL eller ADSL), med henblik på hvilke sagsøgeren har måttet opgradere de eksisterende net T-Net og T-ISDN-net for at kunne tilbyde bredbåndstjenester såsom hurtig internetadgang.

11 Sagsøgerens afgifter for adgangstjenester i detailleddet (herefter ligeledes »detailpriser«) er for analoge tilslutningers og ISDN-tilslutningers vedkommende reguleret gennem en price cap-ordning. Derimod fastsætter sagsøgeren frit sine detailpriser for ADSL. Disse kan dog underkastes en efterfølgende regulering.

12 Sagsøgerens detailpriser består af to komponenter: en månedlig abonnementsafgift, som afhænger af kvaliteten af de leverede forbindelser og tjenester, og en engangsafgift for nyoprettelse eller overtagelse af en forbindelse, der afhænger af, hvor meget montørarbejde der er nødvendigt på begge sider af forbindelsen. Sagsøgeren opkræver ikke noget opsigelsesgebyr af sine kunder.

A — *Afgifter for analoge tilslutninger (T-Net) og digitale smalbåndstilslutninger — ISDN (T-ISDN)*

13 Priserne for adgang til analoge tilslutninger og ISDN-tilslutninger fastsættes inden for rammerne af en price cap-ordning. Ifølge § 27, stk. 1, andet punktum, og § 25, stk. 1, i TKG samt §§ 4 og 5 i bekendtgørelsen om prisregulering i telesektoren (BGBl. 1996 I, s. 1492, herefter »bekendtgørelsen om prisregulering«) fastsættes detailpriserne for tilslutning til sagsøgerens net og for opkald ikke særskilt for hver enkelt ydelse på grundlag af de med ydelsen forbundne omkostninger, men for flere ydelser under ét, idet de forskellige ydelser er samlet i såkaldte kurve.

14 Price cap-ordningen vedrørende adgang til sagsøgerens net blev indført ved BMPT's afgørelse af 17. december 1997 [meddelelse 202/1997, Amtsblatt (BMPT) 34/97, s. 1891]. Ordningen blev overtaget af RegTP med virkning fra den 1. januar 1998. RegTP sammensatte i den forbindelse to kurve, den ene med tjenester til privatkunder og den anden med tjenester til erhvervskunder. I begge kurve indgår såvel adgangstjenester i detailleddet (analoge og ISDN-standardtilslutninger) og sagsøgerens samlede udbud af telefonitjenester såsom lokal-, regional-, fjern- og udlandsopkald.

15 Ifølge § 4, stk. 1 og 2, i bekendtgørelsen om prisregulering fastsætter RegTP et udgangsprisniveau for alle tjenesterne i en kurv og målsætninger for prisudviklingen i en bestemt periode.

16 Inden for rammerne af dette takstsystem fastsættes der således et prisloft for hver kurv. Systemet omfatter derimod ikke bindende mindstepriser.

17 Ifølge BMPT's afgørelse af 17. december 1997 skulle sagsøgeren i perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 1999 (første price cap-periode) nedsætte den samlede pris for hver af de to kurve med 4,3%. Da denne første periode sluttede — den 31. december 1999 — bibeholdt RegTP ved afgørelse af 23. december 1999 i det væsentlige kurvenes sammensætning og nedsatte priserne med 5,6% i perioden fra den 1. januar 2000 til den 31. december 2001 (anden price cap-periode).

18 Inden for disse bindende rammer for prisnedsættelser kunne sagsøgeren frit ændre priserne for de enkelte bestanddele af hver kurv efter først at have indhentet godkendelse fra RegTP. Ifølge § 27, stk. 2, i TKG og § 5, stk. 3, i bekendtgørelsen om prisregulering ville prisændringer blive godkendt, hvis gennemsnitsprisen for en kurv ikke oversteg det fastsatte price cap-indeks. Systemet muliggjorde således, at priserne for en eller flere bestanddele af en kurv blev hævet, så længe prisloftet for kurven ikke blev overskredet. Ifølge § 27, stk. 3, i TKG ville godkendelse dog blive afslået, hvis »det [var] åbenbart, at [priserne] ikke [var] i overensstemmelse med bestemmelserne i § 24, stk. 2, nr. 2) eller 3), [i TKG], eller […] de ikke [var] i overensstemmelse med [TKG] eller andre retsforskrifter«.

19 I de to første price cap-perioder nedsatte sagsøgeren detailpriserne i begge kurve og gik i den forbindelse langt ud over de nedsættelser, sagsøgeren var blevet pålagt. Nedsættelserne gjaldt hovedsagelig samtaleafgifterne. Detailpriserne for analoge tilslutninger (månedlige abonnementsafgifter og engangsafgifter for nyoprettelse) blev derimod ikke ændret i de to price cap-perioder, dvs. fra 1998 til udgangen af 2001. For så vidt angår detailpriserne for ISDN-tilslutninger nedsatte sagsøgeren i den samme periode de månedlige afgifter, men ændrede ikke de engangsafgifter, der blev opkrævet af slutbrugerne.

20 Siden den 1. januar 2002 har en ny price cap-ordning, der blev vedtaget af RegTP den 21. december 2001 (Amtsblatt RegTP 2/2002 af 6.2.2002, s. 75), været i kraft. Den nye

ordning indeholder i stedet for de to tidligere kurve for privat- og erhvervskunder fire kurve, som omfatter følgende tjenester: tilslutninger (kurv A), lokalopkald (kurv B), indenlandske fjernopkald (kurv C) og udlandsopkald (kurv D).

21 Den 15. januar 2002 meddelte sagsøgeren RegTP, at selskabet havde til hensigt at forhøje de månedlige afgifter for analoge tilslutninger og ISDN-tilslutninger med 0,56 EUR. RegTP godkendte denne forhøjelse ved afgørelse af 13. marts 2002.

22 Den 31. oktober 2002 indgav sagsøgeren endnu en ansøgning om forhøjelse af sine detailpriser. RegTP afslog delvis denne ansøgning ved afgørelse af 19. december 2002. RegTP godkendte en forhøjelse på 0,33 EUR af den månedlige afgift for analoge tilslutninger og T-Net-tilslutninger i stedet for den forhøjelse på 0,99 EUR, sagsøgeren havde ansøgt om, og afslog at godkende den forhøjelse på 13,40 EUR af engangsafgiften for overtagelse af T-Net- og T-ISDN-tilslutninger, hvorom der var blevet ansøgt.

B — *Afgifter for ADSL-tilslutninger (T-DSL)*

23 Afgifterne for ADSL-tilslutninger (T-DSL) er ikke reguleret gennem en price cap-ordning. Ifølge § 30 i TKG kan disse afgifter underkastes en efterfølgende regulering.

24 Efter at have modtaget en række klager fra sagsøgerens konkurrenter indledte RegTP den 2. februar 2001 en efterfølgende undersøgelse af sagsøgerens ADSL-priser med henblik på at fastslå, om der i strid med de tyske konkurrencebestemmelser var tale om salg med manglende omkostningsdækning. RegTP afsluttede undersøgelsen den 25. januar 2002 efter at have fastslået, at den forhøjelse af afgifterne, sagsøgeren havde bebudet den 15. januar 2002, ikke længere gav anledning til mistanke om salg med manglende omkostningsdækning.

Den administrative procedure

25 I perioden fra den 18. marts til den 20. juli 1999 indgav 15 virksomheder, som var konkurrenter til sagsøgeren, klager til Kommissionen. Klagerne drejede sig om sagsøgerens afgifter.

26 Den 15. juli 1999 tilsendte Kommissionen sagsøgeren en begæring om oplysninger i henhold til artikel 11 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962: Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i [artikel 81 EF og 82 EF] (EFT 1959-1962, s. 81). Sagsøgeren besvarede begæringen ved skrivelser af 13. og 25. august 1999.

27 Den 19. januar 2000 tilsendte Kommissionen sagsøgerens konkurrenter begæringer om oplysninger.

28 Den 22. juni 2001 tilsendte Kommissionen sagsøgeren endnu en begæring om oplysninger.

29 Den 2. maj 2002 tilsendte Kommissionen sagsøgeren en begæring om oplysninger på grundlag af artikel 19, stk. 1, i Rådets forordning nr. 17.

30 Den 29. juli 2002 indgav sagsøgeren bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen.

31 Den 25. oktober 2002 indgav sagsøgeren bemærkninger til klagernes svar på klagepunktsmeddelelsen.

32 Den 21. februar 2003 tilsendte Kommissionen sagsøgeren et tillæg til klagepunktsmeddelelsen.

33 Den 14. marts 2003 indgav sagsøgeren bemærkninger til tillægget til klagepunktmeddelelsen.

Den anfægtede beslutning

34 Den 21. maj 2003 vedtog Kommissionen beslutning 2003/707/EF om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 82 (COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — Deutsche Telekom AG) (EUT L 263, s. 9, herefter »den anfægtede beslutning«). Beslutningen blev meddelt sagsøgeren den 30. maj 2003.

35 Ifølge Kommissionen udgøres de relevante markeder for produkter og tjenesteydelser af markedet for adgangen til abonnentnettet for sagsøgerens konkurrenter i engrosleddet og markederne for adgang til smalbåndstilslutninger (analoge tilslutninger og ISDN-tilslutninger) og til bredbåndstilslutninger (ADSL) i detailleddet (betragtning 91 til den anfægtede beslutning). Geografisk omfatter de nævnte markeder Tysklands område (betragtning 92 til den anfægtede beslutning).

36 Kommissionen fastslår, at sagsøgeren indtager en dominerende stilling på alle de relevante markeder for produkter og tjenesteydelser (betragtning 96 til den anfægtede beslutning).

37 Ifølge Kommissionen har sagsøgeren tilsidesat artikel 82 EF ved at opkræve urimelige priser, idet sagsøgeren har øvet »prispres« ved af sine konkurrenter at forlange priser for tjenester i engrosleddet, som var højere end de detailpriser, sagsøgeren opkrævede af sine slutbrugere (betragtning 1, 57, 102 og 103 til den anfægtede beslutning).

38 Om prispresset anføres følgende i betragtning 102-105 til den anfægtede beslutning:

»102 Der foreligger prispres, når summen af de månedlige afgifter og engangsafgifter, der skal betales til [sagsøgeren] for engrosadgang, tvinger konkurrenterne til at opkræve højere afgifter hos slutbrugerne, end [sagsøgeren] fakturerer sine egne slutbrugere for tilsvarende tjenester. Er engrospriserne højere end detailpriserne, kan [sagsøgerens] konkurrenter under ingen omstændigheder opnå fortjeneste, selv hvis de er mindst lige så effektive som

[sagsøgeren], da de foruden engrospriserne også har andre omkostninger, f.eks. til markedsføring, fakturering, inkasso osv.

103 Ved at [sagsøgeren] for konkurrenters adgang til abonnentledninger opkræver engrospriser, som er højere end [sagsøgerens] egne detailpriser for adgangen til abonnentnettet, hindrer [sagsøgeren] konkurrenterne i foruden almindelige telefonopkald også at tilbyde adgangstjenester via abonnentledningerne. Dermed tvinger [sagsøgeren] de konkurrenter, der er interesseret i at bestille ubundtede abonnentledninger for at kunne tilbyde kunderne tilslutningstjenester, til at dække tabene i forbindelse med adgangstjenesterne med tilsvarende højere indtægter fra telefonopkaldene. Samtaletaksterne i Tyskland er imidlertid faldet betydeligt i de seneste år, således at konkurrenterne ofte ikke har økonomisk mulighed for at foretage en sådan krydssubsidiering.

104 [Sagsøgeren] er af den opfattelse, at det i den foreliggende sag ikke kan påvises, at der foreligger en ulovlig prissætning i form af prispres, alene af den grund, at engrospriserne er fastsat af RegTP. Der foreligger kun et prispres, hvis margenerne i realiteten kommer under pres som følge af for høje engrospriser, for lave detailpriser eller en kombination heraf, og hvis der er mulighed for en afhjælpning på begge niveauer. En regulatorisk fastsat engrospris medfører imidlertid, at [sagsøgeren] kun har indflydelse på størrelsen af priserne for detailadgang, og at det således kun er disse priser, der kan undersøges på grundlag af principperne om, at der ikke må tilbydes priser under kostprisen (underbudspriser).

105 I modsætning til [sagsøgerens] opfattelse er misbrug i form af prispres imidlertid relevant i det foreliggende tilfælde. På forbundne markeder,

hvor konkurrenterne aftager engrostjenester hos den etablerede operatør og er afhængige heraf for at kunne optage konkurrence på et efterfølgende produkt- eller tjenestemarked, kan der absolut foreligge et prispres mellem de regulerede engros- og detailpriser. For at kunne påvise et prispres er det nemlig først og fremmest kun afgørende, at der er et misforhold mellem de to priskategorier, som fører til en konkurrencebegrænsning. Endvidere skal det ganske vist også påvises, at den virksomhed, der er omfattet af prisreguleringen, selv har et kommercielt råderum til på eget initiativ at undgå eller eliminere prispresset. Hvis dette — som i den foreliggende sag — er tilfældet […] bliver spørgsmålet om, hvilke priser den pågældende virksomhed kan ændre uden statens indgriben, imidlertid kun relevant med hensyn til valget af midlerne til eliminering af prispresset.«

39 Kommissionen anfører om den metode, den har anvendt for at fastslå, om der er forekommet prispres, at sagsøgerens konkurrenter gennem adgangen til sagsøgerens abonnentledninger kan tilbyde deres slutbrugere en hel række adgangstjenester, nemlig analog smalbåndsadgang, digital smalbåndsadgang (ISDN) eller bredbåndsadgang i form af ADSL-tjenester. Da RegTP fastsætter fælles afgifter for sagsøgerens engrostjenester uafhængigt af, hvilke tjenester konkurrenterne udbyder i det efterfølgende led gennem abonnentledningen, skal sagsøgerens månedsafgifter og engangsafgifter for adgangstjenester i engrosleddet, i et omfang svarende til den gennemsnitlige abonnementstid, sammenlignes med sagsøgerens månedsafgifter og engangsafgifter for adgangstjenester i detailleddet, i et omfang svarende til den gennemsnitlige abonnementstid. For at beregne gennemsnittet af sagsøgerens priser for detailadgangstjenester foretager Kommissionen en kvantitativ vægtning af sagsøgerens forskellige detailpriser for analoge tilslutninger samt ISDN- og ADSL-tilslutninger og for de forskellige varianter af ISDN- og ADSL-tilslutninger (betragtning 113, 115, 116 og 142-151 til den anfægtede beslutning).

40 Ved beregningen af prispresset medtager Kommissionen udelukkende afgifterne for adgangstjenester i detailleddet. Samtaleafgifterne indgår ikke i denne beregning (betragtning 119 til den anfægtede beslutning).

41 Ifølge Kommissionen »kan der antages at foreligge et prispres, der er udtryk for misbrug, hvis forskellen mellem en dominerende virksomheds detailpriser og engrosprisen for tilsvarende tjenester til virksomhedens konkurrenter enten er negativ eller ikke tilstrækkelig til at dække den dominerende operatørs produktspecifikke omkostninger ved leveringen af operatørens egne detailtjenester på det efterfølgende marked« (betragtning 107 til den anfægtede beslutning).

42 Kommissionen når i sine beregninger med hensyn til prispres frem til, at der i perioden 1998-2001 var et negativt spænd mellem sagsøgerens detail- og engrospriser (betragtning 153 til den anfægtede beslutning). I 2002 var spændet positivt (betragtning 154 til den anfægtede beslutning). Der var dog fortsat tale om prispres i 2002, idet det positive spænd ikke var tilstrækkeligt til at dække sagsøgerens produktspecifikke omkostninger ved at levere tjenester til slutbrugere (betragtning 154 og 160 til den anfægtede beslutning). Prispresset fandtes endnu, da den anfægtede beslutning blev vedtaget (betragtning 161 til den anfægtede beslutning).

43 Endvidere anfører Kommissionen, at sagsøgerens engros- og detailpriser ganske vist er undergivet en sektorspecifik regulering. Sagsøgeren havde imidlertid et råderum, der var tilstrækkeligt til, at prispresset kunne mindskes eller elimineres gennem en tilpasning af afgifterne (betragtning 57, 105 og 163-175 til den anfægtede beslutning). Kommissionen medgiver, at sagsøgeren fra den 1. januar 2002 ikke længere havde et råderum, der gjorde det muligt at forhøje detailpriserne for analoge tilslutninger og ISDN-tilslutninger. Sagsøgeren kunne imidlertid have mindsket prispresset ved at forhøje sine priser for ADSL-tilslutninger (betragtning 171-175 og 206 til den anfægtede beslutning).

44 Kommissionen drager følgende konklusion i betragtning 199 til den anfægtede beslutning:

»[Sagsøgeren] misbruger sin dominerende stilling på de relevante markeder for den direkte adgang til sit faste telefonnet. Dette misbrug består i fastsættelse af urimelige

priser for engrosadgangstjenester til konkurrenter og for detailadgangstjenester i abonnentnettet og opfylder således betingelserne for anvendelse af […] artikel 82, litra a), [EF]. I perioden fra begyndelsen af 1998 og indtil udgangen af 2001 var [sagsøgeren] i stand til fuldstændig at eliminere prispresset gennem takstændringer i detailleddet. Siden begyndelsen af 2002 har [sagsøgeren] under alle omstændigheder også været i stand til at mindske prispresset ved at forhøje ADSL-detailpriserne, der ikke er omfattet af price cap-ordningen.«

45 Efter at have fundet, at overtrædelsen var alvorlig i perioden fra begyndelsen af 1998 til udgangen af 2001 og lidet alvorlig i perioden fra begyndelsen af 2002, har Kommissionen pålagt sagsøgeren en bøde på 12,6 mio. EUR (betragtning 207 og 212 til den anfægtede beslutning).

46 Den anfægtede beslutnings dispositive del har følgende ordlyd:

»*Artikel 1*

[Sagsøgeren] har siden 1998 overtrådt […] artikel 82, litra a), [EF] ved at opkræve urimelige månedlige afgifter og engangsafgifter hos sine konkurrenter og slutbrugere for adgangen til abonnentnettet og herved hæmme konkurrencen på markedet for adgangen til abonnentnettet betydeligt.

Artikel 2

[Sagsøgeren] bringer omgående den i artikel 1 omhandlede overtrædelse til ophør og afstår fra i fremtiden at gentage enhver handling eller adfærd af den i artikel 1 omhandlede art.

Artikel 3

For den i artikel 1 omhandlede overtrædelse pålægges [sagsøgeren] en bøde på 12,6 mio. EUR.

[…]«

Retsforhandlinger

47 Sagsøgeren anlagde den foreliggende sag ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 30. juli 2003.

48 Ved dokumenter indleveret til Rettens Justitskontor den 12. december 2003 anmodede dels Arcor AG & Co. KG (herefter »intervenient I«), dels CityKom Münster GmbH Telekommunikationsservice, senere Tropolys NRW GmbH og derpå

Versatel NRW GmbH, EWE TEL GmbH, HanseNet Telekommunikation GmbH, ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG, senere Arcor AG & Co. KG, KomTel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbH, senere Versatel Nord-Deutschland GmbH, NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH, TeleBeL Gesellschaft für Telekommunikation Bergisches Land mbH, senere Tropolys NRW GmbH og derpå Versatel NRW GmbH, tesion Telekommunikation GmbH, senere Versatel Süd-Deutschland GmbH, Versatel Deutschland GmbH & Co. KG, senere Versatel West-Deutschland GmbH (herefter under et »intervenient II«) om tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande.

49 Ved skrivelse af 30. januar 2004 indgav sagsøgeren begæring til Retten om fortrolig behandling af en række passager i stævningen, svarskriftet, replikken og en række bilag til disse akter.

50 Ved skrivelse af 22. marts 2004 indgav sagsøgeren begæring til Retten om fortrolig behandling af en række passager i duplikken.

51 Ved kendelse af afsagt af formanden for Rettens Første Afdeling den 6. maj 2004 meddeltes de selskaber, hvortil der blev henvist i præmis 48 ovenfor, tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande. Afgørelsen vedrørende begæringen om fortrolig behandling blev udsat.

52 Der er fremsendt ikke-fortrolige versioner, udfærdiget af sagsøgeren, af forskellige processkrifter til intervenient I og intervenient II.

53 Ved skrivelser af 24. juni 2004 anfægtede intervenient I og intervenient II fortroligheden af en række udeladte passager i de ikke-fortrolige udgaver af procesdokumenterne.

54 Den 14. juli 2004 indgav intervenient II sin interventionsbegæring. Intervenient I indgav sin den 2. august 2004. Sagens hovedparter har fremsat bemærkninger til interventionsindlæggene.

55 Ved skrivelse af 20. december 2004 indgav sagsøgeren bemærkninger til intervenient I og intervenient II's indsigelser mod begæringen om fortrolig behandling.

56 Ved kendelse af 15. juni 2006 tog formanden for Rettens Femte Afdeling delvis sagsøgerens begæring om fortrolig behandling til følge.

57 Ved skrivelse af 14. september 2006 meddelte intervenient II, at intervenient I havde efterfulgt ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG. Intervenienten meddelte ved samme skrivelse i overensstemmelse med artikel 99 i Rettens procesreglement, at denne for at undgå dobbelt optræden af en intervenient trak den af ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG, senere Arcor AG & Co. KG, foretagne intervention tilbage.

58 Ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Femte Afdeling den 30. november 2006 blev Arcor AG & Co. KG, tidligere ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG, slettet af den foreliggende sag som intervenient II.

59 Den 11. december 2006 besluttede Retten efter at have hørt parterne at henvise den foreliggende sag til Rettens Femte Udvidede Afdeling.

60 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Femte Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling og har som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse med hjemmel i procesreglementets artikel 64 stillet sagsøgeren og Kommissionen skriftlige spørgsmål og anmodet dem om at fremlægge visse dokumenter. Hovedparterne har efterkommet anmodningerne inden for den fastsatte frist.

61 Ved skrivelse af 21. marts 2007 indgav sagsøgeren begæring til Retten om fortrolig behandling af en række punkter i Kommissionens indlæg af 5. marts 2007, som indeholdt svarene på Rettens skriftlige spørgsmål. Intervenient I og II fremsatte ikke indvendinger mod denne begæring om fortrolig behandling, og en af sagsøgeren udfærdiget ikke-fortrolig udgave af Kommissionens indlæg er blevet tilstillet intervenient I og II.

62 Da dommer Dehousse var blevet forhindret i at deltage i pådømmelsen af den foreliggende sag, udpegede Rettens præsident den 29. marts 2007 i henhold til procesreglementets artikel 32, stk. 3, dommer Wahl, for at afdelingen kunne blive beslutningsdygtig.

63 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Retten i retsmødet den 3. maj 2007.

Parternes påstande

64 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede beslutning annulleres; subsidiært nedsætter Retten i medfør af sin fulde prøvelsesret den bøde, sagsøgeren er blevet pålagt ved beslutningens artikel 3.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder de udenretlige omkostninger.

65 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

66 Intervenient I har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder intervenientens.

67 Intervenient II har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder intervenientens udenretlige omkostninger.

Retlige bemærkninger

I — *De primære påstande om annullation af den anfægtede beslutning*

68 Sagsøgeren har fremsat tre anbringender; ifølge det første er der sket en tilsidesættelse af artikel 82 EF, ifølge det andet er den anfægtede beslutnings dispositive del behæftet med fejl, og ifølge det tredje er der begået magtfordrejning og tilsidesættelse af principperne om proportionalitet, retssikkerhed og beskyttelse af den berettigede forventning.

A — *Det første anbringende: tilsidesættelse af artikel 82 EF*

69 Det første anbringende indeholder fire led. Ifølge det første har sagsøgeren ikke gjort sig skyldig i misbrug, eftersom sagsøgeren ikke havde tilstrækkeligt råderum til at undgå prispres. Ifølge det andet har Kommissionen anvendt en ulovlig metode til at

fastslå, om der forekom prispres. Ifølge det tredje har Kommissionen begået en fejl ved beregningen af prispresset, og ifølge det fjerde havde det fastslåede prispres ikke nogen indvirkning på markedet.

1. Første led: manglende misbrug, da sagsøgeren ikke havde tilstrækkeligt råderum til at undgå prispres

a) Parternes argumenter

70 Sagsøgeren har gjort gældende, at selskabet ikke havde tilstrækkeligt råderum til at undgå det prispres, der skulle være øvet ifølge den anfægtede beslutning. For det første har Kommissionen selv fastslået, at sagsøgeren savnede råderum i forbindelse med fastsættelsen af engrospriserne. Engrospriserne, der fastsættes af RegTP, skal svare til omkostningerne i forbindelse med en effektiv levering af ydelser. De svarer derfor ikke nødvendigvis til sagsøgerens omkostninger.

71 For det andet savnede sagsøgeren ligeledes råderum i forbindelse med fastsættelsen af sine afgifter for adgangstjenester i detailleddet. Med hensyn til perioden fra 1998 til 2001 er det udelukket, at sagsøgeren begik misbrug, idet kun RegTP — og før denne BMPT — var ansvarlig for sagsøgerens afgifter for smalbåndstilslutninger (jf. præmis 73-79 nedenfor).

72 Med hensyn til perioden efter januar 2002 er det kun sagsøgerens adfærd ved fastsættelsen af afgifterne for bredbåndstilslutninger, der kan udgøre misbrug, idet Kommissionen selv medgiver i den anfægtede beslutning, at sagsøgeren efter 2002 ikke havde noget råderum i forbindelse med fastsættelsen af afgifterne for smalbåndstilslutninger. Hvad angår perioden efter januar 2002 havde sagsøgerens eventuelle råderum ved fastsættelsen af afgifterne for bredbåndstilslutninger — for så vidt det påvises, at et sådant fandtes — under alle omstændigheder ingen betydning for det angivelige prispres (jf. præmis 80-83 nedenfor).

73 Hvad for det første angår smalbåndtilslutningerne (analoge tilslutninger og ISDN-tilslutninger) har sagsøgeren anført, at dennes detailpriser ifølge den tyske lovgivning alle på forhånd skulle undersøges og godkendes af RegTP eller, før 1998, af BMPT. Sagsøgeren, der ifølge § 29, stk. 1, i TKG ikke kunne afvige fra de således godkendte priser uden at blive pålagt en bøde, kan derfor ikke anses for at have tilsidesat artikel 82 EF ved at forlange de nævnte priser.

74 Om prisfastsættelsen har sagsøgeren peget på, at RegTP inden for rammerne af price cap-ordningen først definerer kurve af tjenester og målsætninger for prisudviklingen, hvilket begrænser de prisændringer, der kan foretages inden for kurvene (»prisindekser« eller »prislofter«). Dernæst undersøger RegTP de individuelle prisændringer, sagsøgeren har foreslået. I dette øjemed skal RegTP ifølge § 24 og 27 i TKG kontrollere — uafhængigt af, om det loft, som er fastsat for den pågældende kurv, er overholdt — at de priser, hvorom der er ansøgt, ikke uberettiget er fastsat således, at de er lavere end omkostningerne i forbindelse med en effektiv levering af ydelser, og at de ikke er i strid med andre retsforskrifter, herunder artikel 82 EF. RegTP skal således afslå at godkende en ændring af detailpriserne, hvorom sagsøgeren har ansøgt, hvis priserne er i strid med artikel 82 EF, bl.a. på grund af et konkurrencebegrænsende prispres.

75 Sagsøgeren har dels bemærket, at denne før den 1. maj 2002 var bundet af obligatoriske afgifter for analoge tilslutninger, der byggede på en godkendelse uden tidsbegrænsning, som var meddelt af BMPT i henhold til § 97, stk. 3, i TKG, og hvorefter godkendelser af sagsøgerens afgifter »meddelt før den 1. januar 1998 […] højst [gjaldt] indtil den 31. december 2002«.

76 Dels har sagsøgeren anført, at RegTP ved afgørelse af 19. december 2002 kun delvis godkendte sagsøgerens ansøgning af 31. oktober 2002 om forhøjelse af dennes detailpriser for adgangstjenester til slutbrugere inden for rammerne af prisloftet. Desuden har tilslutningsafgifterne siden den 1. januar 2002 været indeholdt i en særskilt kurv, for hvilken der er fastsat en specifik referenceværdi. Samtaleafgifterne har ikke nogen betydning for, om sådanne bindende værdier er overholdt. Kommissionen har selv medgivet, at sagsøgeren fra 2002 ikke havde nogen mulighed for at forhøje sine afgifter for smalbåndstilslutning. At sagsøgeren i perioden fra 1998 til 2001 ikke ansøgte om yderligere forhøjelser af de godkendte afgifter, indebærer ikke, at sagsøgeren kan gøres ansvarlig for de af RegTP fastsatte afgifter og dermed for et angiveligt prispres. Den blotte mulighed for at ansøge om afgiftsændringer kan ikke sidestilles med en selvstændig beføjelse til at fastsætte priser. RegTP's procedure for undersøgelse og godkendelse af afgifter fra sag til sag er netop blevet gennemført for gennem en forhåndsregulering at sikre, at den etablerede operatør ikke opkrævede urimelige priser i overensstemmelse med medlemsstaternes forpligtelse i henhold til artikel 17 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/10/EF af 26. februar 1998 om ONP-vilkår for taletelefonitjenesten og om udbud af forsyningspligtydelser på teleområdet under konkurrenceforhold (EFT L 101, s. 24). Hvis en ansøgning er blevet behandlet og afgjort i overensstemmelse med denne procedure og under iagttagelse af fællesskabsbestemmelsernes procedureforskrifter for lovgivning på teleområdet, kan en virksomhed, som opkræver afgifter, der er fastsat efter en sådan behandling, ikke beskyldes for misbrug. Kontrollerede og godkendte afgifter kan ikke være udtryk for misbrug fra den opkrævende virksomheds side.

77 Endvidere har sagsøgeren peget på, at RegTP's forhåndsregulering har til formål at strukturere markedet gennem administrative indgreb, og at den på de områder, den gælder for, overfører den regulerede virksomheds ansvar for at bevare markedets struktur til den regulerende myndighed. Sagsøgeren har derfor kun pligt til at ansøge RegTP om afgiftsændringer, hvis de underliggende faktiske omstændigheder ændrer sig.

78 Men selv hvis sagsøgerens adgang til at ansøge om en afgiftsændring kunne begrunde, at denne blev gjort ansvarlig for et bestemt afgiftsniveau, var der under alle omstændigheder ikke indtruffet nogen ændring af omstændighederne, der forpligtede sagsøgeren til at indgive yderligere ansøgninger om forhøjelse af sine detailpriser. Tværtimod har udgifterne til oprettelse af tilslutninger næsten ikke ændret sig siden 1998, og engrospriserne er endog blevet nedsat betydeligt. Endvidere har RegTP i samme periode fundet, nemlig i sine afgørelser af 8. februar 1999, 23. december 1999, 30. marts 2001, 21. december 2001, 11. april 2002 og 29. april 2003, at der ikke forekom prispres til skade for konkurrenterne. Desuden fastslog Oberlandesgericht Düsseldorf ved dom af 16. januar 2002, at sagsøgerens godkendte afgifter ikke var i strid med artikel 82 EF.

79 Om den dom, Bundesgerichthof afsagde den 10. marts 2004, og hvorved Oberlandesgericht Düsseldorfs dom af 16. januar 2002 blev ophævet, har sagsøgeren gjort gældende, at den bekræfter, dels at RegTP kontrollerer, at en afgift, hvorom der er ansøgt, er forenelig med artikel 82 EF, dels at den virksomhed, som har ansøgt om godkendelse af afgiften, kun undtagelsesvis kan gøres ansvarlig for en eventuel overtrædelse af artikel 82 EF. Siden 1998 har RegTP selv flere gange bekræftet, at der ikke forekom prispres til skade for sagsøgerens konkurrenter. Desuden lod Bundesgerichthof udtrykkeligt spørgsmålet om sagsøgerens ansvar i henhold til konkurrenceretten henstå ubesvaret, fordi der var tale om regulerede afgifter.

80 For det andet har sagsøgeren hævdet, at selskabet ikke kan gøres ansvarligt for eventuelle misbrug for så vidt angår perioden fra 2002 udelukkende på grundlag af, at det havde et råderum, som gjorde det muligt for det at forhøje afgifterne for T-DSL (ADSL). Dels kan Kommissionen ikke vurdere dette råderum isoleret, idet prispresberegningen er foretaget ikke kun på grundlag af afgifterne for T-DSL (ADSL), men på grundlag af samtlige detailpriser. Dels kunne sagsøgeren, i modsætning til hvad Kommissionen har hævdet, ikke forhøje sine afgifter ubegrænset. Afgifternes grundelement, nemlig prisen for basistilslutningen (analog tilslutning eller ISDN-tilslutning), kræver forudgående godkendelse fra RegTP. Endvidere foretager RegTP efterfølgende kontrol af tillægget for overgang fra en analog eller en ISDN-tilslutning til en ADSL-tilslutning. Sagsøgeren har i den forbindelse henvist til RegTP's afgørelser af 30. marts 2001 og 25. januar 2002. Sagsøgeren — hvis afgifter ifølge § 24 i TKG skal fastsættes under hensyn til omkostningerne i forbindelse med en effektiv levering af ydelser — havde derfor ikke et ubegrænset råderum med hensyn til at forhøje sine ADSL-afgifter. RegTP afsluttede ved sin afgørelse af 25. januar 2002 den sag, der var rejst mod sagsøgeren om underbudspriser for ADSL. Desuden har Kommissionen for at påvise, at sagsøgeren siden 2002 havde et råderum, der gjorde det muligt for denne at forhøje sine ADSL-afgifter, kun henvist til tallene i RegTP's afgørelse af 30. marts 2001.

81 Endvidere har sagsøgeren gjort gældende, at selskabets detailpriser for ADSL-tjenester (analoge tilslutninger siden 2001 og ISDN-tilslutninger siden 2002) på grundlag af Kommissionens beregninger og med undtagelse af indkøringsfasen var højere end priserne for sagsøgerens engrostjenester, idet de var blevet forhøjet med de specifikke omkostninger ved detailtjenesterne. På dette marked forekom der derfor ikke noget prispres. Desuden var den egentlige årsag til det angivelige prispres, at RegTP havde fastsat lave priser for analoge tilslutninger. Selv hvis sagsøgeren havde haft et råderum på markedet for bredbåndstilslutninger, der gjorde det muligt for denne at forhøje afgifterne for ADSL-tilslutninger, ville hverken en forhøjelse eller en nedsættelse af ADSL-afgifterne derfor have haft nogen indvirkning på den fortsatte tilstedeværelse af et konkurrencebegrænsende prispres på markedet for smalbåndsforbindelser, eftersom Kommissionen selv har fastslået, at markedet for bredbåndstilslutninger (ADSL) og markedet for smalbåndstilslutninger (analoge og ISDN-tilslutninger) er særskilte. En korrektion af ADSL-afgifterne ville ikke have kunnet fjerne

den påståede forstyrrelse af markedet for smalbåndstilslutninger, lige så lidt som fastsættelsen af ADSL-afgifterne kunne have forårsaget den. Sagsøgeren har tilføjet i replikken, at skønt en enkelt engrostjeneste giver adgang til flere efterfølgende markeder, skal spørgsmålet om, hvorvidt der forekommer prispres, undersøges for hvert enkelt af disse efterfølgende markeder.

82 Desuden har sagsøgeren bestridt Kommissionens argument om, at markedet for adgang til abonnentledninger som engrostjeneste kun udgør ét marked. Dels kan fuld adgang til abonnentledningerne danne grundlag for at tilbyde slutbrugerne enten bredbåndstilslutninger eller smalbåndstilslutninger. Dels kan bredbåndstilslutninger markedsføres særskilt i forhold til smalbåndstilslutninger på grundlag af delt adgang til abonnentledningerne. ADSL-tjenester kræver således ikke fuld adgang til abonnentledningerne. Hvis Kommissionen ved prispresberegningen havde taget hensyn til priserne for delt adgang til abonnentledninger, som er klart lavere end engrospriserne, ville resultatet være blevet gunstigere for sagsøgeren.

83 Endelig har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen i den anfægtede beslutning ikke viser, hvorledes sagsøgeren kunne have mindsket det angivelige prispres ved at forhøje ADSL-afgifterne. I betragtning af den krydspriselasticitet mellem ADSL-tilslutninger og traditionelle tilslutninger og mellem de forskellige ADSL-varianter (fra analoge tilslutninger til ISDN-tilslutninger), som Kommissionen har medgivet findes, burde der være foretaget en mere indgående undersøgelse med henblik på at fastslå, om en forhøjelse af ADSL-afgifterne reelt ville have ført til en stigning i de vejede detailpriser. Dels er der krydspriselasticitet mellem ADSL-tilslutninger og smalbåndstilslutninger. Hvis sagsøgeren tidligere havde opkrævet højere ADSL-afgifter end de nuværende, ville antallet af ADSL-kunder have været lavere. Dels er der stor krydspriselasticitet inden for ADSL-området selv. ADSL-tilslutninger tilbydes over både analoge tilslutninger og ISDN-tilslutninger. En forhøjelse af ADSL-afgifterne på grundlag af ISDN-tilslutningerne ville få efterspørgselen til at forrykke sig i retning af den analoge variant.

84 Kommissionen og intervenient I og II har påstået det første anbringendes første led forkastet.

b) Rettens bemærkninger

i) Indledende bemærkninger

85 Det følger af retspraksis, at artikel 81 EF og 82 EF kun tager sigte på konkurrencestridig adfærd fra virksomhedernes side på deres eget initiativ. Såfremt virksomhederne pånødes en konkurrencestridig adfærd ved en national lovgivning, eller såfremt denne lovgivning skaber en retlig ramme, som på sin side berøver dem enhver mulighed for at konkurrere retmæssigt, finder artikel 81 EF og 82 EF ikke anvendelse. I denne situation skyldes begrænsningen af konkurrencen ikke, som det forudsættes i disse bestemmelser, en selvstændig adfærd fra virksomhedernes side (jf. Domstolens dom af 11.11.1997, forenede sager C-359/95 P og C-379/95 P, Kommissionen og Frankrig mod Ladbroke Racing, Sml. I, s. 6265, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).

86 Det skal dog bemærkes i den forbindelse, at muligheden for at udelukke en bestemt konkurrencestridig adfærd fra anvendelsesområdet for artikel 81 EF og 82 EF, fordi den er blevet pålagt de pågældende virksomheder ved den gældende nationale lovgivning, eller fordi denne har fjernet enhver mulighed for konkurrencemæssig adfærd fra deres side, kun er blevet anerkendt i begrænset omfang af Domstolen (Domstolens dom af 29.10.1980, forenede sager 209/78-215/78 og 218/78, Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3125, præmis 130-134, af 20.3.1985, sag 41/83, Italien mod Kommissionen, Sml. s. 873, præmis 19, af 10.12.1985, forenede sager 240/82-242/82, 261/82, 262/82, 268/82 og 269/82, Stichting Sigarettenindustrie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3831, præmis 27-29, og af 9.9.2003, sag C-198/01, CIF, Sml. I, s. 8055, præmis 67).

87 For at de nationale retlige rammer kan medføre, at artikel 81 EF og 82 EF ikke finder anvendelse på konkurrencebegrænsende adfærd fra virksomhedernes side, skal de konkurrencebegrænsende virkninger udelukkende skyldes den nationale lov (Rettens dom af 30.3.2000, sag T-513/93, Consiglio nazionale degli spedizionieri doganali mod Kommissionen, Sml. II, s. 1807, præmis 61).

88 Derimod kan artikel 81 EF og 82 EF finde anvendelse i en situation, hvor der efter den nationale lovgivning fortsat består en mulighed for konkurrence, men hvor denne konkurrence kan hindres, begrænses eller fordrejes ved en selvstændig adfærd fra virksomhedernes side (dommen i sagen van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 86 ovenfor, præmis 126 og 130-134, og i sagen Stichting Sigarettenindustrie m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 86 ovenfor, præmis 12-37; Domstolens dom af 17.7.1997, sag C-219/95 P, Ferriere Nord mod Kommissionen, Sml. I, s. 4411, præmis 23-25, og dommen i sagen Kommissionen og Frankrig mod Ladbroke Racing, nævnt i præmis 85 ovenfor, præmis 34).

89 Hvor loven blot tilskynder til eller fremmer virksomhedernes selvstændige udøvelse af konkurrencebegrænsende adfærd, er virksomhederne således uændret omfattet af artikel 81 EF og 82 EF (Domstolens dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663, præmis 36-73, og dommen i sagen CIF, nævnt i præmis 86 ovenfor, præmis 56; jf. i denne retning Rettens dom af 18.9.1996, sag T-387/94, Asia Motor France m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 961, præmis 60).

90 Det er på baggrund af ovennævnte principper, at det skal undersøges, om de tyske retsforskrifter — herunder navnlig TKG, bekendtgørelsen om prisregulering og RegTP's afgørelser i den periode, som er omfattet af den anfægtede beslutning — udelukkede enhver mulighed for konkurrencemæssig adfærd fra sagsøgerens side, eller om de gav sagsøgeren tilstrækkeligt råderum til at fastsætte sine afgifter på et sådant niveau, at det ville have gjort det muligt for sagsøgeren at eliminere eller mindske det prispres, der fastslås i den anfægtede beslutning.

ii) Den anfægtede beslutning

91 Kommissionen fastslår i den anfægtede beslutning efter at have undersøgt engrospriserne og detailpriserne, at sagsøgeren har begået »misbrug i form af et prispres på grund af et misforhold mellem engros- og detailpriserne« (betragtning 57 til den anfægtede beslutning).

92 Endvidere anfører Kommissionen i den anfægtede beslutning, at »[der kan] antages at foreligge et prispres, der er udtryk for misbrug, hvis forskellen mellem en dominerende virksomheds detailpriser og engrosprisen for tilsvarende tjenester til virksomhedens konkurrenter enten er negativ eller ikke tilstrækkelig til at dække den dominerende operatørs produktspecifikke omkostninger ved leveringen af operatørens egne detailtjenester på det efterfølgende marked« (betragtning 107 til den anfægtede beslutning).

93 Kommissionen udelukker ikke i den anfægtede beslutning, at sagsøgeren kunne nedsætte sine engrospriser (betragtning 17, 163 og 206 til den anfægtede beslutning), men undersøger kun i beslutningen, om sagsøgeren havde et reelt råderum med hensyn til at forhøje sine detailpriser (betragtning 164-175 til den anfægtede beslutning). Den sondrer i dette øjemed mellem to perioder.

94 Indledningsvis finder Kommissionen, at sagsøgeren »[i] perioden fra begyndelsen af 1998 og indtil udgangen af 2001 var […] i stand til fuldstændig at eliminere prispresset gennem takstændringer i detailleddet« eller med andre ord gennem ændringer af detailpriserne (betragtning 199 til den anfægtede beslutning). Kommissionen forklarer hvad dette angår, at sagsøgeren rent faktisk havde »[tilstrækkelig mulighed] for at undgå prispresset gennem en forhøjelse af detailpriserne for analoge og ISDN-abonnentledninger« (betragtning 164 til den anfægtede beslutning).

95 Dernæst finder den, at sagsøgeren i perioden fra den 1. januar 2002 til vedtagelsen af den anfægtede beslutning ligeledes havde et råderum, der gjorde det muligt for selskabet at forhøje sine detailpriser. Dette råderum omfattede dog kun detailpriserne for ADSL-adgangstjenester. Kommissionen anfører således i den anfægtede beslutning, at sagsøgeren »[s]iden begyndelsen af 2002 […] under alle omstændigheder også [har] været i stand til at mindske prispresset ved at forhøje ADSL-detailpriserne« (betragtning 199 til den anfægtede beslutning). Den bemærker, at sagsøgerens »mulighed for i det mindste til dels at eliminere prispresset fra den 1. januar 2002 [har] været begrænset til en forhøjelse af T-DSL-priserne« (betragtning 206).

96 På den baggrund må det undersøges, om Kommissionen med føje kunne fastslå i den anfægtede beslutning, at sagsøgeren i de to perioder, hvortil der blev henvist i præmis 94 og 95 ovenfor, havde tilstrækkeligt råderum til at forhøje detailpriserne, således at det prispres, der fastslås i den anfægtede beslutning, blev elimineret eller mindsket.

iii) Manglende misbrug som følge af, at sagsøgeren ikke havde tilstrækkeligt råderum til at undgå prispres ved at forhøje sine detailpriser i perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 2001

97 Ifølge den anfægtede beslutning (betragtning 164 og 199) havde sagsøgeren tilstrækkeligt råderum til at eliminere prispresset i perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 2001 ved at forhøje sine detailpriser for adgang til analoge tilslutninger og ISDN-tilslutninger.

98 For at vurdere rigtigheden af denne konklusion er det for det første nødvendigt at undersøge de tyske retsforskrifter, der finder anvendelse.

99 Hvad dette angår bemærkes, at sagsøgerens detailpriser for adgang til analoge tilslutninger og ISDN-tilslutninger ifølge § 27, stk. 1, andet punktum, og § 25, stk. 1, i TKG samt §§ 4 og 5 i bekendtgørelsen om prisregulering skulle godkendes af RegTP inden for rammerne af en price cap-ordning. Price cap-ordningen gjaldt for to kurve (tjenester til privatkunder og tjenester til erhvervskunder), som i perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 2001 både omfattede adgangstjenester og telefonopkald, herunder lokalopkald, indenlandske fjernopkald og udlandsopkald. På grund af det loft, der var fastsat i BMPT's afgørelse af 17. december 1997, måtte sagsøgeren nedsætte den samlede pris for begge kurve med 4,3% i perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 1999, og som følge af RegTP's afgørelse af 23. december 1999 med 5,6% i perioden fra den 1. januar 2000 til den 31. december 2001.

100 Inden for disse rammer kunne sagsøgeren imidlertid ændre sine priser efter at havde indhentet forhåndsgodkendelse fra RegTP. Sagsøgeren har ikke bestridt oplysningen i betragtning 37 og 166 til den anfægtede beslutning om, at sagsøgeren i perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 2001 nedsatte sine samtaleafgifter i et omfang, der klart oversteg de niveauer på henholdsvis 4,3% og 5,6%, RegTP havde fastsat for kurvene som helhed. Det svar fra RegTP af 3. april 2002 på begæringen om oplysninger af 23. marts 2002, hvortil der henvises i betragtning 37 til den anfægtede beslutning, bekræfter således, at »de afgifter for telefonitjenester, som reguleres inden for price cap-ordningen, blev nedsat med [*fortroligt*][1] DEM (omkring [*fortroligt*] EUR) ud over, hvad price cap-ordningen krævede«.

101 Denne afgiftsnedsættelse skabte et råderum, der gjorde det muligt for sagsøgeren at forhøje sine detailpriser for adgang til analoge tilslutninger og ISDN-tilslutninger.

1 — Fortrolige oplysninger udeladt.

102 Desuden har sagsøgeren, som anført i betragtning 167 til den anfægtede beslutning, medgivet i sit svar på klagepunktsmeddelelsen, at der fandtes et råderum, der gjorde det muligt for selskabet at forhøje de månedlige afgifter for privatkundetilslutninger med [*fortroligt*] EUR i price cap-perioden 1998/1999.

103 At sagsøgeren havde et råderum, der tillod selskabet at forhøje sine detailpriser, fremgår ligeledes af den tyske regerings meddelelse til Kommissionen af 8. juni 2000. Heri anførte den tyske regering:

»Der er ikke grundlag for [indvendingen] om, at RegTP ved sine afgørelser vedrørende en øvre grænse for detailpriserne har begrænset [sagsøgerens] råderum, således at denne ikke længere kan forhøje grundabonnementsafgiften […] [Sagsøgeren] havde [faktisk] et råderum, der gjorde det muligt for selskabet at forhøje grundabonnementsafgiften for analoge tilslutninger (21,39 DEM) med henblik på at opnå en bedre tilpasning af grundabonnementet til den afgift for adgang til abonnentledninger på 25,40 DEM, der blev godkendt den 8. februar 1999.«

104 Desuden bekræfter RegTP's afgørelse af 8. februar 1999, hvortil sagsøgeren har henvist i stævningen og replikken til støtte for sin argumentation om, at selskabet ikke kan gøres ansvarligt for en tilsidesættelse af artikel 82 EF, at det »inden for rammerne af den i price cap-proceduren fastsatte kurv fortsat har et råderum, der gør det muligt at tilpasse de forskellige detailpriser«.

105 Det er derfor med rette, når Kommissionen i betragtning 166 og 167 til den anfægtede beslutning fastslår, at sagsøgeren i betragtning af de seks ansøgninger om nedsættelser af samtalepriserne, der blev indgivet i perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 2001, i denne periode havde et råderum, der gjorde det muligt for

selskabet at ansøge om forhøjelser af sine priser for adgang til analoge tilslutninger og ISDN-tilslutninger, som ikke ville medføre overskridelser af det samlede loft for kurvene for tjenester til privatkunder og tjenester til erhvervskunder. Sagsøgeren medgav da også under retsmødet, at selskabet havde et sådant råderum.

106 For det andet skal det undersøges, om RegTP's indgriben i sagsøgerens afgiftsfastsættelse på trods af det råderum, der er fastslået i præmis 105 ovenfor, medførte, at sagsøgeren ikke længere kan stilles til ansvar i henhold til artikel 82 EF.

107 Hvad dette angår bemærkes indledningsvis, at den omstændighed, at sagsøgerens afgifter skulle godkendes af RegTP, ikke fratager selskabet dettes ansvar i henhold til artikel 82 EF (jf. i denne retning Domstolens dom af 30.1.1985, sag 123/83, BNIC, Sml. s. 391, præmis 21-23). Da sagsøgeren — således som selskabet selv har medgivet i replikken — øver indflydelse på sine detailpriser gennem de ansøgninger om godkendelse, det indgiver til RegTP i henhold til § 28, stk. 1, i TKG, var de med prispresset forbundne konkurrencebegrænsende virkninger, der fastslås i den anfægtede beslutning, ikke udelukkende en følge af de nationale retsforskrifter, som fandt anvendelse (dommen i sagen Consiglio nazionale degli spedizionieri doganali mod Kommissionen, nævnt i præmis 87 ovenfor, præmis 61).

108 Sagsøgeren har imidlertid hævdet, at selskabet ikke har noget ansvar i henhold til artikel 82 EF, da RegTP på forhånd kontrollerer, at dets afgifter er forenelige med artikel 82 EF.

109 Hertil bemærkes indledningsvis, at de detailpriser for adgang til analoge tilslutninger, der gjaldt i hele perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 2001, ikke var blevet godkendt af RegTP, men byggede på afgørelser truffet i henhold til den lovgivning, der gjaldt før vedtagelsen af TKG. Sagsøgeren har således som svar

på et skriftligt spørgsmål fra Retten bekræftet, at selskabets detailpriser for analoge tilslutninger for perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 2001 byggede på en tidsubegrænset godkendelse, som Forbundsministeriet for Post og Telekommunikation gav i 1990 på grundlag af bekendtgørelsen om telekommunikation (Telekommunikationsordnung).

110 Imidlertid har sagsøgeren hverken i stævningen eller i replikken gjort gældende, at de afgifter, der blev fastsat i henhold til den i 1990 gældende lovgivning, var blevet godkendt, efter at den kompetente myndighed havde undersøgt, om de var forenelige med artikel 82 EF.

111 Dernæst bemærkes, at det ikke fremgår af bestemmelserne i TKG, der har været gældende siden den 1. august 1996, at RegTP undersøger, om ansøgninger om ændring af detailpriserne for adgang til analoge tilslutninger og ISDN-tilslutninger er forenelige med artikel 82 EF.

112 Sagsøgeren har imidlertid til støtte for sit argument henvist dels til § 27, stk. 3, i TKG, hvorefter RegTP skal undersøge, om de afgiftsændringer, sagsøgeren ansøger om, er i overensstemmelse »med […] andre retsforskrifter«, herunder ifølge sagsøgeren artikel 82 EF, dels til de forskellige af RegTP trufne afgørelser, der er nævnt i præmis 78 ovenfor, og hvori det blev undersøgt, om der forekom prispres.

113 Hertil bemærkes for det første, at selv om det på samme måde som ethvert andet statsorgan påhviler RegTP at overholde EF-traktatens bestemmelser (jf. i denne retning CIF-dommen, nævnt i præmis 86 ovenfor, præmis 49), udgjorde RegTP på tidspunktet for tvistens omstændigheder den myndighed i Tyskland, der var ansvarlig for anvendelsen af retsforskrifterne på teleområdet, og ikke medlemsstatens konkurrencemyndighed. De nationale tilsynsmyndigheder handler imidlertid efter national lovgivning, som kan have mål baseret på telepolitiske overvejelser, der

afviger fra EF's konkurrencepolitik (jf. Kommissionens meddelelse af 22. august 1998 om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren — rammebestemmelser, relevante markeder og principper (EFT C 265, s. 2), punkt 13).

114 For det andet bemærkes, at de forskellige af RegTP trufne afgørelser, hvortil sagsøgeren har henvist til støtte for sin argumentation, ikke indeholder nogen henvisning til artikel 82 EF.

115 Det er korrekt, at RegTP i flere af afgørelserne — herunder afgørelserne af 8. februar 1999, 30. marts 2001, 21. december 2001, 11. april 2002 og 29. april 2003 — undersøger spørgsmålet om prispres.

116 RegTP fandt imidlertid i alle de nævnte afgørelser efter at have fastslået, at der var et negativt spænd mellem sagsøgerens engrospriser og detailpriser, at krydssubsidiering mellem afgifterne for adgangstjenester og samtaleafgifterne burde gøre det muligt for andre operatører at tilbyde deres slutbrugere konkurrencedygtige priser.

117 RegTP fastslog således i sin afgørelse af 29. april 2003:

»[D]en ringe forskel mellem detailpriserne og engrospriserne påvirker ikke konkurrenternes muligheder for at konkurrere inden for abonnentnettet i en sådan grad, at de ikke har økonomisk mulighed for med held at optage virksomhed på markedet eller forblive herpå […] [Denne forskel] var ikke så stor, at den fratog konkurrenterne enhver mulighed for selv at krydssubsidiere deres detailpriser med henblik

på at kunne tilbyde deres slutbrugere tilslutninger til en lige så attraktiv pris som ansøgeren, eller endog til en lavere pris. Det gælder navnlig de mere værdifulde og bekostelige ISDN- og ADSL-tilslutninger, hvis antal er steget stærkt som følge af den store stigning i udbredelsen af internet og markedsføringen af hurtigere og mere velfungerende internetadgang.«

118 RegTP fulgte et tilsvarende ræsonnement i sine afgørelser af 8. februar 1999, 30. marts 2001, 21. december 2001 og 11. april 2002.

119 At RegTP ikke havde nogen indvendinger mod de afgifter, sagsøgeren havde ansøgt om, efter at RegTP havde fastslået, at sagsøgerens konkurrenter måtte gribe til krydssubsidiering for at kunne tilbyde deres slutbrugere konkurrencedygtige priser for adgangstjenester, viser, at RegTP enten ikke undersøgte, om de pågældende afgifter var forenelige med artikel 82 EF, eller i det mindste anvendte bestemmelsen urigtigt (jf. præmis 198-202 og 238 nedenfor).

120 Selv hvis det forudsættes, at RegTP er forpligtet til at undersøge, om de afgifter, hvorom sagsøgeren ansøger, er forenelige med artikel 82 EF, ville dette under alle omstændigheder ikke være til hinder for, at Kommissionen fastslog, at sagsøgeren er ansvarlig for en overtrædelse. Kommissionen kan nemlig ikke være bundet af en afgørelse, der er truffet af en national myndighed i medfør af artikel 82 EF (jf. i denne retning Domstolens dom af 14.12.2000, sag C-344/98, Masterfoods og HB, Sml. I, s. 11369, præmis 48).

121 Endelig bemærkes, at det, der i det foreliggende tilfælde har betydning med hensyn til, om sagsøgeren kan gøres ansvarlig for en overtrædelse, er, om selskabet på tidspunktet for tvistens omstændigheder havde et råderum, som var tilstrækkeligt til, at det kunne eliminere eller mindske det prispres, dette er blevet foreholdt.

122 Det er allerede blevet fastslået, at sagsøgeren kunne øve indflydelse på sine detailpriser gennem de til RegTP indgivne ansøgninger om godkendelse (jf. præmis 98-105 ovenfor). Sagsøgeren var derfor på grund af det særlige ansvar, der påhvilede selskabet som dominerende virksomhed (Domstolens dom af 9.11.1983, sag 322/81, NBIM mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 57; Rettens dom af 7.10.1999, sag T-228/97, Irish Sugar mod Kommissionen, Sml. II, s. 2969, præmis 112, og af 30.9.2003, sag T-203/01, Michelin mod Kommissionen, Sml. II, s. 4071, præmis 97), forpligtet til at ansøge om ændring af sine afgifter, når disse skadede en effektiv og ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet.

123 Desuden bekræftede Bundesgerichthof udtrykkeligt i sin dom af 10. februar 2004 (jf. præmis 79 ovenfor), at der påhvilede sagsøgeren et ansvar for at fremsætte ansøgninger om ændring af sine afgifter. Desuden udtalte Bundesgerichthof, at de tyske retsforskrifter ikke var til hinder for, at RegTP godkendte afgifter, hvorom der var ansøgt, og som var i strid med artikel 82 EF. Bundesgerichthof fastslog således: »I modsætning til de tilfælde, hvor den dominerende virksomheds adfærd er direkte bestemt af de nationale retsforskrifter, bygger den afgiftsgodkendelse, der kræves ifølge lovgivningen om telekommunikation, på de ansøgninger derom, der fremsættes af tjenesteyderen«; »at den administrative undersøgelsesprocedure tager sigte på, at der ikke godkendes afgifter, der viser sig at udgøre et misbrug af dominerende stilling, udelukker ikke muligheden for, at en virksomhed i praksis forelægger en afgift, som indebærer misbrug af dens dominerende stilling, og opnår godkendelsen, fordi misbruget ikke opdages under undersøgelsesproceduren«.

124 Det følger af det foregående som helhed, at sagsøgeren på trods af RegTP's indgriben i fastsættelsen af sagsøgerens afgifter i perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 2001 havde et råderum, som var tilstrækkeligt til, at sagsøgerens afgiftspolitik var omfattet af anvendelsesområdet for artikel 82 EF.

125 For det tredje skal det undersøges, om sagsøgeren udnyttede sit råderum til at ændre sine detailpriser med henblik på at undgå det prispres, der fastslås i den anfægtede beslutning, i perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 2001.

126 Indledningsvis har, i det foreliggende tilfælde, sagsøgeren for så vidt angår detailpriserne for analoge tilslutninger ikke bestridt, at selskabet ikke indgav nogen ansøgning til RegTP om godkendelse af en forhøjelse af engangsafgifterne og/eller månedsafgifterne. Det er således ubestridt, at »de månedlige afgifter og engangsafgifterne for en analog standardtelefontilslutning forblev uændrede i hele perioden fra 1998 og indtil udgangen af 2001« (betragtning 38 til den anfægtede beslutning).

127 Sagsøgeren har imidlertid gjort gældende, at selskabet i tiden før den 1. maj 2002 i henhold til § 97, stk. 3, i TKG var bundet af de obligatoriske afgifter for analoge tilslutninger, der var blevet fastsat af forbundsministeriet for post og telekommunikation i 1990.

128 I den overgangsbestemmelse, der var indeholdt i TKG's § 97, stk. 3, bestemtes det imidlertid kun, at de af sagsøgerens afgifter, som var blevet godkendt før ikrafttrædelsen af TKG, højst skulle gælde indtil den 31. december 2002. Bestemmelsen forhindrede således ikke sagsøgeren i at gribe ind i detailpriserne ved at ansøge RegTP om afgiftsændringer før dette tidspunkt, herunder navnlig i hele perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 2001.

129 Dernæst er det for så vidt angår detailpriserne for ISDN-tilslutninger ubestridt, at RegTP ved afgørelse af 16. februar 2000 godkendte en nedsættelse af månedsafgifterne efter ansøgning fra sagsøgeren (betragtning 40 til den anfægtede beslutning).

130 Desuden ansøgte sagsøgeren i perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 2001 ikke om ændring af sine engangsafgifter for ISDN-tilslutninger. Disse afgifter, som ifølge sagsøgeren byggede på en afgørelse truffet af BMPT i 1996, og som i

henhold til TKG's § 97, stk. 3, forblev gyldige efter ikrafttrædelsen af TKG, blev derfor ikke ændret i perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 2001 (betragtning 41 til den anfægtede beslutning).

131 Heraf følger, at sagsøgeren ikke udnyttede det råderum, selskabet havde til at opnå en forhøjelse af sine detailpriser, der ville have bidraget til at mindske prispresset i perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 2001. Tværtimod udnyttede sagsøgeren endda råderummet til at nedsætte sine detailpriser for ISDN-tilslutninger i den samme periode.

132 Endelig skal det undersøges, om Kommissionen i fornødent omfang påviser i den anfægtede beslutning, at sagsøgeren i perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 2001 havde tilstrækkeligt råderum til at »undgå prispresset« (betragtning 164). Hvad dette angår anfører Kommissionen i den anfægtede beslutning, at sagsøgeren »[i den nævnte periode] var […] i stand til fuldstændig at eliminere prispresset gennem takstændringer i detailleddet« (betragtning 199).

133 Det bemærkes i den forbindelse, at prispresset i denne periode, således som det fastslås i den anfægtede beslutning, udgjorde [*fortroligt*] EUR den 31. december 1998, [*fortroligt*] EUR den 31. december 1999, [*fortroligt*] EUR den 31. december 2000 og [*fortroligt*] EUR den 31. december 2001 (den anfægtede beslutning, betragtning 152 og 153 samt tabel 10).

134 Således som Kommissionen har påpeget i sit svar på et skriftligt spørgsmål fra Retten, fremgår det af de konklusioner, der drages i betragtning 167 til den anfægtede beslutning, og som sagsøgeren ikke har bestridt, at selskabet rent faktisk nedsatte sine

samtaleafgifter med i alt [*fortroligt*] EUR i perioden 1998/1999. Dette beløb — fordelt på [*fortroligt*] tilslutninger (den anfægtede beslutning, tabel 7) og 24 måneder — gjorde det muligt for sagsøgeren at forhøje sine detailpriser med [*fortroligt*] EUR pr. måned.

135 Heraf følger, at det råderum, nedsættelsen af samtaleafgifterne skabte, ville have været tilstrækkeligt til fuldstændigt at eliminere det prispres, der fastslås i den anfægtede beslutning. Hvis sagsøgeren ved at udnytte sit råderum havde elimineret prispresset fra og med 1998, ville selskabet for at undgå det prispres, der fastslås i den anfægtede beslutning, i hele perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 2001 blot have skullet opretholde forholdet mellem sine engros- og detailpriser. Desuden er det ubestridt — således som Kommissionen også påpeger i den anfægtede beslutning (betragtning 167) — at sagsøgeren foretog yderligere en nedsættelse af sine samtaleafgifter med [*fortroligt*] EUR i perioden 2000/2001, hvilket gav selskabet endnu større råderum med hensyn til at forhøje sine detailpriser.

136 Under retsmødet pegede sagsøgeren på, at RegTP i perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 2001 skulle foretage separat kontrol af, at prislofterne for henholdsvis erhvervskunder og private kunder blev overholdt. Ifølge sagsøgeren havde selskabet kun ringe råderum med hensyn til at forhøje sine priser for detailadgang for privatkunder, og det kunne ikke udnytte det større råderum, det havde med hensyn til at forhøje sine priser for detailadgang for erhvervskunder, idet dette ville have indebåret en forskelsbehandling af sådanne kunder i strid med § 24, stk. 2, nr. 3, i TKG.

137 I stævningen har sagsøgeren imidlertid ikke bestridt Kommissionens bemærkning i betragtning 167 til den anfægtede beslutning om, at det beløb, der blev frigjort ved nedsættelserne af samtaleafgifterne, kunne være blevet overført til »tilslutninger til privat- og erhvervskunder« og anvendt fuldt ud til at forhøje slutbrugernes abonnementsafgifter. Desuden har sagsøgeren heller ikke i stævningen bestridt

Kommissionens bemærkning i betragtning 132 til den anfægtede beslutning om, at der »[h]verken i engros- eller detailleddet sondres […] mellem privat- og erhvervskunder, da det ikke er muligt at foretage en tilstrækkelig entydig afgrænsning mellem de to områder«.

138 Den i præmis 136 gengivne argumentation blev fremsat for første gang under retsmødet og må derfor afvises i overensstemmelse med procesreglementets artikel 48, stk. 2.

139 Endelig bemærkes, at sagsøgeren ikke har bestridt bemærkningen i betragtning 168 til den anfægtede beslutning om, at selskabet i perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 2001 »havde været i stand til […] at foretage yderligere nedsættelser i forbindelse med trafikafgifterne […] og derved yderligere muliggøre prisforhøjelser i forbindelse med de månedlige afgifter og engangsafgifterne for analoge tilslutninger og ISDN-tilslutninger«.

140 Det fremgår af det ovenstående som helhed, at Kommissionen med føje kunne fastslå i den anfægtede beslutning (betragtning 164 og 199), at sagsøgeren i perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 2001 havde tilstrækkeligt råderum til fuldstændig at eliminere det prispres, der kritiseres i beslutningen.

iv) Manglende misbrug som følge af, at sagsøgeren ikke havde tilstrækkeligt råderum til at mindske prispresset ved at forhøje sine afgifter for detailadgang til ADSL fra den 1. januar 2002

141 Siden den 1. januar 2002 har der været en ny price cap-ordning i Tyskland, som blev indført ved RegTP's afgørelse af 21. december 2001. Ifølge denne afgørelse indgår

»tilslutninger« i en separat kurv. Inden for denne kurv blev den øvre grænse for forhøjelser af detailpriserne for analoge tilslutninger og ISDN-tilslutninger fastsat til 4,1% pr. år.

142 Det er ubestridt, at sagsøgeren efter at have indgivet en ansøgning til RegTP den 15. januar 2002 fik tilladelse til at forhøje sine månedlige afgifter for analoge tilslutninger og ISDN-tilslutninger med 0,56 EUR, hvilket repræsenterede en forhøjelse af det gennemsnitlige prisniveau for alle tjenesterne i den pågældende kurv på 4,04% (betragtning 44 til den anfægtede beslutning). Endvidere er det ubestridt, at RegTP for en stor dels vedkommende afslog sagsøgerens ansøgning af 31. oktober 2002 om forhøjelse af den månedlige abonnementsafgift for den analoge telefonforbindelse T-Net og af engangsafgifterne for overtagelse af T-Net- og T-ISDN-tilslutninger, fordi forhøjelsen ikke længere ville have været i overensstemmelse med de tal, der var fastsat inden for rammerne af price cap-ordningen (betragtning 45 til den anfægtede beslutning).

143 Kommissionen finder følgelig i den anfægtede beslutning (betragtning 206), at »[sagsøgerens retlige] mulighed for […] at eliminere prispresset fra den 1. januar 2002 [har] været begrænset til en forhøjelse af T-DSL-priserne«. Ifølge Kommissionen omfattede sagsøgerens råderum fra dette tidspunkt kun afgifterne for detailadgang til ADSL (jf. ligeledes betragtning 174 og 199 til den anfægtede beslutning).

144 Herom bemærkes for det første, at sagsøgeren ikke har bestridt, at selskabet kunne have forhøjet sine ADSL-afgifter fra den 1. januar 2002. Sagsøgeren har imidlertid fremhævet, at selskabets råderum ikke var ubegrænset, idet dets afgifter dels skal fastsættes under hensyn til omkostningerne i forbindelse med en effektiv levering af ydelser, dels kan blive underkastet en efterfølgende undersøgelse af RegTP.

145 Da sagsøgeren imidlertid frit fastsætter sine ADSL-afgifter inden for de rammer, der er fastsat i den tyske lovgivning, kan selskabets afgifter på dette område være omfattet af artikel 82 EF (jf. præmis 87 og 88 ovenfor).

146 At Kommissionen i den anfægtede beslutning ved vurderingen af sagsøgerens råderum fra den 1. januar 2002 kun henviser til de afgifter, der blev fastsat i RegTP's afgørelse af 30. marts 2001, ændrer intet hvad dette angår. Sagsøgeren har nemlig ikke bestridt, at selskabet fra den 1. januar 2002 havde et begrænset råderum med hensyn til at forhøje sine priser for ADSL-adgangstjenester.

147 For det andet skal det undersøges, om sagsøgeren som anført i den anfægtede beslutning (betragtning 199) kunne »mindske prispresset« fra den 1. januar 2002 ved at forhøje sine afgifter for ADSL-adgangstjenester. Sagsøgeren har i den forbindelse påpeget, at markedet for adgangstjenester via henholdsvis smalbånd og ADSL set fra slutbrugernes synspunkt udgør særskilte markeder. En forhøjelse af sagsøgerens afgifter for detailadgang til ADSL ville derfor ikke have haft nogen betydning for det fastslåede angivelige prispres på markederne for adgangstjenester via analoge tilslutninger og ISDN-tilslutninger.

148 Hvad dette angår bemærkes, at adgangstjenesterne i engrosleddet gør det muligt at levere hele rækken af analoge, ISDN- og ADSL-adgangstjenester i detailleddet, og at sagsøgerens råderum med hensyn til at forhøje sine ADSL-afgifter derfor giver mulighed for at mindske prispresset mellem priserne for engrostjenester på den ene side og detailpriserne for hele rækken af analoge, ISDN- og ADSL-adgangstjenester på den anden side. Der kræves en samlet undersøgelse på detailledsniveau af de analoge adgangstjenester og af ISDN- og ADSL-adgangstjenesterne, ikke blot fordi de svarer til kun én tjenesteydelse i grossistleddet, men også fordi — således som Kommissionen, der ikke er blevet modsagt af sagsøgeren på dette punkt, forklarer i den anfægtede beslutning (betragtning 26) — ADSL ikke kan tilbydes slutbrugerne isoleret, idet ADSL af tekniske grunde altid kræver en opgradering af de analoge smalbåndstilslutninger eller ISDN-smalbåndstilslutningerne.

149 Sagsøgerens bemærkninger om den påståede krydspriselasticitet mellem ADSL-tilslutninger og smalbåndstilslutninger og mellem de forskellige ADSL-varianter må forkastes. Dels er der nemlig ikke noget modsætningsforhold mellem bemærkningerne og den omstændighed, at sagsøgeren kan have et råderum, som gør det muligt for selskabets at forhøje sine ADSL-afgifter, dels ville en begrænset forhøjelse af ADSL-afgifterne have ført til en højere gennemsnitlig detailpris for adgangstjenester via smalbånd og bredbånd under et og dermed have mindsket det fastslåede prispres. Det må nemlig antages, at slutbrugerne i betragtning navnlig af bredbånds fordele med hensyn til dataoverførsel ikke uden videre ville vælge at gå tilbage til en smalbåndstilslutning, hvis detailprisen for ADSL-adgang blev forhøjet.

150 Sagsøgerens argument om, at bredbåndstilslutninger kan markedsføres separat i forhold til smalbåndstilslutninger på grundlag af delt adgang til abonnentledninger i engrosleddet, kan heller ikke tiltrædes. Hvis sagsøgeren ved dette argument har søgt at sondre mellem to særskilte markeder i engrosleddet for henholdsvis smalbåndstjenester og bredbåndstjenester, må det afvises i overensstemmelse med procesreglementets artikel 48, stk. 2, da sagsøgeren i stævningen ikke har anfægtet den definition af de relevante markeder, der foretages i den anfægtede beslutning, hvori der i engrosleddet kun angives at være ét marked, nemlig markedet for fuldstændig ubundtet adgang til abonnentnettet (betragtning 64-67 til den anfægtede beslutning). Argumentet kan heller ikke tiltrædes, hvis sagsøgeren derved har gjort gældende, at Kommissionen burde have medtaget priserne for delt adgang til abonnentledninger i beregningen af engrospriserne. Sagsøgeren har nemlig ikke påvist, at det ville have påvirket Kommissionens konklusioner med hensyn til, om der forekom prispres eller et råderum, der havde gjort det muligt for selskabet at mindske det fastslåede prispres ved at forhøje sine afgifter for detailadgang til ADSL, at Kommissionen havde medtaget priserne for delt adgang til abonnentledninger.

151 Det følger af det ovenstående som helhed, at Kommissionen med føje kunne fastslå i den anfægtede beslutning, at sagsøgeren fra den 1. januar 2002 havde tilstrækkeligt råderum til at mindske det prispres, der kritiseres i beslutningen, ved at forhøje sine afgifter for detailadgang til ADSL.

152 Anbringendets første led må følgelig forkastes.

2. Andet led: Kommissionen har anvendt en ulovlig metode til at fastslå, om der forekom prispres

a) Parternes argumenter

153 Sagsøgeren har gjort gældende, at et eventuelt misbrug i form af et prispres alene kan skyldes, at detailpriserne havde karakter af misbrug, eftersom Kommissionen ikke har bestridt, at de offentlige myndigheder fastsætter bindende engrospriser. Kommissionen har ikke påvist, at sagsøgerens detailpriser førte til salg med manglende omkostningsdækning og derfor udgjorde misbrug i sig selv. Sagsøgeren har i den forbindelse henvist til den sagkyndige udtalelse af Lexecon. Den anfægtede beslutning er således fejlbehæftet, fordi Kommissionen anvendte et kriterium, der ikke drejede sig om, hvorvidt detailpriserne udgjorde misbrug i sig selv, men om, hvilket forhold der var mellem detailpriserne og engrospriserne.

154 Endvidere har sagsøgeren påstået, at det skyldes en række fejl ved den anvendte metode, at det blev fastslået, at der forekom prispres.

155 For det første har sagsøgeren for så vidt angår detailpriserne bemærket, at Kommissionen kun tog indtægterne ved at levere tilslutninger til slutbrugere i betragtning. For at kunne fastslå, at der blev øvet prispres — og i betragtning af den snævre markedsdefinition, der lægges til grund i den anfægtede beslutning — burde Kommissionen have taget hensyn til de yderligere indtægter fra konkurrenterne, sagsøgeren opnåede ved at levere tilslutningstjenester og merværditjenester (jf. i denne retning Rettens

dom af 6.6.2002, sag T-342/99, Airtours mod Kommissionen, Sml. II, s. 2585, præmis 276). Der er tale om indtægter hidrørende fra lokal- eller fjernopkald, opkaldsterminering, etablering af opkald og andre merværditjenester. Skønt Kommissionen havde fastslået, at »[f]astnettilslutningerne […] i realiteten [er] en betingelse for at kunne levere en lang række teletjenester til slutbrugere«, og at sådanne tjenester giver mulighed for betydelige ekstraindtægter (betragtning 205 til den anfægtede beslutning), nægtede den ikke desto mindre at tage de nævnte teletjenester i betragtning ved sin undersøgelse af, om der forekom prispres. Set fra et økonomisk synspunkt er dette imidlertid nødvendigt, når det skal vurderes, hvilke faktiske muligheder en konkurrent til sagsøgeren har for at indtræde på markedet.

156 Sagsøgeren har således indledningsvis gjort gældende, at selskabets konkurrenter for så vidt angår såvel fjernopkald som udlandsopkald ikke er forpligtet til at tilbyde deres kunder forvalgstjenester (fast operatørforvalg og »call-by-call«-forvalg). Sagsøgerens konkurrenter kan derfor forudsige deres indtægter fra telefonopkald med langt større sikkerhed end sagsøgeren. I replikken har selskabet fremhævet, at denne for så vidt angår fjernopkald allerede i 1998 blev pålagt at muliggøre »forvalg« og »call by call« [herefter under et »(for)valg«].

157 I replikken har sagsøgeren ligeledes fremhævet, at (for)valg af operatør ikke automatisk er udelukket for konkurrenternes kunder. Næsten alle sagsøgerens konkurrenter benytter imidlertid muligheden for at udelukke (for)valg, hvis dette er en fordel for dem; sagsøgeren har ikke denne mulighed. Ved frivilligt at udelukke muligheden for (for)valg af operatør kan sagsøgerens konkurrenter således sikre sig, at de opnår indtægterne fra telefonopkaldene. Desuden fandt ingen af klagerne under den administrative procedure, at sagsøgerens tilbud var mindre attraktivt på grund af den manglende mulighed for (for)valg, og at der som kompensation burde være tilbudt en lavere tilslutningsafgift. I øvrigt er deres samtaleafgifter næsten alle højere end omkostningerne ved at etablere opkaldene.

158 Endvidere har sagsøgeren gjort gældende, at selskabets konkurrenter på grundlag af den ubundtede adgang til abonnentnettet kan tilbyde innovative produkter, som det ikke selv tilbyder. Kommissionen burde derfor ved prispresberegningen ligeledes have taget hensyn til de yderligere indtægter ved sådanne produkter.

159 Endelig har sagsøgeren påpeget, at selskabets afgifter for adgangstjenester i detailleddet (engangsafgifter og månedsafgifter) ikke kan adskilles fra samtaleafgifterne. Konkurrencen vedrørende teletjenester foregår nemlig gennem pakker af tjenester. Sagsøgeren har i den forbindelse henvist til en markedsundersøgelse. Televirksomhederne tilbyder således et udvalg af forskellige tilslutninger og opkaldsmuligheder, der markedsføres som et samlet produkt. Der er tale om blandede afgiftstilbud, hvor stigende månedsafgifter modsvares af faldende samtaleafgifter. Da RegTP i sin afgørelse af 29. april 2003 undersøgte, om sagsøgerens afgifter førte til et prispres, der fordrejede konkurrencen, anså RegTP det for afgørende, at selskabets konkurrenter kan opnå supplerende indtægter fra samtaletjenester. Den samme eller en lignende forklaringer findes i de øvrige afgørelser, RegTP traf i perioden 1999-2003, og hvortil der blev henvist i præmis 78 ovenfor. Desuden har sagsøgeren henvist til praksis ved USA's Federal Communications Commission (FCC) og det britiske Office of Telecommunications (Oftel) samt det standpunkt, den tyske regering gav udtryk for den 8. juni 2000 i forbindelse med traktatbrudssagen, som bekræfter, at der ved en undersøgelse vedrørende prispres bør tages hensyn til andre indtægter, konkurrenterne kan opnå.

160 I replikken har sagsøgeren tilføjet, at der ved en prispresundersøgelse bør tages udgangspunkt i forskellige sammensætningsniveauer, når en engrostjeneste danner grundlag for flere forskellige tjenester til slutbrugerne. På hvert niveau bør der således kun medtages de omkostninger i forbindelse med engrostjenester, som udelukkende knytter sig til det tilsvarende slutprodukt eller den tilsvarende gruppe af slutprodukter. Hvis tilvejebringelsen af slutprodukt SP1 følgelig kræver engrosprodukterne

EP1 og EP2, men EP2 samtidig sammen med EP3 danner grundlag for tilvejebringelsen af slutprodukt SP2, forekommer der prispres, hvis prisen for henholdsvis SP1 eller SP2 er lavere end prisen for EP1 eller prisen for EP3, eller hvis summen af prisen for SP1 og SP2 er lavere end summen af prisen for EP1, EP2 og EP3. Prisen for EP2 bør imidlertid ikke medregnes ved bestemmelsen af, om der forekommer prispres på første sammensætningsniveau. Undersøgelsen bør foretages på et højere sammensætningsniveau, hvis produkterne SP1 og SP2 udgør en helhed set fra kundens synspunkt, eller hvis produkt SP1 og SP2 er samlet af tekniske eller juridiske grunde (gennem engrosprodukt EP2), således at den dominerende virksomhed uundgåeligt vil miste indtægterne ved de to slutprodukter SP1 og SP2, når engrosprodukt EP2 overføres. Ubundtet adgang til abonnentnettet er et engrosprodukt i relation til mindst to slutprodukter, nemlig samtaler og tilslutninger, som udgør et »cluster« (samlet produkt) set fra kundernes synspunkt. Omkostningerne ved engrosproduktet bør ikke henføres til kun det ene af de to slutprodukter, men til begge. Ved prispresundersøgelsen bør lejen for tilslutninger for slutbrugere og afgifterne for samtaler og merværditjenester derfor sammenholdes med afgifterne for dette samlede tjenestetilbud.

161 Endvidere har sagsøgeren anfægtet Kommissionens argumenter vedrørende princippet om takstudligning (betragtning 120-123 til den anfægtede beslutning). Ifølge sagsøgeren vedrører takstudligning — som har til formål at mindske det underskud på tilslutninger, der traditionelt forekommer i de fleste medlemsstater, ved at forhøje tilslutningsafgifterne og samtidig nedsætte samtaleafgifterne — kun etablerede operatører. Derimod vedrører undersøgelsen af prispresset sagsøgerens konkurrenters indtræden på markedet. I relation til artikel 82 EF drejer det sig kun om, hvorvidt konkurrenterne på baggrund af den faktiske situation på markedet uhindret kan levere tjenester til slutbrugerne på grundlag af sagsøgerens engrospriser. Sagsøgeren har i den forbindelse peget på, at selskabets konkurrenter ikke har pligt til at tilbyde (for)valg. De retsforskrifter, der finder anvendelse, gør det således muligt for sagsøgerens konkurrenter at opnå retligt garanterede indtægter fra samtaletjenester fuldstændig uafhængigt af takstudligningen. Desuden har sagsøgeren fremhævet, at denne er undergivet regulering fra RegTP's side, som har til formål gradvis at opnå takstudligning.

162 For det andet har sagsøgeren gjort gældende, at den metode, Kommissionen har anvendt med henblik på at påvise prispres, er urigtig, idet den bygger på den forudsætning, at sagsøgerens konkurrenter fuldstændig skal kunne reproducere sagsøgerens kundestruktur (betragtning 120-127 til den anfægtede beslutning). Ingen konkurrent ville imidlertid have interesse i at reproducere denne kundestruktur, som på grund af forpligtelsen til at levere almene tjenester kendetegnes af en uforholdsmæssigt stor andel af lidet lønsomme slutbrugere med lave indkomster og analoge tilslutninger, som kun skaber en ringe omsætning, og som ikke er villige til at skifte til tilslutninger af større værdi. At andelen af analoge tilslutninger faldt fra 21 til 10% fra 1999 til 2002 hos sagsøgerens konkurrenter (betragtning 182 til den anfægtede beslutning), skyldes, at konkurrenternes kunder i stadig større omfang er gået over til tilslutninger med større merværdi.

163 Sagsøgeren har anført, at der — i modsætning til hvad Kommissionen har hævdet (betragtning 133 til den anfægtede beslutning) — ikke forekommer noget prispres inden for de mest lønsomme markedssegmenter, som er af interesse for sagsøgerens konkurrenter (ISDN-tilslutninger og ADSL-tilslutninger gennem analoge tilslutninger eller ISDN-tilslutninger). For de tilslutningers vedkommende, der tilhører de segmenter, som har størst merværdi, er såvel sagsøgerens egne som konkurrenternes afgifter tilstrækkelige til at dække omkostningerne.

164 For det tredje har sagsøgeren kritiseret, at Kommissionen har medtaget opsigelsesgebyret i beregningen af engrospriserne. Når en konkurrent til sagsøgeren opsiger en tilslutning, medfører det såvel tilslutningsarbejde for at føre den udlejede abonnentledning tilbage til sagsøgeren som administrativt arbejde, der ikke er behov for, når en slutbruger opsiger en tilslutning, sagsøgeren selv anvender. Der er tale om særlige ineffektivitetsomkostninger forårsaget af markedsindtræden, som det må lægges til grund, at den etablerede dominerende operatør ikke skal afholde. Ved prispresundersøgelsen bør der ses bort fra sådanne omkostninger, der udelukkende skyldes tekniske eller administrative foranstaltninger i forbindelse med markedsindtræden. Artikel 82 EF forpligter ikke en dominerende virksomhed til at fjerne samtlige adgangsbarrierer, men forbyder virksomheden at skabe kunstige adgangsbarrierer.

165 Kommissionen og intervenient I og II har påstået det første anbringendes andet led forkastet.

b) Rettens bemærkninger

i) Spørgsmålet, om Kommissionen i den anfægtede beslutning skulle have påvist, at sagsøgerens detailpriser udgjorde misbrug i sig selv

166 I denne sag fastslås det i den anfægtede beslutning (betragtning 201), at sagsøgerens »misbrug består i, at selskabet har gennemtvunget urimelige priser i form af et prispres til ulempe for [dets] konkurrenter«. Ifølge Kommissionen »foreligge[r der nemlig] et prispres, der er udtryk for misbrug, hvis forskellen mellem en dominerende virksomheds detailpriser og engrosprisen for tilsvarende tjenester til virksomhedens konkurrenter enten er negativ eller ikke tilstrækkelig til at dække den dominerende operatørs produktspecifikke omkostninger ved leveringen af operatørens egne detailtjenester på det efterfølgende marked« (betragtning 107 til den anfægtede beslutning).

167 Det er korrekt, at Kommissionen i den anfægtede beslutning kun påviser, at sagsøgeren havde råderum til at ændre sine detailpriser. At sagsøgerens adfærd havde karakter af misbrug, skyldes imidlertid den urimelige forskel mellem sagsøgerens engrospriser og detailpriser, som havde form af et prispres. På grund af det misbrug, der fastslås i den anfægtede beslutning, behøvede Kommissionen ikke heri at påvise, at sagsøgerens detailpriser udgjorde misbrug i sig selv.

168 Sagsøgerens argument om, at et prispres kun kan udgøre misbrug, hvis selskabets detailpriser udgør misbrug, må derfor forkastes.

ii) Kommissionens metode til beregning af prispresset

Den anfægtede beslutning

169 I betragtning 106-139 til den anfægtede beslutning forklarer Kommissionen, hvilken metode den har anvendt til at beregne, om der er forekommet prispres.

170 Den fremhæver indledningsvis, at bestemmelsen af, om der foreligger prispres, bygger på en sammenligning mellem »en dominerende virksomheds detailpriser og engrosprisen for tilsvarende tjenester til virksomhedens konkurrenter« (betragtning 107 til den anfægtede beslutning).

171 Kommissionen tilføjer, at »[s]ammenligneligheden mellem engros- og detailadgangstjenesterne er afgørende for påvisningen af et prispres« (betragtning 109 til den anfægtede beslutning). Den fortsætter: »Konkurrenterne udbyder normalt, ligesom den etablerede operatør, alle former for detailtjenester. Derfor skal det undersøges, om den etablerede operatørs detail- og engrostjenester er indbyrdes sammenlignelige på en sådan måde, at de opviser de samme eller i det mindste lignende tekniske karakteristika og muliggør levering af de samme eller lignende tjenester« (betragtning 109 til den anfægtede beslutning).

172 Kommissionen fastslår, at engrospriserne for ubundtet adgang til abonnentledningerne er fuldt sammenlignelige med detailpriserne, og at engrosadgangen gør det muligt for konkurrenterne at tilbyde deres slutbrugere en række forskellige detailadgangstjenester, nemlig analog smalbåndsadgang, digital smalbåndsadgang (ISDN) og bredbåndsadgang i form af ADSL-tjenester (betragtning 110 og 112 til den anfægtede beslutning).

173 Ifølge Kommissionen foreligger der prispres, som er udtryk for misbrug, hvis forskellen mellem en dominerende virksomheds detailpriser og engrospriserne for tilsvarende tjenester til virksomhedens konkurrenter »enten er negativ eller ikke tilstrækkelig til at dække den dominerende operatørs produktspecifikke omkostninger ved leveringen af operatørens egne detailtjenester på det efterfølgende marked« (betragtning 107 til den anfægtede beslutning). Kommissionen lægger således sagsøgerens afgifter og omkostninger til grund for vurderingen af, om dennes afgifter er udtryk for misbrug.

174 For at bestemme, om forskellen mellem sagsøgerens detail- og engrospriser medfører prispres, sammenligner Kommissionen prisen for en enkelt engrostjeneste (adgang til abonnentledninger) med prisen for en række forskellige detailtjenester (adgang til tilslutninger af varianterne analog, ISDN og ADSL) (betragtning 113 til den anfægtede beslutning).

175 På detailprisniveauet tager Kommissionen ikke hensyn til opkaldsindtægterne. Den undersøger kun afgifterne for netadgangstjenester, som den sammenligner med engrospriserne (betragtning 119 til den anfægtede beslutning).

176 Da RegTP har fastsat fælles engrospriser uafhængigt af, hvilke tjenester konkurrenterne udbyder i det efterfølgende led ved hjælp af den abonnentledning, sagsøgeren giver dem adgang til (betragtning 113 til den anfægtede beslutning), skal der ifølge

Kommissionen drages en sammenligning mellem engrospriserne og gennemsnitspriserne for samtlige tilslutninger, idet der tages hensyn til de varianter af detailadgangstjenester, sagsøgeren faktisk markedsfører, og de respektive priser for disse forbindelser (betragtning 116 til den anfægtede beslutning).

177 Endvidere har detailpriserne (for hver af sagsøgeren tilbudt variant) og engrospriserne to bestanddele, nemlig en engangsafgift og en månedsafgift (betragtning 142 og 149 til den anfægtede beslutning).

178 For at beregne den »månedlige pris« for engangsafgifterne, er disse blevet divideret med [*fortroligt*], hvilket tal svarer til den gennemsnitstid (i måneder), slutbrugerne beholder en telefonforbindelse (betragtning 148 og 151 til den anfægtede beslutning).

179 Den samlede gennemsnitlige månedlige detailpris udgøres således af summen af den gennemsnitlige månedsafgift og de gennemsnitlige engangsafgifter (under hensyn til samtlige detailadgangstjenester og den gennemsnitlige varighed af et abonnement) (betragtning 148 til den anfægtede beslutning).

180 Den samlede gennemsnitlige månedlige engrospris udgøres af summen af månedsafgiften og den gennemsnitlige engangsafgift (under hensyn til den gennemsnitlige varighed af et abonnement) (betragtning 151 til den anfægtede beslutning). Ifølge Kommissionen omfatter engangsafgifter for engrostjenester ligeledes opsigelsesgebyr. Den anfører, at »[o]psigelsesgebyret opkræves for tilbagekoblingen af en ubundtet forbindelse til [sagsøgerens] net og faktureres kun til konkurrenter i engrosleddet«, og tilføjer, at »[s]ammen med oprettelsesafgiften udgør det de

samlede engangsafgifter i engrosleddet, som konkurrenterne skal betale til [sagsøgeren]« (betragtning 151 til den anfægtede beslutning).

181 På grundlag af denne beregning af de månedlige priser fastslår Kommissionen, at spændene mellem sagsøgerens detail- og engrospriser var negative i perioden 1998-2001 (betragtning 153 til den anfægtede beslutning). Når dette er fastslået, er det ifølge Kommissionen ikke nødvendigt »at beregne, om disse spænd var tilstrækkelige til at dække [sagsøgerens] omkostninger i det efterfølgende led i forbindelse med kundeforholdet« (betragtning 153 til den anfægtede beslutning). Da spændet var positivt fra og med 2002, har Kommissionen derimod beregnet »[sagsøgerens] produktspecifikke omkostninger [ved at levere tjenester til slutbrugere] […] med henblik på at undersøge, om dette positive spænd [var] tilstrækkeligt til at dække [sagsøgerens] produktspecifikke omkostninger« (betragtning 154 til den anfægtede beslutning).

182 Kommissionen drager den konklusion, at der på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning stadig forekom prispres i forbindelse med adgangen til abonnentnettet (betragtning 161 til den anfægtede beslutning), eftersom sagsøgerens specifikke omkostninger ved at levere tjenester til slutbrugere oversteg det positive spænd mellem detail- og engrospriserne (betragtning 160 til den anfægtede beslutning).

Lovligheden af Kommissionens metode

— Indledende betragtninger

183 Sagsøgeren har fremsat tre indvendinger mod den metode, Kommissionen har anvendt til at beregne prispresset. For det første har sagsøgeren gjort gældende, at

Kommissionen for så vidt angår detailpriserne ikke udelukkende burde have taget indtægterne ved at levere tilslutninger til slutbrugere i betragtning, men også indtægterne ved andre tjenester, såsom samtaletjenester. For det andet har sagsøgeren kritiseret den metode, Kommissionen har anvendt til at påvise prispres, for at bygge på den forudsætning, at sagsøgerens konkurrenter har interesse i fuldstændig at reproducere sagsøgerens kundestruktur. For det tredje er den anvendte metode ifølge sagsøgeren urigtig, fordi Kommissionen kunstigt har forøget engrospriserne ved at medtage opsigelsesgebyret i beregningen af dem.

184 Sagsøgerens forskellige argumenter i forbindelse med de to første indvendinger drejer sig alle om et af de to grundlæggende aspekter af den metode, Kommissionen har fulgt. Det første aspekt er beregningen af prispresset, der bygger på den dominerende, vertikalt integrerede virksomheds afgifter og omkostninger, og hvori der ikke tages hensyn til konkurrenternes særlige stilling på markedet. Det andet aspekt er medtagelsen af indtægterne fra samtlige adgangstjenester, men ikke fra andre tjenester, der kan leveres gennem adgang til det faste net.

185 Inden de forskellige indvendinger og argumenter behandles, bemærkes, at selv om Fællesskabets retsinstanser generelt udøver fuld kontrol med, om betingelserne for at anvende EF-traktatens konkurrenceregler er opfyldt, må den kontrol, som de udøver vedrørende komplicerede økonomiske vurderinger, der er foretaget af Kommissionen, nødvendigvis begrænses til en efterprøvelse af, om formforskrifterne er overholdt, om begrundelsen er tilstrækkelig, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, samt om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn eller magtfordrejning (Domstolens dom af 11.7.1985, sag 42/84, Remia m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2545, præmis 34, af 17.11.1987, forenede sager 142/84 og 156/84, BAT og Reynolds mod Kommissionen, Sml. s. 4487, præmis 62, og af 2.10.2003, sag C-194/99 P, Thyssen Stahl mod Kommissionen, Sml. I, s. 10821, præmis 78).

— Den påståede ulovlighed af den metode, hvorved prispresset beregnes på grundlag af den dominerende, vertikalt integrerede virksomheds priser og omkostninger uden hensyn til konkurrenternes særlige stilling på markedet

186 Indledningsvis bemærkes, at Kommissionen i den anfægtede beslutning undersøger, om den dominerende virksomheds afgifter kan føre til, at en erhvervsdrivende, der er lige så effektiv som den dominerende virksomhed, fortrænges fra markedet. Kommissionen lægger derfor kun sagsøgerens afgifter og omkostninger, ikke de aktuelle eller potentielle konkurrenters særlige situation, til grund ved vurderingen af, om sagsøgerens afgifter er udtryk for misbrug.

187 Ifølge Kommissionen »kan der [nemlig] antages at foreligge et prispres, der er udtryk for misbrug, hvis forskellen mellem en dominerende virksomheds detailpriser og engrosprisen for tilsvarende tjenester til virksomhedens konkurrenter enten er negativ eller ikke tilstrækkelig til at dække den dominerende operatørs produktspecifikke omkostninger ved leveringen af operatørens egne detailtjenester på det efterfølgende marked« (betragtning 107 til den anfægtede beslutning). I det foreliggende tilfælde skal prispresset være udtryk for misbrug, fordi sagsøgeren »ikke [selv ville have været] i stand til at tilbyde sine egne detailtjenester uden tab, hvis [sagsøgeren havde skullet] betale prisen for engrosadgang som intern overførselspris for sine egne detailtjenester« (betragtning 140 til den anfægtede beslutning). Under sådanne omstændigheder kan »[konkurrenterne], selv hvis de er lige så effektive« som sagsøgeren, »kun […] tilbyde detailadgangstjenesterne til en konkurrencedygtig pris, hvis de opnår yderligere effektivitetsgevinster« (betragtning 141 til den anfægtede beslutning; jf. desuden betragtning 108 til den anfægtede beslutning).

188 Endvidere bemærkes, at selv om Fællesskabets retsinstanser hidtil ikke har taget udtrykkelig stilling til, hvilken metode der skal anvendes til at bestemme, om der foreligger prispres, fremgår det klart af retspraksis, at spørgsmålet om, hvorvidt en dominerende virksomheds priser er udtryk for misbrug, principielt skal afgøres på

grundlag af virksomhedens egen situation og dermed på grundlag af dens egne priser og omkostninger og ikke på grundlag af aktuelle eller potentielle konkurrenters situation.

189 I dom af 3. juli 1991 (sag C-62/86, AKZO mod Kommissionen, Sml. I, s. 3359, præmis 74) tog Domstolen således kun den dominerende virksomheds priser og omkostninger i betragtning ved bedømmelsen af, om AKZO's priser var udtryk for misbrug. Den fulgte således ikke den af generaladvokat Lenz foreslåede metode, hvorefter »det er nødvendigt at undersøge omkostningsstrukturen i alle tre virksomheder [dvs. AKZO og selskabets to konkurrenter] på et sådant marked, således at man kan danne sig et troværdigt billede af, hvad der var et reelt økonomisk begrundet prisniveau« (punkt 34 i forslaget til afgørelse).

190 Retten indtog et lignende standpunkt, da den i dom af 30. november 2000, Industrie des poudres spheriques mod Kommissionen (sag T-5/97, Sml. II, s. 3755), udtalte, at den omstændighed, at sagsøgeren, der havde klaget over et angiveligt prispres, »ikke kunne forblive [konkurrencedygtig] på markedet for det afledte produkt — [hvilket] formentlig [skyldtes] at sagsøgeren [havde] højere forarbejdningsomkostninger — ikke [berettigede] til at betegne [den dominerende virksomheds] prispolitik som misbrug« (præmis 179).

191 Endelig fandt Kommissionen i beslutning 88/518/EØF af 18. juli 1988 om en procedure i henhold til [artikel 82 EF] (sag nr. IV/30.178 Napier Brown — British Sugar) (EFT L 284, s. 41, herefter »Napier Brown/British Sugar-beslutningen«) ligeledes, at prispresset skulle beregnes på grundlag af den dominerende, vertikalt integrerede virksomheds priser og omkostninger (betragtning 66). Den fastslog i beslutningen, at »[n]år et dominerende selskab, der har en dominerende stilling på markederne for både råvaren og det produkt, der fremstilles på basis heraf, opretholder en så lille margen mellem [på den ene side] [den pris, den opkræver for råvaren af de selskaber, hvormed det konkurrerer på markedet for følgeprodukter, og] [på den anden side]

den pris, det beregner for følgeproduktet, at denne margen ikke er tilstrækkelig stor til at afspejle det dominerende selskabs egne forarbejdningsomkostninger (i dette tilfælde den margen, [British Sugar] opretholder mellem priserne på industri- og detailsukker sammenlignet med selskabets egne pakkeomkostninger) med det resultat, at konkurrencen på markedet for følgeproduktet begrænses, er der tale om misbrug af dominerende stilling« (betragtning 66).

192 Det skal tilføjes, at enhver anden fremgangsmåde kunne være i strid med det almindelige princip om retssikkerhed. Hvis lovligheden af en dominerende virksomheds priser afhang af konkurrerende virksomheders særlige situation, herunder navnlig deres omkostningsstruktur — oplysninger, den dominerende virksomhed normalt ikke kender — ville den dominerende virksomhed nemlig ikke kunne vurdere, om dens egen adfærd var lovlig.

193 Det var derfor med føje, at Kommissionen kun lagde sagsøgerens særlige situation, og dermed selskabets afgifter og omkostninger, til grund for sin undersøgelse af, om dets afgifter var udtryk for misbrug.

194 Da det, der skal undersøges, er, om sagsøgeren selv eller en virksomhed, der er lige så effektiv som sagsøgeren, ville have kunnet tilbyde sine detailtjenester til priser, der ikke var under kostprisen, hvis virksomheden på forhånd havde været forpligtet til at betale engrospriser som interne overførselspriser, er sagsøgerens argument om, at selskabets konkurrenter ikke søger at reproducere dets kundestruktur og kan opnå supplerende indtægter fra innovative produkter, som kun de tilbyder på markedet — og hvorom sagsøgeren ikke har anført nærmere enkeltheder — irrelevant. Af de samme grunde kan argumentet om, at konkurrenterne kan udelukke muligheden for (for)valg, heller ikke tiltrædes.

— Anbringendet om, at Kommissionen kun har medregnet indtægter fra samtlige adgangstjenester og ikke indtægter fra andre tjenester, navnlig samtaletjenester

195 For det første skal det undersøges, om det var med føje, at Kommissionen ved prispresberegningen kun medregnede indtægterne fra sagsøgerens adgangstjenester og ikke indtægterne fra andre tjenester, såsom samtaletjenester.

196 Indledningsvis bemærkes, at fællesskabsbestemmelserne på området, der blev indført i 1990, har til formål at skabe betingelser, der muliggør effektiv konkurrence på telemarkedet. Kommissionens direktiv 96/19/EF af 13. marts 1996 om ændring af direktiv 90/388/EØF for så vidt angår gennemførelse af liberaliseringen af markederne for teletjenester (EFT L 74, s. 13), hvori der for så vidt angår etablerede operatørers takststruktur skelnes mellem oprettelsesafgift, månedlig leje, lokalopkald, regionalopkald og fjernopkald, har således til formål at gennemføre en omfordeling af taksterne mellem disse forskellige elementer på grundlag af de faktiske omkostninger med henblik på at muliggøre fuld konkurrence på telemarkedet. I praksis skulle omfordelingen føre til et fald i taksterne for nationale og internationale opkald og en stigning i tilslutningstaksten, det månedlige abonnement og prisen for lokalopkald (generaladvokat Legers forslag til afgørelse forud for Domstolens dom af 7.1.2004, sag C-500/01, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 583, på s. 604, punkt 7). Medlemsstaterne var forpligtede til at afskaffe hindringer for takstudligningen hurtigst muligt efter direktiv 96/19's ikrafttræden, dog senest den 1. januar 1998 (dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 32).

197 Kommissionen anfører korrekt i betragtning 120 til den anfægtede beslutning: »Det forhold, at adgangs- og samtalepriser skal betragtes særskilt, fremgår allerede af det fællesskabsretlige princip om takstudligning.«

198 Endvidere bemærkes, at sagsøgeren ved BMPT's afgørelse nr. 223a blev forpligtet til fra og med juni 1997 at give sine konkurrenter fuld ubundtet adgang til abonnentledningerne. Et marked uden konkurrencefordrejning mellem sagsøgeren og dennes konkurrenter forudsætter, at de forskellige erhvervsdrivende er sikret lige muligheder (Domstolens dom af 22.5.2003, sag C-462/99, Connect Austria, Sml. I, s. 5197, præmis 83, og af 20.10.2005, forenede sager C-327/03 og C-328/03, ISIS Multimedia og Firma O2, Sml. I, s. 8877, præmis 39).

199 Selv om adgangs- og samtaletjenester udgør en helhed set fra slutbrugerens synspunkt, er det nødvendigt at have adgang til abonnentledningerne for at kunne levere samtaletjenester til slutbrugeren over sagsøgerens faste net. For at den etablerede operatør, der ejer det faste net, såsom sagsøgeren, og dennes konkurrenter kan have lige muligheder, må priserne for adgangstjenester derfor være fastsat på et sådant niveau, at det stiller konkurrenterne og den etablerede operatør lige med hensyn til at levere samtaletjenester. Sådanne lige muligheder sikres kun, hvis den etablerede operatør fastsætter sine detailpriser på et niveau, der gør det muligt for konkurrenterne — som forudsættes at være lige så effektive som den etablerede operatør — at lade alle de med engrostjenesterne forbundne omkostninger afspejle sig i deres detailpriser. Overholder den etablerede operatør imidlertid ikke dette princip, kan nye virksomheder på markedet kun tilbyde deres slutbrugere adgangstjenester under kostprisen. De vil derfor være nødsaget til at lade de tab, de lider i forbindelse med adgangen til abonnentnettet, opveje af høje samtaleafgifter, hvilket også fordrejer konkurrencevilkårene på telemarkedet.

200 Heraf følger derfor, at selv hvis det er rigtigt, at adgangstjenester og samtaler set fra slutbrugerens synspunkt udgør et »cluster«, således som sagsøgeren har gjort gældende, var det med føje, at Kommissionen i betragtning 119 til den anfægtede beslutning fandt, at det ved vurderingen af, om sagsøgerens afgifter var konkurrencefordrejende, kun var nødvendigt at undersøge, om der forekom prispres i relation til adgangstjenesterne, og således uden at medtage samtaleafgifterne i beregningen.

201 Desuden bekræfter den beregning, hvortil sagsøgeren har henvist, og hvorved der foretages en udligning mellem adgangspriser og samtaleafgifter, at sagsøgeren og selskabets konkurrenter ikke er stillet lige med hensyn til adgang til abonnentnettet, skønt dette er en nødvendig forudsætning for en ufordrejet konkurrence på telemarkedet.

202 Under alle omstændigheder kan det i betragtning af, at sagsøgeren nedsatte sine samtalepriser stærkt i den periode, den anfægtede beslutning omfatter (jf. præmis 19 ovenfor), ikke udelukkes, at konkurrenterne slet ikke havde økonomisk mulighed for at foretage den af sagsøgeren nævnte udligning. Konkurrenterne, som allerede havde et konkurrencemæssigt handicap i forhold til sagsøgeren i relation til adgangen til abonnentnettet, var nemlig for at tilskynde potentielle kunder til at opsige deres abonnement hos sagsøgeren og i stedet tegne et abonnement hos dem, nødt til at forlange endnu lavere samtaleafgifter end sagsøgeren.

203 Det følger af det ovenstående som helhed, at det var med føje, at Kommissionen ved beregningen af prispresset kun medtog indtægter fra sagsøgerens adgangstjenester og ikke indtægter fra andre tjenester, såsom samtaletjenester.

204 For det andet bemærkes med hensyn til sagsøgerens argument om, at selskabets konkurrenter kun interesserer sig for de mest lønsomme markeder — hvilket i det foreliggende tilfælde vil sige bredbåndsmarkedet, hvorpå der ikke forekommer prispres, hvorfor det ved prispresberegningen ikke er nødvendigt at tage analoge detailadgangstjenester i betragtning — dels, at bredbåndsadgang for sagsøgerens konkurrenter nødvendigvis kræver adgang til analogiske tilslutninger eller ISDN-tilslutninger (jf. præmis 148 ovenfor), dels har sagsøgerens konkurrent intervenient I gjort gældende, at dennes manglende tilstedeværelse på markedet for analoge adgangstjenester skyldes sagsøgerens misbrug af sin dominerende stilling og ikke beror på et selvstændigt valg fra intervenientens side. Under alle omstændigheder

skal — som angivet i præmis 186-193 ovenfor — spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgerens afgifter er udtryk for misbrug, vurderes på grundlag af sagsøgerens specifikke situation og dermed på grundlag af selskabets afgifter og omkostninger. De præferencer, sagsøgerens konkurrenter måtte have for bestemte markeder, kan derfor ikke have nogen betydning for vurderingen af, om sagsøgerens afgifter udgør misbrug.

205 I detailleddet tilbyder sagsøgeren analoge, ISDN- og ADSL-adgangstjenester, som i engrosleddet alle svarer til én samlet tjeneste.

206 Kommissionen kunne derfor med føje finde i den anfægtede beslutning (betragtning 111), at engrospriserne for at beregne prispresset skulle sammenlignes med et vejet gennemsnit af detailpriserne for samtlige adgangstjenester, dvs. analog smalbåndsadgang, digital smalbåndsadgang (ISDN) og bredbåndsadgang i form af ADSL.

207 Det foreliggende anbringende kan følgelig ikke tiltrædes.

— Anbringendet om, at opsigelsesgebyret for engrostjenester er blevet medtaget i prispresberegningen

208 Det fremgår af den anfægtede beslutning (betragtning 18, 149 og 151), at Kommissionen ved beregningen af den samlede pris for sagsøgerens engrostjenester har medtaget gebyret for at opsige en tilslutning. Kommissionen forklarer herom i den anfægtede beslutning (betragtning 151), at »[o]psigelsesgebyret opkræves for tilba-

gekoblingen af en ubundtet forbindelse til [sagsøgerens] net«, at det »faktureres kun til konkurrenter i engrosleddet«, og at det »[s]ammen med oprettelsesafgiften udgør […] de samlede engangsafgifter i engrosleddet, som konkurrenterne skal betale«.

209 Angående sagsøgerens argument om, at opsigelsesgebyret ikke kan betragtes som en del af engangsafgiften for engrostjenester, bemærkes, at sagsøgeren selv før den 10. februar 1999 medtog opsigelsesgebyret i den engangsafgift for nyoprettelse af en forbindelse, selskabet opkrævede af sine konkurrenter. Det fremgår således af betragtning 18 og 22 til den anfægtede beslutning og af beslutningens tabel 9, som sagsøgeren ikke har anfægtet, at der først fra den 10. februar 1999 blev opkrævet en særskilt afgift for at opsige en tilslutning, hvilket medførte en samtidig nedsættelse af engangsafgiften for nyoprettelse.

210 Det bemærkes ligeledes, at det er ubestridt, at den gennemsnitlige slutbruger beholder sin telefonforbindelse i [*fortroligt*] måneder (betragtning 148 til den anfægtede beslutning). Eftersom opsigelsesgebyret skal betales til sagsøgeren af modtageren af engrostjenesterne, når en af dennes slutbrugere opsiger sin aftale om adgangstjenester, må opsigelsesgebyret set fra sagsøgerens konkurrenters synspunkt anses for at være en del af de samlede omkostninger ved engrostjenesten, som skal afspejles i deres detailpriser.

211 Det var derfor med føje, at Kommissionen ved beregningen af prispresset medtog opsigelsesgebyret i beregningen af de samlede omkostninger ved engrostjenesten.

212 Der er således heller ikke grundlag for dette anbringende.

213 Det følger af det ovenstående som helhed, at det første anbringendes andet led må forkastes.

3. Tredje led: angivelig fejl ved fastslåelsen af prispresset

a) Parternes argumenter

214 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen har begået en fejl ved beregningen af prispresset i tabel 11 i den anfægtede beslutning. Tabellen, der vedrører sagsøgerens produktspecifikke omkostninger i 2001, indeholder for så vidt angår ISDN-smalbåndstilslutninger (T-ISDN) — bortset fra dataene vedrørende tilslutningerne T-ISDN-Mehrgeräte Standard og Komfort — data fra tabel 3 i den anfægtede beslutning, der vedrører 2002. Desuden svarer dataene vedrørende T-ISDN-Mehrgeräte Standard og Komfort i tabel 11 i den anfægtede beslutning ikke til nogen af dataene i tabel 3-7 i beslutningen. For at være korrekt skulle vægtningen af de produktspecifikke data for 2001 alene have været baseret på de antal tilslutninger, hvortil der henvises i tabel 4 i den anfægtede beslutning, som vedrører 2001. Når disse data lægges til grund, andrager de vejede produktspecifikke omkostninger kun [*fortroligt*] EUR, dvs. [*fortroligt*] EUR mindre end det tal, Kommissionen har beregnet. Det af Kommissionen fastslåede prispres bør reduceres med samme beløb.

215 Kommissionen har erkendt den af sagsøgeren påpegede fejl ved beregningen, som den imidlertid finder uden betydning for, om den anfægtede beslutning er lovlig.

b) Rettens bemærkninger

216 Fejlen ved beregningen, som Kommissionen har erkendt i svarskriftet, vedrører beregningen af sagsøgerens specifikke omkostninger i 2001.

217 Fejlen påvirker imidlertid ikke lovligheden af den anfægtede beslutning.

218 For så vidt angår perioden 1998-2001 havde Kommissionen nemlig ikke taget sagsøgerens specifikke omkostninger i betragtning, da den kvalificerede sagsøgerens afgiftspolitik som misbrug. At sagsøgerens afgiftspolitik udgjorde misbrug, udledte Kommissionen i den anfægtede beslutning (betragtning 153) af den omstændighed, at der var et negativt spænd mellem sagsøgerens detail- og engrospriser. Fastslåelsen af, at sagsøgerens adfærd udgjorde misbrug i denne periode, var derfor ikke påvirket af fejlen i beregningen af sagsøgerens specifikke omkostninger i 2001.

219 Derimod fandt Kommissionen, at sagsøgerens afgifter udgjorde misbrug fra og med 2002, fordi selskabets specifikke omkostninger i forbindelse med adgangstjenester i detailleddet oversteg det positive spænd mellem dets engros- og detailpriser. Kommissionen lagde i den anfægtede beslutning sagsøgerens specifikke omkostninger i 2001 til grund for sidstnævnte beregning (betragtning 159 og 160).

220 Kommissionen drog følgende konklusioner af prispresberegningen i tabel 12 i den anfægtede beslutning:

Tabel 12

(i euro)

	maj 2002	juli 2002	januar 2003	februar 2003	maj 2003
Spænd mellem detail- og engrospriser	[fortroligt]	[fortroligt]	[fortroligt]	[fortroligt]	[fortroligt]
Gennemsnitlige produktspecifikke omkostninger pr. tilslutning	[fortroligt]	[fortroligt]	[fortroligt]	[fortroligt]	[fortroligt]
Prispres	[fortroligt]	[fortroligt]	[fortroligt]	[fortroligt]	[fortroligt]

221 Sagsøgeren har i forbindelse med dette led af anbringendet ikke anfægtet, at der ved prispresberegningen for perioden fra den 1. januar 2002 henvises til selskabets specifikke omkostninger i 2001 (betragtning 159 til den anfægtede beslutning). Sagsøgerens har kun gjort gældende, at selskabets specifikke omkostninger i 2001 er blevet beregnet på urigtig måde.

222 Hvis Kommissionen ikke havde begået den kritiserede beregningsfejl, skulle de specifikke omkostninger for 2001 være fastsat til [*fortroligt*] EUR, således som sagsøgeren har gjort gældende (jf. præmis 214 ovenfor). Men selv hvis disse specifikke omkostninger, som ikke er behæftet med en beregningsfejl, blev lagt til grund, forekom der stadig prispres i hele den periode, som er omfattet af den anfægtede beslutning.

223 Da urimeligheden af sagsøgerens afgifter i artikel 82 EF'S forstand ifølge den anfægtede beslutning (betragtning 163 og 201) beror på selve det forhold, at der forekom prispres, og ikke på prispressets eksakte omfang, er den af Kommissionen begåede beregningsfejl uden betydning for, om beslutningen er lovlig.

224 Dette anbringendes tredje led er følgelig irrelevant.

4. Fjerde led: det fastslåede prispres havde ingen indvirkning på markedet

a) Parternes argumenter

225 Sagsøgeren har for det første gjort gældende, at det ikke i sig selv er ensbetydende med, at en dominerende virksomhed har begået misbrug, at det er blevet fastslået, at virksomhedens afgifter har medført prispres. Kommissionen burde således have undersøgt, hvilke reelle virkninger den påtalte adfærd havde, men det gør den ikke i den anfægtede beslutning. I betragtning af at RegTP fastsætter sagsøgerens engrospriser på grundlag af selskabets omkostninger, bør der føres et udførligt bevis for, at der har foreligget en reel hindring for konkurrencen.

226 Sagsøgeren har henvist til, at misbrugsbegrebet har to aspekter, nemlig at den påtalte adfærd kendetegnes af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser, og at den udgør en reel hindring for konkurrencen (Domstolens dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen,

Sml. s. 461, præmis 91). Fællesskabets retsinstanser kræver derfor bevis for, at den påtalte adfærd udgør en barriere for konkurrenters adgang til markedet, eller at den har til formål at fortrænge konkurrenter, der allerede findes herpå. Til støtte for sin argumentation har sagsøgeren henvist til Domstolens praksis (dommen i sagen AKZO mod Kommissionen, nævnt i præmis 189 ovenfor, præmis 72, Domstolens dom af 14.11.1996, sag C-333/94 P, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. I, s. 5951, præmis 41, og af 16.3.2000, forenede sager C-395/96 P og C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1365, præmis 111 og 119), Kommissionens beslutningspraksis (Napier Brown/British Sugar-beslutningen, betragtning 66) samt RegTP's og FCC's beslutningspraksis. Fællesskabets retsinstanser har kun i undtagelsestilfælde, hvor der er solgt til under gennemsnittet af de variable omkostninger, anset en prisfastsættelse for at udgøre misbrug i sig selv.

227 I replikken har sagsøgeren nærmere anført, at de principper, Domstolen har udformet med hensyn til underbudspriser, bør omfatte prispres, når engrospriserne er fastsat af en tilsynsmyndighed. Kommissionen bør derfor føre bevis for, at prispresset rent faktisk har skadet konkurrencen. Eftersom RegTP fastsætter engrospriserne på grundlag af omkostningerne, kan et sådant bevis kun føres, hvis den markedsdominerende virksomhed efter den fase, hvori konkurrenterne er blevet fortrængt, kan udligne de tab, den på grund af sin lavprispolitik har lidt under denne fase, ved at forhøje sine detailpriser. I det foreliggende tilfælde ville ethvert forsøg på noget sådant fra sagsøgerens side imidlertid medføre, at selskabets konkurrenter øjeblikkeligt vendte tilbage til markedet.

228 For det andet har sagsøgeren bestridt, at selskabets afgifter har udgjort en barriere for adgangen til markedet eller fortrængt dets konkurrenter herfra.

229 På den ene side har sagsøgerens konkurrenter reelle muligheder for at indtræde på markedet. Sagsøgeren har i den forbindelse henvist til, at konkurrenterne for at råde bod på et eventuelt underskud i relation til tilslutninger kan foretage krydssubsidiering mellem samtaleafgifter og tilslutningsafgifter eller mellem variable og faste

afgifter. At sagsøgerens konkurrenter, i modsætning til sagsøgeren selv, har mulighed for at udelukke (for)valg for samtlige tilslutningers vedkommende (jf. præmis 156 ovenfor), betyder, at de langt mere præcist kan beregne, hvor store indtægter de vil få fra samtaleafgifter. Derved opnår sagsøgerens konkurrenter en omsætning ved samtaleafgifter pr. tilslutning, som er klart større end sagsøgerens og i tilgift meget forudsigelig. De svar, sagsøgerens konkurrenter gav på begæringen om oplysninger af 19. januar 2000, og RegTP's afgørelse af 29. april 2003 bekræfter, at konkurrenterne kan foretage krydssubsidiering mellem samtaleafgifterne og tilslutningsafgifterne. Endvidere har sagsøgeren henvist til sine bemærkninger af 29. juli 2002 til klagepunktsmeddelelsen og til de dokumenter, hvortil der henvises i disse bemærkninger. Endelig fremgår det af undersøgelser, sagsøgeren har gennemført, at det for samtlige tilslutningstypers vedkommende, og dermed også for analoge tilslutningers vedkommende, er lykkedes alle sagsøgerens konkurrenter at opnå positive spænd i forhold til omkostningerne ved at foretage krydssubsidiering mellem deres faste og variable afgifter.

230 På den anden side er det efter liberaliseringen af det tyske telemarked lykkedes mange konkurrenter at erobre betydelige markedsandele i byområder. Sagsøgeren har i den forbindelse henvist til selskabet KomTel, som ifølge dets eget udsagn i en pressemeddelelse af 31. maj 2002 havde opnået en markedsandel på 43% af tilslutningerne i Flensburg. Andre steder, hvor der betjenes et lokalområde, udgør de øvrige udbyderes markedsandele ifølge beregninger, sagsøgeren har foretaget på grundlag af de forbindelser, selskabet har udlejet til sine konkurrenter, eksempelvis [*fortroligt*]. Sagsøgeren har således siden 1998 mistet [*fortroligt*] slutbrugere til fordel for sine konkurrenter. Så snart en konkurrent er trådt ind på et lokalt marked, bliver det økonomisk bæredygtigt for den pågældende at opbygge sin egen infrastruktur. Markedsindtræden begynder normalt med lukrative kunder, hvorefter nye kundegrupper erobres ved hjælp af den derved opnåede fortjeneste (skrivelse fra sagsøgerens konkurrent Colt af 15.10.2002). Det samme gælder i tæt bebyggede områder, der anvendes som springbrætter for konkurrence i det regionale område. Under alle omstændigheder har konkurrencen udviklet sig mere positivt i Tyskland end i de øvrige medlemsstater. I Fællesskabet som helhed modtager sagsøgeren således 81% af den leje, der betales for ubundtet adgang til abonnentnettet.

231 I replikken har sagsøgeren anført, at Colt og Arcor nu opererer på nationalt plan, og at EWE TEL opererer i store områder i Nordtyskland som udbyder af tilslutninger. Kommissionen har ikke ført bevis for, at der er en årsagsforbindelse mellem det angivelige prispres og den påstået langsomme udvikling af konkurrencen. Den stilling, sagsøgeren indtager på det markedssegment, der vedrører bredbåndstilslutninger, kan ikke skyldes prispres, da der ikke forekommer prispres på dette markedssegment.

232 Kommissionen og intervenient I og II har påstået dette led af anbringendet forkastet.

b) Rettens bemærkninger

233 Det bemærkes, at misbrug er et objektivt begreb, som omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser (dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, nævnt i præmis 226 ovenfor, præmis 91, og i sagen AKZO mod Kommissionen, nævnt i præmis 189 ovenfor, præmis 69; Domstolens kendelse af 23.2.2006, sag C-171/05 P, Piau mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 37, og dommen i sagen Irish Sugar mod Kommissionen, nævnt i præmis 122 ovenfor, præmis 111).

234 Ifølge Kommissionen har sagsøgerens afgifter begrænset konkurrencen på markedet for adgang til abonnentnettet. Dette har Kommissionen i den anfægtede beslutning (betragtning 179 og 180) udledt af selve den omstændighed, at der er forekommet prispres. Det er ikke fornødent at påvise en konkurrencebegrænsende virkning, om end Kommissionen i betragtning 181-183 til den anfægtede beslutning subsidiært undersøger, om en sådan foreligger.

235 Eftersom sagsøgeren, indtil en første konkurrent trådte ind på markedet for adgang til abonnentnettet i 1998, havde et faktisk monopol på dette detailmarked, består den konkurrencebegrænsende virkning, Kommissionen skal påvise, i de eventuelle hindringer, sagsøgerens afgifter har kunnet medføre for udviklingen af konkurrencen på markedet.

236 Hvad dette angår bemærkes, dels at sagsøgeren ejer det faste telefonnet i Tyskland, dels at det er ubestridt, at der — således som Kommissionen anfører i betragtning 83-91 til den anfægtede beslutning — på tidspunktet for vedtagelsen af beslutningen ikke fandtes nogen anden infrastruktur i Tyskland, der kunne have gjort det muligt for sagsøgerens konkurrenter bæredygtigt at optage virksomhed på markedet for adgang til abonnentnettet.

237 Da sagsøgerens engrostjenester således er en forudsætning for, at en konkurrent til sagsøgeren kan optage konkurrence med selskabet på det efterfølgende marked for adgang til abonnentnettet, vil prispres mellem sagsøgerens engros- og detailpriser i princippet udgøre en hindring for udvikling af konkurrencen på de efterfølgende markeder. Hvis sagsøgerens detailpriser er lavere end dennes engrospriser, eller hvis spændet mellem sagsøgerens engrospriser og detailpriser ikke er tilstrækkeligt til, at en erhvervsdrivende, der er lige så effektiv som sagsøgeren, kan dække sine produktspecifikke omkostninger ved at levere detailadgangstjenester, vil en potentiel konkurrent, der er lige så effektiv som sagsøgeren, ikke kunne optage virksomhed på markedet for adgang til abonnentnettet uden at lide tab.

238 Ganske vist vil sagsøgerens konkurrenter, således som denne har påpeget, normalt gribe til krydssubsidiering for at udligne de tab, de har lidt markedet for adgang til abonnentnettet, med den fortjeneste, de har opnået på andre markeder, såsom markederne for samtaler. Men da sagsøgeren som ejer af det faste net ikke behøver at benytte engrostjenester for at kunne tilbyde detailadgangstjenester og derfor som følge af de afgifter, sagsøgeren kan forlange som dominerende virksomhed, ikke behøver at søge at udligne tab, som er lidt på markedet for adgang til abonnentnettet, i modsætning til sine konkurrenter, fordrejer det prispres, der fastslås i den anfægtede beslutning, konkurrencen, ikke alene på markedet for adgang til abonnentnettet, men også på markedet for samtaler (jf. præmis 197-202 ovenfor).

239 Endvidere vidner de små markedsandele, sagsøgerens konkurrenter har erhvervet på markedet for adgang til abonnentnettet, siden markedet blev liberaliseret ved ikrafttrædelsen af TKG den 1. august 1996, om de hindringer, selskabets afgifter har medført for udviklingen af konkurrencen på disse markeder. Sagsøgeren anførte således under retsmødet, at selskabet ikke bestred de bemærkninger i den anfægtede beslutning (betragtning 181), hvorefter samtlige konkurrenter i Tyskland på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning kun havde »en markedsandel på 4,4% i forbindelse med smalbåndstilslutningerne og en markedsandel på 10% i forbindelse med bredbåndstilslutningerne«, og hvorefter »alle 64 konkurrenter [ved slutningen af 2002] tilsammen kun [havde] 2,35 mio. af de i alt 53,72 mio. telefonkanaler i Tyskland«.

240 Desuden er det ubestridt, at konkurrenternes andel alene af markedet for analoge tilslutninger, der på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning repræsenterede 75% af samtlige tilslutninger i Tyskland, faldt fra 21% i 1999 til 10% i 2002 (betragtning 182 til den anfægtede beslutning).

241 Sagsøgeren har imidlertid fremhævet, at det er lykkedes mange konkurrenter at erobre betydelige markedsandele i byområder.

242 Hertil bemærkes, at sagsøgeren ikke har anfægtet den definition af markedet, der lægges til grund i den anfægtede beslutning (betragtning 92-95), og hvorefter det geografiske marked er det tyske marked. At nogle af sagsøgerens konkurrenter har haft fremgang i visse byområder, er derfor uden betydning for fastslåelsen af, at sagsøgerens konkurrenter samlet betragtet kun har erhvervet små markedsandele på det relevante geografiske marked for adgang til abonnentnettet.

243 At konkurrencen har udviklet sig mindre positivt i de øvrige medlemsstater, er ikke ensbetydende med, at sagsøgerens afgifter ikke har haft nogen konkurrencebegrænsende virkning i Tyskland, som udgør det relevante geografiske marked. Den angiveligt mindre positive situation i de øvrige medlemsstater kan bero på, at markedet for de pågældende tjenesteydelser er blevet liberaliseret på et senere tidspunkt, dvs. efter den 1. juni 1997, hvor det i henhold til den relevante tyske lovgivning blev pålagt sagsøgeren at give sine konkurrenter fuld ubundtet adgang til abonnentnettet (jf. præmis 198 ovenfor). Ifølge artikel 3 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2887/2000 af 18. december 2000 om ubundtet adgang til abonnentledninger (EFT L 336, s. 4) har de etablerede operatører først skullet opfylde denne forpligtelse den 31. december 2000. Den angiveligt mindre positive situation i de øvrige medlemsstater kan også skyldes andre overtrædelser af Fællesskabets konkurrenceregler. Selv hvis Kommissionen ikke fuldt ud skulle have opfyldt nogle af sine forpligtelser efter artikel 211 EF ved at undlade at drage omsorg for gennemførelsen af Fællesskabets konkurrenceregler på teleområdet i andre medlemsstater, kan dette under alle omstændigheder ikke gøre den overtrædelse af artikel 82 EF berettiget, som sagsøgeren har begået på samme område (dommen i sagen van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 86 ovenfor, præmis 84, Rettens dom af 6.4.1995, sag T-148/89, Trefilunion mod Kommissionen, Sml. II, s. 1063, præmis 127, og af 15.3.2000, forenede sager T-25/95, T-26/95, T-30/95 — T-32/95, T-34/95 — T-39/95, T-42/95 — T-46/95, T-48/95, T-50/95 — T-65/95, T-68/95 — T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 og T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 491, præmis 2559).

244 Endelig bemærkes om det i replikken fremsatte argument om, at to af sagsøgerens konkurrenter »i mellemtiden« har optaget virksomhed på nationalt plan, at

lovligheden af en fællesskabsretsakt under et annullationssøgsmål i henhold til artikel 230 EF skal bedømmes efter de faktiske og retlige omstændigheder på det tidspunkt, da retsakten blev udstedt (Domstolens dom af 7.2.1979, forenede sager 15/76 og 16/76, Frankrig mod Kommissionen, Sml. s. 321, præmis 7, og Rettens dom af 28.2.2002, sag T-395/94, Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 875, præmis 252). Under alle omstændigheder har sagsøgeren, som ikke har anført noget tal for, i hvilket omfang sagsøgerens konkurrenter driver virksomhed på nationalt plan, ikke fremført noget, som kan gendrive de konklusioner, der drages i betragtning 180-183 til den anfægtede beslutning, og hvorefter sagsøgerens afgifter udgør en reel hindring for konkurrencen på det tyske marked for adgang til abonnentnettet.

245 Det første anbringendes sidste led må følgelig forkastes.

B — *Det andet anbringende: Den anfægtede beslutnings dispositive del er behæftet med fejl*

1. Parternes argumenter

246 Sagsøgeren har indledningsvis peget på, at det i den anfægtede beslutnings artikel 1 fastslås, at sagsøgeren har overtrådt artikel 82, litra a), EF »ved at opkræve urimelige månedlige afgifter og engangsafgifter hos sine konkurrenter og slutbrugere for adgangen til abonnentnettet«. Ifølge den anfægtede beslutnings dispositive del er sagsøgerens engros- og detailpriser således urimelige. I begrundelsen for beslutningen kvalificeres sagsøgerens afgifter imidlertid ikke som urimelige i sig selv. Det er kun forholdet mellem engros- og detailpriserne, der anses for at udgøre misbrug på grund af det angivelige prispres. Den anfægtede beslutnings dispositive del underbygges således ikke af betragtningerne til beslutningen.

247 Endvidere har sagsøgeren peget på, at selskabet i artikel 2 i den anfægtede beslutnings dispositive del pålægges at bringe den i artikel 1 omhandlede overtrædelse til ophør og at afstå fra at gentage de handlinger eller den adfærd, som er omhandlet i nævnte artikel. Bortset fra at pålægget i artikel 2 er i strid med betragtningerne til beslutningen, kan det ikke efterkommes, da sagsøgeren ikke har mulighed for at påvirke engrospriserne.

248 Endelig har sagsøgeren i replikken tilføjet, at artikel 1 i den dispositive del ligeledes er fejlbehæftet, fordi Kommissionen heri fastslår, at selskabet har overtrådt artikel 82 EF ved at opkræve urimelige afgifter. Sagsøgeren har imidlertid ikke noget råderum med hensyn til at opkræve de pågældende afgifter (jf. præmis 73 ovenfor).

249 Kommissionen har påstået dette anbringende forkastet.

2. Rettens bemærkninger

250 Det fastslås i den anfægtede beslutnings artikel 1, at sagsøgeren har »overtrådt […] artikel 82, litra a), [EF] ved at opkræve urimelige månedlige afgifter og engangsafgifter hos sine konkurrenter og slutbrugere for adgangen til abonnentnettet og herved hæmme konkurrencen på markedet for adgangen til abonnentnettet betydeligt«.

251 I modsætning til hvad sagsøgeren har hævdet, fastslås det ikke i den anfægtede beslutnings artikel 1, at både selskabets engrospriser og dets detailpriser må anses for urimelige.

252 Den anfægtede beslutnings dispositive del skal nemlig ses i lyset af betragtningerne til beslutningen (Rettens dom af 16.12.2003, forenede sager T-5/00 og T-6/00, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied og Technische Unie mod Kommissionen, Sml. II, s. 5761, præmis 374). Det fremgår således klart, at »[sagsøgerens] misbrug består i, at selskabet har gennemtvunget urimelige priser i form af et prispres til ulempe for [dets] konkurrenter« (betragtning 201 til den anfægtede beslutning). Det begåede misbrug har »form af et prispres på grund af et misforhold mellem engros- og detailpriserne for adgangen til abonnentnettet« (betragtning 57 til den anfægtede beslutning) og har »form af urimelige priser« (betragtning 163 til den anfægtede beslutning).

253 Det følger af det foranstående, at den anfægtede beslutnings artikel 1 set i lyset af betragtningerne til beslutningen skal forstås således, at Kommissionen sigter til forholdet mellem sagsøgerens engros- og detailpriser, når den kvalificerer de måneddlige afgifter og engangsafgifterne for adgang til abonnentnettet som urimelige. Der er derfor ikke nogen modsætning mellem betragtningerne til beslutningen og dennes dispositive del.

254 I betragtning af det foranstående er påbuddet i den anfægtede beslutnings artikel 2 heller ikke behæftet med ulovlighed. Selv om sagsøgeren ikke kunne påvirke engrospriserne, havde selskabet nemlig under alle omstændigheder et råderum, der gjorde det muligt for dette at forhøje sine detailpriser for ADSL-adgangstjenester (jf. præmis 141-151 ovenfor).

255 Endelig må den sondring mellem opkrævning og fastsættelse af afgifter, sagsøgeren for første gang har foretaget i replikken, afvises i medfør af artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement.

256 Det følger af det ovenstående som helhed, at det andet anbringende må forkastes.

C — *Det tredje anbringende: magtfordrejning og tilsidesættelse af principperne om proportionalitet, retssikkerhed og beskyttelse af den berettigede forventning*

1. Parternes argumenter

257 Sagsøgeren har hævdet, at Kommissionen ved at gribe ind i RegTP's beføjelser har begået magtfordrejning og tilsidesat principperne om proportionalitet, retssikkerhed og beskyttelse af den berettigede forventning.

258 Sagsøgeren har bemærket, at hovedansvaret for at føre tilsyn med telekommunikationsafgifterne ifølge fællesskabsretten påhviler de nationale myndigheder såsom RegTP. Sagsøgeren har i den forbindelse henvist til betragtningerne til Kommissionens direktiv 90/388/EØF af 28. juni 1990 om liberalisering af markedet for teletjenester (EFT L 192, s. 10), artikel 17 i direktiv 98/10, artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 2887/2000, artikel 13, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/19/EF af 7. marts 2002 om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter (EFT L 108, s. 7), punkt 19 og 22 i Kommissionens meddelelse af 22. august 1998 om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren, som har overskriften »Rammebestemmelser, relevante markeder og principper«, og til s. 61 ff. i Kommissionens meddelelse »Adgang til abonnentnet: Konkurrence om udbud af et komplet sæt af elektroniske kommunikationstjenester,

herunder bredbåndsmultimedietjenester og højhastighedsadgang til internettet« (EFT 2000 C 272, s. 55). De nationale tilsynsmyndigheder skal i den forbindelse tage hensyn til fællesskabsrettens mål, herunder målet for artikel 82 EF. Heraf følger efter sagsøgerens opfattelse, at Kommissionen skulle have indledt en traktatbrudsprocedure mod Tyskland, hvis den fandt, at RegTP's afgørelser om afgifterne var i strid med fællesskabsretten.

259 Endvidere har sagsøgeren gjort gældende, at RegTP i forbindelse med såvel reguleringen af price cap-indekserne for detailpriserne som fastsættelsen af engrospriserne har undersøgt, om der forekom et prispres mellem engros- og detailpriserne, som udgjorde en reel hindring for konkurrencen. RegTP har fastslået, at der ikke forelå et sådant prispres. Sagsøgeren har i den forbindelse henvist til RegTP's afgørelser af 8. februar 1999, 23. december 1999, 30. marts 2001, 21. december 2001 og 11. april 2002, og i særdeleshed afgørelsen af 29. april 2003. RegTP's afgørelser gav sagsøgeren en beskyttelsesværdig berettiget forventning (Domstolens dom af 21.9.1983, forenede sager 205/82-215/82, Deutsche Milchkontor m.fl., Sml. s. 2633, præmis 30 og 31).

260 RegTP har i sin afgiftspolitik valgt en forsigtig genopretning af ligevægten mellem tilslutnings- og samtaleafgifterne (RegTP's afgørelser af 21.12.2001 og 11.4.2002). Sagsøgeren har forklaret, at Deutsche Bundespost af sociale grunde opkrævede lave tilslutningsafgifter, som var fordelagtige for slutbrugerne, og udlignede de deraf følgende tab ved at krydssubsidiere dem med indtægterne fra samtaleafgifterne, som var fastsat på et højt niveau. I begyndelsen samlede først BMPT og derpå RegTP ved afgørelser af 9. december 1997 og 23. december 1999 tilslutnings- og samtaleafgifterne for henholdsvis virksomheder og private i én kurv inden for rammerne af price cap-proceduren. De således fastsatte prisindekser gjaldt til udgangen af 2001. Dernæst gennemførte RegTP ved price cap-afgørelse af 21. december 2001 selv den planlagte afgiftsomlægning direkte. RegTP adskilte kurvene for tilslutninger og samtaler og fastsatte prisindekser for fire separate kurve med tjenester (jf. præmis 20

ovenfor). Det fremgår dog af samme RegTP-afgørelse af 21. december 2001, at RegTP bevidst undlod at gennemføre en regulering, der betød, at tilslutningsafgifterne skulle fastsættes separat på grundlag af omkostningerne.

261 RegTP er således eneansvarlig for det af Kommissionen påståede prispres. Det angivelige prispres er en direkte følge af først BMPT's og siden RegTP's reguleringsafgørelser og af den reguleringsløsning, der danner grundlag for dem. Kommissionen kan ikke med føje fastslå, at sagsøgeren har overtrådt artikel 82 EF, eftersom selskabet kun har efterlevet RegTP's bindende afgørelser, som har givet det en berettiget forventning. Kommissionen har ved den anfægtede beslutning underkastet sagsøgerens afgifter en dobbelt regulering og dermed tilsidesat såvel proportionalitetsprincippet som retssikkerhedsprincippet, hvis overholdelse sikres gennem den i fællesskabsretten fastlagte kompetencefordeling vedrørende afgifter på teleområdet. Desuden har Kommissionen ved at vedtage den anfægtede beslutning forsøgt at korrigere de tyske myndigheders udøvelse af de reguleringsbeføjelser, der tilkommer dem, skønt den i dette øjemed burde have indledt en traktatbrudsprocedure. Derved har Kommissionen gjort sig skyldig i magtfordrejning.

262 Kommissionen og intervenient I og II har påstået dette anbringende forkastet.

2. Rettens bemærkninger

263 For det første bemærkes vedrørende sagsøgerens anbringende om, at Kommissionen har underkastet sagsøgerens afgifter en dobbelt regulering og dermed tilsidesat proportionalitets- og retssikkerhedsprincippet, at de fællesskabsretlige rammer, hvortil sagsøgeren har henvist, jf. præmis 258 ovenfor, ikke berører den beføjelse

til at fastslå overtrædelser af artikel 81 EF og 82 EF, som Kommissionen direkte tillægges i artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17 og, siden den 1. maj 2004, i artikel 7, stk. 1, i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i [artikel 81 EF og 82 EF] (EFT 2003 L 1, s. 1).

264 Det er allerede blevet fastslået, at sagsøgeren dels i perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 2001 havde tilstrækkeligt råderum til at eliminere det prispres, der fastslås i den anfægtede beslutning, dels i perioden fra den 1. januar 2002 havde tilstrækkeligt råderum til at mindske dette prispres (jf. præmis 97-151 ovenfor). Sagsøgerens adfærd er derfor omfattet af anvendelsesområdet for artikel 82 EF.

265 Selv om det ikke er udelukket, at de tyske myndigheder ligeledes har tilsidesat fællesskabsretten — herunder navnlig bestemmelserne i direktiv 90/388, som ændret ved direktiv 96/19 — ved at vælge en gradvis genoprettelse af ligevægten mellem tilslutnings- og samtaleafgifterne, er en sådan tilsidesættelse, for så vidt den blev fastslået, ikke ensbetydende med, at det råderum, sagsøgeren faktisk havde med hensyn til at mindske prispresset, ikke forelå.

266 Det første anbringende kan derfor ikke tiltrædes.

267 For det andet bemærkes vedrørende anbringendet om beskyttelse af den berettigede forventning, at RegTP ganske vist i flere afgørelser, der blev truffet i den periode, som er omfattet af den anfægtede beslutning, undersøgte, om sagsøgerens afgifter medførte prispres. RegTP fandt imidlertid hver gang i sine afgørelser efter at have fastslået, at der var et negativt spænd mellem sagsøgerens engros- og detailpriser, at krydssubsidiering mellem adgangstjenester og samtaletjenester burde gøre det muligt for andre operatører at tilbyde deres slutbrugere konkurrencedygtige priser (jf. præmis 115-119 ovenfor).

268 RegTP's afgørelser indeholder ikke nogen henvisninger til artikel 82 EF (jf. præmis 114 ovenfor). Endvidere indebærer RegTP's udtalelse om, at »den ringe forskel mellem detailpriserne og engrospriserne [ikke påvirker] konkurrenternes muligheder for at konkurrere inden for abonnentnettet i en sådan grad, at de ikke har økonomisk mulighed for med held at optage virksomhed på markedet eller forblive herpå« (RegTP's afgørelse af 29.4.2003), ikke, at sagsøgerens afgifter ikke fordrejer konkurrencen som omhandlet i artikel 82 EF. Tværtimod fremgår det implicit, men nødvendigvis, af RegTP's afgørelser, at sagsøgerens afgifter er konkurrencebegrænsende, idet sagsøgerens konkurrenter må gribe til krydssubsidiering for at forblive konkurrencedygtige på markedet for adgangstjenester (jf. præmis 119 og 238 ovenfor).

269 RegTP's afgørelser har derfor ikke kunnet give sagsøgeren grund til at nære en berettiget forventning om, at sagsøgerens afgifter var i overensstemmelse med artikel 82 EF. Endvidere bekræftede Bundesgerichthof i den dom af 10. februar 2004, hvorved den ophævede Oberlandesgericht Düsseldorfs dom af 16. januar 2002, at »[RegTP's] undersøgelsesprocedure […] [ikke udelukker] muligheden for, at en virksomhed i praksis forelægger en afgift, som indebærer misbrug af dens dominerende stilling, og opnår godkendelsen, fordi misbruget ikke opdages under undersøgelsesproceduren«.

270 For det tredje bemærkes vedrørende sagsøgerens indvending om, at Kommissionen har gjort sig skyldig magtfordrejning, at en retsakt kun er behæftet med magtfordrejning, såfremt det på grundlag af objektive, relevante og samstemmende indicier fremgår, at den må antages at være truffet udelukkende eller dog i det mindste overvejende for at forfølge andre formål end dem, der er angivet (jf. Domstolens dom af 11.11.2004, forenede sager C-186/02 P og C-188/02 P, Ramondín m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 10653, præmis 44 og den deri nævnte retspraksis).

271 I den anfægtede beslutning fokuserer Kommissionen kun på sagsøgerens afgifter, ikke på de tyske myndigheders afgørelser. Selv om RegTP havde overtrådt en fællesskabsbestemmelse, og selv om Kommissionen kunne have indledt en

traktatbrudsprocedure mod Forbundsrepublikken Tyskland af denne grund, kan muligheden herfor ikke påvirke lovligheden af den anfægtede beslutning. Kommissionen fastslår nemlig kun i beslutningen, at sagsøgeren har begået en overtrædelse af artikel 82 EF, som ikke vedrører medlemsstaterne, men kun de erhvervsdrivende. Kommissionen har derfor ikke gjort sig skyldig i magtfordrejning ved denne fastslåelse på grundlag af artikel 82 EF.

272 Det sidste anbringende kan følgelig heller ikke tiltrædes.

II — *De subsidiære påstande om nedsættelse af den pålagte bøde*

273 Sagsøgeren har fremsat seks anbringender til støtte for sine subsidiære påstande. Ifølge det første er retten til kontradiktion blevet tilsidesat og ifølge det andet artikel 253 EF. Ifølge det tredje foreligger der hverken uagtsomhed eller forsæt fra sagsøgerens side, og ifølge det fjerde er der ved bødefastsættelsen ikke taget tilstrækkeligt hensyn til, at afgifterne reguleres. Det femte anbringende vedrører fastsættelsen af overtrædelsens varighed og det sjette manglende hensyntagen til formildende omstændigheder.

A — *Det første anbringende: tilsidesættelse af retten til forsvar*

1. Parternes argumenter

274 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen har overtrådt artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17, der drejer sig om retten til forsvar, ved i sin klagepunktsmeddelelse

af 2. maj 2002 og sin supplerende skrivelse af 21. februar 2003 at undlade at foretage en faktisk og retlig vurdering af, om den overtrædelse, der angiveligt forelå, var blevet begået »forsætligt eller uagtsomt« (Domstolens dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825, præmis 21, Domstolens kendelse af 25.3.1996, sag C-137/95 P, SPO m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1611, præmis 53, og Rettens dom af 20.3.2002, sag T-9/99, HFB m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1487, præmis 311). For at have en rimelig mulighed for at forsvare sig på et senere tidspunkt burde sagsøgeren under den administrative procedure være blevet oplyst om, på grundlag af hvilke faktiske omstændigheder Kommissionen foreholdt sagsøgeren et sådant forsæt eller en sådan uagtsomhed.

275 Kommissionen har påstået dette anbringende forkastet.

2. Rettens bemærkninger

276 Indledningsvis fastsættes i artikel 15, stk. 2, første afsnit, i forordning nr. 17, hvilke betingelser der skal være opfyldt, for at Kommissionen kan pålægge bøder (begyndelsesbetingelser). Blandt disse betingelser er betingelsen om, at overtrædelsen skal være forsætlig eller uagtsom (kendelsen i sagen SPO m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 274 ovenfor, præmis 53).

277 Endvidere påhviler det Kommissionen i klagepunktsmeddelelsen at fremlægge en kort, foreløbig bedømmelse af den påståede overtrædelses varighed og grovhed samt af spørgsmålet om, hvorvidt overtrædelsen er blevet begået forsætligt eller uagtsomt under de i sagen foreliggende konkrete omstændigheder. Hvorvidt denne foreløbige bedømmelse, hvis formål er at gøre det muligt for modtagerne af en klagepunktsmeddelelse at forsvare sig, er fyldestgørende, skal ikke alene bedømmes under hensyn til den pågældende retsakts ordlyd, men også på baggrund af dens sammenhæng samt under hensyntagen til samtlige retsregler, der finder anvendelse på det pågældende område (Rettens dom af 8.7.2004, sag T-48/00, Corus UK mod Kommissionen, Sml. II, s. 2325, præmis 146).

278 Det må fastslås, at Kommissionen i klagepunktsmeddelelsen (punkt 95-140) oplyste sagsøgeren om, at den anså selskabets afgifter og navnlig det prispres, det negative eller utilstrækkelige spænd mellem sagsøgerens engros- og detailpriser medførte, for at udgøre en tilsidesættelse af artikel 82 EF. Endvidere vurderede Kommissionen i klagepunktsmeddelelsen (punkt 141-152), hvor stort et råderum sagsøgeren havde ved fastsættelsen af afgifterne, og forholdt sig derved til spørgsmålet om sagsøgerens ansvar for den påtalte adfærd.

279 På den baggrund må det fastslås, at oplysningerne i klagepunktsmeddelelsen for så vidt angår de begyndelsesbetingelser, der er fastsat i artikel 15, stk. 2, første afsnit, i forordning nr. 17, var tilstrækkeligt præcise. Da uagtsomme overtrædelser desuden ikke ud fra et konkurrenceretligt synspunkt er mindre grove end forsætlige overtrædelser (kendelsen i sagen SPO m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 274 ovenfor, præmis 55), var det ikke nødvendigt, at sagsøgeren modtog mere præcise oplysninger om sit ansvar for at kunne udøve sin ret til forsvar på fyldestgørende måde.

280 Under alle omstændigheder har sagsøgeren rent faktisk udøvet sin ret til forsvar på dette punkt, eftersom sagsøgeren i sit svar på klagepunktsmeddelelsen benægtede, at selskabet var ansvarligt, under henvisning til at afgifterne er underkastet offentlig regulering.

281 Det første anbringende må derfor forkastes.

B — *Det andet anbringende: tilsidesættelse af artikel 253 EF*

1. Parternes argumenter

282 Sagsøgeren har gjort gældende, at der i den anfægtede beslutning skal være angivet en begrundelse for, at Kommissionen finder, at betingelserne for, at der kan pålægges

en bøde, er opfyldt (dommen i sagen Remia m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 185 ovenfor, præmis 26, Rettens dom af 24.1.1992, sag T-44/90, La Cinq mod Kommissionen, Sml. II, s. 1, præmis 43, og af 29.6.1993, sag T-7/92, Asia Motor France m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 669, præmis 30). Da den anfægtede beslutning ikke indeholder nogen begrundelse, hvorefter der foreligger uagtsomhed fra sagsøgerens side, eller hvorefter overtrædelsen er begået med forsæt, er beslutningen i strid med artikel 253 EF, hvorfor bøden må annulleres.

283 Kommissionen har påstået dette anbringende forkastet.

2. Rettens bemærkninger

284 Indledningsvis bemærkes, at den begrundelsespligt, der er fastsat i artikel 253 EF, udgør et væsentligt formkrav, som bør adskilles fra begrundelsens materielle indhold, der henhører under spørgsmålet om lovligheden af den anfægtede retsakt. På den baggrund bør den begrundelse, som kræves i henhold til artikel 253 EF, tilpasses karakteren af den pågældende retsakt og klart og utvetydigt angive de betragtninger, som den institution, der har udstedt den anfægtede retsakt, har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret (Domstolens dom af 22.3.2001, sag C-17/99, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 2481, præmis 35).

285 Det kræves ikke, at begrundelsen angiver alle de forskellige relevante faktiske og retlige momenter, da spørgsmålet, om en beslutnings begrundelse opfylder kravene efter artikel 253 EF, ikke blot skal vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område (Domstolens dom af 22.3.2001, Frankrig mod Kommissionen, nævnt i præmis 284 ovenfor, præmis 36, og af 19.9.2002, sag C-113/00, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 7601, præmis 48).

286 For det første indeholder den anfægtede beslutning en henvisning til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 (anden henvisning). I første afsnit i denne bestemmelse fastsættes de betingelser, som skal være opfyldt, for at Kommissionen kan pålægge bøder (begyndelsesbetingelser). Blandt disse betingelser er betingelsen om, at overtrædelsen skal være forsætlig eller uagtsom (kendelsen i sagen SPO m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 274 ovenfor, præmis 53).

287 For det andet angiver Kommissionen udførligt i betragtning 102-162 og 176-183 til den anfægtede beslutning, hvorfor den finder, at sagsøgerens afgifter er udtryk for misbrug som omhandlet i artikel 82 EF, og i betragtning 163-175 til beslutningen, hvorfor den finder, at sagsøgeren må anses for ansvarlig for den fastslåede overtrædelse, på trods af at sagsøgerens afgifter skal godkendes af de tyske myndigheder.

288 På den baggrund må den anfægtede beslutning anses for tilstrækkeligt begrundet for så vidt angår anvendelsen på det foreliggende tilfælde af de begyndelsesbetingelser, der er fastsat i artikel 15, stk. 2, første afsnit, i forordning nr. 17.

289 Dette anbringende må derfor ligeledes forkastes.

C — *Det tredje anbringende: manglende uagtsomhed eller forsæt fra sagsøgerens side*

1. Parternes argumenter

290 Sagsøgeren har gjort gældende, at selskabet hverken har udvist uagtsomhed eller begået en forsætlig overtrædelse.

291 Sagsøgeren har gjort gældende, for det første, at selskabets engros- og detailpriser alle er blevet godkendt ved afgørelser truffet af først BMPT og siden RegTP. Sagsøgeren har derfor med føje kunnet antage, at afgifterne var lovlige. Sagsøgeren har påpeget, at RegTP er et neutralt og uafhængigt statsligt organ. Det var RegTP, og ikke sagsøgeren, det påhvilede at kontrollere, at engros- og detailpriserne var i overensstemmelse med artikel 82 EF. Endvidere fandt Oberlandesgericht Düsseldorf i sin dom af 16. januar 2002, at sagsøgeren ikke var ansvarlig for de af RegTP fastsatte afgifter.

292 For det andet underrettede Kommissionen på et møde den 17. april 2000 sagsøgeren om, at den procedure, der var blevet indledt mod selskabet, ikke ville blive fortsat, idet Kommissionen havde indledt en traktatbrudsprocedure mod Forbundsrepublikken Tyskland. Sagsøgeren har videre anført, at Kommissionen ikke traf nogen undersøgelsesforanstaltninger i perioden fra januar 2000 til juni 2001, dvs. i omkring halvandet år. Sagsøgeren havde ret til at udlede af denne adfærd fra Kommissionens side, at denne ikke havde tilstrækkeligt grundlag for at foreholde sagsøgeren et misbrug af dominerende stilling, i det mindste i perioden fra januar 2000 til juni 2001. I replikken har sagsøgeren tilføjet, at selskabet udledte af den omstændighed, at der var blevet indledt en traktatbrudsprocedure, det forhold, at proceduren om misbrug var blevet indstillet, og Kommissionens udtalelser på mødet den 17. april 2000, at Kommissionen havde frafaldet klagepunktet vedrørende overtrædelse af artikel 82 EF.

293 For det tredje har sagsøgeren i mangel af fællesskabsretspraksis og beslutningspraksis fra Kommissionen vedrørende prispres på teleområdet aldrig har været i tvivl om, at RegTP's vurdering var korrekt. Desuden kunne sagsøgeren på grund af den administrative praksis, der er blevet fulgt af RegTP, som har undersøgt spørgsmålet om prispres talrige gange, antage, at Kommissionen ville nå frem til den samme konklusion som RegTP.

294 Kommissionen og intervenient II har påstået dette anbringende forkastet.

2. Rettens bemærkninger

295 Med hensyn til, om overtrædelserne er blevet begået uagtsomt eller med forsæt og derfor kan straffes med bøde i medfør af artikel 15, stk. 2, første afsnit, i forordning nr. 17, er det blevet fastslået, at denne betingelse er opfyldt, når den pågældende virksomhed ikke kan have været uvidende om, at dens adfærd var konkurrencebegrænsende, uanset om den måtte have været klar over, at den hermed overtrådte traktatens konkurrenceregler (Rettens dom af 1.4.1993, sag T-65/89, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, Sml. II, s. 389, præmis 165, og af 6.10.1994, sag T-83/91, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. II, s. 755, præmis 238).

296 I det foreliggende tilfælde kunne sagsøgeren ikke være uvidende om, at selskabet på trods af de afgørelser, hvori RegTP havde godkendt dets afgifter, havde et reelt råderum med hensyn til at fastsætte sine detailpriser og dermed til at mindske prispresset ved at forhøje disse priser. Sagsøgeren kunne heller ikke være uvidende om, at prispresset gav anledning til alvorlige konkurrencebegrænsninger, navnlig i betragtning af, at sagsøgeren indtog en monopolstilling på markedet for engrostjenester og en monopollignende stilling på markedet for adgang til abonnentnettet (betragtning 97-100 til den anfægtede beslutning).

297 Heraf følger, at begyndelsesbetingelserne for, at Kommissionen kan pålægge bøder, er opfyldt (kendelsen i sagen SPO m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 274 ovenfor, præmis 53).

298 Endvidere er det uden betydning i relation til begyndelsesbetingelserne i artikel 15, stk. 2, første afsnit, i forordning nr. 17, at der er indledt en administrativ procedure mod Forbundsrepublikken Tyskland. Sagsøgeren kunne nemlig ikke være uvidende om, dels at selskabet havde et reelt råderum med hensyn til at forhøje sine detailpriser, dels at dets afgifter udgjorde en hindring for udviklingen af konkurrencen på markedet for adgang til abonnentnettet, hvorpå konkurrencen, navnlig som følge af sagsøgerens tilstedeværelse, allerede var afsvækket (jf. i denne retning dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, nævnt i præmis 226 ovenfor, præmis 91).

299 Endelig må argumentet om, at RegTP havde undersøgt spørgsmålet om prispres, forkastes af de grunde, der blev anført i præmis 267-269 ovenfor.

300 Det tredje anbringende må derfor ligeledes forkastes.

D — *Det fjerde og det sjette anbringende: utilstrækkelig hensyntagen ved bødeberegningen til, at afgifterne reguleres, og manglende hensyntagen til formildende omstændigheder*

1. Parternes argumenter

301 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen ikke havde ret til at kvalificere den angivelige overtrædelse som alvorlig. Sagsøgeren bidrog kun i ubetydelig grad til overtrædelsen, idet de omtvistede afgifter var blevet fastsat af RegTP. Overtrædelsen kunne derfor ifølge retningslinjerne for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, i EKSF-traktaten (EFT 1998 C 9, s. 3, herefter »retningslinjerne«) højst kvalificeres som lidet alvorlig. Sagsøgeren har

fremhævet, at RegTP endog ved afgørelse af 19. december 2002 afslog en ansøgning fra sagsøgeren om forhøjelse af selskabets detailpriser ud over det fastsatte loft, skønt sagsøgeren til støtte for ansøgningen som begrundelse for at overskride det fastsatte loft havde henvist til den af Kommissionen indledte procedure.

302 Den nedsættelse af bødens grundbeløb med 10%, som er indrømmet for at tage hensyn til, at afgifterne reguleres af RegTP, er derfor utilstrækkelig. RegTP's afgørelser gav grundlag for »rimelig tvivl med hensyn til ulovligheden« af sagsøgerens adfærd som omhandlet i retningslinjerne. Endvidere har sagsøgeren henvist til Kommissionens beslutning 2001/892/EF af 25. juli 2001 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 82 (COMP/C-1/36.915 — Deutsche Post AG — Nægtelse af at viderebefordre grænseoverskridende post) (EFT L 331, s. 40, herefter »Deutsche Post-beslutningen«), hvori Kommissionen kun pålagde en symbolsk bøde, fordi det pågældende selskab havde handlet i overensstemmelse med tyske domstoles retspraksis, og fordi der ikke fandtes nogen fællesskabsretspraksis vedrørende grænseoverskridende brevposttjenester.

303 Kommissionen burde ligeledes have taget andre formildende omstændigheder i betragtning, da den fastsatte bøden, nemlig dels manglen på en alvorlig hindring for konkurrencen, dels den omstændighed, at sagsøgerens lave detailpriser har et socialt formål.

304 I replikken har sagsøgeren henledt opmærksomheden på Oberlandesgericht Düsseldorfs dom af 16. januar 2002. Denne domstol fastslog, at opkrævningen af de af RegTP fastsatte afgifter ikke kan udgøre misbrug af dominerende stilling fra sagsøgerens side, og at det ikke er tilstrækkeligt til at tillægge sagsøgeren ansvar for en overtrædelse af konkurrencereglerne, at selskabet blot har indgivet en ansøgning vedrørende afgifter. Ifølge den samme domstol påhvilede der ikke sagsøgeren nogen forpligtelse i medfør af konkurrencereglerne til at indgive andre ansøgninger. Der

kunne højst pålægges sagsøgeren en symbolsk bøde, idet afgifterne ikke alene er delvis i overensstemmelse med tyske domstoles retspraksis (Deutsche Post-beslutningen, betragtning 193), men er blevet fastsat bindende af RegTP.

305 Kommissionen og intervenient II har påstået dette anbringende forkastet.

2. Rettens bemærkninger

306 I betragtning 206 og 207 til den anfægtede beslutning kvalificerer Kommissionen for så vidt angår perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 2001 overtrædelsen som alvorlig, ikke som meget alvorlig, med den begrundelse, dels at den vægtede metode til beregning af prispresset var ny og endnu ikke havde været genstand for en formel beslutning, dels at sagsøgeren løbende havde mindsket prispresset, i det mindste fra 1999.

307 For så vidt angår perioden fra den 1. januar 2002 til maj 2003 finder Kommissionen, at der var tale om en lidet alvorlig overtrædelse (betragtning 207 til den anfægtede beslutning), eftersom sagsøgerens »[retlige] mulighed for i det mindste til dels at eliminere prispresset [var] begrænset til en forhøjelse af T-DSL-priserne« (betragtning 206 til den anfægtede beslutning). Desuden afstår Kommissionen for den samme periode fra at forhøje bøden under hensyn til overtrædelsens varighed »på grund af de regulatoriske begrænsninger af [sagsøgerens] mulighed for at foretage takstændringer« (betragtning 211 til den anfægtede beslutning).

308 I betragtning 212 til den anfægtede beslutning anser Kommissionen det for en formildende omstændighed, at »[sagsøgerens] detail- og engrospriser […] er […] priser, som siden begyndelsen af 1998 har været og fortsat er omfattet af en sektorspecifik regulering på nationalt plan«.

309 På grundlag af ovennævnte betragtninger pålægger Kommissionen i den anfægtede beslutnings artikel 3 sagsøgeren en bøde på 12,6 mio. EUR. Kommissionen fastsatte bødebeløbet ved at anvende den beregningsmetode, der er foreskrevet i retningslinjerne. Således fastsatte den i overensstemmelse med retningslinjernes punkt 1 A, andet afsnit, det på grundlag af overtrædelsens grovhed fastlagte beløb til 10 mio. EUR (betragtning 207 til den anfægtede beslutning). Dette beløb blev i henhold til retningslinjernes punkt 1 B, første afsnit, for perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 2001 forhøjet med 40% under hensyn til overtrædelsens varighed, hvorved der fremkom et grundbeløb på 14 mio. EUR (betragtning 211 til den anfægtede beslutning). Dette beløb blev derpå i overensstemmelse med retningslinjernes punkt 3 nedsat med 10% for tage hensyn til formildende omstændigheder.

310 I modsætning til hvad sagsøgeren har gjort gældende, havde Kommissionen ret til at kvalificere overtrædelsen som alvorlig for så vidt angår perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 2001 (betragtning 207 til den anfægtede beslutning). De påtalte afgifter styrker nemlig barriererne for adgang til nyligt liberaliserede markeder og bringer derved fællesmarkedets funktion i fare. Eksklusionsadfærd fra en dominerende virksomheds side kvalificeres derfor i retningslinjerne (punkt 1 A, andet afsnit) som en alvorlig overtrædelse eller endog som en meget alvorlig overtrædelse, hvis den begås af en virksomhed, der har en monopollignende stilling.

311 Med hensyn til RegTP's indgriben i sagsøgerens afgiftsfastsættelse bemærkes, at den pågældende virksomheds adfærd, når sanktionsniveauet fastsættes, kan vurderes i lyset af den formildende omstændighed, som den nationale lovgivning udgør (jf.

i denne retning dommen i sagen Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 89 ovenfor, præmis 620, og CIF-dommen, nævnt i præmis 86 ovenfor, præmis 57).

312 Under retsmødet forklarede Kommissionen, at den nedsættelse af bøden med 10%, der er indrømmet for at tage hensyn til, at »[sagsøgerens] detail- og engrospriser […] er omfattet af en sektorspecifik regulering på nationalt plan« (betragtning 112 til den anfægtede beslutning), hænger sammen med, at RegTP griber ind i sagsøgerens prisfastsættelse, og at denne nationale myndighed flere gange i den periode, som er omfattet af den anfægtede beslutning, havde undersøgt spørgsmålet, om sagsøgerens afgifter gav anledning til prispres.

313 Under hensyn til det skøn, Kommissionen har ved udmålingen af en bøde (Rettens dom af 6.4.1995, sag T-150/89, Martinelli mod Kommissionen, Sml. II, s. 1165, præmis 59, og af 26.4.2007, forenede sager T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 og T-136/02, Bolloré m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 947, præmis 580), må det fastslås, at Kommissionen ved at nedsætte bødens grundbeløb med 10% har taget behørigt hensyn til de faktorer, hvortil der blev henvist i den foregående præmis.

314 Med hensyn til den sociale funktion, sagsøgeren angiveligt opfylder, bemærkes, at virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, ifølge artikel 86, stk. 2, EF er underkastet traktatens bestemmelser, navnlig konkurrencereglerne, i det omfang anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem. Selv hvis det er blevet overdraget sagsøgeren at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse som omhandlet i den nævnte bestemmelse, har sagsøgeren ikke godtgjort, hvorfor de afgifter, der påtales i den anfægtede beslutning, er nødvendige for at løse denne opgave. Dette argument kan derfor ikke tiltrædes.

315 Endvidere har sagsøgeren henvist til Deutsche Post-beslutningen og gjort gældende, at Kommissionen i lighed med den dominerende virksomhed i denne beslutning burde have pålagt sagsøgeren en symbolsk bøde.

316 Hvad dette angår bemærkes indledningsvis, at det fremgår af fast retspraksis, at den omstændighed, at Kommissionen tidligere har anvendt bøder af en vis størrelse på visse typer af overtrædelser, ikke kan fratage den muligheden for at forhøje dette niveau inden for de i forordning nr. 17 angivne rammer, hvis det er nødvendigt for at sikre gennemførelsen af Fællesskabets konkurrencepolitik. Det er nemlig nødvendigt af hensyn til en effektiv gennemførelse af Fællesskabets konkurrenceregler, at Kommissionen til enhver tid har mulighed for at tilpasse bødeniveauet efter konkurrencepolitikkens krav (jf. dommen i sagen Bolloré m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 313 ovenfor, præmis 376 og den deri nævnte retspraksis).

317 Endvidere adskiller sagsøgerens situation sig grundlæggende fra den virksomheds situation, der var tale om i Deutsche Post-beslutningen.

318 Det fremgår således af betragtning 192 og 193 til Deutsche Post-beslutningen, der drejede sig om misbrug i forbindelse med behandlingen af grænseoverskridende post, at Kommissionen af tre grunde fandt det passende kun at pålægge den af beslutningen omfattede virksomhed en symbolsk bøde: For det første havde den pågældende virksomhed handlet i overensstemmelse med tyske domstoles retspraksis, for det andet fandtes der ingen fællesskabsretspraksis, der specifikt vedrørte de omhandlede grænseoverskridende brevposttjenester, og for det tredje havde virksomheden givet tilsagn om at indføre en procedure for behandlingen af indgående grænseoverskridende post, som ville kunne forhindre praktiske problemer og gøre det lettere at opdage eventuelle fremtidige indgreb i den frie konkurrence.

319 I det foreliggende tilfælde er den eneste dom afsagt af de tyske domstole, hvortil sagsøgeren har henvist, Oberlandesgericht Düsseldorfs dom, der blev afsagt den 16. januar 2002, dvs. i den periode, hvori overtrædelsen i den anfægtede beslutning kvalificeres som lidet alvorlig (betragtning 207). Under alle omstændigheder blev den nævnte dom ophævet af Bundesgerichthof den 10. februar 2004. For det andet fremgår det af den anfægtede beslutning (betragtning 106 og 206), at Kommissionen anvendte de samme principper som dem, Napier Brown/British Sugar-beslutningen af 1988 byggede på. Den havde allerede oplyst i sin meddelelse af 22. august 1998 om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren — Rammebestemmelser, relevante markeder og principper (punkt 117-119), at den påregnede at anvende principperne i Napier Brown/British Sugar-beslutningen på teleområdet. Det eneste nye aspekt er »den […] vægtningsmetode, [der] skulle anvendes i den foreliggende sag for at tage højde for, at der i Tyskland er fastsat en enkelt engrospris for ubundtet adgang til abonnentledningerne, mens priserne for de tilsvarende detailtjenester i forbindelse med en analog tilslutning, ISDN og ADSL er forskellige« (betragtning 206 til den anfægtede beslutning). Kommissionen tog imidlertid hensyn til, at der var tale om en ny metode, ved at kvalificere overtrædelsen som alvorlig, og ikke som meget alvorlig, for så vidt angår perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 2001 (betragtning 206 til den anfægtede beslutning). Endelig har, for det tredje, sagsøgeren i den foreliggende sag ikke givet noget tilsagn med henblik på at undgå eventuelle fremtidige overtrædelser.

320 Da de tre kriterier, der blev fastlagt i Deutsche Post-beslutningen, ikke er opfyldt i det foreliggende tilfælde, kan argumentet om den løsning, der blev anvendt i denne beslutning, ikke tiltrædes.

321 Det følger af det foregående som helhed, at dette anbringende må forkastes.

E — *Det femte anbringende: fejlagtig vurdering af overtrædelsens varighed*

1. Parternes argumenter

322 Sagsøgeren har henvist til, at Kommissionen har forhøjet bøden under hensyn til overtrædelsens angivelige grovhed i perioden 1998-2001. Kommissionen medgiver imidlertid selv i den anfægtede beslutning (betragtning 208), at sagsøgeren først i 1999 blev klar over, at selskabets afgiftsstruktur udgjorde misbrug.

323 Sagsøgeren har hævdet, at Kommissionen på et møde den 17. april 2000 underrettede selskabet om, at der ville blive indledt en traktatbrudsprocedure mod Forbundsrepublikken Tyskland. Ved denne oplysning og den administrative procedures langstrakthed styrkede Kommissionen selv sagsøgerens overbevisning om, at selskabets afgifter ikke var i strid med artikel 82 EF, og bidrog dermed til at forlænge overtrædelsens varighed. Derfor bør hele denne varighed ikke lægges til grund ved fastsættelsen af bøden (Domstolens dom af 6.3.1974, forenede sager 6/73 og 7/73, Istituto chemioterapico italiano og Commercial Solvents mod Kommissionen, Sml. s. 223, præmis 51).

324 Kommissionen har påstået dette anbringende forkastet.

2. Rettens bemærkninger

325 Da sagsøgeren inden for rammerne af dette anbringende har anfægtet beregningen af overtrædelsens varighed, må det lægges til grund, at selskabet som led i de subsidiære

påstande i stævningen ikke blot har nedlagt påstand om, at bøden nedsættes, men også om, at den anfægtede beslutnings artikel 1 delvis annulleres (Rettens dom af 25.10.2005, sag T-38/02, Groupe Danone mod Kommissionen, Sml. II, s. 4407, præmis 210-214).

326 Med hensyn til, om der er grundlag for anbringendet, bemærkes, at Kommissionen i den anfægtede beslutning henviser til klager, som sagsøgerens konkurrenter indgav i 1999. Ifølge Kommissionen har sagsøgeren siden dette tidspunkt haft kendskab til »påstanden om, at der muligvis er tale om misbrug i forbindelse med prisstrukturen for adgangen til abonnentnettet« (betragtning 208 til den anfægtede beslutning).

327 At sagsøgeren først i 1999 fik kendskab til, at der var blevet klaget over, at selskabet misbrugte sin dominerende stilling, er uden betydning for rigtigheden af, at dets adfærd udgjorde en overtrædelse fra den 1. januar 1998. »Misbrug« som omhandlet i artikel 82 EF er nemlig et objektivt begreb (dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, nævnt i præmis 226 ovenfor, præmis 91, og i sagen AKZO mod Kommissionen, nævnt i præmis 189 ovenfor, præmis 69; kendelsen i sagen Piau mod Kommissionen, nævnt i præmis 233 ovenfor, præmis 37, og dommen i sagen Irish Sugar mod Kommissionen, nævnt i præmis 122 ovenfor, præmis 111). Det er derfor ikke en betingelse for at anvende artikel 82 EF, at den dominerende virksomhed selv har haft kendskab til, at dens adfærd var udtryk for misbrug.

328 Det første argument må derfor forkastes.

329 Sagsøgerens argument om, at bøden ville have været mindre, hvis beslutningen var blevet vedtaget tidligere, kan heller ikke tiltrædes. Det er nemlig rent hypotetisk. Desuden fremgår det af den anfægtede beslutning (betragtning 211), at Kommissionen afstod fra at forhøje bøden for så vidt angår perioden fra den 1. januar 2002 til maj 2003.

330 Det andet argument kan derfor ikke tiltrædes, og det sidste anbringende må følgelig forkastes i det hele. Kommissionen må derfor frifindes.

Sagens omkostninger

331 I henhold til artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgeren har tabt sagen, bør det i overensstemmelse med Kommissionens påstand pålægges sagsøgeren at bære sine egne omkostninger og at betale Kommissionens omkostninger.

332 I henhold til artikel 87, stk. 4, tredje afsnit, i Rettens procesreglement skal intervenienterne bære deres egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Femte Udvidede Afdeling):

1) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.

2) **Deutsche Telekom AG bærer sine egne omkostninger og betaler Kommissionens omkostninger.**

3) **Arcor AG & Co. KG på den ene side og Versatel NRW GmbH, EWE TEL GmbH, HanseNet Telekommunikation GmbH, Versatel Nord-Deutschland GmbH, NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH, Versatel Süd-Deutschland GmbH og Versatel West-Deutschland GmbH på den anden side bærer deres egne omkostninger.**

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 10. april 2008.

Vilaras Martins Ribeiro Šváby

Jürimäe Wahl

E. Coulon M. Vilaras

Justitssekretær Afdelingsformand

Indhold

Tvistens baggrund ..... II - 488

I — Tjenester i engrosleddet ..... II - 489

II — Adgangstjenester i detailleddet ..... II - 491

A — Afgifter for analoge tilslutninger (T-Net) og digitale smalbåndstilslutninger — ISDN (T-ISDN) ..... II - 492

B — Afgifter for ADSL-tilslutninger (T-DSL) ..... II - 494

Den administrative procedure ..... II - 495

Den anfægtede beslutning ..... II - 496

Retsforhandlinger ..... II - 502

Parternes påstande ..... II - 506

Retlige bemærkninger ..... II - 507

I — De primære påstande om annullation af den anfægtede beslutning ..... II - 507

A — Det første anbringende: tilsidesættelse af artikel 82 EF ..... II - 507

1. Første led: manglende misbrug, da sagsøgeren ikke havde tilstrækkeligt råderum til at undgå prispres ..... II - 508

a) Parternes argumenter ..... II - 508

b) Rettens bemærkninger ..... II - 514

i) Indledende bemærkninger ..... II - 514

ii) Den anfægtede beslutning ..... II - 516

iii) Manglende misbrug som følge af, at sagsøgeren ikke havde tilstrækkeligt råderum til at undgå prispres ved at forhøje sine detailpriser i perioden fra den 1. januar 1998 til den 31. december 2001 ..... II - 517

iv) Manglende misbrug som følge af, at sagsøgeren ikke havde tilstrækkeligt råderum til at mindske prispresset ved at forhøje sine afgifter for detailadgang til ADSL fra den 1. januar 2002 .. II - 528

2. Andet led: Kommissionen har anvendt en ulovlig metode til at fastslå, om der forekom prispres ..... II - 532

a) Parternes argumenter ..... II - 532

b) Rettens bemærkninger ..... II - 537

i) Spørgsmålet, om Kommissionen i den anfægtede beslutning skulle have påvist, at sagsøgerens detailpriser udgjorde misbrug i sig selv ..... II - 537

ii) Kommissionens metode til beregning af prispresset ..... II - 538

Den anfægtede beslutning ..... II - 538

Lovligheden af Kommissionens metode ..... II - 541

— Indledende betragtninger ..... II - 541

— Den påståede ulovlighed af den metode, hvorved prispresset beregnes på grundlag af den dominerende, vertikalt integrerede virksomheds priser og omkostninger uden hensyn til konkurrenternes særlige stilling på markedet ..... II - 543

— Anbringendet om, at Kommissionen kun har medregnet indtægter fra samtlige adgangstjenester og ikke indtægter fra andre tjenester, navnlig samtaletjenester ..... II - 546

— Anbringendet om, at opsigelsesgebyret for engrostjenester er blevet medtaget i prispresberegningen ..... II - 549

3. Tredje led: angivelig fejl ved fastslåelsen af prispresset ..... II - 551

a) Parternes argumenter ..... II - 551

b) Rettens bemærkninger ..... II - 552

4. Fjerde led: det fastslåede prispres havde ingen indvirkning på markedet ..... II - 554

a) Parternes argumenter ..... II - 554

b) Rettens bemærkninger ..... II - 557

B — Det andet anbringende: Den anfægtede beslutnings dispositive del er behæftet med fejl ..... II - 561

1. Parternes argumenter ..... II - 561

2. Rettens bemærkninger ..... II - 562

C — Det tredje anbringende: magtfordrejning og tilsidesættelse af principperne om proportionalitet, retssikkerhed og beskyttelse af den berettigede forventning ..... II - 564

1. Parternes argumenter ..... II - 564

2. Rettens bemærkninger ..... II - 566

II — De subsidiære påstande om nedsættelse af den pålagte bøde ..... II - 569

A — Det første anbringende: tilsidesættelse af retten til forsvar ..... II - 569

1. Parternes argumenter ..... II - 569

2. Rettens bemærkninger ..... II - 570

B — Det andet anbringende: tilsidesættelse af artikel 253 EF ..... II - 571

1. Parternes argumenter ..... II - 571

2. Rettens bemærkninger ..... II - 572

C — Det tredje anbringende: manglende uagtsomhed eller forsæt fra sagsøgerens side ..... II - 573

1. Parternes argumenter ..... II - 573

2. Rettens bemærkninger ..... II - 575

D — Det fjerde og det sjette anbringende: utilstrækkelig hensyntagen ved bødeberegningen til, at afgifterne reguleres, og manglende hensyntagen til formildende omstændigheder ..... II - 576

1. Parternes argumenter ..... II - 576

2. Rettens bemærkninger ..... II - 578

E — Det femte anbringende: fejlagtig vurdering af overtrædelsens varighed .. II - 583

1. Parternes argumenter ..... II - 583

2. Rettens bemærkninger ..... II - 583

Sagens omkostninger ..... II - 585