ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer — uitgebreid)

10 april 2008 *

In zaak T-271/03,

Deutsche Telekom AG, gevestigd te Bonn (Duitsland), aanvankelijk vertegenwoordigd door K. Quack, U. Quack en S. Ohlhoff, vervolgens door U. Quack en S. Ohlhoff, advocaten,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, aanvankelijk vertegenwoordigd door K. Mojzesowicz en S. Rating, vervolgens door K. Mojzesowicz en A. Whelan en ten slotte door K. Mojzesowicz, W. Mölls en O. Weber als gemachtigden,

verweerster,

* Procestaal: Duits.

ondersteund door

Arcor AG & Co. KG, gevestigd te Eschborn (Duitsland), aanvankelijk vertegenwoordigd door M. Klusmann, F. Wiemer en M. Rosenthal, vervolgens door M. Klusmann en F. Wiemer en ten slotte door M. Klusmann, advocaten,

en door

Versatel NRW GmbH, voorheen Tropolys NRW GmbH, voorheen CityKom Münster GmbH Telekommunikationsservice en TeleBeL Gesellschaft für Telekommunikation Bergisches Land mbH, gevestigd te Essen (Duitsland),

EWE TEL GmbH, gevestigd te Oldenburg (Duitsland),

HanseNet Telekommunikation GmbH, gevestigd te Hamburg (Duitsland),

Versatel Nord-Deutschland GmbH, voorheen KomTel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbH, gevestigd te Flensburg (Duitsland),

NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH, gevestigd te Keulen (Duitsland),

Versatel Süd-Deutschland GmbH, voorheen tesion Telekommunikation GmbH, gevestigd te Stuttgart (Duitsland),

Versatel West-Deutschland GmbH, voorheen Versatel Deutschland GmbH & Co. KG, gevestigd te Dortmund (Duitsland),

vertegenwoordigd door N. Nolte, T. Wessely en J. Tiedemann, advocaten,

interveniënten,

betreffende een verzoek tot nietigverklaring van beschikking 2003/707/EG van de Commissie van 21 mei 2003 in een procedure op grond van artikel 82 van het EG-Verdrag (zaak COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — Deutsche Telekom AG) (PB L 263, blz. 9), en, subsidiair, tot verlaging van de bij artikel 3 van deze beschikking aan verzoekster opgelegde geldboete,

wijst

HET GERECHT
VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer — uitgebreid),

samengesteld als volgt: M. Vilaras, kamerpresident, E. Martins Ribeiro, D. Šváby, K. Jürimäe en N. Wahl, rechters,

griffier: K. Andová, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 3 mei 2007,

het navolgende

Arrest

Feiten

1 Verzoekster, Deutsche Telekom AG, is de traditionele telecommunicatiemaatschappij in Duitsland. De Duitse Staat heeft direct 30,92 % en indirect (via de Kreditanstalt für Wiederaufbau) 12,13 % van het kapitaal van verzoekster in handen, terwijl institutionele en particuliere beleggers de resterende 56,95 % in hun bezit hebben.

2 Verzoekster exploiteert het Duitse telefoonnetwerk. Vóór de volledige liberalisering van de telecommunicatiemarkten beschikte zij over een wettelijk monopolie voor het leveren van telecommunicatiediensten op het vaste netwerk aan eindgebruikers. Sinds de inwerkingtreding van het Telekommunikationsgesetz (Duitse telecommunicatiewet; hierna: „TKG") van 25 juli 1996 (BGBl. 1996 I, blz. 1120) op 1 augustus 1996 is zowel de markt voor het aanbieden van een infrastructuur als de markt voor het verrichten van telecommunicatiediensten in Duitsland geliberaliseerd. Sindsdien heeft verzoekster op beide markten — in verschillende mate — te maken met concurrentie van andere exploitanten.

3 De lokale netwerken van verzoekster bestaan uit meerdere aansluitlijnen voor eindgebruikers. Het „aansluitnet" is het fysieke circuit dat het netwerkaansluitpunt in de panden van de eindgebruiker verbindt met de hoofdverdeler of een soortgelijke voorziening in het vaste openbare telefoonnetwerk.

4 Verzoekster biedt zowel andere telecomoperatoren als eindgebruikers toegang tot haar lokale netwerk. Wat de toegangsdiensten en de tarieven van verzoekster betreft, moet dus een onderscheid worden gemaakt tussen de verstrekking van lokale netwerktoegang door verzoekster aan haar concurrenten (hierna: „diensten op intermediair niveau") en de verstrekking van lokale netwerktoegang door verzoekster aan haar eindgebruikers (hierna: „toegangsdiensten voor eindgebruikers").

I — *Diensten op intermediair niveau*

5 Bij besluit nr. 223 van de federale minister van Post en Telecommunicatie (hierna: „BMPT") van 28 mei 1997 werd verzoekster verplicht om vanaf juni 1997 haar concurrenten volledig ontbundelde toegang tot het aansluitnet te verlenen.

6 Wat de tarieven voor verzoeksters diensten op intermediair niveau (hierna: „groothandelstarieven") betreft, deze bestaan uit twee elementen, namelijk een maandelijks abonnementsgeld en een eenmalige vergoeding. Wanneer een concurrent een lijn opzegt, brengt verzoekster hem een opzeggingsbedrag in rekening.

7 Volgens § 25, lid 1, TKG moeten de groothandelstarieven van verzoekster vooraf door de Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (regelgevende instantie voor telecommunicatie en post; hierna: „RegTP") worden goedgekeurd.

8 In deze context verifieert de RegTP of de door verzoekster voorgestelde groothandelstarieven voldoen aan de voorwaarden van § 24 TKG. Zo moeten volgens § 24, lid 1, TKG, „[d]e tarieven […] worden afgestemd op de kosten van een efficiënte dienstverlening". Bovendien mogen de tarieven volgens § 24, lid 2, TKG:

„1. geen toeslagen bevatten die enkel kunnen worden opgelegd op grond van de machtspositie […] van een leverancier op de betrokken telecommunicatiemarkt;

2. geen kortingen bevatten die de concurrentiemogelijkheden van andere ondernemingen op een telecommunicatiemarkt beperken, en

3. bepaalde aanvragers van telecommunicatiediensten niet bevoordelen ten opzichte van andere aanvragers van vergelijkbare of soortgelijke diensten op de betrokken telecommunicatiemarkt,

tenzij wordt aangetoond dat dit objectief gerechtvaardigd is".

9 Krachtens § 29, lid 1, TKG is verzoekster verplicht om tijdens de gehele geldigheidsduur van het besluit van de RegTP de hierbij goedgekeurde tarieven toe te passen.

II — *Toegangsdiensten voor eindgebruikers*

10 Wat de toegangsdiensten voor eindgebruikers betreft, biedt verzoekster twee basisvarianten aan, namelijk de traditionele analoge lijn (genaamd „T-Net") en digitale smalband (Integrated Services Digital Network — ISDN, genaamd „T-ISDN"). Beide basisvarianten voor eindgebruikerstoegang kunnen worden geleverd via het reeds bestaande netwerk van koperen aderparen van verzoekster (smalbandaansluitingen). Daarnaast biedt verzoekster haar eindgebruikers ook breedbandaansluitingen aan (Asymmetrical Digital Subscriber Lines, genaamd T-DSL of ADSL), waarvoor zij de bestaande T-Net- of T-ISDN-lijnen extra heeft moeten uitrusten, waardoor breedbanddiensten, zoals een snelle internettoegang, mogelijk worden.

11 Verzoeksters tarieven voor de toegangsdiensten voor eindgebruikers (hierna ook: „eindgebruikerstarieven") vallen voor de analoge en de ISDN-lijnen onder een systeem van maximumprijzen (hierna: „price-cap-systeem"). Haar tarieven voor ADSL-aansluitingen stelt verzoekster daarentegen vrij vast. Deze kunnen evenwel achteraf aan een regeling worden onderworpen.

12 De eindgebruikerstarieven van verzoekster bestaan uit twee componenten: een maandelijks abonnementsgeld, dat afhankelijk is van de kwaliteit van de beschikbaar gestelde lijnen en de verrichte diensten, en een eenmalige vergoeding voor de aanmelding of overname van een lijn, afhankelijk van de te verrichten werkzaamheden aan beide zijden van de lijn. Verzoekster brengt haar eindgebruikers geen opzeggingskosten in rekening.

A — *Tarieven voor analoge lijnen (T-Net) en digitale smalband — ISDN (T-ISDN)*

13 De toegangsprijzen voor analoge en ISDN-lijnen worden vastgesteld in het kader van een price-cap-systeem. Overeenkomstig §§ 27, lid 1, tweede volzin, en 25, lid 1, TKG en §§ 4 en 5 van de Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung (verordening betreffende de regeling van vergoedingen in de telecommunicatiesector) van 1 oktober 1996 (BGBl. 1996 I, blz. 1492; hierna: „TEntgV") worden de eindgebruikerstarieven voor de aansluiting op het vaste telefoonnetwerk van verzoekster en de telefoongesprekken niet afzonderlijk voor iedere verrichting bepaald op basis van de gemaakte kosten, maar voor meerdere verrichtingen tegelijk, waarbij de verschillende afzonderlijke verrichtingen in pakketten worden samengevoegd.

14 Het price-cap-systeem voor de toegang tot het netwerk van verzoekster is ingevoerd bij besluit van de BMPT van 17 december 1997 [mededeling 202/1997, BGBl. (BMPT) 34/97, blz. 1891]. De RegTP heeft dit systeem per 1 januari 1998 overgenomen. Daartoe werden twee pakketten samengesteld: een met diensten voor particulieren en een ander met diensten voor bedrijven. Beide pakketten bevatten zowel toegangsdiensten (standaardaansluitingen voor analoge en ISDN-lijnen) als het gehele assortiment van producten dat verzoekster op telefoongebied aanbiedt, zoals lokale, regionale, interlokale en internationale gesprekken.

15 Volgens § 4, leden 1 en 2, TEntgV stelt de RegTP voor alle in een pakket opgenomen diensten een basisbedrag vast alsook bepaalde doelstellingen voor de ontwikkeling van de prijzen voor een bepaalde periode.

16 In het betrokken prijssysteem wordt dus een maximumprijs vastgesteld voor elk pakket. Daarentegen bevat het systeem geen bindende minimumprijzen.

17 Krachtens het besluit van de BMPT van 17 december 1997 moest verzoekster voor de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 1999 (eerste price-cap-periode), de totale prijs voor elk van beide pakketten met 4,3 % verlagen. Op 23 december 1999 besloot de RegTP om na afloop van deze eerste periode op 31 december 1999 de samenstelling van de pakketten in grote lijnen te behouden en de prijzen in de periode van 1 januari 2000 tot en met 31 december 2001 (tweede price-cap-periode) met nog eens 5,6 % te verlagen.

18 Binnen dit bindende kader van prijsverlagingen kon verzoekster na goedkeuring door de RegTP de prijzen voor de afzonderlijke onderdelen van ieder pakket wijzigen. Volgens § 27, lid 2, TKG en § 5, lid 3, TEntgV, werden de prijswijzigingen goedgekeurd indien de gemiddelde prijs van een pakket de vastgestelde price-cap-index niet overschreed. Het systeem bood dus de mogelijkheid om de prijs voor een of meer onderdelen van ieder pakket te verhogen, zolang hierbij de bovenste prijsgrens van het pakket niet werd overschreden. Volgens § 27, lid 3, TKG werd de goedkeuring evenwel geweigerd wanneer de prijzen „kennelijk niet [voldeden] aan de vereisten van § 24, lid 2, punt 2 of 3, [TKG], of [...] wanneer zij niet in overeenstemming [waren] met het [TKG] of met andere rechtsnormen".

19 In de eerste twee price-cap-perioden heeft verzoekster de eindgebruikerstarieven in beide pakketten verlaagd en daarbij de opgelegde verlagingspercentages overschreden. Deze tariefverlagingen betroffen voornamelijk de prijzen voor telefoongesprekken. De eindgebruikerstarieven voor de analoge lijnen (het maandelijkse abonnementsgeld en de eenmalige vergoeding) zijn daarentegen tijdens de twee price-cap-perioden, dat wil zeggen van 1998 tot einde 2001, ongewijzigd gebleven. Wat de eindgebruikerstarieven voor de ISDN-lijnen betreft, heeft verzoekster in dezelfde periode het maandelijkse abonnementsgeld gewijzigd, maar niet de eenmalige vergoeding die van de eindgebruikers werd gevraagd.

20 Sinds 1 januari 2002 geldt een nieuw price-cap-systeem, dat door de RegTP op 21 december 2001 is aangenomen (Amtsblatt RegTP 2/2002 van 6 februari 2002,

blz. 75). In het nieuwe systeem zijn de twee vroegere pakketten voor particulieren en bedrijven vervangen door vier pakketten, die de volgende diensten omvatten: aansluitlijnen (pakket A), lokale gesprekken (pakket B), binnenlandse gesprekken (pakket C) en buitenlandse gesprekken (pakket D).

21 Op 15 januari 2002 deelde verzoekster de RegTP haar voornemen mee om het maandelijkse abonnementsgeld voor analoge en ISDN-aansluitingen met 0,56 EUR te verhogen. Deze verhoging is goedgekeurd door de RegTP bij besluit van 13 maart 2002.

22 Op 31 oktober 2002 heeft verzoekster een nieuw verzoek tot verhoging van haar eindgebruikerstarieven ingediend. De RegTP heeft dit verzoek gedeeltelijk afgewezen bij besluit van 19 december 2002. Zij heeft een verhoging van het maandelijkse abonnementsgeld voor een analoge T-Net-aansluiting met 0,33 EUR goedgekeurd, in plaats van de door verzoekster gevraagde verhoging met 0,99 EUR, en de gevraagde verhoging van het eenmalige overnamebedrag voor T-Net- en T-ISDN-aansluitingen met 13,40 EUR afgewezen.

B — *Tarieven voor ADSL-lijnen (T-DSL)*

23 De ADSL-(T-DSL-)tarieven zijn niet geregeld in het kader van het price-cap-systeem. Volgens § 30 TKG kunnen deze tarieven achteraf aan een regeling worden onderworpen.

24 Op 2 februari 2001 leidde de RegTP na ontvangst van meerdere klachten van concurrenten een ex post-onderzoek in naar de ADSL-tarieven van verzoekster, om vast te stellen of er sprake was van een met de Duitse mededingingsregels strijdige prijsdumping. Op 25 januari 2002 heeft de RegTP de procedure beëindigd, na te hebben vastgesteld dat er geen reden tot verdenking van prijsdumping meer was, gelet op de op 15 januari 2002 door verzoekster aangekondigde prijsverhoging.

Administratieve procedure

25 Tussen 18 maart en 20 juli 1999 heeft de Commissie van vijftien concurrenten van verzoekster klachten ontvangen. Deze klachten betroffen de tariefpraktijken van verzoekster.

26 Op 15 juli 1999 heeft de Commissie verzoekster krachtens artikel 11 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81 EG] en [82 EG] (PB 1962, 13, blz. 204), een verzoek om inlichtingen toegezonden. Verzoekster heeft hierop geantwoord bij brieven van 13 et 25 augustus 1999.

27 Op 19 januari 2000 heeft de Commissie een verzoek om inlichtingen gericht tot de concurrenten van verzoekster.

28 Op 22 juni 2001 heeft de Commissie verzoekster een nieuw verzoek om inlichtingen toegezonden.

29 Op 2 mei 2002 heeft de Commissie op grond van artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17 verzoekster een mededeling van punten van bezwaar toegezonden.

30 Op 29 juli 2002 heeft verzoekster haar opmerkingen over de mededeling van punten van bezwaar ingediend.

31 Op 25 oktober 2002 heeft verzoekster haar opmerkingen over de antwoorden van de klagers op de mededeling van punten van bezwaar ingediend.

32 Op 21 februari 2003 heeft de Commissie verzoekster een aanvulling op de mededeling van punten van bezwaar toegezonden.

33 Op 14 maart 2003 heeft verzoekster haar opmerkingen over de aanvulling op de mededeling van punten van bezwaar ingediend.

Bestreden beschikking

34 Op 21 mei 2003 heeft de Commissie beschikking 2003/707/EG in een procedure op grond van artikel 82 van het EG-Verdrag (zaak COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — Deutsche Telekom AG) (PB L 263, blz. 9; hierna: „bestreden beschikking") vastgesteld. Deze beschikking is op 30 mei 2003 aan verzoekster betekend.

35 Volgens de Commissie zijn de betrokken product- en dienstenmarkten de stroomopwaartse markt voor lokale netwerktoegang voor de concurrenten van verzoekster op intermediair niveau alsmede de stroomafwaartse markt voor toegang tot smalbandverbindingen (analoge en ISDN-lijnen) en tot breedbandverbindingen (ADSL-lijnen) op eindgebruikersniveau (bestreden beschikking, punt 91). Geografisch gezien situeren deze markten zich op het Duitse grondgebied (bestreden beschikking, punt 92).

36 De Commissie stelt vast dat verzoekster een machtspositie heeft op alle betrokken product- en dienstenmarkten (bestreden beschikking, punt 96).

37 Volgens de Commissie heeft verzoekster artikel 82 EG geschonden door oneerlijke prijsstelling in de vorm van een „prijssqueeze", door de groothandelstarieven die zij haar concurrenten in rekening brengt, op een hoger niveau vast te stellen dan haar eindgebruikerstarieven (bestreden beschikking, punten 1, 57, 102 et 103).

38 Met betrekking tot de prijssqueeze wordt in de punten 102 tot en met 105 van de bestreden beschikking het volgende verklaard:

„102 Er is sprake van een prijssqueeze wanneer het totaal van de maandelijkse en eenmalige aan [verzoekster] te betalen bedragen voor toegang voor intermediair verbruik de concurrenten dwingt hun eindgebruikers hogere bedragen te berekenen dan [verzoekster] haar eigen eindgebruikers voor de desbetreffende diensten in rekening brengt. Wanneer de bedragen voor intermediair gebruik hoger zijn dan de eindgebruikersbedragen, kunnen de concurrenten

van [verzoekster] onder geen beding winst behalen, zelfs wanneer ze minimaal net zo efficiënt als [verzoekster] zijn, omdat ze naast de bedragen voor intermediair verbruik nog extra kosten hebben, bijvoorbeeld voor marketing, facturering, incasso etc.

103 Doordat [verzoekster] van concurrenten bedragen voor intermediair verbruik vordert voor de toegang tot het aansluitnetwerk die hoger zijn dan de eigen eindgebruikersbedragen voor de toegang tot het lokale netwerk, voorkomt [zij] dat haar concurrenten naast de pure telefoongesprekken ook toegangsdiensten via aansluitnetwerken [kunnen] aanbieden. Hiermee dwingt [verzoekster] de concurrenten die ontbundelde aansluitnetwerken willen bestellen en hun klanten aansluitdiensten willen aanbieden, hun verliesmakende toegangsdiensten eveneens met hogere inkomsten uit de telefoongesprekken te compenseren. De gesprekstarieven in Duitsland zijn in de afgelopen jaren echter aanzienlijk gedaald, zodat de concurrenten vaak economisch niet in staat zijn een dergelijke gemengde berekening uit te voeren.

104 [Verzoekster] is van mening dat in het onderhavige geval het bewijs van een oneigenlijke prijsvorming in de vorm van een prijssqueeze niet kan worden geleverd omdat de bedragen voor intermediair verbruik door de RegTP bindend zijn vastgesteld. Er is alleen van een prijssqueeze sprake wanneer de margedruk daadwerkelijk door te hoge prijzen voor intermediair verbruik, te lage eindgebruikersprijzen of een combinatie van beide wordt veroorzaakt en een afschaffing op beide niveaus juridisch mogelijk is. Een door regels vastgelegde prijs voor intermediair verbruik zou echter tot gevolg hebben dat [verzoekster] alleen invloed heeft op de hoogte van de eindgebruikerstoegangsbedragen, zodat deze bedragen alleen voor controle toegankelijk zijn overeenkomstig de beginselen van prijsdumping (predatory pricing).

105 In tegenstelling tot de opvatting van [verzoekster] is misbruik van prijssqueeze echter op de onderhavige feiten van toepassing. In gekoppelde

markten waarin concurrenten diensten voor intermediair verbruik van gevestigde exploitanten betrekken en hierop zijn aangewezen om op een stroomafwaartse product- of dienstenmarkt te kunnen concurreren, kan er zeker sprake zijn van een prijssqueeze tussen de gereguleerde prijzen voor intermediair verbruik en eindgebruikersprijzen. Want om te bewijzen dat er sprake is van een prijssqueeze komt het er in eerste instantie op aan dat tussen beide [prijsniveaus] een wanverhouding bestaat die beperking van de mededinging tot gevolg heeft. Bovendien kan men weliswaar betogen dat de prijsgereguleerde onderneming een speelruimte heeft om de prijssqueeze op eigen initiatief te voorkomen resp. op te heffen, maar wanneer dit zich — zoals in dit geval — voordoet […], is de vraag welke bedragen de betrokken onderneming zonder toedoen van de overheid kan wijzigen, alleen belangrijk bij de selectie van de instrumenten om de prijssqueeze op te heffen."

39 Wat de methode voor de vaststelling van de prijssqueeze betreft, stelt de Commissie vast dat de concurrenten van verzoekster via de toegang tot de lokale aansluitlijn van deze laatste hun abonnees een reeks toegangsdiensten kunnen aanbieden, namelijk analoge smalbandtoegang, digitale smalbandtoegang (ISDN) of digitale breedbandtoegang in de vorm van ADSL-diensten. Aangezien de RegTP uniforme tarieven vaststelt voor de diensten die verzoekster op intermediair niveau verricht, los van de stroomafwaartse diensten die via de aansluitlijn worden aangeboden, moeten de maandelijkse abonnementsgelden van verzoekster en de eenmalige vergoeding die zij vraagt voor de op intermediair niveau verrichte diensten, die evenredig zijn aan de gemiddelde duur van het abonnement, worden vergeleken met de maandelijkse abonnementsgelden en de — eveneens evenredige — eenmalige vergoeding die zij vraagt voor haar eindgebruikerstoegangsdiensten. Om het gemiddelde tarief van verzoekster voor de eindgebruikerstoegangsdiensten te berekenen, voert de Commissie een kwantitatieve weging uit van de verschillende eindgebruikerstarieven die verzoekster voor de analoge, ISDN- en ADSL-lijnen alsook voor de verschillende varianten van ISDN- en ADSL-lijnen hanteert (bestreden beschikking, punten 113, 115, 116, 142-151).

40 Bij de berekening van de prijssqueeze neemt de Commissie enkel de tarieven voor de toegang tot het aansluitnet in aanmerking. De gesprekstarieven worden bij deze berekening niet meegeteld (bestreden beschikking, punt 119).

41 Volgens de Commissie „moet men van een [onrechtmatige] prijssqueeze uitgaan, wanneer het verschil tussen de eindgebruikersbedragen van een onderneming met een machtspositie en het voor intermediair verbruik bestemd bedrag voor vergelijkbare diensten aan haar concurrenten negatief is of niet toereikend is om de productspecifieke kosten van een marktdominante exploitant te dekken die hij maakt voor het leveren van zijn eigen eindgebruikersdiensten in een stroomafwaartse markt" (bestreden beschikking, punt 107).

42 Bij haar berekening van de prijssqueeze komt de Commissie tot de conclusie dat er van 1998 tot 2001 een negatieve marge was tussen de groothandelstarieven en de eindgebruikerstarieven van verzoekster (bestreden beschikking, punt 153). Voor 2002 was deze marge positief (bestreden beschikking, punt 154). Aangezien deze positieve marge evenwel onvoldoende was om de specifieke kosten van verzoekster voor het leveren van de eindgebruikersdiensten te dekken, was er in 2002 nog steeds sprake van een prijssqueeze (bestreden beschikking, punten 154 en 160). Dit effect bestond ook nog ten tijde van de vaststelling van de bestreden beschikking (bestreden beschikking, punt 161).

43 De Commissie stelt verder vast dat de groothandelstarieven en de eindgebruikerstarieven van verzoekster weliswaar aan een sectorspecifieke regeling zijn onderworpen, maar dat verzoekster over voldoende speelruimte beschikt om via een herstructurering van de tarieven de prijssqueeze te verkleinen of zelfs op te heffen (bestreden beschikking, punten 57, 105 en 163-175). De Commissie erkent dat verzoekster vanaf 1 januari 2002 niet langer over enige speelruimte beschikte om de eindgebruikerstarieven voor de analoge en ISDN-lijnen te verhogen. Zij had de prijssqueeze evenwel kunnen verkleinen door haar prijzen voor de ADSL-lijnen te verhogen (bestreden beschikking, punten 171-175 en 206).

44 De Commissie komt in punt 199 van de bestreden beschikking tot de volgende conclusie:

„[Verzoekster maakt] misbruik […] van haar machtspositie op de relevante markten voor de directe toegang tot haar vaste telefoonnetwerk. Dit misbruik bestaat in

de aanwezigheid van onbillijke prijzen die concurrenten dienen te betalen voor toegangsdiensten voor intermediair verbruik en voor eindgebruikerstoegangsdiensten op het lokale netwerk en voldoet zodoende aan de criteria van artikel 82, sub a, van het EG-Verdrag. In de periode van begin 1998 tot eind 2001 kon [verzoekster] de prijssqueeze door tariefwijzigingen op eindgebruikersniveau volledig opheffen. Vanaf begin 2002 kan [verzoekster] de prijssqueeze in ieder geval nog steeds verkleinen, en wel door verhoging van de ADSL-eindgebruikersbedragen die onder het price-cap-systeem vallen."

45 Na te hebben vastgesteld dat er sprake is van een zware inbreuk voor de periode van begin 1998 tot einde 2001 en dat de inbreuk minder ernstig was voor de periode vanaf begin 2002, heeft de Commissie een geldboete van 12,6 miljoen EUR opgelegd (bestreden beschikking, punten 207 en 212).

46 Het dispositief van de bestreden beschikking luidt als volgt:

„*Artikel 1*

[Verzoekster] heeft vanaf 1998 inbreuk gemaakt op artikel 82, sub a, van het EG-Verdrag, doordat zij voor de toegang tot het lokale netwerk onbillijke maandelijkse en eenmalige bedragen van haar concurrenten [en haar eindgebruikers] vroeg en hierdoor de mededinging op de markt voor de toegang tot het lokale netwerk aanzienlijk heeft belemmerd.

Artikel 2

[Verzoekster] beëindigt de in artikel 1 genoemde inbreuk onmiddellijk en onthoudt zich ervan alle in artikel 1 genoemde handelingen en maatregelen in de toekomst te herhalen.

Artikel 3

Wegens de in artikel 1 genoemde inbreuk wordt [verzoekster] een geldboete van 12,6 miljoen EUR opgelegd.

[…]"

Procesverloop

47 Bij verzoekschrift, ingediend ter griffie van het Gerecht op 30 juli 2003, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.

48 Bij akten, ingediend ter griffie van het Gerecht op 12 december 2003, hebben Arcor AG & Co. KG (hierna: „interveniënte I"), enerzijds, en CityKom Münster GmbH Telekommunikationsservice, die is omgevormd tot Tropolys NRW GmbH

en later tot Versatel NRW GmbH, EWE TEL GmbH, HanseNet Telekommunikation GmbH, ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG, die is omgevormd tot Arcor AG & Co. KG, KomTel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbH, die is omgevormd tot Versatel Nord-Deutschland GmbH, NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH, TeleBeL Gesellschaft für Telekommunikation Bergisches Land mbH, die is omgevormd tot Tropolys NRW GmbH en later tot Versatel NRW GmbH, tesion Telekommunikation GmbH, die is omgevormd tot Versatel Süd-Deutschland GmbH, en Versatel Deutschland GmbH & Co. KG, die is omgevormd tot Versatel West-Deutschland GmbH (hierna samen: „interveniënte II"), anderzijds, verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van de Commissie.

49 Bij brief van 30 januari 2004 heeft verzoekster het Gerecht verzocht om vertrouwelijke behandeling van bepaalde passages uit het verzoekschrift, het verweerschrift, de memorie van repliek en bepaalde bijlagen daarbij.

50 Bij brief van 22 maart 2004 heeft verzoekster het Gerecht verzocht om vertrouwelijke behandeling van een bepaalde passage uit de memorie van dupliek.

51 Bij beschikking van de president van de Eerste kamer van het Gerecht van 6 mei 2004 zijn de hierboven in punt 48 genoemde ondernemingen toegelaten tot interventie aan de zijde van de Commissie. De beslissing over de gegrondheid van het verzoek om vertrouwelijke behandeling is aangehouden.

52 Een door verzoekster voorbereide niet-vertrouwelijke versie van de verschillende processtukken is aan de interveniënten I en II meegedeeld.

53 Bij brieven van 24 juni 2004 hebben de interveniënten I en II het vertrouwelijke karakter van verschillende in de niet-vertrouwelijke versie van de processtukken onleesbaar gemaakte passages betwist.

54 Op 14 juli 2004 heeft interveniënte II haar memorie in interventie neergelegd. Interveniënte I heeft hetzelfde gedaan op 2 augustus 2004. De partijen hebben opmerkingen over de memories in interventie ingediend.

55 Bij brief van 20 december 2004 heeft verzoekster opmerkingen over de bezwaren van de interveniënten I et II tegen het verzoek om vertrouwelijke behandeling ingediend.

56 Bij beschikking van 15 juni 2006 heeft de president van de Vijfde kamer het verzoek om vertrouwelijke behandeling van verzoekster gedeeltelijk ingewilligd.

57 Bij brief van 14 september 2006 heeft interveniënte II het Gerecht ervan in kennis gesteld dat ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG in rechte was opgevolgd door interveniënte I. Bij dezelfde brief heeft zij overeenkomstig artikel 99 van het Reglement voor de procesvoering het Gerecht meegedeeld dat de interventie van ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG, die was omgevormd tot Arcor AG & Co. KG, werd ingetrokken, dit om te vermijden dat zij in een dubbele hoedanigheid als interveniënte optrad.

58 Bij beschikking van de president van het Gerecht van 30 november 2006 is Arcor AG & Co. KG, voorheen ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG, als interveniënte II geschrapt.

59 Op 11 december 2006 heeft het Gerecht, na de partijen te hebben gehoord, de onderhavige zaak verwezen naar de uitgebreide Vijfde kamer van het Gerecht.

60 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Vijfde kamer) besloten over te gaan tot de mondelinge behandeling van de zaak. Bij wege van maatregel tot organisatie van de procesgang in de zin van artikel 64 van het Reglement voor de procesvoering heeft het een aantal schriftelijke vragen gesteld aan verzoekster en de Commissie en hun verzocht bepaalde stukken over te leggen. De partijen hebben binnen de gestelde termijnen hieraan voldaan.

61 Bij brief van 21 maart 2007 heeft verzoekster het Gerecht verzocht om vertrouwelijke behandeling van verschillende onderdelen van de memorie van de Commissie van 5 maart 2007 waarbij deze heeft geantwoord op de schriftelijke vragen van het Gerecht. De interveniënten I et II hebben geen bezwaren tegen dit verzoek om vertrouwelijke behandeling opgeworpen en een door verzoekster voorbereide niet-vertrouwelijke versie van de memorie van de Commissie is aan de interveniënten I en II meegedeeld.

62 Aangezien rechter Dehousse was verhinderd op de zitting van 29 maart 2007, heeft de president van het Gerecht krachtens artikel 32, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering rechter Wahl ter aanvulling van de kamer aangewezen.

63 Ter terechtzitting van 3 mei 2007 hebben de partijen pleidooi gehouden en geantwoord op de vragen van het Gerecht.

Conclusies van partijen

64 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beschikking nietig te verklaren en, subsidiair, krachtens zijn soevereine beoordelingsbevoegdheid de door de Commissie in artikel 3 van de bestreden beschikking opgelegde geldboete te verlagen;

— de Commissie te verwijzen in de kosten van het geding, met inbegrip van de niet-terugvorderbare kosten.

65 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

66 Interveniënte I concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten, met inbegrip van haar eigen kosten.

67 Interveniënte II concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep van verzoekster te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten, met inbegrip van haar niet-terugvorderbare kosten.

In rechte

I — *Primaire vordering tot nietigverklaring van de bestreden beschikking*

68 Verzoekster voert drie middelen aan: ten eerste, schending van artikel 82 EG, ten tweede, gebreken in het dispositief van de bestreden beschikking en, ten derde, misbruik van bevoegdheid en schending van het evenredigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel.

A — *Eerste middel: schending van artikel 82 EG*

69 Het eerste middel omvat vier onderdelen. Het eerste onderdeel houdt in dat verzoekster geen misbruik heeft gepleegd, aangezien zij over onvoldoende speelruimte beschikte om de prijssqueeze te vermijden. In het tweede onderdeel stelt verzoekster

dat de Commissie een ongeoorloofde methode heeft gehanteerd om de prijssqueeze vast te stellen. In het derde onderdeel betoogt zij dat de Commissie zich bij de berekening van de prijssqueeze heeft vergist en in het vierde onderdeel voert zij aan dat de vastgestelde prijssqueeze geen gevolgen heeft gehad voor de markt.

1. Eerste onderdeel: verzoekster heeft geen misbruik gepleegd, aangezien zij over onvoldoende speelruimte beschikte om de prijssqueeze te vermijden

a) Argumenten van partijen

70 Verzoekster stelt dat zij over onvoldoende speelruimte beschikte om de in de bestreden beschikking vastgestelde prijssqueeze te vermijden. De Commissie zelf heeft vastgesteld dat zij bij de vaststelling van de groothandelstarieven niet over enige speelruimte beschikte. Deze tarieven, die door de RegTP worden vastgesteld, moeten overeenstemmen met de kosten van een efficiënte dienstverlening. Zij stemmen dus niet noodzakelijkerwijs overeen met de kosten van verzoekster.

71 Verzoekster beschikt evenmin over enige speelruimte bij de vaststelling van haar tarieven voor toegangsdiensten voor eindgebruikers. In de periode van 1998 tot en met 2001 kan verzoekster geen misbruik hebben gepleegd, aangezien enkel de RegTP — en voordien de BMPT — verantwoordelijk was voor de tarieven van verzoekster voor smalbandverbindingen (zie de punten 72-78 hierna).

72 Wat de periode na januari 2002 betreft, zou verzoekster enkel bij de vaststelling van de tarieven voor breedbandverbindingen misbruik hebben kunnen plegen, aangezien de Commissie zelf in de bestreden beschikking heeft erkend dat verzoekster sinds 2002 over geen enkele speelruimte beschikte bij de vaststelling van de tarieven voor smalbandverbindingen. Zo al zou zijn aangetoond dat verzoekster voor de periode na januari 2002 enige speelruimte bij de vaststelling van de tarieven voor breedbandverbindingen heeft gehad, zou dit evenwel hoe dan ook geen invloed op de gestelde prijssqueeze hebben gehad (zie punten 79-82 hierna).

73 Wat in de eerste plaats de smalbandverbindingen (analoge en ISDN-lijnen) betreft, zet verzoekster uiteen dat al haar eindgebruikerstarieven volgens het Duitse recht vooraf door de RegTP of, vóór 1998, door de BMPT dienden te worden onderzocht en goedgekeurd. Aangezien verzoekster volgens § 29, lid 1, TKG niet van de aldus goedgekeurde tarieven kon afwijken zonder dat haar een geldboete werd opgelegd, kan zij niet worden geacht artikel 82 EG te hebben geschonden door deze tarieven toe te passen.

74 Met betrekking tot de vaststelling van de tarieven herinnert verzoekster eraan dat de RegTP in het kader van het price-cap-systeem in een eerste fase pakketten van diensten vaststelt alsook doelstellingen voor de ontwikkeling van de prijzen, waarbij grenzen worden gesteld aan de tariefwijzigingen binnen de pakketten („price-cap-indexen" of „bovenste prijsgrenzen"). In een tweede fase onderzoekt de RegTP de door verzoekster voorgestelde tariefwijzigingen geval per geval. Daartoe dient de RegTP volgens de §§ 24 en 27 TKG, los van de vraag of de bovenste prijsgrens voor het betrokken pakket in acht is genomen, te verifiëren of de gevraagde tarieven niet op ongerechtvaardigde wijze zijn vastgesteld op een niveau dat lager is dan de kosten van een doeltreffende dienstverlening dan wel of zij geen inbreuk vormen op andere rechtsregels, met name op artikel 82 EG. De RegTP moet dus een door verzoekster aangevraagde wijziging van de eindgebruikerstarieven weigeren indien de prijzen indruisen tegen artikel 82 EG, met name wegens de hieruit voortvloeiende mededingingsverstorende prijssqueeze.

75 Verzoekster beklemtoont dat zij zich vóór 1 mei 2002 diende te houden aan de bindende tarieven voor analoge lijnen die voor onbepaalde tijd door de BMPT waren goedgekeurd, zulks overeenkomstig § 97, lid 3, TKG, volgens welke de goedkeuringen van de tarieven van verzoekster die waren verleend „vóór 1 januari 1998 […], van kracht [bleven] tot uiterlijk 31 december 2002".

76 Verder merkt verzoekster op dat de RegTP bij besluit van 19 december 2002 haar verzoek van 31 oktober 2002 tot verhoging van haar eindgebruikerstarieven voor toegangsdiensten slechts gedeeltelijk, binnen de grenzen van het prijsplafond, heeft ingewilligd. Voorts maken de aansluitingstarieven vanaf 1 januari 2002 deel uit van een afzonderlijk pakket, waarvoor een specifieke referentiewaarde is vastgesteld. De gesprekstarieven zijn niet relevant voor de vraag of deze opgelegde waarden in acht zijn genomen. De Commissie erkent zelf dat verzoekster geen enkele mogelijkheid had om haar tarieven voor smalbandtoegang vanaf 2002 te verhogen. Dat verzoekster tussen 1998 en 2001 geen extra verzoeken tot verhoging van de goedgekeurde tarieven heeft ingediend, betekent niet dat zij verantwoordelijk kan worden gesteld voor de hoogte van de door de RegTP bepaalde tarieven en dus voor de gestelde prijssqueeze. De loutere mogelijkheid om tariefwijzigingen aan te vragen kan immers niet worden gelijkgesteld met een autonome bevoegdheid tot vaststelling van de prijzen. De procedure waarbij de RegTP geval per geval de tarieven onderzoekt en goedkeurt, is juist ingesteld om door middel van een voorafgaande regeling te verzekeren dat de traditionele exploitant geen oneerlijke tarieven toepast. Hiermee wordt tegemoetgekomen aan de verplichting die op de lidstaten rust krachtens artikel 17 van richtlijn 98/10/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 1998 inzake de toepassing van Open Network Provision (ONP) op spraaktelefonie en inzake de universele telecommunicatiedienst in een door concurrentie gekenmerkt klimaat (PB L 101, blz. 24). Indien bij het onderzoek van een verzoek en de besluitvorming dienaangaande deze procedure wordt gevolgd en wordt voldaan aan de procedurele vereisten die het gemeenschapsrecht stelt aan de regels op het gebied van de telecommunicatie, kan de onderneming die de na een dergelijk onderzoek vastgestelde tarieven toepast, geen enkel misbruik worden verweten. Wanneer de tarieven zijn gecontroleerd en goedgekeurd, kan de onderneming die deze tarieven hanteert, geen misbruik plegen.

77 Verder preciseert verzoekster dat de voorafgaande regulering door de RegTP ertoe dient de marktstructuur via overheidsingrijpen vorm te geven en in de domeinen waarop zij betrekking heeft, de verantwoordelijkheid om de marktstructuur te behouden van de gereguleerde onderneming op de regulerende instantie afwentelt. Om deze reden hoeft verzoekster de RegTP slechts om tariefwijzigingen te verzoeken in geval van wijziging van de onderliggende feitelijke situatie.

78 Ook al zou verzoekster op grond van de mogelijkheid waarover zij beschikt om een tariefwijziging aan te vragen verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor een bepaald prijsniveau, heeft er zich hoe dan ook geen enkele wijziging in de omstandigheden voorgedaan waardoor verzoekster verplicht zou zijn om aanvullende verhogingen van haar eindgebruikerstarieven aan te vragen. Integendeel, sinds 1998 zijn de kosten voor het ter beschikking stellen van aansluitingen bijna ongewijzigd gebleven en zijn de groothandelstarieven zelfs aanzienlijk gezakt. Verder heeft de RegTP in diezelfde periode in haar besluiten van 8 februari 1999, 23 december 1999, 30 maart 2001, 21 december 2001, 11 april 2002 en 29 april 2003 geconcludeerd dat de concurrenten niet door enige prijssqueeze werden benadeeld. Bovendien heeft het Oberlandesgericht Düsseldorf bij arrest van 16 januari 2002 geoordeeld dat de goedgekeurde tarieven van verzoekster geen inbreuk maakten op artikel 82 EG.

79 Wat het arrest van het Bundesgerichtshof van 10 februari 2004 betreft, waarbij het arrest van het Oberlandesgericht Düsseldorf van 16 januari 2002 is vernietigd, stelt verzoekster dat in dit arrest wordt bevestigd dat de RegTP verifieert of een tarief waarvoor om goedkeuring is verzocht, verenigbaar is met artikel 82 EG en dat de onderneming die het verzoek tot goedkeuring van het tarief heeft ingediend, slechts uitzonderlijk verantwoordelijk kan worden gesteld voor een eventuele schending van artikel 82 EG. Verzoekster herinnert eraan dat de RegTP zelf sinds 1998 herhaaldelijk heeft geconcludeerd dat de concurrenten van verzoekster niet door enige prijssqueeze werden benadeeld. Het Bundesgerichtshof heeft bovendien de vraag of verzoekster vanuit het oogpunt van het mededingingsrecht verantwoordelijkheid draagt voor de gereguleerde tarieven, uitdrukkelijk opengelaten.

80 In de tweede plaats stelt verzoekster dat haar voor de periode vanaf 2002 geen misbruiken kunnen worden verweten op grond van het loutere feit dat zij beschikte over een speelruimte om de T-DSL-(ADSL-)tarieven te verhogen. De Commissie kan deze speelruimte niet op zich beschouwen, aangezien de prijssqueeze niet louter wordt berekend op basis van de T-DSL-(ADSL-)tarieven, maar op basis van alle eindgebruikerstarieven. Verder kan verzoekster, anders dan de Commissie beweert, haar tarieven niet onbeperkt verhogen. Zo moet de basiscomponent van het tarief, namelijk de prijs van de basisaansluiting (analoge of ISDN-aansluiting), vooraf door de RegTP worden goedgekeurd. Bovendien kan de prijstoeslag voor de overgang van een analoge of ISDN-aansluiting naar een ADSL-aansluiting achteraf door de RegTP worden gecontroleerd. Verzoekster verwijst dienaangaande naar de besluiten van de RegTP van 30 maart 2001 en 25 januari 2002. In deze omstandigheden beschikte verzoekster, wier tarieven ingevolge § 24 TKG dienden te worden vastgesteld op basis van de kosten van een doeltreffende dienstverlening, geenszins over een onbeperkte speelruimte om haar ADSL-tarieven te verhogen. Bij besluit van 25 januari 2002 heeft de RegTP de tegen verzoekster ingeleide procedure betreffende dumpingprijzen voor ADSL-lijnen beëindigd. Verder verwijst de Commissie tot staving van haar stelling dat verzoekster sinds 2002 over een speelruimte beschikte om haar ADSL-tarieven te verhogen, enkel naar cijfers die zijn ontleend aan het besluit van de RegTP van 30 maart 2001.

81 Verder stelt verzoekster dat op basis van de berekeningen van de Commissie kan worden geconcludeerd dat haar eindgebruikerstarieven voor ADSL-diensten (analoge lijnen vanaf 2001 en ISDN-lijnen vanaf 2002), behalve in de startfase, hoger waren dan haar groothandelstarieven, vermeerderd met de specifieke kosten voor eindgebruikersdiensten. Er is dus geen sprake van enige prijssqueeze op deze markt. De werkelijke oorzaak van de gestelde prijssqueeze is overigens gelegen in het feit dat de RegTP lage tarieven vaststelt voor de analoge lijnen. Volgens de Commissie zelf bestaan er verschillende markten voor breedbandverbindingen (ADSL) en smalbandverbindingen (analoge en ISDN-lijnen). Ook al zou verzoekster dus over een speelruimte op de markt voor breedbandverbindingen beschikken, wat haar de mogelijkheid zou bieden om haar tarieven voor ADSL-lijnen te verhogen, zou noch een verhoging noch een verlaging van de ADSL-tarieven enige weerslag hebben op het voortbestaan van een mededingingsverstorende prijssqueeze op de markt voor smalbandverbindingen. Een correctie van de ADSL-tarieven kan de gestelde slechte werking van de markt voor smalbandverbindingen niet verhelpen, evenmin als de

vaststelling van de tarieven de oorzaak zou zijn van deze slechte werking. In haar memorie van repliek voegt verzoekster hier nog aan toe dat, indien een enkele dienst op intermediair niveau toegang verschaft tot meerdere stroomafwaartse markten, voor elk van deze markten dient te worden onderzocht of er sprake is van een prijssqueeze.

82 Verder betwist verzoekster het argument van de Commissie dat de lokale toegangsmarkt voor intermediair gebruik uniform is. Een volledige toegang tot het lokale aansluitnet kan dienen als basis om de eindgebruikers enkel breedband- of smalbandverbindingen aan te bieden. Verder beklemtoont verzoekster dat de breedbandverbindingen op basis van line sharing los van de smalbandverbindingen kunnen worden verkocht. Een volledige toegang tot het lokale aansluitnet is dus niet vereist om ADSL-diensten te kunnen aanbieden. Indien de Commissie bij de beoordeling van de prijssqueeze rekening had gehouden met de tarieven voor line sharing, die duidelijk lager zijn dan de groothandelstarieven, zou het resultaat gunstiger geweest zijn voor verzoekster.

83 Ten slotte stelt verzoekster dat de Commissie in de bestreden beschikking niet heeft aangetoond hoe zij de gestelde prijssqueeze had kunnen verminderen door de ADSL-tarieven te verhogen. Gelet op de door de Commissie erkende kruisprijselasticiteit voor ADSL- en traditionele verbindingen alsook voor verschillende ADSL-varianten (die op basis van zowel analoge als ISDN-aansluitingen worden aangeboden), was een grondiger onderzoek nodig geweest om uit te maken of een verhoging van de ADSL-tarieven werkelijk zou hebben geleid tot een verhoging van de gewogen eindgebruikerstarieven. Verzoekster wijst in dit verband op de kruisprijselasticiteit voor ADSL- en breedbandverbindingen. Indien zij in het verleden hogere ADSL-tarieven had gehanteerd, hadden er minder klanten geopteerd voor een ADSL-verbinding. Verder bestaat er ook een sterke kruisprijselasticiteit voor ADSL-verbindingen zelf. Dergelijke verbindingen worden aangeboden op basis van zowel analoge als ISDN-aansluitingen. Een verhoging van de tarieven voor ADSL-toegang op basis van ISDN-verbindingen zou leiden tot een verschuiving van de vraag naar de analoge variant.

84 De Commissie en de interveniënten I en II vorderen de afwijzing van het eerste onderdeel van het eerste middel.

b) Beoordeling door het Gerecht

i) Inleidende opmerkingen

85 Volgens de rechtspraak hebben de artikelen 81 EG en 82 EG enkel betrekking op mededingingsverstorende gedragingen waartoe de ondernemingen op eigen initiatief hebben besloten. Indien een mededingingsverstorende gedraging bij een nationale wettelijke regeling aan de ondernemingen wordt voorgeschreven, of indien deze wettelijke regeling een rechtskader creëert dat zelf iedere mogelijkheid van concurrerend gedrag voor deze ondernemingen uitsluit, zijn de artikelen 81 EG en 82 EG niet van toepassing. In een dergelijke situatie vindt de beperking van de mededinging niet, zoals in deze bepalingen besloten ligt, haar oorsprong in autonome gedragingen van de ondernemingen (zie arrest Hof van 11 november 1997, Commissie en Frankrijk/Ladbroke Racing, C-359/95 P en C-379/95 P, Jurispr. blz. I-6265, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

86 Dienaangaande dient er evenwel aan te worden herinnerd dat de mogelijkheid om een bepaalde mededingingsverstorende gedraging van de werkingssfeer van de artikelen 81 EG en 82 EG uit te sluiten op grond dat de bestaande nationale wetgeving de betrokken ondernemingen ertoe heeft verplicht of dat deze wetgeving iedere mogelijkheid van concurrerend gedrag van hun kant heeft uitgeschakeld, door het Hof slechts in beperkte mate is aanvaard (arresten Hof van 29 oktober 1980, Van Landewyck e.a./Commissie, 209/78–215/78 en 218/78, Jurispr. blz. 3125, punten 130-134; 20 maart 1985, Italië/Commissie, 41/83, Jurispr. blz. 873, punt 19, en 10 december 1985, Stichting Sigarettenindustrie e.a./Commissie, 240/82–242/82, 261/82, 262/82, 268/82 en 269/82, Jurispr. blz. 3831, punten 27-29, en 9 september 2003, CIF, C-198/01, Jurispr. blz. I-8055, punt 67).

87 De toepasselijke nationale bepalingen kunnen slechts tot gevolg hebben dat de mededingingsverstorende gedragingen van de ondernemingen van de werkingssfeer van de artikelen 81 EG en 82 EG zijn uitgesloten indien de mededingingsbeperkende gevolgen enkel hun oorsprong vinden in de nationale wet (arrest Gerecht van 30 maart 2000, Consiglio nazionale degli spedizionieri doganali/Commissie, T-513/93, Jurispr. blz. II-1807, punt 61).

88 Daarentegen kunnen de artikelen 81 EG en 82 EG van toepassing zijn indien blijkt dat de nationale wettelijke regeling ruimte laat voor mededinging die door autonome gedragingen van de ondernemingen kan worden verhinderd, beperkt of vervalst (arresten Hof van Landewyck e.a./Commissie, aangehaald in punt 86, punten 126 en 130-134; Stichting Sigarettenindustrie e.a./Commissie, aangehaald in punt 86, punten 12-37; 17 juli 1997, Ferriere Nord/Commissie, C-219/95 P, Jurispr. blz. I-4411, punten 23-25, en Commissie en Frankrijk/Ladbroke Racing, aangehaald in punt 85, punt 34).

89 Indien een nationale wet zich ertoe beperkt ondernemingen tot autonome mededingingsverstorende gedragingen aan te zetten of deze te vergemakkelijken, blijven de artikelen 81 EG en 82 EG dus op deze ondernemingen van toepassing (arresten Hof van 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie, 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punten 36-73, en CIF, aangehaald in punt 85, punt 56; zie in die zin arrest Gerecht van 18 september 1996, Asia Motor France e.a./Commissie, T-387/94, Jurispr. blz. II-961, punt 60).

90 In het licht van bovengenoemde beginselen dient te worden onderzocht of het Duitse rechtskader, met name het TKG, het TEntgV en de besluiten die de RegTP in de door de bestreden beschikking bestreken periode heeft genomen, elke mogelijkheid van mededingingsverstorend gedrag van verzoekster uitsloot dan wel of het haar voldoende speelruimte liet om haar tarieven op een zodanig niveau vast te stellen dat zij de in de bestreden beschikking vastgestelde prijssqueeze had kunnen opheffen of verminderen.

ii) Bestreden beschikking

91 In de bestreden beschikking stelt de Commissie na onderzoek van de groothandelstarieven en de eindgebruikerstarieven vast dat er sprake is van „misbruik van [verzoekster] in de vorm van een prijssqueeze op grond van een wanverhouding tussen [deze twee] prijzen" (punt 57).

92 De Commissie merkt verder in de bestreden beschikking op dat „men van een [onrechtmatige] prijssqueeze [moet] uitgaan, wanneer het verschil tussen de eindgebruikersbedragen van een onderneming met een machtspositie en het voor intermediair verbruik bestemd bedrag voor vergelijkbare diensten aan haar concurrenten negatief is of niet toereikend is om de productspecifieke kosten van een marktdominante exploitant te dekken die hij maakt voor het leveren van zijn eigen eindgebruikersdiensten in een stroomafwaartse markt" (punt 107).

93 Ook al sluit de Commissie in de bestreden beschikking niet uit dat verzoekster haar groothandelstarieven kon verlagen (punten 17, 163 en 206), onderzoekt zij in deze beschikking enkel of verzoekster over een reële speelruimte beschikte om haar eindgebruikerstarieven te verhogen (punten 164-175). Zij onderscheidt in dit verband twee perioden.

94 De Commissie is om te beginnen van mening dat „[verzoekster] [i]n de periode van begin 1998 tot eind 2001 […] de prijssqueeze door tariefwijzigingen op eindgebruikersniveau [met andere woorden door wijziging van haar eindgebruikerstarieven] volledig [kon] opheffen" (punt 199). De Commissie zet dienaangaande uiteen dat verzoekster „[daadwerkelijk voldoende] speelruimte [had] ter voorkoming van de prijssqueeze door verhoging van de eindgebruikersbedragen voor analoge en ISDN-aansluitingen" (punt 164).

95 Verder stelt de Commissie vast dat verzoekster ook in de periode van 1 januari 2002 tot de vaststelling van de bestreden beschikking speelruimte had om haar eindgebruikerstarieven te verhogen. Deze speelruimte bestond evenwel enkel voor de eindgebruikerstarieven voor ADSL-toegangsdiensten. De Commissie merkt namelijk in de bestreden beschikking op dat „[verzoekster] [v]anaf begin 2002 […] de prijssqueeze in ieder geval nog steeds [kon] verkleinen, en wel door verhoging van de ADSL-eindgebruikersbedragen" (punt 199). Zij preciseert dat „voor de periode vanaf 1 januari 2002 de juridische mogelijkheid van [verzoekster] om de prijssqueeze althans voor een deel op te heffen, niet verder [gaat] dan een verhoging van de T-DSL-bedragen" (punt 206).

96 In deze omstandigheden dient te worden onderzocht of de Commissie in de bestreden beschikking terecht heeft vastgesteld dat verzoekster in de twee hierboven in de punten 93 en 94 onderscheiden perioden over voldoende speelruimte beschikte om haar eindgebruikerstarieven zodanig te verhogen dat de in de bestreden beschikking vastgestelde prijssqueeze zou worden opgeheven of verminderd.

iii) Ontbreken van misbruik op grond van het feit dat verzoekster in de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001 over onvoldoende speelruimte beschikte om door een verhoging van haar eindgebruikerstarieven de prijssqueeze te vermijden

97 Zoals reeds gezegd, beschikte verzoekster volgens de bestreden beschikking (punten 164 en 199) in de periode van 1 januari 1988 tot en met 31 december 2001 over voldoende speelruimte om de prijssqueeze op te heffen door haar eindgebruikerstarieven voor toegang tot analoge en ISDN-lijnen te verhogen.

98 Ter beoordeling van de juistheid van deze vaststelling dienen in de eerste plaats de toepasselijke Duitse bepalingen te worden onderzocht.

99 Volgens §§ 27, lid 1, tweede volzin, en 25, lid 1, TKG en §§ 4 en 5 TEntgV dienden de eindgebruikerstarieven van verzoekster voor de toegang tot analoge en ISDN-lijnen door de RegTP in het kader van het price-cap-systeem te worden goedgekeurd. Dit systeem had betrekking op twee pakketten (particulieren en bedrijven), die voor de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001 zowel de toegangsdiensten als de gesprekken omvatten, met name de lokale, de regionale, de interlokale en de internationale gesprekken. Gelet op het bij besluit van de BMPT van 17 december 1997 vastgestelde plafond heeft verzoekster de totale prijs van elk van deze twee pakketten in de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 1999 met 4,3 % moeten verlagen. Ingevolge het besluit van de RegTP van 23 december 1999 heeft zij deze prijs in de periode van 1 januari 2000 tot en met 31 december 2001 met 5,6 % moeten verlagen.

100 Binnen dit kader kon verzoekster evenwel na goedkeuring van de RegTP haar prijzen wijzigen. Verzoekster betwist niet de vaststelling in de punten 37 en 166 van de bestreden beschikking dat zij in de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001 haar gesprekstarieven heeft verlaagd en daarbij de door de RegTP voor de totale pakketten voorgeschreven 4,3 % en 5,6 % ver heeft overschreden. Zo bevestigt het antwoord van de RegTP van 3 april 2002 op het verzoek om inlichtingen van 23 maart 2002, waarnaar in punt 37 van de bestreden beschikking is verwezen, dat „de in het kader van het price-cap-systeem gereguleerde telefoontarieven zijn verminderd met een bedrag van [*vertrouwelijk*][1] miljard DEM (of ongeveer [*vertrouwelijk*] miljard EUR), wat meer is dan door de price-cap-bepalingen is voorgeschreven".

101 Deze prijsdaling verschafte verzoekster de nodige speelruimte om haar eindgebruikerstarieven voor haar analoge en ISDN-lijnen te verhogen.

1 — Weggelaten vertrouwelijke gegevens.

102 Zoals in punt 167 van de bestreden beschikking is opgemerkt, heeft verzoekster overigens in haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar erkend dat zij over de nodige speelruimte beschikte om in de price-cap-periode 1998-1999 het maandelijkse abonnementsgeld per particuliere aansluiting met [*vertrouwelijk*] EUR te verhogen.

103 Dat verzoekster over de nodige speelruimte beschikte om haar eindgebruikerstarieven te verhogen blijkt ook uit de opmerkingen die de Duitse regering heeft geformuleerd in haar mededeling van 8 juni 2000 aan de Commissie. De Duitse regering heeft hierin het volgende verklaard:

„De grief […] dat de RegTP met haar besluiten tot vaststelling van maximale eindgebruikerstarieven de speelruimte van [verzoekster] zodanig heeft beperkt dat zij de prijs voor het basisabonnement niet meer heeft kunnen verhogen, is ongegrond. […] [Verzoekster] beschikte [immers] over de nodige speelruimte om de basisabonnementsprijs voor analoge lijnen (21,39 DEM) te verhogen teneinde deze prijs beter af te stemmen op het op 8 februari 1999 goedgekeurde tarief voor de toegang tot het aansluitnet, dat 25,40 DEM bedroeg."

104 Bovendien bevestigt de RegTP in haar besluit van 8 februari 1999, waarnaar verzoekster in haar verzoekschrift en in haar memorie van repliek verwijst ter ondersteuning van haar argument dat zij niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor een inbreuk op artikel 82 EG, dat „verzoekster binnen de grenzen van het in het kader van het price-cap-systeem vastgestelde pakket de nodige speelruimte behoudt om de verschillende eindgebruikerstarieven vast te stellen".

105 De Commissie heeft in de punten 166 en 167 van de bestreden beschikking dan ook terecht vastgesteld dat verzoekster, gelet op het feit dat zij in de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001 zesmaal heeft verzocht om een verlaging van de gesprekstarieven, tijdens deze periode over de nodige speelruimte beschikte om een

verhoging van haar tarieven voor toegang tot de analoge en de ISDN-lijnen aan te vragen en tegelijkertijd het totale plafond van de pakketten voor particulieren en bedrijven in acht te nemen. Verzoekster heeft overigens ter terechtzitting erkend dat zij een dergelijke speelruimte had.

106 In de tweede plaats dient te worden onderzocht of de tussenkomst van de RegTP bij de vaststelling van verzoeksters tarieven tot gevolg heeft dat deze laatste, ondanks de hierboven in punt 105 vastgestelde speelruimte, niet langer binnen de werkingssfeer van artikel 82 EG valt.

107 Dienaangaande moet er vooraf aan worden herinnerd dat de goedkeuring van verzoeksters tarieven door de RegTP haar verantwoordelijkheid op grond van artikel 82 EG niet uitsluit (zie in die zin arrest Hof van 30 januari 1985, BNIC, 123/83, Jurispr. blz. 391, punten 21-23). Aangezien verzoekster, zoals zij overigens zelf in haar memorie van repliek erkent, via de tariefverzoeken die zij krachtens 28, lid 1, TKG bij de RegTP indient, invloed uitoefent op de hoogte van haar eindgebruikerstarieven, vonden de mededingingsbeperkende gevolgen van de in de bestreden beschikking vastgestelde prijssqueeze niet enkel hun oorsprong in de toepasselijke nationale bepalingen (arrest Consiglio nazionale degli spedizionieri doganali/Commissie, aangehaald in punt 86, punt 61).

108 Verzoekster blijft er evenwel bij dat zij niet aansprakelijk is op grond van artikel 82 EG, aangezien de RegTP vooraf controleert of haar tarieven verenigbaar zijn met artikel 82 EG.

109 Dienaangaande moet in de eerste plaats worden vastgesteld dat de eindgebruikerstarieven voor toegang tot analoge lijnen die gedurende de gehele periode van 1 januari 1998 tot 31 december 2001 van kracht waren, niet door de RegTP waren goedgekeurd, maar waren gebaseerd op besluiten die waren genomen in het kader van de

wetgeving die vóór de vaststelling van het TKG van kracht was. In antwoord op een schriftelijke vraag van het Gerecht heeft verzoekster verklaard dat de eindgebruikerstarieven voor analoge lijnen voor de periode van 1 januari 1998 tot 31 december 2001 berustten op een vergunning die de BMPT in 1990 op grond van de Telekommunikationsordnung voor onbepaalde tijd had verleend.

110 Noch in haar verzoekschrift, noch in haar memorie van repliek heeft verzoekster gesteld dat de tarieven die zijn vastgesteld onder de in 1990 geldende wetgeving, zijn goedgekeurd nadat de bevoegde instantie de verenigbaarheid ervan met artikel 82 EG had onderzocht.

111 In de tweede plaats blijkt uit de bepalingen van het TKG, dat sinds 1 augustus 1996 van toepassing is, niet dat de RegTP onderzoekt of de verzoeken tot wijziging van de eindgebruikerstarieven voor toegang tot analoge en ISDN-lijnen verenigbaar zijn met artikel 82 EG.

112 Ter ondersteuning van haar argument verwijst verzoekster evenwel naar § 27, lid 3, TKG, volgens welke de RegTP nagaat of de gevraagde tariefwijziging verenigbaar is „met andere rechtsnormen", waaronder artikel 82 EG, en naar de verschillende hierboven in punt 78 genoemde besluiten van de RegTP, waarin deze volgens verzoekster heeft onderzocht of er sprake was van een prijssqueeze.

113 Dienaangaande moet om te beginnen worden beklemtoond dat de RegTP, ook al moet zij zoals elk staatsorgaan de bepalingen van het EG-Verdrag in acht nemen (zie in die zin arrest CIF, aangehaald in punt 86, punt 49), ten tijde van de feiten van het geding de met de toepassing van de sectorale telecommunicatieregeling belaste Duitse instantie was en niet de mededingingsautoriteit van de betrokken lidstaat. De nationale regelgevende instanties handelen overeenkomstig hun nationale recht. De doelstellingen van dit recht zijn gebaseerd op overwegingen van

telecommunicatiebeleid en kunnen als zodanig verschillen van de doelstellingen van het communautaire mededingingsbeleid [zie bekendmaking van de Commissie van 22 augustus 1998 betreffende de toepassing van de mededingingsregels op overeenkomsten inzake toegang in de telecommunicatiesector — Kader, relevante markten en beginselen (PB C 265, blz. 2), punt 13].

114 Verder bevatten de verschillende besluiten van de RegTP die verzoekster ter ondersteuning van haar betoog aanhaalt, geen enkele verwijzing naar artikel 82 EG.

115 Het is juist dat de RegTP in verschillende van haar besluiten, met name die van 8 februari 1999, 30 maart 2001, 21 december 2001, 11 april 2002 en 29 april 2003, heeft onderzocht of er sprake was van een prijssqueeze.

116 In deze besluiten heeft de RegTP evenwel, na te hebben vastgesteld dat er een negatieve marge was tussen de groothandelstarieven en de eindgebruikerstarieven van verzoekster, telkens geoordeeld dat het voor de andere operatoren mogelijk moest zijn om hun abonnees via kruissubsidiëring tussen de tarieven voor de toegangsdiensten en de gesprekstarieven concurrentiële tarieven aan te bieden.

117 Zo stelt de RegTP in haar besluit van 29 april 2003 het volgende vast:

„Het geringe verschil tussen de eindgebruikerstarieven en de groothandelstarieven tast de concurrentiemogelijkheden van de concurrenten binnen het lokale netwerk niet dermate aan dat het voor hen economisch gezien onmogelijk wordt om met succes tot de markt toe te treden of zelfs om hierop te overleven […] [Dit verschil] was niet zo groot dat het de concurrenten elke mogelijkheid ontnam om via

kruissubsidiëring van hun eindgebruikerstarieven de eindgebruikers verbindingen aan te bieden tegen een even interessante of zelfs een lagere prijs dan verzoekster. Dit geldt met name voor de hoogwaardigere en duurdere ISDN- en ADSL-verbindingen, waarvan het aantal aanzienlijk is gestegen door het sterk toegenomen internetgebruik en het aanbod van snellere en betere internettoegang."

118 In haar besluiten van 8 februari 1999, 30 maart 2001, 21 december 2001 en 11 april 2002 volgt de RegTP een soortgelijke redenering.

119 Dat de RegTP geen bezwaar maakt tegen de door verzoekster aangevraagde tarieven, na te hebben vastgesteld dat haar concurrenten gebruik zullen moeten maken van kruissubsidiëring om hun toegangsdiensten tegen concurrentiële prijzen aan hun abonnees te kunnen aanbieden, toont aan dat de RegTP de verenigbaarheid van deze tarieven met artikel 82 EG niet heeft onderzocht of althans deze bepaling verkeerd heeft toegepast (zie punten 197-201 en 237 hierna).

120 Ook al zou de RegTP gehouden zijn om de verenigbaarheid van de door verzoekster voorgestelde eindgebruikerstarieven met artikel 82 EG te onderzoeken, zou dit de Commissie hoe dan ook niet kunnen beletten vast te stellen dat verzoekster een inbreuk heeft gepleegd. De Commissie kan immers niet zijn gebonden aan een beslissing die een nationale instantie op grond van artikel 82 EG heeft genomen (zie in die zin arrest Hof van 14 december 2000, Masterfoods en HB, C-344/98, Jurispr. blz. I-11369, punt 48).

121 In de derde plaats is het in casu ter beantwoording van de vraag of een eventuele inbreuk aan verzoekster kan worden toegeschreven, van belang te weten of verzoekster ten tijde van de feiten van het geding over voldoende speelruimte beschikte om haar tarieven zodanig vast te stellen dat zij de gestelde prijssqueeze had kunnen opheffen of verminderen.

122 Zoals reeds is vastgesteld, kon verzoekster door het indienen van tariefverzoeken bij de RegTP invloed uitoefenen op de hoogte van haar eindgebruikerstarieven (zie punten 98-105 hierboven). Gelet op de bijzondere verantwoordelijkheid die op verzoekster als onderneming met een machtspositie rust (arrest Hof van 9 november 1983, NBIM/Commissie, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 57; arresten Gerecht van 7 oktober 1999, Irish Sugar/Commissie, T-228/97, Jurispr. blz. II-2969, punt 112, en 30 september 2003, Michelin/Commissie, T-203/01, Jurispr. blz. II-4071, punt 97), diende zij dus verzoeken tot tariefwijzigingen in te dienen wanneer haar tarieven afbreuk deden aan een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt.

123 In zijn arrest van 10 februari 2004 (aangehaald in punt 79) heeft het Bundesgerichtshof overigens uitdrukkelijk bevestigd dat het tot de verantwoordelijkheid van verzoekster behoort om tariefwijzigingen aan te vragen. Het heeft bovendien opgemerkt dat de toepasselijke Duitse regeling niet uitsluit dat de RegTP voorgestelde tarieven die in strijd zijn met artikel 82 EG goedkeurt. Het heeft namelijk geoordeeld dat „anders dan in de gevallen waarin het gedrag van de onderneming met een machtspositie rechtstreeks wordt bepaald door nationale rechtsnormen, […] de door het telecommunicatierecht vereiste goedkeuring van de tarieven evenwel [wordt] verleend op verzoek van de dienstverrichter” en dat „ook al heeft de administratieve onderzoeksprocedure tot doel om geen tarieven goed te keuren die misbruik van machtspositie blijken te vormen, dit niet de mogelijkheid uitsluit dat een onderneming in de praktijk een tarief voorstelt waarmee zij misbruik maakt van haar machtspositie en dat dit tarief wordt goedgekeurd omdat het misbruik tijdens de onderzoeksprocedure niet wordt ontdekt”.

124 Uit al het bovenstaande volgt dat de speelruimte waarover verzoekster, ondanks de tussenkomst van de RegTP bij de vaststelling van haar tarieven, in de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001 beschikte, voldoende ruim was om te kunnen concluderen dat haar tariefpolitiek binnen de werkingssfeer van artikel 82 EG valt.

125 In de derde plaats dient te worden onderzocht of verzoekster de speelruimte waarover zij beschikte, heeft gebruikt om haar eindgebruikerstarieven aan te passen teneinde de in de bestreden beschikking voor de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001 vastgestelde prijssqueeze te vermijden.

126 Wat in de eerste plaats de eindgebruikerstarieven voor de analoge lijnen betreft, betwist verzoekster niet dat zij de RegTP nooit heeft verzocht om de eenmalige vergoedingen en/of de maandelijkse abonnementsgelden te mogen verhogen. Zo staat vast dat „de maandelijkse en de eenmalige bedragen voor toegang tot de analoge standaardtelefoonaansluitingen tijdens de totale periode van 1998 tot en met einde 2001 ongewijzigd zijn gebleven" (bestreden beschikking, punt 38).

127 Verzoekster wijst er evenwel op dat zij ingevolge § 97, lid 3, TKG vóór 1 mei 2002 was gebonden aan de verplichte tarieven voor analoge lijnen die in 1990 door de BMPT waren vastgesteld.

128 § 97, lid 3, TKG, die een overgangsbepaling bevat, bepaalde evenwel enkel dat de tarieven van verzoekster die vóór de inwerkingtreding van de TKG waren goedgekeurd, zouden blijven gelden tot uiterlijk 31 december 2002. Deze bepaling belette verzoekster dus geenszins om haar eindgebruikerstarieven aan te passen door vóór die datum en met name gedurende de hele periode van 1 januari 1998 tot en 31 december 2001verzoeken tot tariefwijzigingen bij de RegTP in te dienen.

129 Wat in de tweede plaats de eindgebruikerstarieven voor ISDN-lijnen betreft, wordt niet betwist dat de RegTP bij besluit van 16 februari 2000 de door verzoekster aangevraagde tariefverlaging voor het maandelijkse abonnement heeft goedgekeurd (bestreden beschikking, punt 40).

130 Bovendien heeft verzoekster in de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001 geen enkele wijziging van de eenmalige vergoedingen voor ISDN-aansluitingen aangevraagd. Deze tarieven, die volgens verzoekster berustten op een besluit van

de BMPT van 1996 en die overeenkomstig § 97, lid 3, TKG na de inwerkingtreding van deze wet bleven gelden, zijn dus in de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001 ongewijzigd gebleven (bestreden beschikking, punt 41).

131 Hieruit volgt dat verzoekster de speelruimte waarover zij beschikte niet heeft gebruikt om een verhoging van haar eindgebruikerstarieven te verkrijgen, wat zou hebben bijgedragen tot een vermindering van de prijssqueeze in de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001. Integendeel, zij heeft deze speelruimte zelfs gebruikt om in deze periode haar eindgebruikerstarieven voor ISDN-lijnen te verlagen.

132 In de vierde en laatste plaats moet worden onderzocht of de Commissie in de bestreden beschikking rechtens genoegzaam heeft aangetoond dat verzoekster in de periode van 1 januari 1998 tot met 31 december 2001 over voldoende speelruimte beschikte om een prijssqueeze te voorkomen (punt 164). Dienaangaande verklaart de Commissie in de bestreden beschikking dat verzoekster „[i]n de [betrokken] periode […] de prijssqueeze door tariefwijzigingen op eindgebruikersniveau volledig [kon] opheffen" (punt 199).

133 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat de in de bestreden beschikking voor deze periode vastgestelde prijssqueeze op 31 december 1998 [*vertrouwelijk*] EUR, op 31 december 1999 [*vertrouwelijk*] EUR, op 31 december 2000 [*vertrouwelijk*] EUR en op 31 december 2001 [*vertrouwelijk*] EUR bedroeg (bestreden beschikking, punten 152 en 153 en tabel 10).

134 Zoals de Commissie in haar antwoord op een schriftelijke vraag van het Gerecht beklemtoont, blijkt uit de vaststellingen in punt 167 van de bestreden beschikking, die door verzoekster niet worden betwist, dat deze in de periode 1998-1999 haar

gesprekstarieven daadwerkelijk heeft verlaagd ten belope van in totaal [*vertrouwelijk*] EUR. Dit bedrag — verdeeld over [*vertrouwelijk*] lijnen (bestreden beschikking, tabel 7) en 24 maanden — stelde verzoekster in staat om haar gemiddelde eindgebruikerstarieven met [*vertrouwelijk*] EUR per maand op te trekken.

135 Hieruit volgt dat de door de verlaging van de gesprekstarieven gecreëerde speelruimte volstond om de in de bestreden beschikking vastgestelde prijssqueeze volledig op te heffen. Indien verzoekster reeds in 1998 gebruik had gemaakt van haar speelruimte en de prijssqueeze had opgeheven, had zij immers enkel de verhouding tussen haar groothandelstarieven en haar eindgebruikerstarieven hoeven te handhaven om de in de bestreden beschikking vastgestelde prijssqueeze voor de hele periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001 te voorkomen. Bovendien staat vast dat verzoekster, zoals de Commissie in de bestreden beschikking (punt 167) opmerkt, in de periode 2000-2001 haar gesprekstarieven nogmaals heeft verlaagd, namelijk ten belope van [*vertrouwelijk*] EUR. Door deze verlaging werd de speelruimte waarover zij beschikte om haar eindgebruikerstarieven te verhogen, nog groter.

136 Ter terechtzitting heeft verzoekster eraan herinnerd dat de RegTP in de periode van 1 januari 1998 tot met 31 december 2001 voor bedrijven en particuliere klanten afzonderlijk diende na te gaan of de maximumprijzen in acht werden genomen. Zij beklemtoont dat zij over een slechts geringe speelruimte beschikte om haar eindgebruikerstarieven voor particulieren te verhogen en dat zij geen gebruik kon maken van de grotere speelruimte waarover zij beschikte om haar eindgebruikerstarieven voor bedrijven te verhogen, aangezien dat zou hebben geleid tot een met § 24, lid 2, punt 3, TKG strijdige discriminatie van laatstgenoemde klanten.

137 In haar verzoekschrift is verzoekster evenwel niet opgekomen tegen de vaststelling in punt 167 van de bestreden beschikking dat het bedrag dat werd vrijgemaakt door de verlaging van de gesprekstarieven, omgeslagen over de aansluitingen voor particulieren en bedrijven, volledig had kunnen worden gebruikt voor de verhoging van de toegangstarieven voor eindgebruikers. Bovendien heeft verzoekster

in haar verzoekschrift evenmin de vaststelling van de Commissie in punt 132 van de bestreden beschikking betwist, dat „[e]en onderscheid tussen particulieren en bedrijven […] niet [hoeft te worden] gemaakt, noch waar het gaat om intermediair verbruik noch om eindgebruikers, omdat er geen toereikend eenduidige afbakening tussen beide gebieden mogelijk is".

138 Het in punt 135 uiteengezette argument, dat voor het eerst ter terechtzitting is aangevoerd, dient dus overeenkomstig artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering niet-ontvankelijk te worden verklaard.

139 Ten slotte betwist verzoekster evenmin de vaststelling in punt 168 van de bestreden beschikking dat zij in de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001 de gelegenheid heeft gehad om „de verbindingsbedragen te verlagen […] en daardoor meer speelruimte voor prijsverhogingen in het geval van de maandelijkse en eenmalige eindgebruikersbedragen voor analoge en ISDN-aansluitingen vrij te maken".

140 Uit al het bovenstaande volgt dat de Commissie in de bestreden beschikking (punten 164 en 199) op goede gronden heeft vastgesteld dat verzoekster in de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001 over voldoende speelruimte beschikte om de in deze beschikking vastgestelde prijssqueeze volledig op te heffen.

iv) Ontbreken van misbruik op grond dat verzoekster in de periode vanaf 1 januari 2002 over onvoldoende speelruimte beschikte om de prijssqueeze te verminderen door een verhoging van haar eindgebruikerstarieven voor ADSL-aansluitingen

141 Zoals reeds gezegd, bestaat sinds 1 januari 2002 in Duitsland een nieuw price-cap-systeem, vastgesteld bij besluit van de RegTP van 21 december 2001. Volgens dit

besluit maken de „telefoonlijnen" deel uit van een afzonderlijk pakket. In het kader van dit pakket mogen de eindgebruikerstarieven voor analoge en ISDN-lijnen met maximaal 4,1 % per jaar stijgen.

142 Het wordt niet betwist dat verzoekster — na de indiening van een verzoek bij de RegTP op 15 januari 2002 — de toestemming heeft gekregen om de maandelijkse abonnementsgelden voor analoge en ISDN-aansluitingen met 0,56 EUR te verhogen, wat neerkwam op een verhoging van de gemiddelde tarieven voor de in dit pakket opgenomen diensten met 4,04 % (bestreden beschikking, punt 44). Bovendien wordt niet betwist dat de door verzoekster op 31 oktober 2002 aangevraagde verhoging van het door de eindgebruikers verschuldigde maandelijkse abonnementsgeld voor de analoge T-Net-aansluiting en van de door deze gebruikers verschuldigde eenmalige vergoeding voor de T-Net- en T-ISDN-aansluitingen door de RegTP grotendeels is geweigerd omdat deze verhoging niet meer met de geldende price-cap-maatstaven verenigbaar was (bestreden beschikking, punt 45).

143 Zo stelt de Commissie in de bestreden beschikking (punt 206) vast dat „voor de periode vanaf 1 januari 2002 de juridische mogelijkheid van [verzoekster] om de prijssqueeze althans voor een deel op te heffen, niet verder [gaat] dan een verhoging van de T-DSL-bedragen". Volgens de Commissie heeft verzoekster vanaf die datum enkel nog speelruimte om de eindgebruikerstarieven voor ADSL-aansluitingen aan te passen (zie ook bestreden beschikking, punten 174 en 199).

144 Dienaangaande moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat verzoekster niet betwist dat zij vanaf 1 januari 2002 haar ADSL-tarieven had kunnen verhogen. Zij beklemtoont evenwel dat haar speelruimte niet onbeperkt was, aangezien zij bij de vaststelling van haar tarieven diende uit te gaan van de kosten van een doeltreffende dienstverlening en deze tarieven achteraf door de RegTP konden worden gecontroleerd.

145 Aangezien verzoekster haar ADSL-tarieven evenwel binnen de grenzen van de Duitse wetgeving vrij vaststelt, kunnen haar tariefpraktijken onder artikel 82 EG vallen (zie hierboven, punten 86 en 87).

146 Dat de Commissie zich in de bestreden beschikking bij de beoordeling van de speelruimte waarover verzoekster vanaf 1 januari 2002 beschikte, enkel heeft gebaseerd op de tarieven die waren vastgesteld in een besluit van de RegTP van 30 maart 2001, doet hieraan geen afbreuk. Verzoekster betwist immers niet dat zij vanaf 1 januari 2002 over een beperkte speelruimte beschikte om haar tarieven voor ADSL-toegangsdiensten te verhogen.

147 In de tweede plaats moet worden onderzocht of verzoekster, zoals de Commissie in de bestreden beschikking (punt 199) vaststelt, „de prijssqueeze [had kunnen] verkleinen" door vanaf 1 januari 2002 haar tarieven voor ADSL-toegangsdiensten te verhogen. Verzoekster beklemtoont dienaangaande dat de markten voor smalbandtoegangsdiensten en voor ADSL-toegang voor de eindgebruikers verschillende markten vormen. In deze omstandigheden zou een verhoging van verzoeksters eindgebruikerstarieven voor ADSL-toegang geen gevolg hebben gehad op de prijssqueeze die volgens de Commissie op de markten voor toegangsdiensten voor analoge en ISDN-lijnen is vastgesteld.

148 Aangezien de toegangsdiensten op intermediair niveau de mogelijkheid bieden om op eindgebruikersniveau alle analoge, ISDN- en ADSL-toegangsdiensten aan te bieden, kan de speelruimte waarover verzoekster beschikt om haar ADSL-tarieven te verhogen, leiden tot een vermindering van de prijssqueeze tussen de groothandelstarieven en de eindgebruikerstarieven voor alle analoge, ISDN- en ADSL-toegangsdiensten. Deze toegangsdiensten dienen gezamenlijk op eindgebruikersniveau te worden onderzocht, niet alleen omdat zij overeenstemmen met één enkele dienst op intermediair niveau, maar ook omdat ADSL-toegang, zoals de Commissie in de bestreden beschikking (punt 26) heeft uiteengezet, zonder op dit punt door verzoekster te zijn tegengesproken, niet op geïsoleerde wijze aan de eindgebruikers kan worden aangeboden, aangezien hiervoor om technische redenen steeds een upgrading van de analoge of ISDN-lijnen vereist is.

149 Het betoog van verzoekster over de kruiselasticiteit van de prijzen voor ADSL- en smalbandverbindingen en voor de verschillende soorten ADSL-verbindingen dient te worden verworpen. Dit betoog doet immers niets af aan het feit dat verzoekster over de nodige speelruimte beschikte om haar ADSL-tarieven te verhogen. Verder zou een beperkte verhoging van de ADSL-tarieven hebben geleid tot hogere gemiddelde eindgebruikerstarieven voor smalband- en breedbandtoegangsdiensten, tezamen beschouwd, en aldus de vastgestelde prijssqueeze hebben verminderd. Eindgebruikers met een breedbandverbinding zouden er immers, met name gelet op de voordelen van breedband op het gebied van de gegevensoverdracht, niet automatisch voor opteren om terug over te schakelen op een smalbandverbinding indien de eindgebruikerstarieven voor ADSL-toegang zouden worden verhoogd.

150 Het argument van verzoekster dat breedbandverbindingen los van smalbandverbindingen kunnen worden verkocht, en wel op basis van line sharing op intermediair niveau, kan evenmin worden aanvaard. Voor zover verzoekster met dit argument een onderscheid wil maken tussen twee afzonderlijke markten voor diensten op intermediair niveau, namelijk de markt voor smalband- en die voor breedbanddiensten, dient dit argument overeenkomstig artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering niet-ontvankelijk te worden verklaard, aangezien verzoekster in haar verzoekschrift de definitie van de betrokken markten in de bestreden beschikking niet heeft betwist. Daarin is sprake van één enkele markt voor diensten op intermediair niveau, namelijk de markt voor volledig ontbundelde toegang tot het aansluitnet (bestreden beschikking, punten 64-67). Voor zover verzoekster met dit argument stelt dat de Commissie bij de berekening van de groothandelstarieven rekening had moeten houden met de vergoedingen voor line sharing, kan dit argument evenmin worden aanvaard. Verzoekster heeft immers geenszins aangetoond dat, indien de vergoedingen voor line sharing in aanmerking waren genomen, dit afbreuk zou hebben gedaan aan de vaststelling van de Commissie dat er sprake is van een prijssqueeze of dat verzoekster over de nodige speelruimte beschikte om de vastgestelde prijssqueeze te verminderen door haar eindgebruikerstarieven voor ADSL-toegang te verhogen.

151 Uit al het bovenstaande volgt dat de Commissie in de bestreden beschikking op goede gronden heeft vastgesteld dat verzoekster in de periode vanaf 1 januari 2002 over voldoende speelruimte beschikte om de in deze beschikking vastgestelde prijssqueeze te verminderen door haar tarieven voor ADSL-toegangsdiensten te verhogen.

152 Bijgevolg dient het eerste onderdeel van dit middel te worden afgewezen.

2. Tweede onderdeel: onrechtmatigheid van de methode op basis waarvan de Commissie de prijssqueeze heeft vastgesteld

a) Argumenten van partijen

153 Verzoekster stelt dat de prijssqueeze slechts misbruik kan vormen indien de eindgebruikerstarieven misbruik vormen, aangezien de Commissie niet betwist dat de groothandelstarieven door de overheid dwingend worden opgelegd. De Commissie toont niet aan dat de eindgebruikerstarieven van verzoekster leiden tot prijsdumping en als zodanig misbruik vormen. Verzoekster verwijst dienaangaande naar het deskundigenverslag van Lexecon. De Commissie heeft zich in de bestreden beschikking dus vergist omdat zij niet uitgaat van de vraag of de eindgebruikerstarieven als zodanig misbruik vormen, maar van de verhouding tussen deze tarieven en de groothandelstarieven.

154 Verzoekster stelt bovendien dat de methode op basis waarvan is vastgesteld dat er sprake is van een prijssqueeze, meerdere gebreken vertoont.

155 In de eerste plaats heeft de Commissie, wat de eindgebruikerstarieven betreft, enkel rekening gehouden met de inkomsten uit de terbeschikkingstelling van telefoonlijnen aan eindgebruikers. Gelet op de strikte afbakening van de markt in de bestreden beschikking had de Commissie, om een prijssqueeze te kunnen vaststellen, rekening moeten houden met de extra inkomsten die de concurrenten van verzoekster halen uit de aansluitdiensten en de diensten met toegevoegde waarde

(zie in die zin arrest Gerecht van 6 juni 2002, Airtours/Commissie, T-342/99, Jurispr. blz. II-2585, punt 276). Het gaat om de inkomsten uit lokale of interlokale gesprekken, de gespreksbeëindiging en het initiëren van oproepen, alsook om andere diensten met toegevoegde waarde. De Commissie heeft weliswaar vastgesteld dat „[d]e aansluitingen voor vaste netwerken […] voorwaarde [zijn] voor het leveren van een groot aantal telecommunicatiediensten aan eindgebruikers" en dat deze diensten aanzienlijke extra inkomsten kunnen opleveren (bestreden beschikking, punt 205), maar zij heeft in tegenspraak daarmee geweigerd om bij de analyse van de prijssqueeze de tarieven voor deze telecommunicatiediensten in aanmerking te nemen. Uit economisch oogpunt dient zij deze tarieven nochtans in aanmerking te nemen om te kunnen beoordelen over welke mogelijkheden de concurrenten van verzoekster daadwerkelijk beschikken om tot de markt toe te treden.

156 Zo beklemtoont verzoekster in de eerste plaats dat haar concurrenten noch voor de lokale noch voor de interlokale en internationale gesprekken gehouden zijn om hun klanten „carriervoorkeuze" (selectie van de operator op permanente basis) en „call-by-call" (selectie van de operator geval per geval) aan te bieden. Haar concurrenten kunnen dus hun inkomsten uit telefoongesprekken met een veel grotere zekerheid voorspellen dan zijzelf. In haar memorie van repliek beklemtoont verzoekster dat zij voor de interlokale gesprekken reeds vanaf 1998 „carriervoorkeuze" en „call-by-call" [hierna tezamen: „carrier(voor)keuze"] diende toe te staan.

157 Verder merkt verzoekster in haar memorie van repliek op dat carrier(voor)keuze niet van rechtswege is uitgesloten voor de klanten van haar concurrenten. Al haar concurrenten maken evenwel gebruik van de mogelijkheid — waarover verzoekster niet beschikt — om carrier(voor)keuze uit te sluiten omdat dit voor hen voordelig uitkomt. Zo stellen de concurrenten van verzoekster hun inkomsten uit telefoongesprekken veilig, door carrier(voor)keuze welbewust uit te sluiten. Geen van de klagers in de administratieve procedure was overigens van mening dat zijn aanbod door de uitsluiting van carrier(voor)keuze minder aantrekkelijk was en dat ter compensatie een lager verbindingstarief diende te worden voorgesteld. Bovendien zijn hun gesprekstarieven bijna allemaal hoger dan de kosten voor de totstandbrenging van het gesprek.

158 In de tweede plaats stelt verzoekster dat haar concurrenten dankzij de ontbundelde toegang tot de toegangslijn vernieuwende producten kunnen voorstellen die verzoekster zelf niet aanbiedt. De Commissie had dus bij de berekening van de prijssqueeze rekening moeten houden met de extra inkomsten die dergelijke producten opleveren.

159 In de derde plaats merkt verzoekster op dat haar tarieven voor de toegangsdiensten op eindgebruikersniveau (eenmalige vergoedingen en maandelijkse abonnementsgelden) niet los kunnen worden gezien van de gesprekstarieven. De concurrentie op het gebied van de telecommunicatiediensten wordt immers gevoerd op het niveau van dienstenpakketten. Verzoekster verwijst dienaangaande naar een marktstudie. Zo bieden de telecommunicatiebedrijven een aantal verbindingsvarianten en gespreksopties aan, die als één gezamenlijk product worden verkocht. Het gaat om gemengde tariefformules waarbij hogere abonnementsgelden gepaard gaan met lagere gesprekskosten. Bij het onderzoek of de tarieven van verzoekster leidden tot een concurrentievervalsende prijssqueeze, heeft de RegTP in haar besluit van 29 april 2003 het ook doorslaggevend geacht dat de concurrenten van verzoekster extra inkomsten uit communicatiediensten kunnen halen. Dezelfde of soortgelijke overwegingen zijn ook te vinden in de andere — hierboven in punt 78 aangehaalde — besluiten die de RegTP tussen 1999 en 2003 heeft vastgesteld. Verzoekster verwijst verder naar de praktijk van de Federal Communications Commission (FCC) in de Verenigde Staten en naar die van het Britse Office of Telecommunications (Oftel), alsook naar het standpunt dat de Duitse regering in haar opmerkingen van 8 juni 2000 in een niet-nakomingszaak heeft ingenomen, die volgens haar alle bevestigen dat bij het onderzoek van de prijssqueeze rekening moet worden gehouden met de andere inkomsten waarover de concurrenten kunnen beschikken.

160 In haar memorie van repliek voegt verzoekster hieraan toe dat de prijssqueeze op verschillende aggregatieniveaus dient te worden onderzocht wanneer één dienst op intermediair niveau de basis vormt voor verschillende aan de eindgebruikers verleende diensten. Op elk niveau dienen slechts de kosten voor intermediair gebruik in aanmerking te worden genomen die uitsluitend verband houden met het overeenkomstige eindproduct of met de betrokken groep van eindproducten. Wanneer voor

de vervaardiging van eindproduct EP1 de intermediaire producten IP1 en IP2 nodig zijn, maar IP2 tegelijkertijd samen met IP3 de basis vormt voor de vervaardiging van eindproduct EP2, is er bijgevolg sprake van een prijssqueeze indien hetzij de prijs van respectievelijk EP1 of EP2 lager is dan die van IP1 of IP3, hetzij de totaalprijs van EPl en EP2 lager is dan die van IP1, IP2 en IP3. De prijs van IP2 mag evenwel niet in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een prijssqueeze op het eerste aggregatieniveau. De analyse dient op een hoger aggregatieniveau te worden verricht wanneer de producten EP1 et EP2 vanuit het oogpunt van de klant één geheel vormen of wanneer de producten EP1 en EP2 om technische of juridische redenen (via intermediair product IP2) worden gegroepeerd, zodat de onderneming met een machtspositie onvermijdelijk de inkomsten uit de twee eindproducten EP1 en EP2 zou verliezen in geval van overdracht van het intermediaire product IP2. De ontbundelde toegang tot de lokale aansluitlijn vormt een intermediair product voor ten minste twee eindproducten, namelijk de gesprekken en de verbindingen, die voor de klanten een „cluster" vormen. De kosten van het intermediaire product dienen niet slechts aan één van de twee, maar aan beide eindproducten te worden toegerekend. Hieruit volgt dat de tarieven voor de verhuur van lijnen aan eindgebruikers, alsook voor de gesprekken en de diensten met toegevoegde waarde bij de analyse van de prijssqueeze dienen te worden vergeleken met de lasten die op dit totale aanbod drukken.

161 Verzoekster betwist verder de argumenten van de Commissie die zijn gebaseerd op het beginsel van de herstructurering van de tarieven (bestreden beschikking, punten 120-123). De herstructurering van de tarieven, die tot doel heeft het tekort aan aansluitingen dat traditioneel in de meeste Europese landen bestaat, te verminderen door een verhoging van de verbindingstarieven en een parallelle vermindering van de gesprekstarieven, betreft enkel de traditionele operatoren. De analyse van de prijssqueeze, daarentegen, betreft de markttoetreding van de concurrenten van verzoekster. In het kader van artikel 82 EG is het enkel van belang te weten of de concurrenten, rekening houdend met de reële marktsituatie, op basis van de groothandelstarieven van verzoekster onbelemmerd diensten aan de eindgebruikers kunnen verlenen. Dienaangaande herinnert verzoekster eraan dat haar concurrenten niet gehouden zijn carrier(voor)keuze aan te bieden. De toepasselijke regeling biedt hun dus de mogelijkheid om volkomen los van de herstructurering van de tarieven juridisch gewaarborgde inkomsten uit de communicatiediensten te halen. Verzoekster beklemtoont dat zij is onderworpen aan de regels die zijn vastgesteld door de RegTP, die een geleidelijke herstructurering van de tarieven beogen te bereiken.

162 In de tweede plaats stelt verzoekster dat de methode op basis waarvan de Commissie de prijssqueeze heeft vastgesteld, verkeerd is, aangezien zij berust op de hypothese dat het voor haar concurrenten mogelijk moet zijn om haar klantenstructuur volledig te kopiëren (bestreden beschikking, punten 120-127). Geen enkele concurrent heeft er evenwel belang bij deze klantenstructuur te kopiëren. Doordat verzoekster verplicht is om universele diensten te verrichten, wordt deze structuur gekenmerkt door een onevenredig groot en weinig rendabel aandeel van eindgebruikers met lage inkomsten die gebruikmaken van analoge lijnen en slechts een geringe omzet genereren en niet bereid zijn om over te schakelen op hoogwaardigere verbindingen. Dat het aandeel van de analoge lijnen bij de concurrenten van verzoekster tussen 1999 en 2002 is gedaald van 21 tot 10 % (bestreden beschikking, punt 182), valt te verklaren door het feit dat de klanten van de concurrenten van verzoekster steeds meer op verbindingen met een grotere toegevoegde waarde hebben overgeschakeld.

163 Verzoekster betoogt dat in de meest winstgevende sectoren van de markt die van belang zijn voor haar concurrenten (ISDN- en ADSL-verbindingen via analoge of ISDN-lijnen), anders dan de Commissie stelt (bestreden beschikking, punt 133), geen sprake is van enige prijssqueeze. Zowel haar eigen tarieven als die van haar concurrenten voor de lijnen in de hoogwaardigere marktsegmenten volstaan om de kosten te dekken.

164 In de derde plaats uit verzoekster kritiek op het feit dat de Commissie bij de berekening van de groothandelstarieven de opzeggingskosten meetelt. De opzegging van een aansluitlijn door een concurrent van verzoekster brengt zowel verbindingswerken — met het oog op de teruggave van de gehuurde lijn aan verzoekster — als administratieve arbeid met zich. Deze activiteiten zijn niet nodig in geval van opzegging door een eindgebruiker indien verzoekster zelf een aansluitlijn gebruikt. Het gaat om specifieke, door markttoetredingen veroorzaakte inefficiëntiekosten die de traditionele onderneming met een machtspositie niet heeft. Dergelijke kosten die enkel worden veroorzaakt door technische of administratieve activiteiten die samenhangen met markttoetredingen, mogen bij de analyse van de prijssqueeze niet in aanmerking worden genomen. Artikel 82 EG verplicht een onderneming met een machtspositie immers niet om alle toetredingsdrempels op te heffen, maar verbiedt de instelling van kunstmatige toetredingsdrempels.

165 De Commissie en de interveniënten I en II vorderen de afwijzing van het tweede onderdeel van het eerste middel.

b) Beoordeling door het Gerecht

i) Moest de Commissie in de bestreden beschikking aantonen dat de eindgebruikerstarieven van verzoekster als zodanig misbruik vormden?

166 Volgens de bestreden beschikking (punt 201) „[bestaat] [h]et door [verzoekster] begane misbruik […] in het afdwingen van onbillijke prijzen in de vorm van een prijssqueeze ten nadele van [haar] concurrenten". Volgens de Commissie bestaat er namelijk „een [onrechtmatige] prijssqueeze […], wanneer het verschil tussen de eindgebruikersbedragen van een onderneming met een machtspositie en het voor intermediair verbruik bestemd bedrag voor vergelijkbare diensten aan haar concurrenten negatief is of niet toereikend is om de productspecifieke kosten van een marktdominante exploitant te dekken die hij maakt voor het leveren van zijn eigen eindgebruikersdiensten in een stroomafwaartse markt" (bestreden beschikking, punt 107).

167 De Commissie stelt in de bestreden beschikking weliswaar enkel vast dat verzoekster over de nodige speelruimte beschikte om haar eindgebruikerstarieven te wijzigen, maar de reden waarom het gedrag van verzoekster misbruik vormt is gelegen in het feit dat er geen billijke marge is tussen haar groothandelstarieven en haar eindgebruikerstarieven, waardoor er sprake is van een prijssqueeze. Gelet op het in de bestreden beschikking vastgestelde misbruik, hoefde de Commissie in deze beschikking dus niet aan te tonen dat de eindgebruikerstarieven van verzoekster als zodanig misbruik vormden.

168 Het argument van verzoekster dat de prijssqueeze slechts misbruik kan vormen indien haar eindgebruikerstarieven misbruik vormen, kan dus niet worden aanvaard.

ii) De door de Commissie bij de berekening van de prijssqueeze gebruikte methode

Bestreden beschikking

169 In de punten 106 tot en met 139 van de bestreden beschikking zet de Commissie uiteen volgens welke methode zij de prijssqueeze heeft berekend.

170 Zij beklemtoont om te beginnen dat de onrechtmatige prijssqueeze wordt vastgesteld op basis van een vergelijking tussen „de eindgebruikersbedragen van een onderneming met een machtspositie en het voor intermediair verbruik bestemd bedrag voor vergelijkbare diensten aan haar concurrenten" (bestreden beschikking, punt 107).

171 De Commissie voegt hieraan toe dat „[d]e vraag in hoeverre de toegangsdiensten voor intermediair verbruik en voor eindgebruikers met elkaar te vergelijken zijn […] doorslaggevend [is] voor het bepalen van een prijssqueeze" (bestreden beschikking, punt 109). Volgens haar „[leveren de concurrenten] [n]et als de gevestigde exploitant doorgaans alle soorten eindgebruikersdiensten. Daarom moet worden nagegaan of de door de gevestigde exploitant geleverde diensten voor eindgebruikers en voor intermediair verbruik zodanig met elkaar vergelijkbaar zijn dat ze dezelfde of minimaal soortgelijke technische kenmerken hebben, waardoor de exploitanten dezelfde of minimaal soortgelijke diensten kunnen leveren" (bestreden beschikking, punt 109).

172 De Commissie stelt vast dat de groothandelstarieven voor ontbundelde toegang tot de aansluitlijn zeker vergelijkbaar zijn met de eindgebruikerstarieven. Via de toegang tot de diensten op intermediair niveau kunnen de concurrenten hun eindgebruikers een gevarieerd pakket aan toegangsdiensten aanbieden, namelijk analoge smalbandtoegang, digitale smalbandtoegang (ISDN) en breedbandtoegang (ADSL) (bestreden beschikking, punten 110 en 112).

173 Volgens de Commissie is er sprake van een onrechtmatige prijssqueeze wanneer het verschil tussen de eindgebruikerstarieven van een onderneming met een machtspositie en de groothandelstarieven voor vergelijkbare diensten aan haar concurrenten „negatief is of niet toereikend is om de productspecifieke kosten van een marktdominante exploitant te dekken die hij maakt voor het leveren van zijn eigen eindgebruikersdiensten in een stroomafwaartse markt" (bestreden beschikking, punt 107). De Commissie baseert zich aldus op de tarieven en de kosten van verzoekster om uit te maken of haar tariefpraktijken misbruik vormen.

174 Om vast te stellen of het verschil tussen de eindgebruikerstarieven en de groothandelstarieven van verzoekster leidt tot een onrechtmatige prijssqueeze, vergelijkt de Commissie de prijs van één dienst op intermediair niveau (toegang tot de aansluitlijn) met de prijs van een aantal verschillende eindgebruikersdiensten (analoge, ISDN- en ASDL-toegang) (bestreden beschikking, punt 113).

175 Wat de eindgebruikerstarieven betreft, houdt de Commissie geen rekening met de inkomsten uit telefoongesprekken. Zij onderzoekt enkel de tarieven voor netwerktoegang, die zij vergelijkt met de groothandelstarieven (bestreden beschikking, punt 119).

176 Aangezien de RegTP uniforme groothandelstarieven heeft vastgesteld die niet afhankelijk zijn van de stroomafwaartse diensten die door de concurrenten via de door verzoekster verstrekte aansluitlijn worden aangeboden (bestreden beschikking,

punt 113), moeten deze tarieven volgens de Commissie worden vergeleken met de gemiddelde prijzen voor alle eindgebruikerstoegangslijnen, waarbij rekening moet worden gehouden met de door verzoekster daadwerkelijk verkochte varianten van toegangsdiensten en met de prijzen voor deze lijnen (bestreden beschikking, punt 116).

177 Voorts dient eraan te worden herinnerd dat de eindgebruikerstarieven (voor elk van de door verzoekster aangeboden varianten) en de groothandelstarieven uit twee elementen bestaan, namelijk een eenmalige vergoeding en een maandelijks abonnementsgeld (bestreden beschikking, punten 142 en 149).

178 Ter berekening van het „maandelijkse bedrag" van de eenmalige vergoedingen zijn deze gedeeld door [*vertrouwelijk*], een getal dat overeenstemt met de gemiddelde duur (uitgedrukt in maanden) dat eindgebruikers hun telefoonaansluiting behouden (bestreden beschikking, punten 148 en 151).

179 De gemiddelde totale maandelijkse eindgebruikersprijs wordt aldus gevormd door de som van het gemiddelde maandelijkse abonnementsgeld (rekening houdend met alle aan de eindgebruikers verleende toegangsdiensten) en de gemiddelde eenmalige vergoeding (rekening houdend met alle aan de eindgebruikers verleende toegangsdiensten en de gemiddelde duur van een abonnement) (bestreden beschikking, punt 148).

180 De gemiddelde totale maandelijkse groothandelsprijs wordt gevormd door de som van het maandelijkse abonnementsgeld en de gemiddelde eenmalige vergoeding (rekening houdend met de gemiddelde duur van een abonnement) (bestreden beschikking, punt 151). De eenmalige vergoedingen voor intermediair gebruik omvatten volgens de Commissie ook de opzeggingskosten. De Commissie wijst erop dat „[h]et opzeggingsbedrag geldt voor de terugschakeling van een ontbundelde lijn aan het […] netwerk [van verzoekster] en […] alleen aan concurrenten op het niveau van intermediair verbruik in rekening [wordt] gebracht", en voegt hieraan toe dat

„[dit bedrag] [s]amen met het beschikbaarheidsbedrag […] het totale, door concurrenten aan [verzoekster] te betalen eenmalig bedrag voor intermediair verbruik [vormt]" (bestreden beschikking, punt 151).

181 Op basis van deze berekening van de maandelijkse tarieven stelt de Commissie vast dat de marge tussen de groothandelstarieven en de eindgebruikerstarieven van verzoekster van 1998 tot en met 2001 negatief was (bestreden beschikking, punt 153). Gelet op deze vaststelling is het volgens de Commissie niet nodig „te bepalen of deze marges toereikend waren om de stroomafwaartse kosten van [verzoekster] voor de klantenrelatie te dekken" (bestreden beschikking, punt 153). Vanaf 2002 daarentegen was de marge positief, zodat de Commissie „de productspecifieke kosten van [verzoekster] [voor het verlenen van diensten aan de eindgebruikers heeft] bepaald om na te gaan of deze positieve marge voldoende is teneinde [deze] productspecifieke kosten van [verzoekster] te dekken" (bestreden beschikking, punt 154).

182 De Commissie komt tot de slotsom dat er ten tijde van de vaststelling van de bestreden beschikking nog steeds sprake was van een prijssqueeze voor de toegang tot het lokale netwerk (bestreden beschikking, punt 161), aangezien de productspecifieke kosten van verzoekster voor het verlenen van diensten aan de eindgebruikers nog altijd hoger waren dan de positieve marge tussen de eindgebruikerstarieven en de groothandelstarieven (bestreden beschikking, punt 160).

Rechtmatigheid van de door de Commissie gebruikte methode

— Voorafgaande opmerkingen

183 Verzoekster formuleert drie grieven inzake de methode die bij de berekening van de prijssqueeze is gehanteerd. In de eerste plaats stelt verzoekster met betrekking

tot de eindgebruikerstarieven dat de Commissie niet uitsluitend de inkomsten uit de terbeschikkingstelling van telefoonlijnen aan de eindgebruikers in aanmerking had mogen nemen, maar ook rekening had moeten houden met de inkomsten uit andere diensten zoals de communicatiediensten. In de tweede plaats bekritiseert verzoekster de methode die de Commissie heeft toegepast om aan te tonen dat er sprake is van een prijssqueeze. Daarbij is de Commissie uitgegaan van de hypothese dat de concurrenten van verzoekster er belang bij hebben haar klantenstructuur volledig te kopiëren. In de derde plaats is de gebruikte methode verkeerd omdat de Commissie de groothandelstarieven te hoog inschat door de opzeggingskosten bij de berekening van deze tarieven mee te tellen.

184 De verschillende in het kader van de eerste twee grieven geformuleerde argumenten houden alle verband met een van de twee wezenlijke kenmerken van de door de Commissie gehanteerde methode. Ten eerste wordt de prijssqueeze berekend op basis van de tarieven en de kosten van de verticaal geïntegreerde onderneming die een machtspositie inneemt, los van de specifieke positie van de concurrenten op de markt. Ten tweede worden de inkomsten uit alle toegangsdiensten in aanmerking genomen, met uitsluiting van de inkomsten uit andere diensten die via de toegang tot het vaste netwerk kunnen worden verleend.

185 Alvorens deze verschillende grieven en argumenten te onderzoeken, dient eraan te worden herinnerd dat de gemeenschapsrechter, hoewel hij in het algemeen een volledige toetsing verricht om vast te stellen of aan de voorwaarden voor toepassing van de bepalingen van het EG-Verdrag inzake mededinging is voldaan, bij de toetsing van een ingewikkelde economische beoordeling door de Commissie niet anders kan dan zich beperken tot de vraag of de procedurevoorschriften en het motiveringsvereiste in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn weergegeven en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid (arresten Hof van 11 juli 1985, Remia e.a./Commissie, 42/84, Jurispr. blz. 2545, punt 34; 17 november 1987, BAT en Reynolds/Commissie, 142/84 en 156/84, Jurispr. blz. 4487, punt 62, en 2 oktober 2003, Thyssen Stahl/Commissie, C-194/99 P, Jurispr. blz. I-10821, punt 78).

— Onrechtmatigheid van de methode volgens welke de prijssqueeze wordt berekend op basis van de tarieven en de kosten van de verticaal geïntegreerde onderneming met een machtspositie, los van de specifieke positie van de concurrenten op de markt

186 Om te beginnen dient eraan te worden herinnerd dat de Commissie in de bestreden beschikking heeft onderzocht of de onderneming met een machtspositie met haar tarieven een marktdeelnemer die net zo goed presteert als zijzelf, uit de markt kon verdrijven. De Commissie heeft zich dus ter beoordeling van de vraag of de door verzoekster gehanteerde tarieven misbruik vormden, enkel gebaseerd op de tarieven en de kosten van verzoekster en niet op de specifieke situatie van haar huidige of toekomstige concurrenten.

187 Volgens de Commissie „moet men [immers] van een [onrechtmatige] prijssqueeze uitgaan, wanneer het verschil tussen de eindgebruikersbedragen van een onderneming met een machtspositie en het voor intermediair verbruik bestemd bedrag voor vergelijkbare diensten aan haar concurrenten negatief is of niet toereikend is om de productspecifieke kosten van een marktdominante exploitant te dekken die hij maakt voor het leveren van zijn eigen eindgebruikersdiensten in een stroomafwaartse markt" (bestreden beschikking, punt 107). In casu vormt de prijssqueeze volgens de Commissie misbruik omdat verzoekster zelf „niet in staat was […] om eigen eindgebruikersdiensten aan te bieden zonder daarbij verlies te lijden, wanneer [zij] de toegangsprijs voor intermediair verbruik als interne doorgifteprijs voor [haar] eigen eindgebruikersdiensten zou moeten betalen" (bestreden beschikking, punt 140). In dergelijke omstandigheden kunnen „concurrenten [die] net zoveel diensten kunnen leveren" als verzoekster „de eindgebruikerstoegangsdiensten alleen dan tegen een concurrerende prijs […] aanbieden wanneer ze een stijging van het rendement weten te behalen" (bestreden beschikking, punt 141; zie ook bestreden beschikking, punt 108).

188 Verder dient te worden vastgesteld dat de gemeenschapsrechter zich weliswaar tot op heden nog niet uitdrukkelijk heeft uitgesproken over de vraag welke methode dient te worden toegepast om uit te maken of er sprake is van een prijssqueeze, maar dat niettemin uit de rechtspraak duidelijk blijkt dat bij de beoordeling of de

tariefpraktijken van een onderneming met een machtspositie misbruik vormen, in beginsel wordt uitgegaan van haar eigen situatie en dus van haar eigen tarieven en kosten, en niet van de situatie van de bestaande of potentiële concurrenten.

189 Zo heeft het Hof in zijn arrest van 3 juli 1991, AKZO/Commissie (C-62/86, Jurispr. blz. I-3359, punt 74), slechts de tarieven en de kosten van de betrokken onderneming met een machtspositie, AKZO, in aanmerking genomen om uit te maken of haar tariefpraktijken misbruik vormden. De door advocaat-generaal Lenz voorgestelde methode, volgens welke „de kostenstructuur van alle drie oligopolisten [namelijk Akzo en haar twee concurrenten] [moest] worden onderzocht, zodat een betrouwbaar beeld [kon] worden gevormd omtrent het prijsniveau dat in feite economisch gerechtvaardigd was" (punt 34 van zijn conclusie), is dus door het Hof niet gevolgd.

190 In zijn arrest van 30 november 2000, Industrie des poudres sphériques/Commissie (T-5/97, Jurispr. blz. II-3755), heeft het Gerecht in dezelfde lijn geoordeeld dat de omstandigheid dat de verzoekende partij, die had geklaagd over een prijssqueeze, „waarschijnlijk door haar hogere verwerkingskosten […] niet kon concurreren op de markt van het afgeleide product, geen reden [kon] zijn om de prijspraktijken van [de onderneming met een machtspositie] als misbruik te kwalificeren" (punt 179).

191 Ten slotte is ook de Commissie in beschikking 88/518/EEG van 18 juli 1988 inzake een procedure op grond van artikel [82 EG] (zaak nr. IV/30.178, Napier Brown — British Sugar) (PB L 284, blz. 41; hierna: „beschikking Napier Brown/British Sugar") ervan uitgegaan dat een prijssqueeze dient te worden berekend op basis van de tarieven en de kosten van de verticaal geïntegreerde onderneming met een machtspositie (punt 66). Zij heeft in deze beschikking vastgesteld dat „[w]anneer een onderneming met een machtspositie, die zowel op de markt voor grondstof als op die voor een derivaat domineert, een marge handhaaft tussen de prijs welke zij ondernemingen berekent die met de dominerende onderneming bij de productie van het derivaat

concurreren en de prijs welke zij voor het derivaat berekent, en die te laag is om de eigen kosten van de dominerende onderneming voor de verwerking tot uitdrukking te brengen (in dit geval de marge welke [British Sugar] handhaaft tussen haar prijzen voor industriesuiker en kleinhandelssuiker in vergelijking met haar eigen herverpakkingskosten), met het gevolg dat de mededinging bij het derivaat beperkt wordt, […] er sprake [is] van het misbruik van een machtspositie" (punt 66).

192 Hieraan dient te worden toegevoegd dat elke andere aanpak kan leiden tot een schending van het algemene beginsel van rechtszekerheid. Indien de rechtmatigheid van de tariefpraktijken van een onderneming met een machtspositie afhing van de specifieke situatie van de concurrenten, met name van hun kostenstructuur, die de dominante onderneming over het algemeen niet kent, zou deze laatste de rechtmatigheid van haar eigen gedrag immers niet kunnen beoordelen.

193 De Commissie heeft zich bij haar beoordeling of de tariefpraktijken van verzoekster misbruik vormen, derhalve terecht uitsluitend gebaseerd op de specifieke situatie van verzoekster en dus op de tarieven en kosten van deze laatste.

194 Aangezien dient te worden onderzocht of verzoekster zelf of een even efficiënte onderneming als zijzelf haar diensten anders dan met verlies aan de eindgebruikers had kunnen aanbieden indien zij vooraf dergelijke groothandelsprijs als interne doorgifteprijs had moeten betalen, is het argument van verzoekster dat haar concurrenten haar klantenstructuur niet trachten te kopiëren en extra inkomsten kunnen halen uit vernieuwende producten die enkel zij op de markt aanbieden, wat verzoekster overigens nergens toelicht, naast de kwestie. Om dezelfde reden dient ook het argument dat de concurrenten de mogelijkheid van carrier(voor)keuze kunnen uitsluiten, te worden verworpen.

— De grief dat de Commissie slechts rekening heeft gehouden met de inkomsten uit alle toegangsdiensten, met uitsluiting van de inkomsten uit andere diensten, met name die uit communicatiediensten

195 In de eerste plaats dient te worden onderzocht of de Commissie gerechtigd was om bij de berekening van de prijssqueeze uitsluitend rekening te houden met de inkomsten van verzoekster uit toegangsdiensten, met uitsluiting van de inkomsten uit andere diensten, zoals communicatiediensten.

196 Om te beginnen dient eraan te worden herinnerd dat de sinds 1990 vastgestelde communautaire regelgeving de voorwaarden tracht te scheppen voor een daadwerkelijke mededinging op de telecommunicatiemarkt. Zo beoogt richtlijn 96/19/EG van de Commissie van 13 maart 1996 tot wijziging van richtlijn 90/388/EEG met betrekking tot de invoering van volledige mededinging op de markten voor telecommunicatie (PB L 74, blz. 13), die met betrekking tot de kostenstructuur van de traditionele exploitanten een onderscheid maakt tussen de initiële aansluiting, de maandelijkse huur en de kosten van lokale, regionale en lange-afstandsgesprekken, deze verschillende tariefelementen in evenwicht te brengen op basis van de reële kosten, teneinde volledige mededinging op de telecommunicatiemarkt mogelijk te maken. Concreet gezien moest dit zich vertalen in een verlaging van de tarieven voor de regionale en lange-afstandsgesprekken en een verhoging van de aansluitkosten, het maandelijks abonnementsgeld en het tarief voor de lokale gesprekken (conclusie van advocaat-generaal Léger in de zaak Commissie/Spanje, arrest Hof van 7 januari 2004, C-500/01, Jurispr. blz. I-583, punt 7). De lidstaten waren gehouden de belemmeringen voor het in evenwicht brengen van de tarieven met ingang van de inwerkingtreding van richtlijn 96/19 zo spoedig mogelijk op te heffen en wel uiterlijk op 1 januari 1998 (arrest Commissie/Spanje, reeds aangehaald, punt 32).

197 Zoals de Commissie in punt 120 van de bestreden beschikking terecht opmerkt, „[blijkt] [h]et feit dat de toegangs- en telefoontarieven afzonderlijk moeten worden bekeken [dus] al uit het communautaire beginsel van de herstructurering van de tarieven".

198 Verder was verzoekster krachtens besluit nr. 223 a van de BMPT vanaf juni 1997 verplicht om haar concurrenten volledig ontbundelde toegang tot het aansluitnet te verlenen. Een stelsel van onvervalste mededinging tussen verzoekster en haar concurrenten kan slechts worden gegarandeerd indien wordt gezorgd voor gelijke kansen voor de onderscheiden marktdeelnemers (zie arresten Hof van 22 mei 2003, Connect Austria, C-462/99, Jurispr. blz. I-5197, punt 83, en 20 oktober 2005, ISIS Multimedia en Firma O2, C-327/03 en C-328/03, Jurispr. blz. I-8877, punt 39).

199 Dat de toegangsdiensten en de communicatiediensten uit het oogpunt van de eindgebruiker één geheel vormen, neemt niet weg dat de concurrenten van verzoekster slechts communicatiediensten aan de eindgebruiker kunnen verlenen via het vaste netwerk van verzoekster indien zij toegang hebben tot het aansluitnet. Wil er sprake zijn van gelijke kansen tussen de traditionele exploitant die eigenaar is van het vaste netwerk, zoals verzoekster, en haar concurrenten, dan moeten de prijzen voor de toegangsdiensten dus op een zodanig niveau worden vastgesteld dat de concurrenten op dezelfde voet als de traditionele exploitant communicatiediensten kunnen aanbieden. Deze gelijke kansen zijn enkel gewaarborgd indien de traditionele exploitant zijn eindgebruikerstarieven vaststelt op een zodanig niveau dat de concurrenten — die veronderstellenderwijs even goed presteren als hijzelf — alle kosten van het intermediaire gebruik in hun eindgebruikerstarieven kunnen doorrekenen. Wanneer de traditionele exploitant dit beginsel niet naleeft, kunnen de nieuwkomers hun eindgebruikers daarentegen slechts met verlies toegangsdiensten aanbieden. Zij zouden dan gedwongen zijn de verliezen die zij op het niveau van de toegang tot het aansluitnet hebben geleden, te compenseren met hoge gesprekstarieven, wat de mededingingsvoorwaarden op de communicatiemarkt eveneens zou vervalsen.

200 Ook al zou het juist zijn dat de toegangsdiensten en de communicatiediensten, zoals verzoekster betoogt, vanuit het oogpunt van de eindgebruiker één „cluster" vormen, heeft de Commissie dus in punt 119 van de bestreden beschikking op goede gronden overwogen dat zij ter beoordeling van de vraag of de tariefpraktijken van verzoekster de mededinging vervalsten, enkel voor de toegangsdiensten hoefde na te gaan of er sprake was van een prijssqueeze en de gesprekstarieven dus niet in haar berekening hoefde te betrekken.

201 Door erop te wijzen dat de toegangstarieven en de gesprekstarieven onderling dienen te worden verrekend, bevestigt verzoekster overigens reeds dat zij en haar concurrenten geen gelijke toegang hebben tot het aansluitnet, wat nochtans een noodzakelijke voorwaarde is om te kunnen spreken van een onvervalste mededinging op de communicatiemarkt.

202 Aangezien verzoekster in de periode waarop de bestreden beschikking betrekking heeft, haar gesprekstarieven sterk heeft verlaagd (zie punt 19, hierboven), kan hoe dan ook niet worden uitgesloten dat de concurrenten zelfs niet de economische mogelijkheid hebben gehad om de door verzoekster gesuggereerde compensatie te verrichten. De concurrenten, die reeds een concurrentienadeel ten opzichte van verzoekster ondervinden wat de toegang tot het lokale aansluitnetwerk betreft, zouden immers nog lagere gesprekstarieven dan verzoekster moeten hanteren om potentiële klanten ertoe aan te zetten hun abonnement bij verzoekster op te zeggen en in plaats daarvan een abonnement bij hen te nemen.

203 Uit het bovenstaande volgt dat de Commissie bij de berekening van de prijssqueeze terecht uitsluitend rekening heeft gehouden met de inkomsten uit toegangsdiensten, met uitsluiting van de inkomsten uit andere diensten, zoals communicatiediensten.

204 Wat in de tweede plaats het argument van verzoekster betreft dat haar concurrenten enkel belangstelling hebben voor de meest winstgevende markten, in casu voor de markt van de breedbandverbindingen, waarop er geen sprake is van enige prijssqueeze, zodat bij de berekening van de prijssqueeze dus geen rekening hoeft te worden gehouden met de aan de eindgebruikers verstrekte analoge toegang, dient eraan te worden herinnerd dat de concurrenten van verzoekster slechts toegang tot breedbandverbindingen kunnen hebben indien zij toegang tot de analoge of ISDN-lijnen hebben (zie hierboven, punt 148). Verder stelt interveniënte I, een concurrent van verzoekster, dat haar afwezigheid op de markt voor analoge toegang het gevolg is van het feit dat verzoekster misbruik maakt van haar machtspositie, en niet berust op

een autonome keuze. Zoals hierboven in de punten 186 tot en met 193 is opgemerkt, dient bij de beoordeling of de tariefpraktijken van verzoekster misbruik vormen, hoe dan ook te worden uitgegaan van de specifieke situatie van deze laatste en dus van haar tarieven en kosten. Deze beoordeling kan dus niet worden beïnvloed door eventuele voorkeuren van de concurrenten van verzoekster voor deze of gene markt.

205 Verzoekster biedt analoge, ISDN- en ADSL-toegang aan de eindgebruikers aan. Deze diensten stemmen alle overeen met één enkele dienst op intermediair niveau.

206 In deze omstandigheden heeft de Commissie in de bestreden beschikking (punt 111) terecht vastgesteld dat bij de berekening van de prijssqueeze de groothandelstarieven dienen te worden vergeleken met het gewogen gemiddelde van de eindgebruikerstarieven voor alle toegangsdiensten, namelijk analoge smalbandverbindingen, digitale smalbandverbindingen (ISDN) en breedbandverbindingen (ADSL).

207 De onderhavige grief kan derhalve niet worden aanvaard.

— De grief dat de kosten voor de opzegging van de diensten op intermediair niveau in de berekening van de prijssqueeze zijn opgenomen

208 Zoals blijkt uit de bestreden beschikking (punten 18, 149 en 151), heeft de Commissie bij de berekening van de totale prijs van de door verzoekster op intermediair niveau verrichte diensten de kosten voor het opzeggen van een lijn meegeteld. De Commissie verklaart dienaangaande in de bestreden beschikking (punt 151) dat „[h]

et opzeggingsbedrag geldt voor de terugschakeling van een ontbundelde lijn aan het […] netwerk [van verzoekster] en […] alleen aan concurrenten op het niveau van intermediair verbruik in rekening [wordt] gebracht" en dat dit bedrag „[s]amen met het beschikbaarheidsbedrag […] het totale, door concurrenten aan [verzoekster] te betalen eenmalig bedrag voor intermediair verbruik [vormt]".

209 Wat het argument van verzoekster betreft dat de opzeggingskosten geen deel uitmaken van de eenmalige vergoeding voor de diensten op intermediair niveau, dient erop te worden gewezen dat verzoekster zelf vóór 10 februari 1999 opzeggingskosten verrekende in de eenmalige aansluitingsvergoeding die zij haar concurrenten in rekening bracht. Uit de punten 18 en 22 en tabel 9 van de bestreden beschikking, die door verzoekster niet worden tegengesproken, blijkt immers dat pas vanaf 10 februari 1999 een afzonderlijk tarief voor de opzegging van een lijn is vastgesteld, wat heeft geleid tot een overeenkomstige vermindering van de aansluitingsvergoeding.

210 Verder wordt niet betwist dat de gemiddelde eindgebruiker zijn telefoonlijn [*vertrouwelijk*] maanden houdt (bestreden beschikking, punt 148). Aangezien de opzeggingskosten aan verzoekster zijn verschuldigd door de concurrent die op intermediair niveau gebruikmaakt van haar diensten, wanneer een abonnee van deze concurrent zijn overeenkomst voor de toegangsdiensten opzegt, moet ervan worden uitgegaan dat de opzeggingskosten voor de concurrenten van verzoekster deel uitmaken van de totale kosten van het intermediaire gebruik die in hun eindgebruikerstarieven dienen te worden verrekend.

211 In deze omstandigheden heeft de Commissie bij de berekening van de prijssqueeze de opzeggingskosten terecht in de totale prijs van het intermediaire gebruik opgenomen.

212 Deze grief is dus evenmin gegrond.

213 Uit al het bovenstaande volgt dat het tweede onderdeel van het eerste middel dient te worden afgewezen.

3. Derde onderdeel: rekenfout bij de vaststelling van de prijssqueeze

a) Argumenten van partijen

214 Verzoekster stelt dat de Commissie zich bij de berekening van de prijssqueeze in tabel 11 van de bestreden beschikking heeft vergist. De gegevens betreffende smalbandaansluitingen (T-ISDN) in deze tabel, die betrekking heeft op de productspecifieke kosten van verzoekster voor het jaar 2001, zijn — met uitzondering van de gegevens betreffende de T-ISDN-aansluitingen voor meervoudige apparaten (standaard en comfort) — ontleend aan tabel 3 van de bestreden beschikking, die betrekking heeft op het jaar 2002. Bovendien stemmen de gegevens betreffende de T-ISDN-aansluitingen voor meervoudige apparaten (standaard en comfort) in tabel 11 van de bestreden beschikking niet overeen met de gegevens in de tabellen 3 tot en met 7 van de bestreden beschikking. Om correct te zijn, hadden de productspecifieke kosten voor het jaar 2001 uitsluitend mogen worden gewogen op basis van het in tabel 4 van de bestreden beschikking genoemde aantal aansluitingen voor het jaar 2001. De gewogen productspecifieke kosten bedroegen op basis van deze gegevens slechts [*vertrouwelijk*] EUR, dat wil zeggen [*vertrouwelijk*] EUR minder dan het door de Commissie berekende cijfer. De door de Commissie vastgestelde prijssqueeze dient met dit bedrag te worden verminderd.

215 De Commissie erkent de door verzoekster opgemerkte rekenfout, maar stelt dat deze geen afbreuk doet aan de rechtmatigheid van de bestreden beschikking.

b) Beoordeling door het Gerecht

216 De door de Commissie in haar verweerschrift erkende rekenfout betreft de berekening van de kostenspecifieke kosten van verzoekster voor het jaar 2001.

217 Deze vergissing kan evenwel geen afbreuk doen aan de rechtmatigheid van de bestreden beschikking.

218 Voor de periode van 1998 tot en met 2001 heeft de Commissie haar conclusie dat verzoeksters tariefpolitiek misbruik vormt, immers niet gebaseerd op de productspecifieke kosten van deze laatste. In de bestreden beschikking (punt 153) heeft de Commissie het inbreukmakende karakter van de tariefpolitiek van verzoekster afgeleid uit het bestaan van een negatieve marge tussen haar groothandelstarieven en haar eindgebruikerstarieven. De rekenfout betreffende de productspecifieke kosten van verzoekster voor het jaar 2001 doet dus geenszins afbreuk aan de vaststelling dat verzoekster in deze periode een inbreuk heeft gepleegd.

219 Voor de periode vanaf 2002 heeft de Commissie de tariefpraktijken van verzoekster daarentegen als een inbreuk aangemerkt omdat de productspecifieke kosten van verzoekster voor het verlenen van toegangsdiensten aan de eindgebruikers de positieve marge tussen de groothandelstarieven en de eindgebruikerstarieven van verzoekster overschreden. Bij deze laatste berekening heeft de Commissie zich in de bestreden beschikking (punten 159 en 160) gebaseerd op de productspecifieke kosten van verzoekster voor 2001.

220 Zo komt de Commissie in tabel 12 van de bestreden beschikking met betrekking tot de omvang van de prijssqueeze tot de volgende conclusies:

Tabel 12

(in euro)

	5/2002	7/2002	1/2003	2/2003	5/2003
Marge tussen eindgebruikersprijzen en prijzen voor intermediair verbruik	[vertrouwelijk]	[vertrouwelijk]	[vertrouwelijk]	[vertrouwelijk]	[vertrouwelijk]
Gemiddelde productspecifieke kosten per aansluiting	[vertrouwelijk]	[vertrouwelijk]	[vertrouwelijk]	[vertrouwelijk]	[vertrouwelijk]
Prijssqueeze	[vertrouwelijk]	[vertrouwelijk]	[vertrouwelijk]	[vertrouwelijk]	[vertrouwelijk]

221 Verzoekster komt met dit onderdeel van het middel niet op tegen het feit dat bij de berekening van de prijssqueeze vanaf 1 januari 2002 is uitgegaan van haar productspecifieke kosten voor 2001 (bestreden beschikking, punt 159). Zij stelt enkel dat haar productspecifieke kosten voor 2001 verkeerd zijn berekend.

222 Indien de Commissie de aangegeven rekenfout niet had gemaakt, zouden de productspecifieke kosten voor 2001, zoals verzoekster stelt, op [*vertrouwelijk*] EUR zijn vastgesteld (zie hierboven, punt 213). Zelfs indien rekening werd gehouden met dergelijke — correct berekende — productspecifieke kosten, zou er evenwel nog steeds voor de gehele duur van de in de bestreden beschikking vastgestelde inbreuk sprake zijn geweest van een prijssqueeze.

223 Aangezien het onbillijke karakter van de prijspraktijken van verzoekster in de zin van artikel 82 EG in de bestreden beschikking (punten 163 en 201) wordt gekoppeld aan het bestaan zelf van de prijssqueeze en niet aan de precieze omvang daarvan, kan de rekenfout van de Commissie geen afbreuk doen aan de rechtmatigheid van de bestreden beschikking.

224 Hieruit volgt dat het derde onderdeel van het onderhavige middel niet ter zake dienend is.

4. Vierde onderdeel: de vastgestelde prijssqueeze heeft geen gevolgen voor de markt

a) Argumenten van partijen

225 Verzoekster stelt in de eerste plaats dat een prijssqueeze die voortvloeit uit de door een onderneming met een machtspositie gehanteerde tarieven, op zichzelf geen misbruik vormt. De Commissie had dus de reële gevolgen van het gelaakte gedrag moeten onderzoeken, wat zij in de bestreden beschikking evenwel niet heeft gedaan. Aangezien de groothandelstarieven door de RegTP worden vastgesteld op basis van de kosten van verzoekster, diende het omstandige bewijs te worden geleverd dat er sprake was van een daadwerkelijke belemmering van de mededinging.

226 Volgens verzoekster omvat het begrip misbruik twee elementen: er moet gebruik worden gemaakt van andere middelen dan die welke gebruikelijk zijn bij een op ondernemersprestaties gebaseerde normale concurrentie met goederen of diensten, en het gelaakte gedrag moet een daadwerkelijke belemmering van de mededinging vormen (arrest Hof van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie, 85/76,

Jurispr. blz. 461, punt 91). De gemeenschapsrechter eist aldus het bewijs dat het gelaakte gedrag een toetredingsdrempel voor de andere concurrenten vormt of ertoe dient reeds aanwezige concurrenten van de markt te verdrijven. Ter ondersteuning van haar betoog verwijst verzoekster naar de rechtspraak van het Hof (arrest AKZO/Commissie, aangehaald in punt 189, punt 72; arresten Hof van 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie, C-333/94 P, Jurispr. blz. I-5951, punt 41, en 16 maart 2000, Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie, C-395/96 P en C-396/96 P, Jurispr. blz. I-1365, punten 111 en 119), alsook naar de beschikkingspraktijk van de Commissie (beschikking Napier Brown/British Sugar, punt 66), de RegTP en de FCC. Slechts in het uitzonderlijke geval dat een product wordt verkocht tegen een lagere prijs dan de gemiddelde variabele kosten heeft de gemeenschapsrechter geoordeeld dat de gehanteerde prijs intrinsiek misbruik inhoudt.

227 In haar memorie van repliek preciseert verzoekster dat de door het Hof ontwikkelde beginselen inzake dumpingprijzen moeten worden toegepast op een prijssqueeze wanneer de groothandelstarieven worden vastgesteld door een regelgevende instantie. De Commissie dient dus het bewijs te leveren dat de gelaakte prijssqueeze leidt tot een daadwerkelijke aantasting van de mededinging. Aangezien de groothandelstarieven door de RegTP op basis van de kosten worden vastgesteld, is dit bewijs slechts geleverd wanneer de onderneming met een machtspositie op de markt na de fase waarin zij de concurrenten heeft verdreven, de verliezen die zij tijdens deze fase door haar lageprijzenpolitiek heeft geleden, door een verhoging van haar eindgebruikerstarieven kan compenseren. In casu zou elke poging van verzoekster in die zin evenwel onmiddellijk leiden tot de terugkeer van haar concurrenten op de markt.

228 In de tweede plaats betwist verzoekster dat haar tarieven de toetreding tot de markt hebben belemmerd of haar concurrenten uit de markt hebben verdreven.

229 De concurrenten van verzoekster beschikken volgens haar over reële mogelijkheden om tot de markt toe te treden. Verzoekster herinnert er dienaangaande aan dat haar concurrenten via kruissubsidiëring tussen de gesprekstarieven en de verbindingstarieven of tussen variabele en vaste tarieven een eventueel deficit op het gebied van

de aansluitingen kunnen verhelpen. Dankzij de mogelijkheid om carrier(voor)keuze voor alle verbindingen uit te sluiten (zie hierboven, punt 156), waarover verzoekster zelf niet beschikt, kunnen de concurrenten van verzoekster hun inkomsten uit gesprekken veel preciezer berekenen dan verzoekster. Aldus behalen de concurrenten van verzoekster per aansluiting een veel hogere omzet uit de gesprekken dan verzoekster en is deze omzet ook nog eens beter voorspelbaar. De antwoorden van de concurrenten van verzoekster op het verzoek om inlichtingen van 19 januari 2000 en het besluit van de RegTP van 29 april 2003 bevestigen dat zij hun verbindings- en gesprekstarieven kruiselings kunnen subsidiëren. Verzoekster verwijst verder naar haar opmerkingen van 29 juli 2002 op de mededeling van de punten van bezwaar en naar de in deze opmerkingen aangehaalde stukken. Ten slotte blijkt volgens verzoekster uit de door haar verrichte studies dat al haar concurrenten dankzij het kruiselings subsidiëren van hun vaste en hun variabele tarieven voor elk type verbinding, dus ook voor analoge lijnen, een positieve marge op hun directe kosten hebben kunnen realiseren.

230 Voorts zijn veel concurrenten er sinds de liberalisering van de Duitse telecommunicatiemarkt in geslaagd aanzienlijke marktaandelen in stedelijke agglomeraties te verwerven. Verzoekster verwijst dienaangaande naar de vennootschap KomTel, die volgens haar eigen verklaringen in een perscommuniqué van 31 mei 2002 43 % van de aansluitingen in Flensburg voor haar rekening neemt. In andere lokale aansluitingssectoren bedragen de marktaandelen van de andere leveranciers volgens de berekeningen van verzoekster op basis van de door haar aan haar concurrenten verhuurde lijnen bijvoorbeeld [*vertrouwelijk*]. Zo heeft verzoekster sinds 1998 [*vertrouwelijk*] abonnees verloren aan haar concurrenten. Wanneer een concurrent eenmaal tot een lokale markt is toegetreden, wordt het voor hem economisch rendabel om een eigen infrastructuur aan te leggen. De eerste stap om tot de markt toe te treden moet natuurlijk bestaan in het verwerven van winstgevende klanten, waarna nieuwe groepen klanten kunnen worden binnengehaald met de aldus behaalde winsten (brief van Colt, een concurrent van verzoekster, aan deze laatste van 15 oktober 2002). Hetzelfde geldt voor de sterk verstedelijkte gebieden die worden gebruikt als springplank om concurrentie te voeren op regionaal niveau. De mededinging in Duitsland heeft hoe dan ook een gunstiger evolutie doorgemaakt dan in de andere lidstaten. Zo neemt verzoekster in de gehele Gemeenschap meer dan 81 % van de verhuringen van ontbundelde aansluitlijnen voor haar rekening.

231 In haar memorie van repliek preciseert verzoekster dat Colt en Arcor, enerzijds, en EWE TEL, anderzijds, inmiddels respectievelijk op nationaal niveau en in grote gebieden van Noord-Duitsland telefoonlijnen aanbieden. De Commissie heeft geenszins het bewijs geleverd dat er enig causaal verband bestaat tussen de gestelde prijssqueeze en de gestelde trage evolutie van de mededinging. De prijssqueeze kan niet aan de basis liggen van de positie die verzoekster in de marktsector van de breedbandverbindingen inneemt, aangezien er in deze sector geen sprake is van enige prijssqueeze.

232 De Commissie en de interveniënten I en II vorderen de afwijzing van dit onderdeel van het middel.

b) Beoordeling door het Gerecht

233 Het begrip misbruik van machtspositie is een objectief begrip dat betrekking heeft op de gedragingen van een onderneming met een machtspositie die invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt waar, juist door de aanwezigheid van de betrokken onderneming, de mededinging reeds is verzwakt, en die ertoe leiden dat de handhaving of de ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie wordt tegengegaan met andere dan de gebruikelijke middelen bij een op ondernemersprestaties gebaseerde normale mededinging met goederen of diensten (arresten Hoffmann-La Roche/Commissie, aangehaald in punt 226, punt 91, en AKZO/Commissie, aangehaald in punt 189, punt 69; beschikking Hof van 23 februari 2006, Piau/Commissie, C-171/05 P, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 37; arrest Irish Sugar/Commissie, aangehaald in punt 122, punt 111).

234 Volgens de Commissie hebben de tariefpraktijken van verzoekster de mededinging op de eindgebruikerstoegangsmarkt beperkt. Deze vaststelling in de bestreden beschikking (punten 179 en 180) berust op het bestaan zelf van een prijssqueeze. Volgens de Commissie hoeven geen mededingingsverstorende gevolgen te worden aangetoond, ook al onderzoekt zij in de punten 181 tot en met 183 van de bestreden beschikking subsidiair of dergelijke gevolgen bestaan.

235 Aangezien verzoekster tot 1998, toen de eerste concurrent tot de eindgebruikerstoegangsmarkt toetrad, een feitelijk monopolie op deze markt had, dient de Commissie, om een verstoring van de mededinging aan te tonen, te bewijzen dat de tariefpraktijken van verzoekster de ontwikkeling van de mededinging op deze markt hebben belemmerd.

236 Verzoekster is eigenaar van het vaste telefoonnet in Duitsland en er wordt niet betwist dat — zoals de Commissie in de punten 83 tot en met 91 van deze beschikking opmerkt — ten tijde van de vaststelling van de bestreden beschikking in Duitsland geen andere infrastructuur bestond die de concurrenten van verzoekster de mogelijkheid bood om tot de eindgebruikerstoegangsmarkt toe te treden en hierop te overleven.

237 Aangezien de diensten die verzoekster op intermediair niveau verricht, dus onmisbaar zijn voor haar concurrenten om met haar op de stroomafwaartse eindgebruikerstoegangsmarkt in concurrentie te kunnen treden, zal een prijssqueeze tussen de groothandelstarieven en de eindgebruikerstarieven van verzoekster in beginsel de ontwikkeling van de mededinging op de stroomafwaartse markten belemmeren. Wanneer de eindgebruikerstarieven van verzoekster lager zijn dan haar groothandelstarieven of wanneer de marge tussen beide niet volstaat om een even efficiënte onderneming als verzoekster de mogelijkheid te bieden haar productspecifieke kosten voor het verlenen van toegangsdiensten aan eindgebruikers te dekken, kan een potentiële concurrent die even efficiënt is als verzoekster immers slechts met verlies tot de eindgebruikerstoegangsmarkt toetreden.

238 Zoals verzoekster opmerkt, zullen haar concurrenten weliswaar gewoonlijk gebruikmaken van kruissubsidies, in die zin dat zij de verliezen die zij lijden op de eindgebruikerstoegangsmarkt zullen compenseren met de winsten die zij behalen op andere markten, zoals de markten voor communicaties, maar aangezien verzoekster als eigenaar van het vaste netwerk niet op intermediair niveau diensten hoeft af te nemen om zelf toegangsdiensten aan de eindgebruikers te kunnen aanbieden en zij dus, anders dan haar concurrenten, niet door de tariefpraktijken van een onderneming met een machtspositie wordt gedwongen te zoeken naar een compensatie voor de op de eindgebruikerstoegangsmarkt geleden verliezen, vervalst de in de bestreden beschikking vastgestelde prijssqueeze de mededinging niet alleen op de eindgebruikerstoegangsmarkt, maar ook op de markt voor communicaties (zie hierboven, punten 197 tot en met 202).

239 Verder wijst het feit dat de concurrenten van verzoekster sinds de liberalisering van de markt met de inwerkingtreding van het TKG op 1 augustus 1996 slechts een gering marktaandeel op de eindgebruikerstoegangsmarkt hebben verworven erop dat de tariefpraktijken van verzoekster de ontwikkeling van de mededinging op deze markt hebben belemmerd. Zo heeft verzoekster ter terechtzitting gepreciseerd dat zij niet opkwam tegen de vaststelling in de bestreden beschikking (punt 181) dat al haar concurrenten samen ten tijde van de vaststelling van de bestreden beschikking in Duitsland slechts „4,4 % aan marktaandelen [hadden] behaald bij smalbandaansluitingen en 10 % aan marktaandelen bij breedbandaansluitingen" en dat „[e]ind 2002 […] alle 64 concurrenten samen slechts over 2,35 miljoen van de in totaal 53,72 miljoen telefoonkanalen in Duitsland [beschikten]".

240 Verder wordt niet betwist dat, wanneer alleen de analoge lijnen in aanmerking worden genomen, die ten tijde van de vaststelling van de bestreden beschikking in Duitsland 75 % van alle lijnen uitmaakten, het aandeel van de concurrenten van verzoekster is gedaald van 21 % in 1999 tot 10 % in 2002 (bestreden beschikking, punt 182).

241 Verzoekster heeft er evenwel op gewezen dat vele concurrenten erin zijn geslaagd grote marktaandelen in stedelijke agglomeraties te verwerven.

242 Dienaangaande moet worden vastgesteld dat verzoekster de definitie van de markt in de bestreden beschikking (punten 92-95), volgens welke de relevante geografische markt wordt gevormd door de Duitse markt, niet betwist. De vooruitgang die een aantal concurrenten van verzoekster in bepaalde stedelijke agglomeraties hebben gemaakt, doet dus geen afbreuk aan de vaststelling dat de concurrenten van verzoekster algemeen beschouwd slechts geringe marktaandelen op de relevante geografische markt voor eindgebruikerstoegangsdiensten hebben verworven.

243 Dat de mededinging in de andere lidstaten een minder gunstige ontwikkeling heeft doorgemaakt, toont niet aan dat de tariefpraktijken van verzoekster geen mededingingsverstorende gevolgen hebben gehad in Duitsland, dat de relevante geografische markt vormt. De minder gunstige situatie in de andere lidstaten zou kunnen worden toegeschreven aan het feit dat pas later een aanvang is genomen met de liberalisering van de betrokken dienstenmarkten, dat wil zeggen na 1 juni 1997, de datum waarop verzoekster overeenkomstig het toepasselijke Duitse recht verplicht werd om haar concurrenten ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk te verlenen (zie hierboven, punt 198). Artikel 3 van verordening (EG) nr. 2887/2000 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk (PB L 336, blz. 4) legt de traditionele exploitanten een dergelijke verplichting pas op vanaf 31 december 2000. De minder gunstige situatie in de andere lidstaten zou ook te wijten kunnen zijn aan andere inbreuken op het communautaire mededingingsrecht. En ook al zou de Commissie bepaalde uit artikel 211 EG voortvloeiende verplichtingen niet zijn nagekomen, door niet toe te zien op de toepassing van de communautaire mededingingsregels op het gebied van de telecommunicatie in andere lidstaten, kan deze omstandigheid de door verzoekster gepleegde inbreuk op artikel 82 EG in deze sector hoe dan ook niet rechtvaardigen (arrest van Landewyck e.a./Commissie, aangehaald in punt 86, punt 84; arresten Gerecht van 6 april 1995, Tréfilunion/Commissie, T-148/89, Jurispr. blz. II-1063, punt 127, en 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie, 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 en T-104/95, Jurispr. blz. II-491, punt 2559).

244 Wat ten slotte het in repliek aangevoerde argument betreft dat twee concurrenten van verzoekster „inmiddels" op nationaal niveau aanwezig zijn, dient eraan te worden

herinnerd dat in het kader van een beroep tot nietigverklaring krachtens artikel 230 EG de rechtmatigheid van een gemeenschapshandeling moet worden beoordeeld aan de hand van de feiten en de rechtstoestand op de datum waarop de handeling is vastgesteld (arrest Hof van 7 februari 1979, Frankrijk/Commissie, 15/76 en 16/76, Jurispr. blz. 321, punt 7, en arrest Gerecht van 28 februari 2002, Atlantic Container Line e.a./Commissie, T-395/94, Jurispr. blz. II-875, punt 252). Hoe dan ook heeft verzoekster, die geen cijfergegevens verstrekt over de aanwezigheid van concurrenten op nationaal niveau, geen enkel element aangevoerd dat afbreuk kan doen aan de vaststelling in de punten 180 tot en met 183 van de bestreden beschikking dat haar tariefpraktijken de mededinging op de Duitse eindgebruikerstoegangsmarkt daadwerkelijk belemmeren.

245 Hieruit volgt dat het laatste onderdeel van het eerste middel dient te worden afgewezen.

B — *Tweede middel: gebreken van het dispositief van de bestreden beschikking*

1. Argumenten van partijen

246 Verzoekster herinnert er om te beginnen aan dat in artikel 1 van de bestreden beschikking wordt vastgesteld dat zij inbreuk heeft gemaakt op artikel 82, sub a, EG „doordat zij voor de toegang tot het lokale netwerk onbillijke maandelijkse en eenmalige bedragen van haar concurrenten [en haar eindgebruikers] vroeg". Volgens het dispositief zijn de groothandelstarieven en de eindgebruikerstarieven van verzoekster dus onbillijk. In de motivering van de bestreden beschikking zijn de tarieven van verzoekster als zodanig evenwel niet als onbillijk aangemerkt. Enkel de verhouding tussen de groothandelstarieven en de eindgebruikerstarieven is als misbruik beschouwd omdat zij zou leiden tot een prijssqueeze. Het dispositief van de bestreden beschikking vindt dus geen steun in de motivering ervan.

247 Verder wordt verzoekster bij artikel 2 van de bestreden beschikking gelast de in artikel 1 genoemde inbreuk te beëindigen en zich ervan te onthouden de in artikel 1 genoemde handelingen en maatregelen in de toekomst te herhalen. Naast het feit dat het in artikel 2 geformuleerde bevel in tegenspraak is met de motivering van de bestreden beschikking, kan het niet worden uitgevoerd, aangezien verzoekster niet in staat is om de groothandelsprijs te beïnvloeden.

248 Ten slotte oppert verzoekster in haar memorie van repliek nog een ander bezwaar tegen artikel 1 van het dispositief, namelijk dat de Commissie hierin vaststelt dat verzoekster, door onbillijke tarieven toe te passen, artikel 82 EG heeft geschonden, terwijl verzoekster geen enkele speelruimte heeft bij het bepalen van haar tarieven (zie hierboven, punt 73).

249 De Commissie vordert de afwijzing van dit middel.

2. Beoordeling door het Gerecht

250 Volgens artikel 1 van de bestreden beschikking heeft verzoekster „inbreuk gemaakt op artikel 82, sub a, van het EG-Verdrag, doordat zij voor de toegang tot het lokale netwerk onbillijke maandelijkse en eenmalige bedragen van haar concurrenten [en haar eindgebruikers] vroeg en hierdoor de mededinging op de markt voor de toegang tot het lokale netwerk aanzienlijk heeft belemmerd”.

251 Anders dan verzoekster stelt, wordt in artikel 1 van de bestreden beschikking niet vastgesteld dat zowel de groothandelstarieven als de eindgebruikerstarieven van verzoekster als onbillijk moeten worden beschouwd.

252 Het dispositief van de bestreden beschikking moet immers worden gelezen tegen de achtergrond van de motivering van deze beschikking (arrest Gerecht van 16 december 2003, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied en Technische Unie/Commissie, T-5/00 en T-6/00, Jurispr. blz. II-5761, punt 374). Het is dus duidelijk dat „[h]et door [verzoekster] begane misbruik bestaat in het afdwingen van onbillijke prijzen in de vorm van een prijssqueeze ten nadele van [haar] concurrenten" (bestreden beschikking, punt 201). Het misbruik neemt de „vorm [aan] van een prijssqueeze op grond van een wanverhouding tussen de prijzen van het intermediair verbruik en die van eindgebruikers voor de toegang tot het lokale netwerk" (bestreden beschikking, punt 57) en „van onbillijke prijzen" (bestreden beschikking, punt 163).

253 Uit het voorgaande volgt dat artikel 1 van de bestreden beschikking, gelezen tegen de achtergrond van de motivering van deze beschikking, aldus dient te worden begrepen dat wanneer de Commissie de tarieven voor de terbeschikkingstelling van een aansluiting en het maandelijkse abonnementsgeld voor de toegang tot het aansluitnet onbillijk noemt, zij hiermee verwijst naar de verhouding tussen de groothandelstarieven en de eindgebruikerstarieven van verzoekster. De motivering en het dispositief van de bestreden beschikking zijn dus niet met elkaar in tegenspraak.

254 Gelet op het bovenstaande is het in artikel 2 van de bestreden beschikking geformuleerde bevel evenmin onrechtmatig. Zelfs indien verzoekster geen invloed kon uitoefenen op haar groothandelstarieven, beschikte zij immers hoe dan ook over de nodige speelruimte om haar eindgebruikerstarieven voor ADSL-toegang te verhogen (zie hierboven, punten 140-150).

255 Ten slotte dient het voor het eerst in repliek aangevoerde argument van verzoekster dat een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de inning van de vergoedingen en de vaststelling van de tarieven overeenkomstig artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht niet-ontvankelijk te worden verklaard.

256 Uit een en ander volgt dat het tweede middel dient te worden afgewezen.

C — *Derde middel: misbruik van bevoegdheid en schending van het evenredigheids-, het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel*

1. Argumenten van partijen

257 Verzoekster stelt dat de Commissie zich schuldig heeft gemaakt aan misbruik van bevoegdheid en het evenredigheids-, het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel heeft geschonden, door inbreuk te maken op de bevoegdheden van de RegTP.

258 Zij herinnert eraan dat volgens het gemeenschapsrecht de hoofdverantwoordelijkheid voor de controle van de telecommunicatietarieven bij de nationale autoriteiten, zoals de RegTP, ligt. Zij verwijst dienaangaande naar de considerans van richtlijn 90/388/EEG van de Commissie van 28 juni 1990 betreffende de mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten (PB L 192, blz. 10), artikel 17 van richtlijn 98/10, artikel 4, lid 1, van verordening nr. 2887/2000, artikel 13, lid 1, van richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (PB L 108, blz. 7), de punten 19 en 22 van de bekendmaking van de Commissie van 22 augustus 1998 betreffende de toepassing van de mededingingsregels op overeenkomsten inzake toegang in de telecommunicatiesector, met als titel „Kader, relevante markten en beginselen", en de bladzijden 61 en volgende van de mededeling van de Commissie met als titel „Ontbundelde toegang tot het aansluitnet: de voorwaarden scheppen voor een volledig gamma elektronische communicatiediensten waaronder breedbandmultimediadiensten en snelle internetdiensten"

(PB 2000, C 272, blz. 55). De nationale regelgevende instanties dienen in dit verband rekening te houden met de doelstellingen van het gemeenschapsrecht, onder meer met de onderliggende doelstellingen van artikel 82 EG. Indien de Commissie van mening was dat de tariefbesluiten van de RegTP in strijd waren met het gemeenschapsrecht, had zij dus volgens verzoekster een niet-nakomingsprocedure tegen Duitsland moeten instellen.

259 Verzoekster stelt verder dat de RegTP zowel bij de vaststelling van de price-cap-indexen voor de eindgebruikerstarieven als bij de vaststelling van de groothandelstarieven heeft onderzocht of er sprake was van een prijssqueeze tussen de groothandelstarieven en de eindgebruikerstarieven die de mededinging daadwerkelijk kon belemmeren. Zij is tot de conclusie gekomen dat er van een dergelijke prijssqueeze geen sprake was. Verzoekster verwijst dienaangaande naar de besluiten van de RegTP van 8 februari 1999, 23 december 1999, 30 maart 2001, 21 december 2001 en 11 april 2002, en in het bijzonder naar dat van 29 april 2003. De besluiten van de RegTP hebben bij verzoekster een gewettigd vertrouwen gewekt dat bescherming verdient (arrest Hof van 21 september 1983, Deutsche Milchkontor e.a., 205/82–215/82, Jurispr. blz. 2633, punten 30 en 31).

260 De RegTP heeft er in het kader van haar tariefbeleid voor geopteerd de verbindingstarieven en de gesprekstarieven geleidelijk met elkaar in evenwicht te brengen (besluiten van de RegTP van 21 december 2001 en van 11 april 2002). De Deutsche Bundespost hanteerde om sociaal-politieke redenen lage — dus voor de eindgebruikers gunstige — verbindingstarieven en compenseerde de hieruit voortvloeiende verliezen via kruissubsidiëring met de inkomsten uit de gesprekstarieven, die op een hoog niveau werden vastgesteld. Om die reden hebben de BMPT en vervolgens de RegTP in een eerste fase bij besluiten van 9 december 1997 en 23 december 1999 in het kader van de price-cap-procedure de verbindingstarieven en de gesprekstarieven voor respectievelijk ondernemingen en particulieren in één pakket opgenomen. De aldus vastgestelde prijsindexen waren geldig tot eind 2001. In een tweede fase heeft de RegTP bij price-cap-besluit van 21 december 2001 zelf rechtstreeks de geplande geleidelijke herstructurering van de tarieven georganiseerd. Zij heeft de pakketten voor verbindingen en gesprekken gescheiden en prijsindexen vastgesteld voor vier verschillende dienstenpakketten (zie hierboven, punt 20). Uit hetzelfde besluit van

de RegTP van 21 december 2001 blijkt evenwel dat zij welbewust heeft geweigerd om een regeling in te voeren waarbij de verbindingstarieven afzonderlijk worden vastgesteld op basis van de kosten.

261 Aldus is enkel de RegTP verantwoordelijk voor de door de Commissie vastgestelde prijssqueeze. Deze prijssqueeze is immers het rechtstreekse gevolg van de regelgevende besluiten van de RegTP en van de daaraan voorafgaande besluiten van de BMPT en van de daaraan ten gronde liggende regelgeving. De Commissie kan niet vaststellen dat verzoekster artikel 82 EG heeft geschonden, aangezien deze zich enkel heeft gevoegd naar de bindende besluiten van de RegTP, die bij haar een gewettigd vertrouwen hebben gewekt. Door de door verzoekster gehanteerde tarieven in de bestreden beschikking aan een dubbele regeling te onderwerpen, schendt de Commissie het evenredigheidsbeginsel en doet zij afbreuk aan de rechtszekerheid, die wordt gewaarborgd door de door het gemeenschapsrecht doorgevoerde bevoegdheidsverdeling op het gebied van telecommunicatietarieven. Door de vaststelling van de bestreden beschikking tracht de Commissie verder corrigerend in te grijpen in de wijze waarop de Duitse autoriteiten hun regelgevende bevoegdheden uitoefenen, terwijl zij daartoe een niet-nakomingsprocedure had moeten inleiden. Door aldus te handelen, heeft de Commissie misbruik gemaakt van haar bevoegdheid.

262 De Commissie en de interveniënten I en II vorderen de afwijzing van het onderhavige middel.

2. Beoordeling door het Gerecht

263 Wat in de eerste plaats de grief van verzoekster betreft dat de Commissie de door verzoekster gehanteerde tarieven aan een dubbele regeling onderwerpt en aldus het evenredigheids- en het rechtszekerheidsbeginsel heeft geschonden, dient te worden vastgesteld dat de door verzoekster hierboven in punt 258 aangehaalde

communautaire regelgeving geenszins afbreuk doet aan de bevoegdheid die de Commissie rechtstreeks aan artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 en, sinds 1 mei 2004, aan artikel 7, lid 1, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] (PB 2003, L 1, blz. 1) ontleent om inbreuken op de artikelen 81 EG en 82 EG vast te stellen.

264 Zoals reeds is vastgesteld, beschikte verzoekster in de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001 over voldoende speelruimte om de in de bestreden beschikking vastgestelde prijssqueeze op te heffen en beschikte zij vanaf 1 januari 2002 over voldoende speelruimte om deze prijssqueeze te verminderen (zie hierboven, punten 97-151). Haar gedrag valt dus binnen de werkingssfeer van artikel 82 EG.

265 Ook al zou niet kunnen worden uitgesloten dat ook de Duitse autoriteiten het gemeenschapsrecht — met name de bepalingen van richtlijn 90/388, zoals gewijzigd bij richtlijn 96/19 — hebben geschonden door ervoor te opteren de verbindings- en de gesprekstarieven geleidelijk in evenwicht brengen, zou een dergelijke schending, zo deze zou worden vastgesteld, niet wegnemen dat verzoekster daadwerkelijk over de nodige speelruimte beschikte om de prijssqueeze te verminderen.

266 De eerste grief kan dus niet worden aanvaard.

267 Wat in de tweede plaats de grief inzake de bescherming van het gewettigd vertrouwen betreft, dient eraan te worden herinnerd dat de RegTP in verschillende besluiten die zijn vastgesteld in de periode waarop de bestreden beschikking betrekking heeft, weliswaar heeft onderzocht of de tarieven van verzoekster leidden tot een prijssqueeze, maar zich in deze besluiten, na de negatieve marge tussen de groothandelstarieven en de eindgebruikerstarieven van verzoekster te hebben vastgesteld, telkens op het standpunt heeft gesteld dat de andere exploitanten via het kruiselings subsidiëren van hun toegangsdiensten en hun communicatiediensten in staat moesten zijn concurrentiële prijzen aan hun abonnees aan te bieden (zie hierboven, punten 115-119).

268 Nergens in de besluiten van de RegTP wordt naar artikel 82 EG verwezen (zie hierboven, punt 114). Bovendien impliceert de verklaring van de RegTP dat „[h]et geringe verschil tussen de eindgebruikerstarieven en de groothandelstarieven […] de concurrentiemogelijkheden van de concurrenten binnen het lokale aansluitnet niet dermate [aantast] dat het voor hen economisch gezien onmogelijk wordt om met succes tot de markt toe te treden of zelfs om hierop te overleven" (besluit van de RegTP van 29 april 2003), niet dat de tariefpraktijken van verzoekster de mededinging niet vervalsen in de zin van artikel 82 EG. Integendeel, uit de besluiten van de RegTP volgt impliciet maar noodzakelijkerwijs dat de tariefpraktijken van verzoekster een mededingingsverstorend effect hebben, aangezien de concurrenten van verzoekster hun toevlucht moeten nemen tot kruissubsidies om competitief te kunnen blijven op de markt voor toegangsdiensten (zie hierboven, punten 119 en 238).

269 In deze omstandigheden hebben de besluiten van de RegTP geen gewettigd vertrouwen bij verzoekster kunnen wekken dat haar tariefpraktijken in overeenstemming waren met artikel 82 EG. Het Bundesgerichtshof heeft overigens in zijn arrest van 10 februari 2004, waarbij het arrest van het Oberlandesgericht te Düsseldorf van 16 januari 2002 is vernietigd, bevestigd dat „de [door de RegTP gevoerde] administratieve onderzoeksprocedure […] niet de mogelijkheid [uitsluit] dat een onderneming in de praktijk een tarief voorstelt waarmee zij misbruik maakt van haar machtspositie en dat dit tarief wordt goedgekeurd omdat het misbruik tijdens de onderzoeksprocedure niet wordt ontdekt".

270 Wat in de derde plaats de grief van verzoekster betreft dat de Commissie misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt, dient eraan te worden herinnerd dat er van een dergelijk misbruik slechts sprake is wanneer op grond van objectieve, relevante en overeenstemmende aanwijzingen blijkt dat de handeling uitsluitend of althans overwegend is vastgesteld om andere dan de aangegeven doelen te bereiken (zie arrest Hof van 11 november 2004, Ramondín e.a./Commissie, C-186/02 P en C-188/02 P, Jurispr. blz. I-10653, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

271 De bestreden beschikking heeft slechts betrekking op de door verzoekster gehanteerde tarieven en niet op de besluiten van de Duitse autoriteiten. Ook al zou de RegTp een communautaire norm hebben geschonden en ook al had de Commissie

op die grond een niet-nakomingsprocedure tegen de Bondsrepubliek Duitsland kunnen inleiden, zou hierdoor geen afbreuk worden gedaan aan de rechtmatigheid van de bestreden beschikking. De Commissie heeft hierin immers enkel vastgesteld dat verzoekster inbreuk heeft gemaakt op artikel 82 EG, een bepaling die geen betrekking heeft op de lidstaten, maar enkel op marktdeelnemers. De Commissie heeft haar bevoegdheid dus niet misbruikt door op grond van artikel 82 EG deze vaststelling te verrichten.

272 Het laatste middel kan dus evenmin worden aanvaard.

II — *Subsidiaire vordering tot verlaging van de opgelegde geldboete*

273 Verzoekster voert ter ondersteuning van haar subsidiaire vordering zes middelen aan. Het eerste middel betreft schending van de rechten van de verdediging, het tweede schending van artikel 253 EG. Met het derde middel stelt verzoekster dat zij niet onachtzaam is geweest en geen opzettelijke fout heeft begaan. Het vierde middel houdt in dat bij de berekening van het bedrag van de geldboete onvoldoende rekening is gehouden met de tariefregeling. Het vijfde middel betreft de bepaling van de duur van de inbreuk. Met het zesde middel, ten slotte, stelt verzoekster dat geen rekening is gehouden met verzachtende omstandigheden.

A — *Eerste middel: schending van de rechten van de verdediging*

1. Argumenten van partijen

274 Verzoekster stelt dat de Commissie artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17, dat betrekking heeft op de rechten van de verdediging, heeft geschonden door in haar

mededeling van punten van bezwaar van 2 mei 2002 en haar aanvullende brief van 21 februari 2003 niet in rechte of in feite te onderzoeken of de gestelde inbreuk „opzettelijk of uit onachtzaamheid" is gepleegd (arrest Hof van 7 juni 1983, Musique diffusion française e.a./Commissie, 100/80–103/80, Jurispr. blz. 1825, punt 21; beschikking Hof van 25 maart 1996, SPO e.a./Commissie, C-137/95 P, Jurispr. blz. I-1611, punt 53; arrest Gerecht van 20 maart 2002, HFB e.a./Commissie, T-9/99, Jurispr. blz. II-1487, punt 311). Om zich naar behoren te kunnen verdedigen, had verzoekster immers tijdens de administratieve procedure moeten worden ingelicht over de feiten op basis waarvan de Commissie haar een dergelijke onrechtmatige handeling of onachtzaamheid verwijt.

275 De Commissie vorder de afwijzing van dit middel.

2. Beoordeling door het Gerecht

276 Om te beginnen dient eraan te worden herinnerd dat artikel 15, lid 2, eerste alinea, van verordening nr. 17 de voorwaarden vaststelt waaronder de Commissie geldboeten kan opleggen (opleggingsvoorwaarden). Een van deze voorwaarden is dat de vastgestelde inbreuk opzettelijk of uit onachtzaamheid is gepleegd (beschikking SPO e.a./Commissie, aangehaald in punt 274, punt 53).

277 Verder is de Commissie verplicht in de mededeling van punten van bezwaar een korte voorlopige beoordeling te geven van de duur en de zwaarte van de verweten inbreuk en van de vraag of de inbreuk in de omstandigheden van het onderhavige geval opzettelijk dan wel uit onachtzaamheid is gepleegd. Of deze voorlopige beoordeling, die de adressaten van een mededeling van punten van bezwaar in staat moet stellen zich te verdedigen, toereikend is, dient evenwel niet alleen te worden getoetst aan de bewoordingen van de betrokken handeling, maar ook aan de context waarin deze is verricht en aan het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen (arrest Gerecht van 8 juli 2004, Corus UK/Commissie, T-48/00, Jurispr. blz. II-2325, punt 146).

278 De Commissie heeft verzoekster in de mededeling van de punten van bezwaar (punten 95-140) erover ingelicht dat haar tariefpraktijken en met name de prijssqueeze die voortvloeide uit de negatieve of ontoereikende marge tussen haar groothandelstarieven en haar eindgebruikerstarieven, volgens haar een inbreuk vormden op artikel 82 EG. Bovendien heeft de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar (punten 141-152) onderzocht over welke speelruimte verzoekster bij de vaststelling van haar tarieven beschikte en aldus nagegaan of zij schuld had aan de verweten gedragingen.

279 In deze omstandigheden dient te worden geconcludeerd dat de in de mededeling van de punten van bezwaar verstrekte informatie over de in artikel 15, lid 2, eerste alinea, van verordening nr. 17 gestelde voorwaarden waaronder geldboeten kunnen worden opgelegd, voldoende precies was. Aangezien uit onachtzaamheid gepleegde inbreuken vanuit het oogpunt van de mededinging niet minder ernstig zijn dan opzettelijk gepleegde inbreuken (beschikking SPO e.a./Commissie, aangehaald in punt 274, punt 55), hoefde verzoekster overigens geen preciezere aanwijzingen over haar schuld te krijgen om haar rechten van verdediging naar behoren te kunnen uitoefenen.

280 Hoe dan ook moet worden vastgesteld dat verzoekster haar rechten van verdediging op dit punt daadwerkelijk heeft uitgeoefend, aangezien zij in haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar haar schuld heeft betwist door naar de nationale tariefregeling te verwijzen.

281 Het eerste middel dient dus te worden afgewezen.

B — *Tweede middel: schending van artikel 253 EG*

1. Argumenten van partijen

282 Verzoekster wijst erop dat de bestreden beschikking de redenen moet vermelden waarom de Commissie van mening is dat aan de voorwaarden voor de oplegging

van een geldboete is voldaan (arrest Remia e.a./Commissie, aangehaald in punt 185, punt 26; arresten Gerecht van 24 januari 1992, La Cinq/Commissie, T-44/90, Jurispr. blz. II-1, punt 43, en 29 juni 1993, Asia Motor France e.a./Commissie, T-7/92, Jurispr. blz. II-669, punt 30). Aangezien nergens in de bestreden beschikking wordt uitgelegd waarom de Commissie van mening is dat verzoekster uit onachtzaamheid of opzettelijk een inbreuk heeft gepleegd, maakt deze beschikking inbreuk op artikel 253 EG, zodat de geldboete dient te worden ingetrokken.

283 De Commissie vordert de afwijzing van dit middel.

2. Beoordeling door het Gerecht

284 Vooraf zij eraan herinnerd dat de motiveringsplicht van artikel 253 EG een wezenlijk vormvoorschrift is dat moet worden onderscheiden van de vraag naar de gegrondheid van de motivering, die de inhoudelijke wettigheid van de omstreden handeling betreft. Dit houdt in dat de door artikel 253 EG geëiste motivering moet beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking moet doen komen, opdat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen (arrest Hof van 22 maart 2001, Frankrijk/Commissie, C-17/99, Jurispr. blz. I-2481, punt 35).

285 Het is niet noodzakelijk dat alle relevante gegevens feitelijk of rechtens in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de beoordeling van de vraag of de motivering van een handeling aan de eisen van artikel 253 EG voldoet, niet alleen acht moet worden geslagen op de bewoordingen ervan, maar ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen (arresten Hof van 22 maart 2001, Frankrijk/Commissie, aangehaald in punt 284, punt 36, en 19 september 2002, Spanje/Commissie, C-113/00, Jurispr. blz. I-7601, punt 48).

286 De bestreden beschikking (tweede visum) bevat een verwijzing naar artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17. In de eerste alinea van deze bepaling wordt gepreciseerd onder welke voorwaarden de Commissie geldboeten kan opleggen (opleggingsvoorwaarden). Een van deze voorwaarden is dat de inbreuk opzettelijk of uit onachtzaamheid is gepleegd (beschikking SPO e.a./Commissie, aangehaald in punt 274, punt 53).

287 Verder zet de Commissie in de punten 102 tot en met 162 en 176 tot en met 183 van de bestreden beschikking in detail uiteen waarom zij van mening is dat de tariefpraktijken van verzoekster misbruik vormen in de zin van artikel 82 EG, alsook, in de punten 163 tot en met 175, waarom verzoekster moet worden geacht verantwoordelijk te zijn voor de vastgestelde inbreuk, ondanks het feit dat de Duitse autoriteiten haar tarieven dienen goed te keuren.

288 In deze omstandigheden dient te worden geoordeeld dat de vaststelling in de bestreden beschikking dat is voldaan aan de voorwaarden van artikel 15, lid 2, eerste alinea, van verordening nr. 17 om geldboeten op te leggen, toereikend is gemotiveerd.

289 Dit middel dient dus eveneens te worden afgewezen.

C — *Derde middel: verzoekster kan geen onachtzaamheid of opzettelijke inbreuk worden verweten*

1. Argumenten van partijen

290 Verzoekster stelt dat zij niet uit onachtzaamheid of opzettelijk een inbreuk heeft gepleegd.

291 In de eerste plaats zijn al haar groothandelstarieven en eindgebruikerstarieven door de BMPT en vervolgens door de RegTP goedgekeurd. Verzoekster kon er dus terecht van uitgaan dat haar tarieven wettig waren. Zij beklemtoont dat de RegTP een neutrale en onafhankelijke overheidsinstantie is. Het staat aan de RegTP en niet aan verzoekster om na te gaan of de groothandelstarieven en de eindgebruikerstarieven in overeenstemming zijn met artikel 82 EG. Bovendien heeft het Oberlandesgericht te Düsseldorf in zijn arrest van 16 januari 2002 geoordeeld dat verzoekster niet verantwoordelijk kon worden gesteld voor de door de RegTP vastgestelde tarieven.

292 In de tweede plaats hebben gemachtigden van de Commissie verzoekster tijdens een bijeenkomst van 17 april 2000 meegedeeld dat de procedure tegen haar niet zou worden voortgezet, aangezien de Commissie een niet-nakomingsprocedure tegen de Bondsrepubliek Duitsland had ingeleid. Bovendien heeft de Commissie van januari 2000 tot juni 2001, dat wil zeggen gedurende ongeveer anderhalf jaar, geen enkele onderzoeksmaatregel getroffen. Verzoekster mocht uit dit gedrag van de Commissie afleiden dat deze over onvoldoende elementen beschikte om haar van misbruik van machtspositie te beschuldigen, althans voor de periode van januari 2000 tot juni 2001. In haar memorie van repliek voegt verzoekster hieraan toe dat zij uit de inleiding van de niet-nakomingsprocedure, de schorsing van de misbruikprocedure en de tijdens de bijeenkomst van 17 april 2000 door de Commissie gegeven uitleg heeft afgeleid dat deze de grief inzake schending van artikel 82 EG had ingetrokken.

293 In de derde plaats merkt verzoekster op dat zij bij gebreke van communautaire rechtspraak en van beschikkingen van de Commissie betreffende prijssqueezes in de telecommunicatiesector nooit heeft getwijfeld aan de juistheid van de beoordeling van de RegTP. Bovendien mocht verzoekster, gelet op de administratieve praktijk van de RegTP, die het probleem van de prijssqueeze herhaaldelijk heeft onderzocht, ervan uitgaan dat de Commissie uiteindelijk tot dezelfde conclusie zou komen als de RegTP.

294 De Commissie en interveniënte II vorderen de afwijzing van het onderhavige middel.

2. Beoordeling door het Gerecht

295 Wat de vraag betreft of de inbreuken opzettelijk of uit onachtzaamheid zijn gepleegd en als zodanig overeenkomstig artikel 15, lid 2, eerste alinea, van verordening nr. 17 met een geldboete kunnen worden bestraft, is geoordeeld dat aan deze voorwaarde is voldaan wanneer de betrokken onderneming niet onkundig kan zijn van het mededingingsverstorende karakter van haar gedrag, ongeacht of zij zich ervan bewust is de mededingingsregels van het Verdrag te schenden (arresten Gerecht van 1 april 1993, BPB Industries en British Gypsum/Commissie, T-65/89, Jurispr. blz. II-389, punt 165, en 6 oktober 1994, Tetra Pak/Commissie, T-83/91, Jurispr. blz. II-755, punt 238).

296 In casu kon verzoekster niet onkundig zijn van het feit dat zij, ondanks de goedkeuringsbesluiten van de RegTP, over een reële speelruimte beschikte om haar eindgebruikerstarieven vast te stellen en dus om de prijssqueeze te verminderen door deze tarieven te verhogen. Zij kon evenmin onkundig zijn van het feit dat deze prijssqueeze ernstige beperkingen van de mededinging meebracht, met name gelet op het feit dat zij een monopoliepositie inneemt op de markt voor intermediair gebruik en vrijwel een monopoliepositie inneemt op de eindgebruikerstoegangsmarkt (bestreden beschikking, punten 97-100).

297 Bijgevolg is voldaan aan de voorwaarden waaronder de Commissie geldboeten kan opleggen (beschikking SPO e.a./Commissie, aangehaald in punt 274, punt 53).

298 Bovendien betekent het feit dat een precontentieuze procedure tegen de Bondsrepubliek Duitsland is ingesteld, niet dat niet is voldaan aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 15, lid 2, eerste alinea, van verordening nr. 17. Verzoekster kon immers niet onkundig zijn van het feit dat zij over een reële speelruimte beschikte om haar eindgebruikerstarieven te verhogen en dat haar tariefpraktijken een belemmering vormden voor de ontwikkeling van de mededinging op de markt voor toegang tot het aansluitnetwerk, waarop met name door haar aanwezigheid de mededinging reeds was verzwakt (zie in die zin arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, aangehaald in punt 226, punt 91).

299 Ten slotte moet het argument dat de RegTP de prijssqueeze heeft onderzocht, om de hierboven in de punten 267 tot en met 269 uiteengezette redenen worden verworpen.

300 Het derde middel dient dus eveneens te worden afgewezen.

D — *Vierde en zesde middel: bij de berekening van het bedrag van de geldboete is onvoldoende rekening gehouden met de tariefregeling en met verzachtende omstandigheden*

1. Argumenten van partijen

301 Verzoekster stelt dat de Commissie de gestelde inbreuk ten onrechte als zwaar heeft gekwalificeerd. Verzoeksters bijdrage tot de inbreuk was gering, aangezien de omstreden tarieven door de RegTP waren vastgesteld. De inbreuk kan dus overeenkomstig de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd (PB 1998, C 9, blz. 3; hierna: „richtsnoeren"), hoogstens

als een niet te ernstige inbreuk worden aangemerkt. Verzoekster wijst erop dat de RegTP bij besluit van 19 december 2002 zelfs een door verzoekster aangevraagde verhoging van haar tarieven boven het vastgestelde plafond heeft afgewezen, hoewel verzoekster ter ondersteuning van dit verzoek en ter rechtvaardiging van de overschrijding van het vastgestelde plafond heeft verwezen naar de door de Commissie ingeleide procedure.

302 De vermindering van het basisbedrag van de geldboete met 10 %, die is toegekend om rekening te houden met de regulering van de tarieven door de RegTP, kan dus niet volstaan. De besluiten van de RegTP konden een „redelijke twijfel […] over het inbreukmakende karakter" van het gedrag van verzoekster in de zin van bovengenoemde richtsnoeren doen ontstaan. Verzoekster verwijst verder naar beschikking 2001/892/EG van de Commissie van 25 juli 2001 in een procedure op grond van artikel 82 van het EG-Verdrag (COMP/C-1/36.915 — Deutsche Post AG — Onderschepping van grensoverschrijdende post) (PB L 331, blz. 40; hierna: „beschikking Deutsche Post"), waarin de Commissie een louter symbolische geldboete heeft opgelegd, rekening houdend met het feit dat de betrokken onderneming zich conform de rechtspraak van de Duitse rechtbanken had gedragen en er geen communautaire rechtspraak over grensoverschrijdende postdiensten bestond.

303 De Commissie had bij de vaststelling van de geldboete ook rekening moeten houden met andere verzachtende omstandigheden, namelijk het ontbreken van een ernstige beperking van de mededinging en het feit dat de lage tarieven van verzoekster een sociale functie vervullen.

304 In haar memorie van repliek verwijst verzoekster naar het arrest van het Oberlandesgericht te Düsseldorf van 16 januari 2002. Zij merkt op dat deze rechterlijke instantie heeft geoordeeld dat zij door de inning van vergoedingen die door de RegTP zijn vastgesteld, geen misbruik maakt van haar machtspositie en dat het loutere feit dat zij een tariefverzoek heeft ingediend, niet volstaat om te stellen dat zij het mededingingsrecht heeft geschonden. Volgens het Oberlandesgericht is verzoekster uit mededingingsrechtelijk oogpunt niet verplicht om andere verzoeken in te dienen.

Er kon haar hoogstens een symbolische geldboete worden opgelegd, aangezien de tarieven niet alleen gedeeltelijk in overeenstemming zijn met de rechtspraak van de Duitse rechtbanken (beschikking Deutsche Post, punt 193), maar zelfs dwingend door de RegTP zijn opgelegd.

305 De Commissie en interveniënte II vorderen de afwijzing van dit middel.

2. Beoordeling door het Gerecht

306 In de punten 206 en 207 van de bestreden beschikking heeft de Commissie de inbreuk als zwaar — en niet als zeer zwaar — gekwalificeerd, voor zover zij betrekking heeft op de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001, op grond dat de methode voor de berekening van de prijssqueeze op basis van gewogen cijfers nieuw was en nog niet in een formele beschikking was toegepast en dat verzoekster althans sinds 1999 de prijssqueeze continu heeft verkleind.

307 Voor de periode van 1 januari 2002 tot mei 2003 was de Commissie van mening dat er sprake was van een niet te ernstige inbreuk (bestreden beschikking, punt 207), aangezien „de juridische mogelijkheid van [verzoekster] om de prijssqueeze althans voor een deel op te heffen, niet verder [ging] dan een verhoging van de T-DSL-bedragen" (bestreden beschikking, punt 206). Zij heeft bovendien voor dezelfde periode afgezien van een verhoging van de geldboete op basis van de duur van de inbreuk „op grond van de regelgevende beperkingen van de speelruimte van [verzoekster] voor het uitvoeren van tariefwijzigingen" (bestreden beschikking, punt 211).

308 In punt 212 van de bestreden beschikking heeft de Commissie als verzachtende omstandigheid in aanmerking genomen dat „het bij de [tarieven van verzoekster] voor eindgebruikers en voor intermediair verbruik in het onderhavige geval om bedragen gaat die vanaf begin 1998 onderwerp van een sectorspecifieke regelgeving op nationaal niveau waren en nog steeds zijn".

309 Op basis van bovengenoemde overwegingen heeft de Commissie verzoekster in artikel 3 van de bestreden beschikking een geldboete van 12,6 miljoen EUR opgelegd. Zij heeft het bedrag van de geldboete bepaald volgens de berekeningsmethode die zij zichzelf in de richtsnoeren heeft opgelegd. Het op basis van de zwaarte van de inbreuk bepaalde bedrag van de geldboete is aldus overeenkomstig punt 1 A, tweede alinea, van de richtsnoeren vastgesteld op 10 miljoen EUR (bestreden beschikking, punt 207). Dit bedrag is overeenkomstig punt 1 B, eerste alinea, van de richtsnoeren met 40 % verhoogd, rekening houdend met het feit dat de inbreuk heeft geduurd van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001, wat een basisbedrag oplevert van 14 miljoen EUR (bestreden beschikking, punt 211). Vervolgens heeft de Commissie dit bedrag overeenkomstig punt 3 van de richtsnoeren met 10 % verlaagd om rekening te houden met verzachtende omstandigheden.

310 Anders dan verzoekster stelt, kon de Commissie de inbreuk voor de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001 als zwaar kwalificeren (bestreden beschikking, punt 207). De gelaakte tariefpraktijken verhogen immers de toetredingsdrempel voor nieuwkomers op recentelijk geliberaliseerde markten en brengen aldus de goede werking van de gemeenschappelijke markt in gevaar. Dienaangaande dient eraan te worden herinnerd dat de richtsnoeren (punt 1 A, tweede alinea) uitsluiting door een onderneming met een machtspositie als een zware inbreuk kwalificeren en uitsluiting door een onderneming die vrijwel een monopoliepositie inneemt, zelfs als een zeer zware inbreuk kwalificeren.

311 Wat de tussenkomst van de RegTP bij de vaststelling van verzoeksters tarieven betreft, dient eraan te worden herinnerd dat het gedrag van de betrokken onderneming bij de vaststelling van de hoogte van de sanctie kan worden beoordeeld in het

licht van de verzachtende omstandigheid die het nationale rechtskader oplevert (zie in die zin arresten Suiker Unie e.a./Commissie, aangehaald in punt 89, punt 620, en CIF, aangehaald in punt 86, punt 57).

312 Ter terechtzitting heeft de Commissie uitgelegd dat de verlaging van de geldboete met 10 %, die zij heeft toegekend om rekening te houden met het feit dat „de [tarieven van verzoekster] voor eindgebruikers en voor intermediair verbruik […] onderwerp van een sectorspecifieke regelgeving op nationaal niveau […] zijn" (bestreden beschikking, punt 212), verband houdt met de tussenkomst van de RegTP bij de vaststelling van de prijzen van verzoekster en met de omstandigheid dat deze nationale instantie tijdens de door de bestreden beschikking bestreken periode herhaaldelijk heeft onderzocht of de tariefpraktijken van verzoekster tot een prijssqueeze leidden.

313 Gelet op de marge waarover de Commissie bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete beschikt (arresten Gerecht van 6 april 1995, Martinelli/Commissie, T-150/89, Jurispr. blz. II-1165, punt 59, en 26 april 2007, Bolloré e.a./Commissie, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 en T-136/02, Jurispr. blz. II-947, punt 580), dient te worden vastgesteld dat zij de in het vorige punt genoemde elementen naar behoren in aanmerking heeft genomen door het basisbedrag van de geldboete met 10 % te verlagen.

314 Wat de sociale functie betreft die verzoekster naar eigen zeggen vervult, dient eraan te worden herinnerd dat ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang volgens artikel 86, lid 2, EG vallen onder de regels van het Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. Ook al zou verzoekster met het beheer van diensten van algemeen economisch belang in de zin van deze bepaling zijn belast, toont zij geenszins aan waarom de in de bestreden beschikking gelaakte tariefpraktijken noodzakelijk zouden zijn voor de vervulling van deze opdracht. Dit argument kan dus niet worden aanvaard.

315 Verzoekster verwijst verder naar de beschikking Deutsche Post en is van mening dat de Commissie haar, net als de onderneming met een machtspositie waartegen die beschikking was gericht, een symbolische geldboete had moeten opleggen.

316 Dienaangaande moet er om te beginnen aan worden herinnerd dat het feit dat de Commissie in het verleden voor sommige soorten inbreuken geldboeten van een bepaald niveau heeft opgelegd, volgens vaste rechtspraak haar niet behoeft te verhinderen dit niveau binnen de in verordening nr. 17 gestelde grenzen te verhogen, indien dat noodzakelijk is ter uitvoering van het communautaire mededingingsbeleid. Voor een doeltreffende toepassing van de communautaire mededingingsregels moet de Commissie het niveau van de geldboeten immers op elk moment aan de eisen van dit beleid kunnen aanpassen (zie arrest Bolloré e.a./Commissie, aangehaald in punt 313, punt 376 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

317 Verder verschilt de situatie van verzoekster fundamenteel van die van de onderneming waarop de beschikking Deutsche Post betrekking had.

318 Uit de punten 192 en 193 van de beschikking Deutsche Post, die betrekking had op misbruik bij de behandeling van grensoverschrijdende post, blijkt namelijk dat de Commissie het om drie redenen passend heeft geacht om slechts een symbolische geldboete aan de in die beschikking bedoelde onderneming op te leggen: ten eerste had de betrokken onderneming zich conform de rechtspraak van de Duitse rechtbanken gedragen; ten tweede bestond er geen specifieke communautaire rechtspraak met betrekking tot de betrokken grensoverschrijdende postdiensten, en ten derde had de betrokken onderneming toegezegd om een procedure voor de verwerking van inkomende grensoverschrijdende post in te voeren die praktische moeilijkheden zou vermijden en het opsporen van eventuele toekomstige inbreuken op de vrije mededinging zou vergemakkelijken.

319 In casu dient in de eerste plaats te worden vastgesteld dat het enige Duitse arrest waarnaar verzoekster verwijst dat van het Oberlandesgericht te Düsseldorf is, dat is gewezen op 16 januari 2002, dat wil zeggen in de periode gedurende welke de inbreuk volgens de bestreden beschikking (punt 207) niet te ernstig was. Dit arrest is hoe dan ook vernietigd bij het arrest van het Bundesgerichtshof van 10 februari 2004. In de tweede plaats blijkt uit de bestreden beschikking (punten 106 en 206) dat de Commissie dezelfde beginselen heeft toegepast als die welke aan de beschikking Napier Brown/British Sugar van 1988 ten gronde lagen. In haar bekendmaking van 22 augustus 1998 betreffende de toepassing van de mededingingsregels op overeenkomsten inzake toegang in de telecommunicatiesector — Kader, relevante markten en beginselen (punten 117-119), had de Commissie reeds aangekondigd dat zij van plan was om de beginselen van de beschikking Napier Brown/British Sugar in de telecommunicatiesector toe te passen. Het enige nieuwe element in de bestreden beschikking bestaat in de „[gewogen prijsbepaling die diende te worden toegepast aangezien] in Duitsland één enkel voor intermediair verbruik bestemd bedrag voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnet is vastgesteld, terwijl de bedragen voor de desbetreffende eindgebruikersdiensten voor een analoge aansluiting, voor ISDN en voor ADSL variëren" (bestreden beschikking, punt 206). De Commissie heeft er evenwel rekening mee gehouden dat deze aanpak nieuw was, door de inbreuk voor de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001 als zwaar en niet als zeer zwaar te kwalificeren (bestreden beschikking, punt 206). In de derde en laatste plaats heeft verzoekster in de onderhavige zaak geenszins toegezegd om elke inbreuk in de toekomst te vermijden.

320 Aangezien in casu niet is voldaan aan de drie in de beschikking Deutsche Post genoemde criteria, kan het argument dat is gebaseerd op de oplossing waarvoor in die beschikking is geopteerd, niet worden aanvaard.

321 Uit al het voorgaande volgt dat het onderhavige middel dient te worden afgewezen.

E — *Vijfde middel: verkeerde beoordeling van de duur van de inbreuk*

1. Argumenten van partijen

322 Verzoekster wijst erop dat de Commissie het bedrag van de geldboete wegens de zwaarte van de inbreuk in de periode van 1998 tot en met 2001 heeft verhoogd. In de bestreden beschikking (punt 208) heeft de Commissie evenwel zelf erkend dat verzoekster pas sinds 1999 wist dat haar tariefstructuur misbruik vormde.

323 Verzoekster stelt dat de gemachtigden van de Commissie haar tijdens de bijeenkomst van 17 april 2000 hebben meegedeeld dat de Commissie van plan was om een niet-nakomingsprocedure tegen de Bondsrepubliek Duitsland in te stellen. Deze door de Commissie zelf verstrekte informatie en de lange duur van de door haar gevoerde administratieve procedure hebben verzoekster gesterkt in de overtuiging dat haar tarieven niet in strijd waren met artikel 82 EG en hebben er aldus toe bijgedragen dat de inbreuk langer heeft geduurd. Bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete mag dus niet de volledige duur van de inbreuk in aanmerking worden genomen (arrest Hof van 6 maart 1974, Istituto chemioterapico italiano en Commercial Solvents/Commissie, 6/73 et 7/73, Jurispr. blz. 223, punt 51).

324 De Commissie vordert de afwijzing van dit middel.

2. Beoordeling door het Gerecht

325 Voor zover verzoekster met dit middel opkomt tegen de berekening van de duur van de inbreuk, dient te worden vastgesteld dat verzoekster in haar verzoekschrift

niet alleen subsidiair verzoekt om verlaging van de geldboete, maar ook om gedeeltelijke nietigverklaring van artikel 1 van de bestreden beschikking (arrest Gerecht van 25 oktober 2005, Groupe Danone/Commissie, T-38/02, Jurispr. blz. II-4407, punten 210-214).

326 Wat de beoordeling van de gegrondheid van dit middel betreft, dient eraan te worden herinnerd dat de Commissie in de bestreden beschikking verwijst naar klachten die in 1999 door de concurrenten van verzoekster zijn ingediend. Volgens de Commissie was verzoekster dus vanaf dat ogenblik op de hoogte „van een mogelijke oneigenlijke tarievenstructuur voor de toegang tot het lokale netwerk" (bestreden beschikking, punt 208).

327 Dat verzoekster pas sinds 1999 kennis heeft van de grief dat zij misbruik maakt van haar machtspositie, doet geen afbreuk aan het inbreukmakende karakter van haar gedrag vanaf 1 januari 1998. Het begrip misbruik in de zin van artikel 82 EG is immers een objectief begrip (arresten Hoffmann-La Roche/Commissie, aangehaald in punt 226, punt 91; AKZO/Commissie, aangehaald in punt 189, punt 69, en beschikking Piau/Commissie, aangehaald in punt 233, punt 37; arrest Irish Sugar/Commissie, aangehaald in punt 122, punt 111). Voor de toepassing van artikel 82 EG is dus niet vereist dat de onderneming met een machtspositie subjectieve kennis heeft van het feit dat haar gedrag misbruik vormt.

328 Het eerste argument dient dus te worden verworpen.

329 Het argument van verzoekster dat de geldboete lager zou zijn uitgevallen indien de beschikking vroeger was vastgesteld, kan evenmin worden aanvaard. Het gaat immers om een zuiver hypothetisch argument. Uit de bestreden beschikking (punt 211) blijkt overigens dat de Commissie voor de periode van 1 januari 2002 tot mei 2003 heeft afgezien van een verhoging van de geldboete.

330 Het tweede argument kan dus niet worden aanvaard, zodat het laatste middel in zijn geheel dient te worden afgewezen. Bijgevolg dient het beroep te worden verworpen.

Kosten

331 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van de Commissie worden verwezen in haar eigen kosten en in die van de Commissie.

332 Ingevolge artikel 87, lid 4, derde alinea, van het Reglement voor de procesvoering zullen de interveniënten hun eigen kosten dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer — uitgebreid)

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) **Deutsche Telekom AG zal haar eigen kosten en die van de Commissie dragen.**

3) **Arcor AG & Co. KG, Versatel NRW GmbH, EWE TEL GmbH, HanseNet Telekommunikation GmbH, Versatel Nord-Deutschland GmbH, NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH, Versatel Süd-Deutschland GmbH en Versatel West-Deutschland GmbH zullen hun eigen kosten dragen.**

Vilaras Martins Ribeiro Šváby

Jürimäe Wahl

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 10 april 2008.

De griffier

E. Coulon

De president van de Vijfde kamer (uitgebreid)

M. Vilaras

Inhoud

Feiten ..... II - 488

I — Diensten op intermediair niveau ..... II - 489

II — Toegangsdiensten voor eindgebruikers ..... II - 491

A — Tarieven voor analoge lijnen (T-Net) en digitale smalband — ISDN (T-ISDN) ..... II - 492

B — Tarieven voor ADSL-lijnen (T-DSL) ..... II - 494

Administratieve procedure ..... II - 495

Bestreden beschikking ..... II - 496

Procesverloop ..... II - 502

Conclusies van partijen ..... II - 506

In rechte ..... II - 507

I — Primaire vordering tot nietigverklaring van de bestreden beschikking ..... II - 507

A — Eerste middel: schending van artikel 82 EG ..... II - 507

1. Eerste onderdeel: verzoekster heeft geen misbruik gepleegd, aangezien zij over onvoldoende speelruimte beschikte om de prijssqueeze te vermijden ..... II - 508

a) Argumenten van partijen ..... II - 508

b) Beoordeling door het Gerecht ..... II - 514

i) Inleidende opmerkingen ..... II - 514

ii) Bestreden beschikking ..... II - 516

iii) Ontbreken van misbruik op grond van het feit dat verzoekster in de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001 over onvoldoende speelruimte beschikte om door een verhoging van haar eindgebruikerstarieven de prijssqueeze te vermijden ..... II - 517

iv) Ontbreken van misbruik op grond dat verzoekster in de periode vanaf 1 januari 2002 over onvoldoende speelruimte beschikte om de prijssqueeze te verminderen door een verhoging van haar eindgebruikerstarieven voor ADSL-aansluitingen ..... II - 528

2. Tweede onderdeel: onrechtmatigheid van de methode op basis waarvan de Commissie de prijssqueeze heeft vastgesteld ..... II - 532

a) Argumenten van partijen ..... II - 532

b) Beoordeling door het Gerecht ..... II - 537

i) Moest de Commissie in de bestreden beschikking aantonen dat de eindgebruikerstarieven van verzoekster als zodanig misbruik vormden? ..... II - 537

ii) De door de Commissie bij de berekening van de prijssqueeze gebruikte methode ..... II - 538

Bestreden beschikking ..... II - 538

Rechtmatigheid van de door de Commissie gebruikte methode ..... II - 541

— Voorafgaande opmerkingen ..... II - 541

— Onrechtmatigheid van de methode volgens welke de prijssqueeze wordt berekend op basis van de tarieven en de kosten van de verticaal geïntegreerde onderneming met een machtspositie, los van de specifieke positie van de concurrenten op de markt ..... II - 543

— De grief dat de Commissie slechts rekening heeft gehouden met de inkomsten uit alle toegangsdiensten, met uitsluiting van de inkomsten uit andere diensten, met name die uit communicatiediensten ..... II - 546

— De grief dat de kosten voor de opzegging van de diensten op intermediair niveau in de berekening van de prijssqueeze zijn opgenomen ..... II - 549

3. Derde onderdeel: rekenfout bij de vaststelling van de prijssqueeze ... II - 551

a) Argumenten van partijen ..... II - 551

b) Beoordeling door het Gerecht ..... II - 552

4. Vierde onderdeel: de vastgestelde prijssqueeze heeft geen gevolgen voor de markt ..... II - 554

a) Argumenten van partijen ..... II - 554

b) Beoordeling door het Gerecht ..... II - 557

B — Tweede middel: gebreken van het dispositief van de bestreden beschikking ..... II - 561

1. Argumenten van partijen ..... II - 561

2. Beoordeling door het Gerecht ..... II - 562

C — Derde middel: misbruik van bevoegdheid en schending van het evenredigheids-, het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel ..... II - 564

1. Argumenten van partijen ..... II - 564

2. Beoordeling door het Gerecht ..... II - 566

II — Subsidiaire vordering tot verlaging van de opgelegde geldboete ..... II - 569

A — Eerste middel: schending van de rechten van de verdediging ..... II - 569

1. Argumenten van partijen ..... II - 569

2. Beoordeling door het Gerecht ..... II - 570

B — Tweede middel: schending van artikel 253 EG ..... II - 571

1. Argumenten van partijen ..... II - 571

2. Beoordeling door het Gerecht ..... II - 572

C — Derde middel: verzoekster kan geen onachtzaamheid of opzettelijke inbreuk worden verweten ..... II - 573

1. Argumenten van partijen ..... II - 573

2. Beoordeling door het Gerecht ..... II - 575

D — Vierde en zesde middel: bij de berekening van het bedrag van de geldboete is onvoldoende rekening gehouden met de tariefregeling en met verzachtende omstandigheden ..... II - 576

1. Argumenten van partijen ..... II - 576

2. Beoordeling door het Gerecht ..... II - 578

E — Vijfde middel: verkeerde beoordeling van de duur van de inbreuk ..... II - 583

1. Argumenten van partijen ..... II - 583

2. Beoordeling door het Gerecht ..... II - 583

Kosten ..... II - 585