FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (femte avdelningen i utökad sammansättning)

den 10 april 2008 *

I mål T-271/03,

Deutsche Telekom AG, Bonn (Tyskland), inledningsvis företrätt av advokaterna K. Quack, U. Quack och S. Ohlhoff, därefter av advokaterna U. Quack och S. Ohlhoff,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, inledningsvis företrädd av K. Mojzesowicz och S. Rating, därefter av Mojzesowicz och A. Whelan, och slutligen av K. Mojzesowicz, W. Mölls och O. Weber, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

* Rättegångsspråk: tyska.

med stöd av

Arcor AG & Co. KG, Eschborn (Tyskland), inledningsvis företrätt av advokaterna M. Klusmann, F. Wiemer och M. Rosenthal, därefter av advokaterna M. Klusmann och F. Wiemer, slutligen av advokaten M. Klusmann,

och av

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

EWE TEL GmbH, Oldenburg (Tyskland),

HanseNet Telekommunikation GmbH, Hamburg (Tyskland),

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

NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH, Köln (Tyskland),

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

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

företrädda av advokaterna N. Nolte, T. Wessely och J. Tiedemann,

intervenienter,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 2003/707/EG av den 21 maj 2003 om tillämpning av artikel 82 EG (Ärende COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG) (EGT L 263, s. 9) och, i andra hand, en talan om nedsättning av de böter som ålagts sökanden enligt artikel 3 i nämnda beslut,

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen i utökad sammansättning)

sammansatt av ordföranden M. Vilaras samt domarna E. Martins Ribeiro, D. Šváby, K. Jürimäe och N. Wahl,

justitiesekreterare: handläggaren K. Andová,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 3 maj 2007,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1 Sökanden Deutsche Telekom AG är den traditionella teleoperatören i Tyskland. Den tyska staten innehar 30,92 procent direkt och 12,13 procent indirekt (via Kreditanstalt für Wiederaufbau) av sökandens aktiekapital. De resterande 56,95 procenten innehas av institutionella och privata placerare.

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

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

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

I — *Grossister*

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

6 Sökandens grossistavgifter bestod av två komponenter, nämligen en avgift för det månatliga abonnemanget och en engångsavgift. Då en konkurrent sade upp ett abonnemang fakturerade sökanden uppsägningsavgifterna till konkurrenten.

7 Sökandens grossistavgifter ska, i enlighet med 25 § 1 TKG, godkännas i förväg av Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (post- och telestyrelsen, nedan kallad RegTP).

8 RegTP kontrollerade i detta sammanhang huruvida de grossistavgifter som sökanden ansökte om uppfyllde villkoren i 24 § TKG. I 24 § TKG anges att ”[a]vgifterna ska fastställas på grundval av kostnaderna för ett effektivt tillhandahållande av en tjänst”. Enligt 24 § TKG får avgifterna inte

”1. innehålla tillägg som endast kan drivas igenom på grund av en leverantörs dominerande ställning … på den relevanta telemarknaden,

2. inbegripa sådana prisnedsättningar som begränsar konkurrensmöjligheterna för andra företag på en telemarknad, eller

3. gynna vissa användare i jämförelse med andra användare av liknande eller identiska tjänster på telemarknaden i fråga,

såvida detta inte rättfärdigas genom ett styrkt berättigat skäl”.

9 Sökanden är enligt 29 § 1 TKG skyldig att tillämpa de avgifter som RegTP fastställde i beslutet om godkännande, under hela beslutets giltighetstid.

II — *Tillträdestjänster för slutkunder*

10 Sökanden erbjuder sina slutkunder två basalternativ vad gäller tillträdestjänster: via traditionell analog anslutning (varumärke: T-Net) eller via digital smalbandsanslutning (Integrated Services Digital Network – ISDN, varumärke: T-ISDN). Dessa båda basalternativ för slutkundernas anslutning till accessnätet kan tillhandahållas via sökandens befintliga nät med tvinnad parkabel av koppar (smalbandsanslutningar). Därutöver erbjuder sökanden sina slutkunder även bredbandsanslutningar (Asymmetrical Digital Subscriber Lines = varumärke: T DSL eller ADSL), närmare bestämt genom kompletterande upprustning av de befintliga T-Net- eller T-ISDN-anslutningarna för att möjliggöra bredbandstjänster, till exempel snabbare tillträde till Internet.

11 Sökandens avgifter för tillträdestjänster till slutkunderna (nedan även kallade slutkundsavgifter) regleras, vad avser analoga anslutningar och ISDN-anslutningar, med hjälp av ett pristakssystem. Sökanden fastställer däremot slutkundsavgifterna för ADSL-tjänsterna efter eget skön. Dessa kan däremot underkastas en senare avgiftsreglering.

12 De avgifter som sökanden tar ut av sina slutkunder består av två komponenter: en månatlig grundavgift, som hänför sig till kvaliteten på anslutningarna och tjänsterna som tillhandahålls, och en engångsavgift för nyinstallation eller övertagande av en anslutning, som hänför sig till den arbetsinsats som krävs vid de båda ändarna av anslutningen. Sökanden tar inte ut uppsägningsavgifter av sina kunder.

A — *Avgifter för abonnemang avseende analoga anslutningar (T-Net) och digital smalbandsanslutningar – ISDN (T-ISDN)*

13 Tillträdesavgifterna för abonnemang av analoga anslutningar och ISDN fastställs enligt pristakssystemet. I enlighet med 27 § 1 andra meningen och 25 § 1 TKG, samt 4 och 5 §§ i förordningen om reglering av teleavgifter av den 1 oktober 1996 (BGBl. I, s. 1492) (nedan kallad förordningen om avgiftsreglering), sker regleringen av slutkundsavgifterna för anslutning till sökandens fasta nät och för samtalen inte separat för varje enskild tjänst på grundval av kostnaden för tjänsten, utan för flera tjänster tillsammans, varvid de olika enskilda tjänsterna sammanförs i korgar.

14 Pristakssystemet avseende slutkundernas avgifter för tillträde till sökandens nät infördes genom BMPT:s beslut av den 17 december 1997 (meddelande nr 202/1997, Offentliga tidningen (BMPT) 34/97, s. 1891). Det aktuella systemet administreras sedan den 1 januari 1998 av RegTP. RegTP skapade därvid två korgar, en för tjänster till privatkunder och en för tjänster till företagskunder. Båda korgarna omfattade både tillträdestjänster för slutkunder (analoga standardanslutningar och ISDN-standardanslutningar) och hela sökandens utbud i fråga om telefoni, såsom lokal-, regional-, fjärr- och utlandssamtal.

15 RegTP ska, i enlighet med 4 § 1 och 4 § 2 i förordningen om avgiftsreglering, fastställa dels en utgångsavgift för alla tjänster som är sammanförda i en korg, dels målsättningen för avgiftsutvecklingen under en bestämd tidsperiod.

16 Genom det aktuella avgiftssystemet fastställs således en övre avgiftsgräns för varje korg. Systemet innehåller däremot inte några bindande lägsta avgifter.

17 Enligt BMPT:s beslut av den 17 december 1997 var sökanden tvungen att sänka den totala avgiften för var och en av de två korgarna med 4,3 procent mellan den 1 januari 1998 och den 31 december 1999 (första pristaksperioden). Vid utgången av den första perioden, den 31 december 1999, beslöt RegTP genom beslut av den 23 december 1999 att i huvudsak behålla korgarnas innehåll och sänkte avgifterna med 5,6 procent mellan den 1 januari 2000 och den 31 december 2001 (andra pristaksperioden).

18 Inom ramen för de bindande riktlinjerna för avgiftssänkning kunde sökanden ändra avgifterna för de enskilda beståndsdelarna i varje korg, förutsatt att RegTP hade godkänt en sådan ändring. I enlighet med 27 § 2 TKG och 5 § 3 i förordningen om avgiftsreglering, var avgiftsändringar tillåtna om den genomsnittliga avgiften för en korg inte översteg det angivna pristaksindexet. Genom systemet tilläts alltså avgiftshöjningar för en eller flera beståndsdelar i en korg, så länge korgens övre avgiftsgräns inte överskreds. En avgiftsändring godkändes emellertid inte, enligt 27 § 3 TKG, om avgifterna ”uppenbart [inte var] förenliga med föreskrifterna i 24 § 2 punkt 2 eller 3 TKG eller … då de [inte var] förenliga med TKG eller andra rättsliga bestämmelser”.

19 Under de första två pristaksperioderna sänkte sökanden slutkundsavgifterna för de båda korgarna och överskred de fastställda riktlinjerna för sänkning väsentligt. Dessa avgiftssänkningar avsåg i huvudsak endast samtalsavgifterna. Slutkundsavgifterna för analoga förbindelser (månadsavgifter och engångsavgifterna för tillträde) ändrades däremot inte under de första två pristaksperioderna, det vill säga från år 1998 till slutet av år 2001. Vad avser slutkundsavgifterna för ISDN-förbindelser, sänkte sökanden under samma period månadsavgifterna men ändrade inte engångsavgifterna för slutkunder.

20 Sedan den 1 januari 2002 gäller ett nytt pristakssystem som RegTP beslutade om den 21 december 2001 (rapport RegTP 2/2002, av den 6 februari 2002, s. 75). I det

nya systemet föreskrivs, i stället för de båda tidigare korgarna för privat- och företagskunder, numera fyra korgar, nämligen för accessnät (korg A), lokalsamtal (korg B), fjärrsamtal inom landet (korg C) och utlandssamtal (korg D).

21 Den 15 januari 2002 informerade sökanden RegTP om sin avsikt att höja månadsavgifterna för analoga anslutningar och ISDN-anslutningar med vardera 0,56 euro. RegTP godkände denna höjning i beslut av den 13 mars 2002.

22 Sökanden ansökte den 31 oktober 2002 om ytterligare en höjning av sina slutkundsavgifter. RegTP avslog delvis denna ansökan i beslut av den 19 december 2002. RegTP godkände en höjning av månadsavgiften med 0,33 euro i stället för den höjning med 0,99 euro som sökanden har ansökt om. RegTP avslog den begärda höjningen med 13,40 euro av engångsavgiften för övertagande av T-Net- och T-ISDN-anslutningar.

B — *Avgifter för ADSL-anslutningar (T-DSL)*

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

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

Det administrativa förfarandet

25 Mellan den 18 mars och den 20 juli 1999 lämnade femton konkurrenter till sökanden in klagomål till kommissionen avseende sökandens avgifter.

26 Kommissionen skickade den 15 juli 1999 en begäran om upplysningar till sökanden, i enlighet med artikel 11 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av artiklarna [81 EG] och [82 EG] (EGT 1962, 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8). Sökanden besvarade denna begäran genom skrivelser av den 13 och den 25 augusti 1999.

27 Kommissionen skickade den 19 januari 2000 en begäran om upplysningar till sökandens konkurrenter.

28 Den 22 juni 2001 skickade kommissionen en ny begäran om upplysningar till sökanden.

29 Den 2 maj 2002 skickade kommissionen ett meddelande om invändningar på grundval av artikel 19.1 i förordning nr 17 till sökanden.

30 Sökanden yttrade sig den 29 juli 2002 över meddelandet om invändningar.

31 Sökanden lämnade den 25 oktober 2002 in ett yttrande avseende klagandenas svarsskrivelser med avseende på meddelandet om invändningar.

32 Kommissionen skickade den 21 februari 2003 ett tillägg till meddelandet om invändningar till sökanden.

33 Sökanden yttrade sig den 14 mars 2003 över tillägget till meddelandet om invändningar.

Det angripna beslutet

34 Kommissionen antog den 21 maj 2003 beslut nr 2003/707/EG om ett förfarande enligt artikel 82 EG (Ärende COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG) (EGT L 263, s. 9) (nedan kallat det angripna beslutet). Beslutet delgavs sökanden den 30 maj 2003.

35 Enligt kommissionen utgörs de relevanta marknaderna av marknaden i efterföljande led för tillträdet till det fasta nätet för sökandens konkurrenter på grossistnivå samt marknaden i efterföljande led för tillträde till smalbandsanslutningar (analoga anslutningar och ISDN) och bredbandsanslutningar (ADSL-anslutningar) för slutkunder (det angripna beslutet, skäl 91). Dessa marknaders geografiska omfattning utgörs av Tyskland (det angripna beslutet, skäl 92).

36 Kommissionen fann att sökanden har en dominerande ställning på alla relevanta produkt- och tjänstemarknader (det angripna beslutet, skäl 96).

37 Enligt kommissionen har sökanden överträtt artikel 82 EG genom att ta ut alltför höga avgifter, i form av ”marginalpress”, genom att fakturera sina konkurrenter grossistavgifter som är högre än avgifterna för sökandens egna slutkunder (det angripna beslutet, skälen 1, 57, 102 och 103).

38 I skälen 102–105 i det angripna beslutet anges avseende marginalpress följande:

> ”102 Marginalpress föreligger om summan av månads- och engångsavgifterna till [sökanden] för tillträde på grossistnivå tvingar konkurrenterna att ta ut högre avgifter av sina slutkunder än [sökanden] tar ut av sina egna slutkunder för motsvarande tjänster. Om grossistavgifterna är högre än slutkundsavgifter[na] kan [sökandens] konkurrenter under inga omständigheter gå med vinst, även om de är lika effektiva som [sökanden], eftersom de

förutom grossistavgifterna även har andra kostnader, till exempel för marknadsföring, fakturering, inkasso.

103 Genom att [sökanden] tar ut grossistavgifter för konkurrenternas tillträde till accessnätet som är högre än avgifterna för [sökandens] egna slutkunder för tillträde till det fasta nätet hindrar [sökanden] sina konkurrenter att, förutom de rena telefonsamtalen, även erbjuda tillträdestjänster via accessnätet. Därmed tvingar [sökanden] samtidigt de konkurrenter som är intresserade av att beställa tillträde till accessnätet, för att erbjuda sina kunder anslutningstjänster, att utjämna de förlustbringande tillträdestjänsterna genom högre intäkter från telefonsamtalen. Samtalstaxorna i Tyskland har dock sjunkit betydligt under de senaste åren, så att konkurrenterna ofta inte har någon ekonomisk möjlighet att använda en sådan blandkalkyl.

104 [Sökanden] anser att det föreliggande beviset om oskälig prissättning i form av marginalpress är uteslutet eftersom grossistavgifterna är föreskrivna av RegTP. Marginalpress föreligger endast om den pressade marginalen orsakas av ett för högt grossistpris, ett för lågt slutkundspris eller en blandning av båda, och detta kan åtgärdas på båda nivåerna enligt lagstiftningen. Ett rättsligt fastställt grossistpris leder dock till att [sökanden] endast har inflytande på slutkundernas tillträdesavgifter och att endast dessa avgifter kan prövas enligt principerna om oskäliga erbjudande[n] under de verkliga kostnaderna (konkurrens genom diskriminerande prissättning).

105 I strid med [sökandens] uppfattning är ändå missbruksformen marginalpress tillämplig för det föreliggande sakförhållandet. På relaterade marknader, där

konkurrenterna erhåller grossisttjänster av den etablerade operatören och är hänvisade till detta för att kunna konkurrera på en produkt- eller tjänstemarknad i senare led, kan det utan tvivel finnas en pressad marginal mellan de reglerade grossistpriserna och slutkundspriserna. För att bevisa att det finns en marginalpress gäller det till att börja med endast att det finns en obalans mellan de båda avgiftsnivåerna som kan leda till en konkurrensbegränsning. Därutöver måste visserligen även redogöras för att företaget som omfattas av avgiftsregleringen har ett kommersiellt spelrum att på eget initiativ förhindra eller eliminera marginalpressen. När så är fallet, som i föreliggande fall …, blir det viktigt att behandla frågan om vilka avgifter det berörda företaget utan statlig inblandning kan ändra, dock endast som ett medel för att eliminera marginalpressen.”

39 Kommissionen påpekade, vad avser metoden för bedömning av marginalpressen, att sökandens konkurrenter genom att ha tillgång till sökandens accessnät kan erbjuda sina slutkunder en rad olika tillträdestjänster, nämligen analogt smalbandigt tillträde, digitalt smalbandigt tillträde (ISDN) eller bredbandigt tillträde i form av ADSL-tjänster. Eftersom RegTP har fastställt en enhetlig avgift för sökandens grossisttjänster, oberoende av tjänsterna i senare led via accessnätet, ska sökandens månadsavgifter och engångsavgifter, vilka står i proportion till den genomsnittliga abonnemangstiden för grossisttjänster, jämföras med dess månadsavgifter och engångsavgifter, vilka står i proportion till den genomsnittliga abonnemangstiden för tillträdestjänster för slutkunder. Kommissionen har, för att beräkna genomsnittet av sökandens avgifter för tillträdestjänster till slutkunder, utfört en kvantitativ viktad beräkning av de olika slutkundsavgifterna som sökanden tog ut för analoga anslutningar, ISDN- och ADSL-anslutningar, samt för olika sorters anslutningar vad beträffar ISDN- och ADSL-anslutningar (det angripna beslutet, skälen 113, 115, 116 och 142–151).

40 Kommissionen beaktade vid beräkning av marginalpressen enbart avgifterna avseende tillträde till accessnätet. Samtalsavgifterna togs inte med i denna beräkning (det angripna beslutet, skäl 119).

41 Enligt kommissionen ”[kan man] [b]eträffande tillträdet till det fasta nätet i föreliggande fall … utgå ifrån att det föreligger en oskälig marginalpress om skillnaden mellan slutkundsavgifter hos ett dominerande företag och grossistavgifterna för jämförbara tjänster för konkurrenterna antingen är negativ eller inte tillräcklig för att täcka den dominerande operatörens produktspecifika kostnader för att tillhandhålla sina egna slutkundstjänster på en marknad i efterföljande led” (det angripna beslutet, skäl 107).

42 Kommissionen fann vid beräkningar av marginalpressen att marginalerna mellan sökandens slutkundsavgifter och grossistavgifter var negativa mellan åren 1998 och 2001 (det angripna beslutet, skäl 153). Denna marginal var positiv för år 2002 (det angripna beslutet, skäl 154). Marginalpressen bestod emellertid år 2002 eftersom den positiva marginalen inte var tillräcklig för att täcka sökandens produktspecifika kostnader avseende tillhandahållandet av tjänster till slutkunder (det angripna beslutet, skälen 154 och 160). Marginalpressen fanns fortfarande vid den tidpunkt då det angripna beslutet antogs (det angripna beslutet, skäl 161).

43 Kommissionen konstaterade därefter att sökandens avgifter för grossister och slutkunder visserligen omfattas av en sektorsspecifik reglering. Sökanden förfogar ändå över ett tillräckligt handlingsutrymme för att genom avgiftsanpassning minska, eller till och med eliminera, marginalpressen (det angripna beslutet, skälen 57, 105 och 163–175). Kommissionen har uppgett att sökanden, från och med den 1 januari 2002, inte längre förfogade över ett handlingsutrymme som tillät bolaget att höja avgifterna för analoga anslutningar och ISDN. Sökanden hade emellertid kunnat minska marginalpressen genom att höja sina avgifter för ADSL-anslutningar (det angripna beslutet, skälen 171–175 och 206).

44 Kommissionen konstaterade i skäl 199 i det angripna beslutet slutligen följande:

”[Sökanden] har missbrukat sin dominerande ställning på de relevanta marknaderna för direkt tillträde till dess fasta telefonnät. Detta missbruk består av fastställandet

av orimliga priser för tillträdestjänster på grossistnivå för konkurrenterna och för slutkundernas tillträdestjänster till det fasta nätet och uppfyller därmed kriterierna i artikel 82 a i EG-fördraget. Inom perioden från början av 1998 till slutet av 2001 hade [sökanden] möjlighet att fullständigt eliminera marginalpressen genom taxeändringar på slutkundsnivå. Sedan början av 2002 har [sökanden] i alla fall haft möjlighet att minska marginalpressen genom att höja slutkundernas avgifter för ADSL, som inte omfattas av pristakssystemet."

45 Kommissionen ålade sökanden att betala 12,6 miljoner euro i böter efter att ha konstaterat att det förelåg en allvarlig överträdelse under perioden från början av år 1998 till slutet av år 2001 och en mindre allvarlig överträdelse sedan början av år 2002 (det angripna beslutet, skälen 207 och 212).

46 I artikeldelen i det angripna beslutet anges följande:

"Artikel 1

[Sökanden] har sedan 1998 överträtt artikel 82 a EG genom att påföra sina konkurrenter och sina slutkunder orimliga månads- och engångsavgifter för tillträdet till det fasta nätet och därigenom på ett betydande sätt hindrat konkurrensen på marknaden för tillträde till accessnätet.

Artikel 2

[Sökanden] ska omedelbart upphöra med de överträdelser som omnämns i artikel 1 och ska framdeles avhålla sig från att upprepa de överträdelser eller det agerande som omnämns i artikel 1.

Artikel 3

På grund av den i artikel 1 nämnda överträdelsen fastställs ett bötesbelopp på 12,6 miljoner euro för [sökanden].

…”

Förfarandet

47 Sökanden har väckt förevarande talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 30 juli 2003.

48 Genom skrivelser som inkom till förstainstansrättens kansli den 12 december 2003 begärde dels Arcor AG & Co. KG (nedan kallad intervenient I), dels CityKom Münster GmbH Telekommunikationsservice, därefter Tropolys NRW GmbH,

numera Versatel NRW GmbH, EWE TEL GmbH, HanseNet Telekommunikation GmbH, ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG, numera Arcor AG & Co. KG, KomTel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbH, numera Versatel Nord-Deutschland GmbH, NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH, TeleBeL Gesellschaft für Telekommunikation Bergisches Land mbH, därefter Tropolys NRW GmbH, numera Versatel NRW GmbH, tesion Telekommunikation GmbH, numera Versatel Süd-Deutschland GmbH, Versatel Deutschland GmbH & Co. KG, numera Versatel West-Deutschland GmbH (tillsammans nedan kallade intervenient II) att få intervenera till stöd för kommissionens yrkanden.

49 Sökanden bad i skrivelse av den 30 januari 2004 att förstainstansrätten skulle behandla vissa delar av ansökan, svarsinlagan, repliken och vissa tillhörande bilagor som konfidentiella.

50 Sökanden bad i skrivelse av den 22 mars 2004 att förstainstansrätten skulle behandla en del av dupliken som konfidentiell.

51 Genom beslut av förstainstansrättens ordförande av den 6 maj 2004 tilläts de ovan i punkt 48 nämnda företagen att intervenera till stöd för kommissionens yrkanden. Beslut angående sökandens begäran om konfidentiell behandling skulle meddelas senare.

52 De icke-konfidentiella versioner som sökanden har upprättat av olika handlingar i målet har överlämnats till intervenienterna I och II.

53 Intervenienterna I och II invände genom skrivelse av den 24 juni 2004 mot att vissa delar som dolts i de icke-konfidentiella versionerna av handlingarna i målet skulle anses konfidentiella.

54 Intervenient II inkom med sin interventionsinlaga den 14 juli 2004, och intervenient I med sin inlaga den 2 augusti 2004. Parterna i målet har yttrat sig över interventionsinlagorna.

55 Sökanden yttrade sig i skrivelse av den 20 december 2004 över de invändningar som intervenienterna I och II gjort mot begäran om konfidentiell behandling.

56 Ordföranden vid femte avdelningen beslutade den 15 juni 2006 att delvis godta sökandens begäran om konfidentiell behandling.

57 Intervenient II informerade förstainstansrätten, i skrivelse av den 14 september 2006, att intervenient I efterträdde ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG. Förstainstansrätten informerades i samma skrivelse, i enlighet med artikel 99 i förstainstansrättens rättegångsregler, av intervenient II om att ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG, numera Arcor AG & Co. KG, i syfte att undvika dubbel talerätt, inte längre omfattades av dess interventioner.

58 Genom beslut meddelat av ordföranden på femte avdelningen den 30 november 2006, ströks Arcor AG & Co. KG, tidigare ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG, från förevarande mål som intervenient II.

59 Den 11 december 2006 beslutade förstainstansrätten, efter att ha hört parterna, att hänskjuta målet till förstainstansrättens femte avdelning i utökad sammansättning.

60 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (femte avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet. Rätten ställde skriftliga frågor till sökanden och kommissionen och bad dem att inkomma med vissa handlingar, i enlighet med de bestämmelser om åtgärder för processledning som föreskrivs i artikel 64 i förstainstansrättens rättegångsregler. Parterna rättade sig efter rättens begäran inom de föreskrivna tidsfristerna.

61 Sökanden begärde, i skrivelse av den 21 mars 2007, konfidentiell behandling av vissa delar av kommissionens inlaga av den 5 mars 2007, som innehöll svaren på förstainstansrättens skriftliga frågor. Intervenienterna I och II gjorde inte några invändningar mot denna begäran. En icke-konfidentiell version av kommissionens inlaga som sökanden upprättat överlämnades till intervenienterna I och II.

62 Eftersom domare F. Dehousse hade fått förhinder, förordnade förstainstansrättens ordförande den 29 mars 2007, med stöd av artikel 32.3 i rättegångsreglerna, domare N. Wahl för att göra sammansättningen fullständig.

63 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 3 maj 2007.

Parternas yrkanden

64 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten ska

— ogiltigförklara det angripna beslutet, och i andra hand, med stöd av sitt utrymme för skönsmässig bedömning minska det bötesbelopp som kommissionen ålade sökanden enligt artikel 3 i det angripna beslutet,

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

65 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten ska

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

66 Intervenient I har yrkat att förstainstansrätten ska

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

67 Intervenient II har yrkat att förstainstansrätten ska

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

I — *Förstahandsyrkandena avseende ogiltigförklaring av det angripna beslutet*

68 Sökanden har åberopat tre grunder till stöd för sin talan. Den första grunden avser kommissionens slutsats att artikel 82 EG har överträtts, den andra grunden att det angripna beslutet är bristfälligt och den tredje grunden att kommissionen har gjort sig skyldig till maktmissbruk samt åsidosatt principerna om proportionalitet, rättssäkerhet och skydd för berättigade förväntningar.

A — *Den första grunden: överträdelse av artikel 82 EG*

69 Det första grunden består av fyra delgrunder. Enligt den första delgrunden föreligger det inte något missbruk, då sökanden inte förfogade över ett tillräckligt handlingsutrymme för att kunna undvika marginalpressen. Enligt den andra delgrunden använde

kommissionen en rättsstridig metod för att fastställa marginalpressen. Enligt den tredje delgrunden har kommissionen gjort en felaktig beräkning av marginalpressen och enligt den fjärde delgrunden hade den konstaterade marginalpressen inte någon inverkan på marknaden.

1. Den första delgrunden: avsaknad av missbruk då sökanden inte förfogade över ett tillräckligt handlingsutrymme för att kunna undvika marginalpressen

a) Parternas argument

70 Sökanden har gjort gällande att bolaget inte förfogade över ett tillräckligt handlingsutrymme för att kunna undvika den påstådda marginalpress som fastställdes i det angripna beslutet. Kommissionen själv fann att sökanden saknade handlingsutrymme för att fastställa grossistavgifterna. Grossistavgifterna som fastställs av RegTP borde motsvara kostnaderna för ett effektivt tillhandahållande av tjänster, och således inte nödvändigtvis sökandens kostnader.

71 Sökanden förfogade inte heller över något handlingsutrymme för fastställande av slutkundsavgifterna. Vad avser perioden mellan åren 1998 och 2001, är missbruk från sökandens sida uteslutet enbart av den anledningen att det var RegTP och därefter BMPT som fastställde de avgifter som sökanden tog ut för smalbandsanslutningar (se punkterna 73–79 nedan).

72 Med avseende på perioden efter januari 2002, är det endast sökandens beslut om avgifter för bredbandsanslutningar som kan anses utgöra missbruk. Kommissionen erkände nämligen själv i det angripna beslutet att sökanden sedan år 2002 inte förfogade över något handlingsutrymme vad avser avgifterna för smalbandsanslutningar. Om förstainstansrätten skulle finna att sökanden efter år 2002 förfogade över ett handlingsutrymme för att fastställa avgifterna för bredbandsanslutningar, var detta handlingsutrymme i vilket fall som helst utan betydelse för den påstådda marginalpressen (se punkterna 80–83 nedan).

73 Sökanden har för det första, vad avser smalbandsanslutningarna (analoga anslutningar och ISDN), påstått att enligt tysk rätt skulle dess slutkundsavgifter i samtliga fall undersökas och godkännas på förhand av RegTP eller, före år 1998, av BMPT. Sökanden kan inte anses ha överträtt artikel 82 EG genom att ta ut de nämnda avgifterna, eftersom sökanden enligt 29 § 1 TKG inte kunde avvika från de godkända avgifterna utan att åläggas böter.

74 Sökanden har vad avser fastställande av avgifterna påstått att RegTP, inom ramen för pristakssystemet, inledningsvis, definierade tjänstekorgar och målsättningar för avgiftsutvecklingen vilka begränsade möjligheten att ändra avgifterna inom dessa korgar (”avgiftsindex” eller ”övre avgiftsgräns”). RegTP undersökte därefter de ändringar av individuella avgifter som sökanden hade föreslagit. RegTP ska i detta avseende enligt 24 och 27 §§ TKG, oberoende av om den övre gränsen som fastställts för korgen i fråga iakttas, kontrollera om de avgifter som sökanden ansökt om inte oberättigat hade fastställts på en lägre nivå än kostnaderna för ett effektivt tillhandahållande av en tjänst eller att avgifterna inte stred mot andra rättsregler, bland annat artikel 82 EG. RegTP ska alltså inte ändra slutkundsavgifter som sökanden har föreslagit om dessa avgifter strider mot artikel 82 EG, bland annat på grund av en marginalpress som är konkurrensbegränsande.

75 Sökanden har påpekat att bolaget före den 1 maj 2002, i enlighet med 97 § 3 TKG, var bundet av tvingande avgifter för analoga anslutningar på grundval av ett godkännande från BMPT, som inte var begränsat i tiden. I den bestämmelsen föreskrivs att ett godkännande av sökandens avgifter som beviljats ”före den 1 januari 1998 … är giltigt senast till den 31 december 2002”.

76 Sökanden har även gjort gällande att RegTP genom beslut av den 19 december 2002 enbart delvis, inom ramen för den övre avgiftsgränsen, godkände sökandens ansökan av den 31 oktober 2002 att kunna höja sina slutkundsavgifter för tillträdestjänster. Sökanden har dessutom gjort gällande att anslutningsavgifterna sedan den 1 januari 2002 ingår i en separat korg för vilken ett särskilt referensvärde har fastställts. Samtalsavgifterna påverkar inte möjligheten att iaktta dessa bindande värden. Kommissionen själv har erkänt att sökanden inte hade någon möjlighet att höja sina avgifter för smalbandsanslutning från år 2002. Den omständigheten att sökanden mellan åren 1998 och 2001 inte ansökte om ytterligare höjningar av de godkända avgifterna innebär inte att ansvaret för de avgifter som fastställts av RegTP och därmed en påstådd marginalpress ska läggas sökanden till last. Enbart möjligheten att ansöka om avgiftsändringar kan inte likställas med en självständig behörighet att fastställa avgifter. Det förfarande för undersökning och godkännande som RegTP följer i det enskilda fallet har inrättats i syfte att, genom en förhandsreglering, säkerställa att den traditionella operatören inte tar ut oegentliga avgifter, i enlighet med den skyldighet som åligger medlemsstater enligt artikel 17 i Europaparlamentets och rådets direktiv 98/10/EG av den 26 februari 1998 om tillhandahållande av öppna nätverk (ONP) för taltelefoni och samhällsomfattande tjänster för telekommunikation i en konkurrensutsatt miljö (EGT L 101, s. 24). Om en ansökan undersöks och ett beslut fattas enligt detta förfarande, genom iakttagande av de krav avseende förfarandet som uppställs i gemenskapsrätten avseende telekommunikationer, kan missbruk inte anses föreligga när ett företag tar ut avgifter som har fastställts till följd av en sådan undersökning. Missbruk kan inte anses föreligga då ett företag tar ut avgifter som har undersökts och godkänts.

77 Sökanden har för övrigt påpekat att den förhandsreglering som utfördes av RegTP syftade till att utforma marknadsstrukturen genom administrativa ingripanden och ersätter, på de områden där den var bestämmande, det ansvar att bevara marknadsstrukturen som åligger det reglerade företaget. Sökanden kan av denna anledning enbart anses vara skyldig att ansöka om avgiftsändringar hos RegTP om den underliggande faktiska situationen ändras.

78 I vilket fall som helst, under förutsättning att sökandens möjlighet att ansöka om en avgiftsändring kan berättiga till att hålla den ansvarig för en viss avgiftsnivå, kan inte någon ändring av omständigheterna medföra att sökanden blir skyldig att lämna in ytterligare ansökningar om höjningar av sina slutkundsavgifter. Anslutningsavgifterna ska däremot sedan år 1998 nästan inte ha ändrats och grossistavgifterna ska till och med ha sänkts avsevärt. RegTP ska för övrigt under samma period ha konstaterat i sina beslut av den 8 februari 1999, den 23 december 1999, den 30 mars 2001, den 21 december 2001, den 11 april 2002 och den 29 april 2003, att det inte förelåg någon marginalpress till nackdel för konkurrenterna. Oberlandesgericht Düsseldorf (regional appellationsdomstol i Düsseldorf, Tyskland) har dessutom i dom av den 16 januari 2002, funnit att de godkända avgifterna som sökanden tog ut inte utgjorde en överträdelse av artikel 82 EG.

79 Sökanden har, vad avser den dom som Bundesgerichtshof (högsta domstolen, Tyskland) meddelade den 10 februari 2004, genom vilken den dom som Oberlandesgericht Düsseldorf meddelade den 16 januari 2002 ogiltigförklarades, gjort gällande att det bekräftas genom den förstnämnda domen dels att RegTP kontrollerar att en avgift som är föremål för en ansökan om tillstånd är förenlig med artikel 82 EG, dels att det företag som har lämnat in ansökan om godkännande av avgiften endast undantagsvis kan hållas ansvarigt för en eventuell överträdelse av artikel 82 EG. Sökanden har påpekat att RegTP själv, vid flera tillfällen sedan år 1998, har funnit att det inte förelåg någon marginalpress som påverkade sökandens konkurrenter negativt. Bundesgerichtshof ska dessutom uttryckligen ha lämnat frågan om sökandens ansvar enligt konkurrensrätten vid fall av reglerade avgifter öppen.

80 Sökanden har även gjort gällande att bolaget inte kunde hållas ansvarigt för eventuella missbruk under perioden från år 2002, grundade enbart på sökandens påstådda handlingsutrymme avseende höjningar av T-DSL (ADSL)-avgifterna. Kommissionen kan inte bedöma detta handlingsutrymme separat, beräkningen av marginalpressen hade genomförts inte enbart på grundval av T-DSL (ADSL)-avgifterna, utan på grundval av samtliga slutkundsavgifter. Sökanden kunde inte, i motsats till vad kommissionen ansåg, obegränsat höja sina avgifter. Sökanden har således gjort gällande att avgiftens grundelement, nämligen avgiften för basanslutningen (analog anslutning eller ISDN), kräver ett godkännande på förhand av RegTP. Den avgift som tillkommer vid en övergång från analog anslutning eller ISDN till en ADSL-anslutning kommer att kontrolleras i efterhand av RegTP. Sökanden hänvisar i detta hänseende till RegTP:s beslut av den 30 mars 2001 respektive den 25 januari 2002. Sökanden, vars avgifter fastställs enligt 24 § TKG i förhållande till kostnaderna för ett effektivt tillhandahållande av en tjänst, förfogar under dessa omständigheter ingalunda över ett obegränsat handlingsutrymme för att höja sina ADSL-avgifter. RegTP avslutade genom beslut av den 25 januari 2002 förfarandet mot sökanden avseende otillräckligt täckta kostnader för ADSL. Sökanden har även påpekat att kommissionen enbart hänvisade till siffror som hade hämtats ur RegTP:s beslut av den 30 mars 2001, i syfte att visa att sökanden sedan år 2002 hade tillgång till ett handlingsutrymme för att höja sina ADSL-avgifter.

81 Sökanden har dessutom gjort gällande att sökandens slutkundsavgifter för ADSL-tjänster (analoga anslutningar sedan år 2001 och ISDN-anslutningar sedan år 2002), på grundval av kommissionens beräkningar, förutom under uppstartningsfasen, var högre än dess avgifter för grossisttjänster, vilka hade höjts på grundval av de särskilda kostnaderna som är bundna till slutkundstjänster. Det förelåg således ingen marginalpress. Den verkliga orsaken till den påstådda marginalpressen var att RegTP hade fastställt låga avgifter för analoga anslutningar. Sökanden har gjort gällande att, eftersom kommissionen själv anser att marknaden för bredbandsanslutningar (ADSL) och marknaden för smalbandsanslutningar (analoga anslutningar och ISDN) är separata, även om sökanden förfogar över ett handlingsutrymme på marknaden för bredbandsanslutningar – vilket möjliggör en höjning av avgifterna för ADSL-anslutningar – skulle varken en höjning eller en sänkning av ADSL-avgifterna på något sätt påverka bibehållandet av en konkurrensbegränsande marginalpress på marknaden för smalbandsanslutningar. En ändring av ADSL-avgifterna kan inte medföra att de

påstådda störningarna på marknaden för smalbandsanslutning försvinner, lika litet som fastställandet av ADSL-avgifterna skulle ha orsakat dessa störningar. Sökanden har även påpekat, i sin replik, att om en enda grossisttjänst ger tillgång till flera marknader i senare led, ska det undersökas med avseende på samtliga dessa marknader i senare led huruvida det föreligger en marginalpress.

82 Sökanden har för övrigt invänt mot kommissionens argument att marknaden för tillträde till det fasta nätet såsom grossisttjänst är enhetlig. Sökanden har påpekat att ett fullständigt tillträde till det fasta nätet kan utgöra grunden för ett erbjudande till slutkunder avseende antingen bredbandsanslutning eller smalbandsanslutning. Sökanden har framhållit den omständigheten att bredbandsanslutning kan marknadsföras separat från smalbandsanslutningar på grundval av delad access. Det är således inte nödvändigt med ett fullständigt tillträde till accessnätet för ADSL-tjänsterna. Om kommissionen hade beaktat avgifterna för delad access, vilka är aningen lägre än avgifterna för grossisttjänster, vid sin bedömning av marginalpressen, skulle resultatet ha varit mer fördelaktigt för sökanden.

83 Sökanden har slutligen gjort gällande att kommissionen inte visade i det angripna beslutet hur sökanden skulle ha kunnat minska den påstådda marginalpressen genom en höjning av ADSL-avgifterna. Med hänsyn till den korselasticitet som föreligger mellan ADSL-avgifterna och avgifterna för traditionella anslutningar, samt mellan olika sorters ADSL (från och med analoga anslutningar och ISDN) som kommissionen har godkänt, borde en mer ingående undersökning genomföras för att avgöra huruvida en höjning av ADSL-avgifterna faktiskt medför en höjning av de viktade slutkundsavgifterna. Sökanden har i detta hänseende påpekat att det föreligger en korspriselasticitet mellan ADSL-anslutningar och smalbandsanslutningar. Om sökanden tidigare hade tagit ut högre ADSL-avgifter än de aktuella, hade antalet ADSL-kunder varit färre. Det föreligger dessutom en stark korspriselasticitet på själva ADSL-området. Sökanden har i detta hänseende förklarat att bolaget erbjuder ADSL-anslutningar utifrån både analoga anslutningar och ISDN-anslutningar. En höjning av ADSL-avgifterna på grundval av ISDN-anslutningar skulle medföra att efterfrågan förflyttas till det analoga alternativet.

84 Kommissionen och intervenienterna I och II har yrkat att talan inte ska vinna bifall såvitt avser den första grundens första delgrund.

b) Förstainstansrättens bedömning

i) Inledande synpunkter

85 Det följer av domstolens rättspraxis att artiklarna 81 EG och 82 EG enbart avser sådant konkurrensbegränsande agerande som företagen på eget initiativ har medverkat till. Om företagen åläggs att agera på ett konkurrensbegränsande sätt i nationell lagstiftning eller om denna lagstiftning ger upphov till ett rättsligt ramverk som omöjliggör ett konkurrensmässigt agerande från företagens sida, är artiklarna 81 EG och 82 EG inte tillämpliga. Som framgår av dessa bestämmelser orsakas inte konkurrensbegränsningen i en sådan situation av företagens eget agerande (se dom av den 11 november 1997 i de förenade målen C-359/95 P och C-379/95 P, kommissionen och Frankrike mot Ladbroke Racing,REG 1997, s. I-6265, punkt 33, och där angiven rättspraxis).

86 Det ska i detta hänseende emellertid erinras om att domstolen endast i ringa omfattning godtagit möjligheten att utesluta ett visst konkurrenshämmande agerande från tillämpningsområdet för artiklarna 81 EG och 82 EG på grund av att det påtvingats företagen i fråga genom befintlig nationell lagstiftning eller att denna har undanröjt alla möjligheter till konkurrens från deras sida (dom av den 29 oktober 1980 i de förenade målen 209/78–215/78 och 218/78, Van Landewyck m.fl. mot kommissionen, REG 1980, s. 3125, punkterna 130–134, svensk specialutgåva, volym 5, s. 345, av den 20 mars 1985 i mål 41/83, Italien mot kommissionen, REG 1985, s. 873, punkt 19, svensk specialutgåva, volym 8, s. 131, av den 10 december 1985 i de förenade målen 240/82–242/82, 261/82, 262/82, 268/82 och 269/82, Stichting Sigarettenindustrie m.fl. mot kommissionen, REG 1985, s. 3831, punkterna 27–29, samt av den 9 september 2003 i mål C-198/01, CIF, REG 2003, s. I-8055, punkt 67).

87 För att nationella rättsregler ska vara tillämpliga på företags konkurrensbegränsande agerande i stället för artiklarna 81 EG och 82 EG krävs att de konkurrensbegränsande verkningarna enbart har sitt ursprung i den nationella lagen (förstainstansrättens dom av den 30 mars 2000 i mål T-513/93, Consiglio nazionale degli spedizionieri doganali mot kommissionen,REG 2000, s. II-1807, punkt 61).

88 Däremot kan artiklarna 81 EG och 82 EG tillämpas om det visar sig att den nationella lagstiftningen ger utrymme för en konkurrens som kan hindras, begränsas eller snedvridas genom företagens eget agerande (domen i det ovan i punkt 86 nämnda målet Van Landewyck m.fl., punkterna 126 och 130–134, domen i det ovan i punkt 86 nämnda målet Stichting Sigarettenindustrie m.fl. mot kommissionen, punkterna 12–37, dom av den 17 juli 1997 i mål C-219/95 P, Ferriere Nord mot kommissionen, REG 1997, s. I-4411, punkterna 23–25, och domen i det ovan i punkt 85 nämnda målet kommissionen och Frankrike mot Ladbroke Racing, punkt 34).

89 Om nationell lagstiftning således är begränsad till att uppmuntra eller underlätta självständiga konkurrenshämmande förfaranden för företagen, omfattas dessa av tillämpningsområdet för artiklarna 81 EG och 82 EG (dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, REG 1975, s. 1663, punkterna 36–73, och domen i det ovan i punkt 86 nämnda målet CIF, punkt 56, se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 18 september 1996 i mål T-387/94, Asia Motor France m.fl. mot kommissionen, REG 1996, s. II-961, punkt 60).

90 Det ska mot bakgrund av ovannämnda principer undersökas huruvida de tyska rättsreglerna, särskilt TKG, förordningen om avgiftsreglering och RegTP:s beslut under den tidsperiod som avses i det angripna beslutet, medförde att sökandens samtliga möjligheter till konkurrensbegränsande agerande förhindrades, eller om de lämnade ett tillräckligt stort handlingsutrymme för sökanden att själv fastställa sina avgifter på en nivå som skulle ha tillåtit sökanden att eliminera eller minska den marginalpress som konstaterades i det angripna beslutet.

ii) Det angripna beslutet

91 Kommissionen konstaterade i det angripna beslutet, efter att ha undersökt avgifterna för grossister och slutkunder, att ”[sökanden har gjort sig skyldig till] missbruk i form av marginalpress [som skapat] obalans mellan [dessa båda avgifter]” (skäl 57).

92 Kommissionen påpekade för övrigt i det angripna beslutet att ”man [kan] utgå ifrån att det finns en oskälig marginalpress om skillnaden mellan slutkundsavgifterna hos ett dominerande företag och grossistavgifterna för jämförbara tjänster hos konkurrenterna antingen är negativ eller inte tillräcklig för att täcka den dominerande operatörens produktspecifika kostnader för att tillhandhålla sina egna slutkundstjänster på en marknad i efterföljande led” (skäl 107).

93 Kommissionen uteslöt inte, i det angripna beslutet, möjligheten för sökanden att sänka sina grossistavgifter (skälen 17, 163 och 206), men analyserade i det nämnda beslutet endast huruvida sökanden förfogade över ett faktiskt handlingsutrymme för att kunna höja sina slutkundspriser (skälen 164–175). Kommissionen skilde i detta syfte mellan två perioder.

94 Kommissionen fann först att ”[sökanden] [i]nom perioden från början av år 1998 till slutet av 2001, … hade möjlighet att fullständigt eliminera marginalpressen genom taxeändringar på slutkundsnivå”, eller med andra ord, sina slutkundsavgifter (skäl 199). Kommissionen förklarade i detta avseende att ”[sökanden hade] möjlighet att undvika en marginalpress genom [att höja] slutkundsavgifterna för analoga accessnät och ISDN ” (skäl 164).

95 Därefter, även med avseende på perioden från den 1 januari 2002 till det datum då det angripna beslutet fattades, konstaterade kommissionen att sökanden förfogade över ett handlingsutrymme att höja slutkundsavgifterna. Detta handlingsutrymme avsåg emellertid enbart slutkundernas avgifter för tillträdestjänster till ADSL. Kommissionen påpekade i det angripna beslutet att ”[sökanden] sedan … år 2002 i alla fall [har] haft möjlighet att minska marginalpressen genom att höja slutkundernas avgifter för ADSL” (skäl 199). Kommissionen preciserade att ”[sökandens] rättsliga möjligheter att åtminstone delvis minska marginalpressen genom en ökning av T-DSL-avgifterna varit begränsad sedan den 1 januari 2002” (skäl 206).

96 Det ska under dessa förutsättningar undersökas huruvida kommissionen med rätta konstaterade, i det angripna beslutet, att sökanden under de två tidsperioder som åsyftas i punkterna 94 och 95 ovan, förfogade över tillräckligt handlingsutrymme för att höja sina slutkundspriser i syfte att eliminera eller minska den marginalpress som konstaterades i det angripna beslutet.

iii) Avsaknad av missbruk med anledning av att sökanden förfogade över ett otillräckligt handlingsutrymme för att undvika marginalpress genom att höja sina slutkundsavgifter under perioden från den 1 januari 1998 till den 31 december 2001

97 Enligt ordalydelsen i det angripna beslutet (skälen 164 och 199) förfogade sökanden över ett tillräckligt handlingsutrymme för att eliminera marginalpressen under tidsperioden mellan den 1 januari 1998 och den 31 december 2001, genom att höja sina slutkundsavgifter för tillträde till analoga anslutningar och ISDN-anslutningar.

98 För att bedöma huruvida kommissionen hade fog för detta konstaterande ska de tillämpliga tyska rättsreglerna undersökas.

99 Sökandens slutkundsavgifter för tillträde till analoga anslutningar och ISDN-anslutningar skulle, i detta avseende, godkännas av RegTP inom ramen för pristakssystemet, i enlighet med 27 § 1 andra meningen och 25 § 1 TKG, samt enligt 4 och 5 §§ i förordningen om avgiftsreglering. Detta system avsåg två korgar (tjänster till privatkunder och tjänster till företagskunder), vilka under perioden från den 1 januari 1998 till den 31 december 2001, omfattade både tillträdestjänster och lokal-, regional-, fjärr- och utlandssamtal. Sökanden var, med hänsyn till den övre gräns som fastställdes genom BMPT:s beslut av den 17 december 1997, tvungen att sänka den totala avgiften för var och en av de två korgarna med 4,3 procent under perioden från den 1 januari 1998 till den 31 december 1999 och, efter RegTP:s beslut av den 23 december 1999, med 5,6 procent under perioden från den 1 januari 2000 till den 31 december 2001.

100 Sökanden kunde emellertid inom denna ram ändra sina avgifter efter att ha erhållit ett godkännande i förväg från RegTP. Sökanden har inte ifrågasatt det konstaterande som kommissionen gjorde i skälen 37 och 166 i det angripna beslutet, enligt vilket sökanden under perioden från den 1 januari 1998 till den 31 december 2001, sänkte sina avgifter för samtal med en procentandel som vida översteg de nivåer på respektive 4,3 och 5,6 procent som RegTP föreskrivit för hela korgar. I RegTP:s svar av den 3 april 2002 på den begäran om upplysningar av den 23 mars 2002 som det hänvisas till i skäl 37 i det angripna beslutet, bekräftas således att ”avgifterna för telefonitjänster som regleras genom pristakssystemet har sänkts med [*konfidentiellt*] DEM (motsvarande ungefär [*konfidentiellt*] euro) utöver det som föreskrivs enligt pristakssystemet ”.

101 Denna sänkning av avgifterna har medfört ett handlingsutrymme för sökanden att höja sina slutkundsavgifter för tillträde till analoga anslutningar och ISDN-anslutningar.

102 Sökanden har för övrigt, såsom kommissionen påpekade i skäl 167 i det angripna beslutet, erkänt i sitt svar på meddelandet om invändningar att det förfogade över ett handlingsutrymme som gjorde det möjligt för sökanden att höja det månatliga abonnemanget för privatkunder med [*konfidentiellt*] euro under pristaksperioderna 1998/99.

103 Att sökanden förfogade över ett handlingsutrymme för att höja sina avgifter följer även av den tyska regeringens anmärkningar i meddelandet av den 8 juni 2000 till kommissionen. Den tyska regeringen konstaterade i detta meddelande följande:

”[D]et saknas fog för den invändning … enligt vilken RegTP, genom sina beslut om fastställande av en övre gräns för avgifterna för slutkunder, har begränsat [sökandens] handlingsutrymme så att denne inte längre kan höja avgiften för grundabonnemanget . … [Sökanden] hade [i själva verket] möjlighet att höja grundabonnemanget för analoga anslutningar (21,39 DEM) för att bättre anpassa grundabonnemanget till den avgift på 25,40 DEM som godkändes den 8 februari 1999 för tillträde till accessnätet.”

104 I RegTP:s beslut av den 8 februari 1999, till vilket sökanden hänvisade i sin ansökan och i sin replik, till stöd för sin argumentering enligt vilken sökanden inte kan hållas ansvarig för ett åsidosättande av artikel 82 EG, bekräftas att ”sökanden bevarar ett handlingsutrymme för omläggning av olika avgifter för slutkunder, inom gränserna för den korg som fastställdes i förfarandet avseende pristak”.

105 Kommissionen konstaterade således med fog i skälen 166 och 167 i det angripna beslutet att sökanden, med hänsyn till de sex ansökningar om sänkningar av samtalsavgifterna som framställdes under perioden från den 1 januari 1998 till den 31 december 2001, under den nämnda perioden förfogade över ett handlingsutrymme

som möjliggjorde för sökanden att ansöka om höjning av avgifterna för dess tillträdestjänster avseende analoga anslutningar och ISDN-anslutningar, och samtidigt iaktta den övre gräns som var tillämplig för samtliga korgar med tjänster till privatkunder och tjänster till företagskunder. Sökanden har för övrigt medgett under den muntliga förhandlingen att den förfogade över ett sådant handlingsutrymme.

106 Det ska även undersökas huruvida RegTP:s roll i fastställandet av sökandens avgifter, trots det handlingsutrymme som konstaterades i punkt 105 ovan, medförde att sökanden inte längre kan ställas till ansvar enligt artikel 82 EG.

107 Förstainstansrätten påminner i detta hänseende inledningsvis om att den omständigheten att det ålåg RegTP att godkänna sökandens avgifter inte medför att sökanden inte kan hållas ansvarig enligt artikel 82 EG (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 30 januari 1985 i mål 123/83, BNIC, REG 1985, s. 391, punkterna 21–23). Det är i själva verket så att då sökanden, vilket denne för övrigt medgav i sin replik, påverkar storleken på avgifterna för slutkunder, genom att ansöka om godkännande av dessa avgifter hos RegTP enligt 28 § 1 TKG, har de konkurrensbegränsande verkningar som är förbundna med den marginalpress som fastställdes i det angripna beslutet inte enbart sitt ursprung i den tillämpliga nationella lagen (domen i det ovan i punkt 87 nämnda målet Consiglio nazionale degli spedizionieri doganali mot kommissionen, punkt 61).

108 Sökanden har emellertid framhärdat att bolaget inte kan hållas ansvarigt enligt artikel 82 EG, eftersom RegTP i förväg kontrollerade huruvida sökandens avgifter var förenliga med nämnda artikel.

109 Förstainstansrätten konstaterar i detta hänseende att slutkundsavgifterna avseende tillträde till analoga anslutningar som var tillämpliga under perioden från den 1 januari 1998 till den 31 december 2001 inte hade godkänts av RegTP. Det hade nämligen fastställts på grundval av beslut som fattats med stöd av den lagstiftning

som var tillämplig innan TKG antogs. Sökanden bekräftade således i sitt svar på en skriftlig fråga från förstainstansrätten att bolagets slutkundsavgifter avseende analoga anslutningar under perioden från den 1 januari 1998 till den 31 december 2001 hade fastställts på grundval av ett godkännande som beviljats år 1990 av Post- och Teleministeriet med stöd av teleförordningen (Telekommunikationsordnung) för obegränsad tid.

110 Sökanden har emellertid varken i sin ansökan eller i sin replik gjort gällande att de avgifter som fastställdes enligt den lagstiftning som gällde år 1990 skulle ha godkänts efter det att den behöriga myndigheten hade undersökt huruvida de var förenliga med artikel 82 EG.

111 Det ska även påpekas att det inte framgår av de bestämmelser i TKG som gällde sedan den 1 augusti 1996 att RegTP ska undersöka huruvida ansökningar om ändring av slutkundsavgifter avseende tillträde till analoga anslutningar och ISDN är förenliga med artikel 82 EG.

112 Sökanden har till stöd för sitt påstående hänvisat till 27 § 3 TKG, enligt vilken RegTP ska undersöka huruvida de ansökta avgiftsändringarna är förenliga dels ”med andra rättsliga bestämmelser”, vilka omfattar artikel 82 EG, dels med de olika besluten av RegTP som nämns ovan i punkt 78, i vilka förekomsten av en marginalpress undersöktes.

113 Även om RegTP, i detta avseende, i likhet med varje statligt organ, var skyldigt att iaktta bestämmelserna i EG-fördraget (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 86 nämnda målet CIF, punkt 49), var denna myndighet den tyska myndighet som vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i målet var ansvarig för tillämpningen av lagstiftningen på området för telekommunikation. RegTP var emellertid inte en konkurrensmyndighet i den berörda medlemsstaten. De nationella regleringsmyndigheterna handlar emellertid enligt nationell rätt, vilken kan ha syften

som i telesektorn skiljer sig från de syften som gemenskapspolitiken på konkurrensområdet strävar efter (se kommissionens tillkännagivande av den 22 augusti 1998 om tillämpning av konkurrensreglerna på tillträdesavtal inom telesektorn – Ramen, relevanta marknader och principer (EGT C 265, s. 2), punkt 13).

114 De olika beslut av RegTP som sökanden har åberopat till stöd för sin argumentering innehåller inte någon hänvisning till artikel 82 EG.

115 RegTP har förvisso i flera beslut undersökt frågan huruvida avgifterna ger upphov till marginalpress, bland annat beslut av den 8 februari 1999, av den 30 mars 2001, av den 21 december 2001, av den 11 april 2002 och av den 29 april 2003.

116 RegTP fann emellertid, efter att ha konstaterat att det förelåg en negativ marginal mellan sökandens grossistavgifter och slutkundsavgifter, i varje beslut att korssubventionering mellan avgifterna för tillträdestjänster och avgifterna för samtal borde tillåta andra operatörer att erbjuda sina slutkunder konkurrenskraftiga avgifter.

117 RegTP konstaterade således i sitt beslut av den 29 april 2003 följande:

”[D]en obetydliga skillnaden mellan slutkundsavgifterna och grossistavgifterna påverkar inte konkurrenternas möjligheter att konkurrera avseende det fasta nätet i den grad att det blir ekonomiskt omöjligt för dem att tillträda marknaden under goda förhållanden, eller till och med överleva på marknaden … [Denna skillnad] var inte så betydande att den fråntog konkurrenterna varje möjlighet att själva korssubventionera

sina slutkundsavgifter för att kunna erbjuda sina slutkunder anslutningar till en lika intressant avgift som sökandens, eller till och med lägre. Det stämmer i synnerhet vad avser de mer värdefulla och dyra anslutningarna ISDN och ADSL, vilka har ökat påtagligt med anledning av den stora ökningen av Internets utbredning samt marknadsföring av snabbare och mer högpresterande Internetanslutningar.”

118 RegTP resonerade på ett liknande sätt i sina beslut av den 8 februari 1999, den 30 mars 2001, den 21 december 2001 och den 11 april 2002.

119 Den omständigheten att RegTP inte invände mot de avgifter som sökanden tog ut efter att ha konstaterat att det var nödvändigt för sökandens konkurrenter att tillgripa korssubventionering för att kunna erbjuda sina slutkunder konkurrenskraftiga avgifter för tillträdestjänster visar att RegTP inte har undersökt huruvida avgifterna i fråga var förenliga med artikel 82 EG eller åtminstone att den har gjort en felaktig tillämpning av dem (se punkterna 198–202 och 238 nedan).

120 För det fall RegTP ska anses vara skyldig att undersöka huruvida de slutkundsavgifter som sökanden tar ut är förenliga med artikel 82 EG, skulle en sådan omständighet inte förhindra att kommissionen konstaterar att det förelåg en överträdelse för vilken sökanden kan hållas ansvarig. Kommissionen är i själva verket inte bunden av ett beslut som har fattats av en nationell myndighet med stöd av artikel 82 EG (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 14 december 2000 i mål C-344/98, Masterfoods och HB,REG 2000, s. I-11369, punkt 48).

121 Det som är av betydelse i förevarande fall för att sökanden ska kunna hållas ansvarig för en eventuell överträdelse är huruvida sökanden vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i målet förfogade över ett tillräckligt handlingsutrymme för att kunna fastställa sina avgifter på en sådan nivå att bolaget hade kunnat eliminera eller minska den utpekade marginalpressen.

122 Det har emellertid redan konstaterats att sökanden kunde påverka storleken på sina slutkundsavgifter genom en ansökan om godkännande hos RegTP (se punkterna 98–105 ovan). Sökanden var, inom ramen för det särskilda ansvar som bolaget hade i egenskap av ett företag i dominerande ställning (domstolens dom av den 9 november 1983 i mål 322/81, NBIM mot kommissionen, REG 1983, s. 3461, punkt 57, svensk specialutgåva, volym 7, s. 351, förstainstansrättens dom av den 7 oktober 1999 i mål T-228/97, Irish Sugar mot kommissionen, REG 1999, s. II-2969, punkt 112, och av den 30 september 2003 i mål T-203/01, Michelin mot kommissionen,REG 2003, s. II-4071, punkt 97), skyldig att ansöka om ändring av sina avgifter då dessa innebar att en effektiv och icke snedvriden konkurrens inom den gemensamma marknaden påverkades negativt.

123 Bundesgerichtshof bekräftade för övrigt uttryckligen i sin dom av den 10 februari 2004 (se punkt 79 ovan), att sökanden var ansvarig för att ansöka om ändring av sina avgifter. Bundesgerichtshof påpekade dessutom att det enligt de tyska rättsreglerna inte var uteslutet att RegTP godkände föreslagna avgifter som var oförenliga med artikel 82 EG. Bundesgerichtshof fann att ”[i] motsats till fall då det dominerande företagets beteende direkt fastställs på grundval av nationella rättsregler, krävs det enligt lagstiftningen på telekommunikationsområdet att operatörer ansöker om godkännande av sina avgifter”, och att ”[ä]ven om det administrativa undersökningsförfarandet avser att avgifter som visar sig utgöra ett missbruk av dominerande ställning inte ska godkännas, utesluts därmed inte den faktiska möjligheten att ett bolag föreslår en avgift som innebär ett missbruk av bolagets dominerande ställning och att dess ansökan godkänns därför att missbruket i fråga inte upptäcktes under undersökningsförfarandet”.

124 Det följer av det ovan anförda att sökanden, trots RegTP:s inblandning i fastställandet av sökandens avgifter, under perioden från den 1 januari 1998 till den 31 december 2001 förfogade över ett tillräckligt handlingsutrymme för att artikel 82 EG ska anses tillämplig på dess avgiftspolicy.

125 Det ska även undersökas huruvida sökanden utnyttjade det handlingsutrymme som bolaget förfogade över för att ändra sina avgifter i syfte att undvika den marginalpress som konstaterades i det angripna beslutet för perioden från den 1 januari 1998 till den 31 december 2001.

126 Sökanden har med avseende på slutkundsavgifterna för analoga anslutningar i förevarande fall inte ifrågasatt påståendet att bolaget inte hade ansökt till RegTP om godkännande av avgiftshöjningar av engångsavgifterna och/eller månadsavgifterna. Det är således utrett att ”månads- och engångsavgifterna för tillträde till analog standardtelefonanslutning under hela tidsperioden från 1998 till slutet av 2001 har förblivit oförändrade” (det angripna beslutet, skäl 38).

127 Sökanden har likväl påpekat att bolaget, före den 1 maj 2002, var skyldigt enligt 97 § 3 TKG att tillämpa de tvingande avgifter för analoga anslutningar som Post- och Telekommunikationsministeriet hade fastställt år 1990.

128 Enligt en övergångsbestämmelse i 97 § 3 TKG var emellertid endast de av sökandens avgifter som hade godkänts före TKG:s ikraftträdande giltiga senast fram till den 31 december 2002. Den bestämmelsen utgjorde alltså ingalunda hinder för sökanden att agera med avseende på slutkundsavgifterna genom att ansöka om avgiftsändringar hos RegTP före detta datum, och särskilt under perioden från den 31 januari 1998 till den 31 december 2001.

129 Det har, vad avser slutkundsavgifterna för ISDN-anslutningar, inte invänts mot att RegTP till följd av sökandens ansökan genom beslut av den 16 februari 2000 godkände en sänkning av månadsavgifterna (det angripna beslutet, skäl 40).

130 Sökanden ansökte dessutom inte under perioden från den 31 januari 1998 till den 31 december 2001 om avgiftsändring avseende bolagets ursprungliga engångsavgifter för ISDN-anslutningar. Enligt sökanden har dessa avgifter, vilka fastställdes på

grundval av ett beslut som BMPT fattade år 1996 och som enligt 97 § 3 TKG har gällt efter TKG:s ikraftträdande, inte varit föremål för ändringar under den ovannämnda perioden (det angripna beslutet, skäl 41).

131 Sökanden utnyttjade således inte det handlingsutrymme som bolaget förfogade över för att uppnå en höjning av sina slutkundsavgifter vilken skulle ha medfört att marginalpressen sänktes under perioden från den 31 januari 1998 till den 31 december 2001. Sökanden använde i stället detta handlingsutrymme för att under samma period sänka sina slutkundspriser för ISDN-anslutningar.

132 Förstainstansrätten ska slutligen även undersöka huruvida kommissionen i det angripna beslutet har styrkt att sökanden förfogade över ett tillräckligt handlingsutrymme under perioden från den 1 januari 1998 till den 31 december 2001 för att ”undvika marginalpress” (skäl 164). Kommissionen konstaterade i detta avseende i det angripna beslutet att sökanden under den nämnda perioden hade möjlighet att fullständigt eliminera marginalpressen genom avgiftsändringar på slutkundsnivå (skäl 199).

133 Förstainstansrätten påpekar i detta hänseende att den marginalpress som konstaterades i det angripna beslutet med avseende på den perioden uppgick till [*konfidentiellt*] euro den 31 december 1998, till [*konfidentiellt*] euro den 31 december 1999, till [*konfidentiellt*] euro den 31 december 2000 och till [*konfidentiellt*] euro den 31 december 2001 (det angripna beslutet, skälen 152 och 153, och tabell 10).

134 Såsom kommissionen påpekade i sitt svar på en skriftlig fråga från förstainstansrätten, framgår det av skäl 167 i det angripna beslutet, vilket sökanden inte har ifrågasatt, att sökanden faktiskt sänkte sina samtalsavgifter med totalt [*konfidentiellt*] euro

under perioden 1998/1999. Detta belopp – fördelat på [*konfidentiellt*] anslutningar (det angripna beslutet, tabell 7) och 24 månader – möjliggjorde för sökanden att höja den genomsnittliga slutkundsavgiften med [*konfidentiellt*] euro per månad.

135 Av detta följer att det handlingsutrymme som sänkningen av samtalsavgifterna medförde hade varit tillräckligt för att helt eliminera den marginalpress som konstaterades i det angripna beslutet. Om sökanden genom att utnyttja sitt handlingsutrymme hade eliminerat marginalpressen från och med 1998, hade det varit tillräckligt att upprätthålla förhållandet mellan sina grossist- och slutkundsavgifter för att under perioden från den 31 januari 1998 till den 31 december 2001 undvika den marginalpress som hade konstaterats i det angripna beslutet. Det är dessutom, såsom kommissionen för övrigt har påpekat i det angripna beslutet (skäl 167) utrett att sökanden vidtog ytterligare en sänkning av sina samtalsavgifter med upp till [*konfidentiellt*] euro under perioden 2000/2001. Denna sänkning medförde att sökandens handlingsutrymme för att höja sina slutkundspriser blev ännu större.

136 Sökanden har under den muntliga förhandlingen påpekat att RegTP, under perioden från den 1 januari 1998 till den 31 december 2001, borde ha kontrollerat att pristaken iakttogs separat för företags- och privatkunder. Sökanden har påpekat att bolaget hade litet handlingsutrymme att öka sina tillträdesavgifter för privatkunder och att bolaget i detta avseende inte kunde använda det större handlingsutrymme som det förfogade över med avseende på affärskunder då dessa kunder därmed hade diskriminerats i strid med 24 § 2 punkt 3 TKG.

137 Sökanden har i sin ansökan emellertid inte invänt mot kommissionens konstaterande i skäl 167 i det angripna beslutet att det belopp som frigjordes genom sänkningar av samtalsavgifterna hade kunnat överföras till ”privat- och företagskundernas anslutningar” och i sin helhet användas för att höja tillträdesavgifterna för slutkunder. Sökanden har dessutom i sin ansökan inte invänt mot kommissionens påstående i

skäl 132 i det angripna beslutet att ”[det ska inte göras] någon skillnad mellan privatkunder och företagskunder, eftersom det inte går att göra någon tillräckligt klar avgränsning mellan de båda områdena”.

138 Den argumentering som omnämns ovan i punkt 136 framställdes för första gången under den muntliga förhandlingen och kan därför i enlighet med artikel 48.2 i rättegångsreglerna inte upptas till sakprövning.

139 Förstainstansrätten konstaterar slutligen att sökanden inte har invänt mot konstaterandet i skäl 168 i det angripna beslutet, enligt vilket sökanden hade möjlighet att under perioden från den 1 januari 1998 till den 31 december 2001 ”ytterligare minska samtalsavgifterna … och därmed frigöra mer utrymme för prishöjningar för månads- och engångsavgifterna för slutkunderna för analoga anslutningar och ISDN-anslutningar”.

140 Det framgår av det ovan anförda att kommissionen, i det angripna beslutet (skälen 164 och 199), med rätta fann att sökanden förfogade över ett tillräckligt handlingsutrymme under perioden från den 1 januari 1998 till den 31 december 2001 för att eliminera den marginalpress som konstaterades i det nämnda beslutet.

iv) Avsaknad av missbruk med anledning av att sökanden inte förfogade över tillräckligt handlingsutrymme för att minska marginalpressen genom att höja sina slutkundsavgifter för tillträde till ADSL från och med den 1 januari 2002

141 Förstainstansrätten påminner om att det sedan den 1 januari 2002 finns ett nytt pristakssystem i Tyskland, vilket antogs av RegTP genom beslut av den

21 december 2001. Enligt detta beslut omfattas ”telefonlinjer” av en separat korg. Inom ramen för denna korg har den övre gränsen för höjningar av slutkundspriserna för analoga anslutningar och ISDN-anslutningar fastställts till 4,1 procent per år.

142 Det har inte ifrågasatts att sökanden, till följd av en ansökan till RegTP av den 15 januari 2002 tilläts att höja månadsavgiften för analoga anslutningar och ISDN-anslutningar med 0,56 euro, vilket motsvarade en höjning med 4,04 procent av genomsnittsavgiften för de tjänster som omfattades av den berörda korgen (det angripna beslutet, skäl 44). Det har inte heller ifrågasatts att RegTP i stora delar avslog sökandens ansökan av den 31 oktober 2002 om höjning av månadsavgiften för slutkunder avseende den analoga telefonanslutningen T-Net och av engångsavgiften för T-Net och T-ISDN. Den begärda höjningen var nämligen inte längre förenlig med de gällande pristaksnivåerna (det angripna beslutet, skäl 45).

143 Kommissionen fann i det angripna beslutet (skäl 206) att ”[sökandens] rättsliga möjlighet att sedan den 1 januari 2002 minska marginalpressen är begränsad till en höjning av avgiften för T-DSL”. Enligt kommissionen omfattade sökandens handlingsutrymme från detta datum enbart slutkundsavgifterna för ADSL-anslutning (se även det angripna beslutet, skälen 174 och 199).

144 Sökanden har i detta hänseende inte invänt mot den omständigheten att bolaget hade kunna höja sina ADSL-avgifter från den 1 januari 2002. Sökanden har emellertid påpekat att dess handlingsutrymme inte var obegränsat, eftersom dess avgifter borde ha fastställts enligt kostnaderna för ett effektivt tillhandahållande av en tjänst och undersökts av RegTP i efterhand.

145 Eftersom sökanden fritt fastställer sina ADSL-avgifter i enlighet med den tyska lagstiftningen, kan dessa avgifter emellertid komma att omfattas av artikel 82 EG (se punkterna 87 och 88 ovan).

146 Den omständigheten att kommissionen i det angripna beslutet enbart hänvisade till de avgifter som fastställdes i RegTP:s beslut av den 30 mars 2001 för att bedöma sökandens handlingsutrymme från den 1 januari 2002 ändrar inte något i detta avseende. Sökanden har i själva verket inte invänt mot att bolaget från den 1 januari 2002 förfogade över ett begränsat handlingsutrymme för att höja sina avgifter för tillträde till ADSL.

147 Förstainstansrätten ska även pröva huruvida sökanden, enligt kommissionens slutsats i det angripna beslutet (skäl 199), skulle ha kunnat ”minska marginalpressen” genom att från den 1 januari 2002 höja sina avgifter för tillträde till ADSL. Sökanden har i detta avseende påpekat att marknaderna för smalbandsanslutning och ADSL-anslutning utgjorde, vad gäller slutkunder, separata marknader. En höjning av sökandens slutkundsavgifter för ADSL skulle i detta sammanhang inte ha påverkat den påstådda marginalpress som konstaterats på marknaderna för tillträdestjänster avseende analoga anslutningar och ISDN-anslutningar.

148 Förstainstansrätten erinrar i detta hänseende om att eftersom tillträdestjänsterna vad beträffar grossisttjänster gör det möjligt att med avseende på slutkunder tillhandahålla analoga anslutningar, samt ISDN- och ADSL-anslutningar, medför sökandens handlingsutrymme att höja sina ADSL-avgifter en sänkning av marginalpressen mellan dels grossistavgifterna, dels slutkundsavgifterna med avseende på samtliga analoga anslutningar, ISDN- och ADSL-anslutningar. Det är nödvändigt att vidta en kompletterande analys av analoga anslutningar, samt ISDN- och ADSL-anslutningar, inte enbart därför att dessa anslutningar utgör en enda tjänst på grossistnivå, utan även därför att, såsom kommissionen fann i det angripna beslutet (skäl 26), vilken sökanden inte har invänt mot, att slutkunder inte kan erbjudas enbart ADSL-anslutning, eftersom denna av tekniska orsaker kräver en omläggning av analoga smalbandsanslutningar och ISDN-anslutningar.

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

150 Sökandens argument att bredbandsanslutning kan marknadsföras separat från smalbandsanslutning, på grundval av delad access på grossistnivå kan inte heller godtas. Om sökanden med stöd av detta argument avser att kännetecknа två marknader som är åtskilda med anledning av grossisttjänsterna avseende smalband respektive bredband, ska argumentet enligt artikel 48.2 i rättegångsreglerna avvisas. Sökanden har i sin ansökan nämligen inte invänt mot den definition av de relevanta marknaderna som fastställdes i det angripna beslutet, i vilket en relevant marknad definierades på grossistnivå, nämligen marknaden för fullständigt tillträde till accessnätet (det angripna beslutet, skälen 64–67). Om sökanden på grundval av detta argument har gjort gällande at kommissionen borde ha beaktat avgifterna för delad access vid beräkning av grossistavgifterna, kan inte heller det argumentet godtas. Sökanden har nämligen inte visat att kommissionens konstateranden att det förelåg en marginalpress och att sökanden förfogade över ett handlingsutrymme som gjorde det möjligt att minska denna marginalpress genom att höja slutkundsavgifterna för ADSL-anslutning hade påverkats av att avgifterna för delad access hade beaktats.

151 Det framgår av det ovan anförda att kommissionen, i det angripna beslutet, med rätta fann att sökanden från den 1 januari 2002 förfogade över ett tillräckligt stort handlingsutrymme för att minska den marginalpress som hade fastställts i nämnda beslut, genom att höja sina avgifter för ADSL-anslutningar.

152 Talan kan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser den första grundens första delgrund.

2. Den första grundens andra delgrund: kommissionens tillvägagångssätt för att fastställa marginalpressen var rättsstridigt

a) Parternas argument

153 Sökanden har gjort gällande att ett eventuellt missbruk bestående i en marginalpress inte följer enbart av slutkundsavgifterna, eftersom kommissionen inte har invänt mot att tvingande grossistavgifter fastställs av myndigheterna. Kommissionen har emellertid inte visat att sökandens slutkundsavgifter medförde försäljning med förlust och utgjorde missbruk i sig. Sökanden har i detta avseende åberopat ett expertutlåtande från Lexecon. Det angripna beslutet är således felaktigt, med anledning av att kommissionen åberopade ett kriterium som inte avser huruvida slutkundsavgifterna utgjorde missbruk i sig, utan förhållandet mellan dessa avgifter och grossistavgifterna.

154 Sökanden har dessutom anfört att påståendet att det förelåg en marginalpress är grundat på flera felaktigheter avseende det använda tillvägagångssättet.

155 Sökanden har först påpekat att kommissionen, vad avser slutkundsavgifterna, enbart beaktade inkomster från fasta telefonlinjer till slutkunder. Kommissionen skulle, för att kunna fastställa att det förelåg en marginalpress och med anledning av den snäva definition av den relevanta marknaden som gjordes i det angripna beslutet, ha beaktat de extrainkomster som sökandens konkurrenter erhöll från anslutningstjänster och mervärdestjänster (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av

den 6 juni 2002 i mål T-342/99, Airtours mot kommissionen, REG 2002, s. II-2585, punkt 276). Det var fråga om allmänna inkomster från lokal- och fjärrsamtal, terminering och sändning av samtal, samt andra mervärdestjänster. Kommissionen fann att ”anslutningarna i det fasta telenätet … faktiskt [är] en förutsättning för tillhandahållandet av ett stort antal teletjänster till slutkunderna” att dessa tjänster gör det möjligt att erhålla avsevärda extrainkomster (det angripna beslutet, skäl 205). Paradoxalt nog underlät kommissionen emellertid att beakta avgifterna för de nämnda teletjänsterna i sin analys av marginalpressen. Det är ur ekonomisk synvinkel emellertid nödvändigt att beakta dessa avgifter för att bedöma de faktiska möjligheterna för en konkurrent till sökanden att inträda på marknaden.

156 Sökanden har således först påpekat att avseende såväl lokalsamtal som fjärr- och utlandssamtal har bolagets konkurrenter inte erbjudit sina kunder tjänsterna ”förval” (permanent val av operatör) och ”val-per-samtal” (val av operatör i det enskilda fallet). Sökandens konkurrenter skulle alltså kunna förutse sina inkomster vad avser telefonsamtal med större säkerhet än sökanden. Sökanden har i sin replik gjort gällande att bolaget, vad avser fjärrsamtal, sedan år 1998 var skyldigt att tillåta ”förval” och ”val-per-samtal” (nedan tillsammans kallade (för)val).

157 Sökanden har dessutom påpekat i sin replik att det inte är helt omöjligt för sökandens konkurrenters kunder att göra ett förval av operatör. I stort sett samtliga konkurrenter till sökanden skulle emellertid använda sig av denna möjlighet, som sökanden saknar, att utesluta (för)val då detta är till deras fördel. Sökandens konkurrenter kan således säkerställa vissa inkomster från telefonsamtal, tack vare att de frivilligt utesluter möjligheten för kunder att göra ett (för)val av operatör. Ingen av kärandena i det administrativa förfarandet ansåg för övrigt att sökandens erbjudande var mindre attraktivt med anledning av att (för)val var uteslutet, eller att en lägre tillträdesavgift borde föreslås som kompensation. Deras samtalsavgifter är nästan samtliga högre än uppringningskostnaden.

158 Sökanden har i andra hand gjort gällande att dess konkurrenter, på grundval av tillträdet till accessnäten, skulle kunna erbjuda nyskapande produkter, som sökanden själv inte erbjuder. Kommissionen skulle således även ha kunnat beakta extrainkomster som sådana produkter ger upphov till, vid beräkningen av marginalpressen.

159 Sökanden har för det tredje anfört att dess tillträdesavgifter för slutkunder (engångsavgifter och månadsavgifter) inte kan separeras från samtalsavgifterna. Konkurrensen rörande teletjänster äger rum med avseende på tjänstepaket, och avser i detta hänseende en marknadsanalys. Teleföretag erbjuder således ett urval av olika anslutningar och samtalsmöjligheter som kommer att marknadsföras som en produkt. Det är fråga om blandade avgiftserbjudanden, bestående av växande månadsavgifter med anledning av sjunkande samtalsavgifter. RegTP fann även, när den i sitt beslut av den 29 april 2003 prövade frågan huruvida sökandens avgifter ger upphov till en marginalpress som snedvrider konkurrensen, att den omständigheten att sökandens konkurrenter kan erhålla extraintäkter från samtalstjänster var avgörande. Identiska eller liknande förklaringar finns även i de andra beslut som RegTP fattade mellan åren 1999 och 2003 och som det hänvisas till ovan i punkt 78. Sökanden har även hänvisat till praxis från Federal Communications Commission (FCC) i Förenta staterna och från brittiska Office of Telecommunications (Oftel) samt till den tyska regeringens synpunkter i dess yttrande av den 8 juni 2000 inom ramen för fördragsbrottstalan, genom vilka den ståndpunkt enligt vilken andra intäkter som konkurrenterna kan erhålla ska beaktas vid analysen av marginalpressen.

160 Sökanden har tillagt i sin replik att en analys av marginalpressen ska göras med utgångspunkt från olika aggregationsnivåer när olika tjänster till slutkunder erhålls via en grossist. Således borde enbart de kostnader för grossisttjänster som uteslutande har samband med den motsvarande slutliga produkten eller med den berörda gruppen slutliga produkter beaktas på varje nivå. Om mellanprodukterna PI1 och PI2 behövs vid tillverkningen av slutprodukten PF1, men nämnda PI2 tillsammans med

PI3 utgör grunden för tillverkningen av slutprodukten PF2, uppstår det marginalpress antingen då respektive pris för PF1 eller PF2 är lägre än priset för PI1 eller priset för PI3, eller då summan av priset för PF1 och PF2 är lägre än summan av priserna för PI1, PI2 och PI3. Priset för PI2 borde emellertid inte beaktas för att kontrollera att det föreligger en marginalpress på den första aggregationsnivån. Analysen borde göras på en högre aggregationsnivå då produkterna PF1 och PF2 utgör en helhet ut kundens synvinkel eller då produkterna PF1 och PF2 är sammanförda av tekniska eller rättsliga orsaker (av mellanprodukten PI2), så att ett företag i dominerande ställning förlorar intäkterna från de två slutprodukterna PF1 och PF2 vid transporten av mellanprodukten PI2. Tillträdet till accessnäten utgör en mellanprodukt för åtminstone två slutprodukter, nämligen samtal och anslutningar, som utgör ett ”kluster” för kunderna. Kostnaderna för mellanprodukten borde inte tillskrivas enbart en av de två slutprodukterna, men båda. Av detta följer att avgifterna för hyra av linjer till slutkunder, samt för samtal och mervärdestjänster, borde jämföras med tillhörande avgifter för detta totala erbjudande av tjänster inom ramen för analysen av marginalpressen.

161 Sökanden har bland annat invänt mot kommissionens argument avseende principen om omstrukturering av taxorna (det angripna beslutet, skälen 120–123). Enligt sökanden avsåg omstruktureringen av taxorna, vilken syftar till att minska det underskott på anslutningar som traditionellt förekommer i de flesta medlemsstater medelst en höjning av anslutningsavgifterna och en parallell minskning av samtalsavgifterna, enbart traditionella operatörer. Analysen av marginalpressen avsåg däremot möjligheten för sökandens konkurrenter att inträda på marknaden. Det är inom ramen för artikel 82 EG enbart av betydelse att veta om det är möjligt för konkurrenterna att, med beaktande av den faktiska situationen på marknaden, utan hinder tillhandahålla tjänster till slutkunder på grundval av avgifter som sökanden tar ut för grossisttjänster. Sökanden har i detta hänseende påmint om att dess konkurrenter inte är skyldiga att erbjuda möjligheten till (för)val. Det är enligt rättsreglerna således möjligt för sökandens konkurrenter att åtnjuta rättsligt garanterade intäkter, tack vare samtalstjänster, helt oberoende av omstruktureringen av taxorna. Sökanden har även framhållit den omständigheten att bolaget omfattas av RegTP:s reglering, som avser att uppnå en progressiv omstrukturering av taxorna.

162 Sökanden har även gjort gällande att kommissionen använde en felaktig metod för att konstatera förekomsten av en marginalpress, eftersom den är grundad på antagandet att sökandens konkurrenter borde kunna efterbilda sökandens kundstruktur fullt ut (det angripna beslutet, skälen 120–127). Ingen konkurrent skulle emellertid vara intresserad av att efterbilda denna kundstruktur som, med anledning av skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster, utgörs av en omättligt stor andel kunder med låga inkomster och analoga anslutningar, vilka enbart ger upphov till en låg omsättning och som inte önskar övergå till högkvalitativa anslutningar. Den omständigheten att andelen analoga anslutningar hos sökandens kunder minskade från 21 till 10 procent mellan åren 1999 och 2002 (det angripna beslutet, skäl 182) kan förklaras av den omständigheten att sökandens konkurrenters kunder i större uträckning har övergått till högkvalitativa anslutningar.

163 Sökanden har, i motsats till vad kommissionen har gjort gällande (det angripna beslutet, skäl 133), bekräftat att på de mest lönsamma marknadssegmenten, vilka utgör ett intresse för sökandens konkurrenter (ISDN-anslutningar och ADSL-anslutningar från analoga förbindelser eller ISDN förbindelser), föreligger ingen marginalpress. Varken sökandens egna avgifter eller dess konkurrenters avgifter är, med avseende på högkvalitativa anslutningar, tillräckliga för att täcka kostnaderna.

164 Sökanden har dessutom kritiserat den omständigheten att kommissionen beaktade uppsägningsavgifter vid beräkningen av grossistavgifterna. Då en konkurrent säger upp en slutkunds linje innebär detta både anslutningsarbeten för att återställa den uthyrda linjen till sökanden och administrativt arbete, vilka inte är nödvändiga då en slutkund säger upp en linje som sökanden själv använder. Det är fråga om särskilda ineffektivitetskostnader, som har uppstått med anledning av inträden på marknaden, som den traditionella operatören som har en dominerande ställning antagligen inte känner till. Sådana kostnader som enbart genererats genom tekniska eller administrativa handlingar i samband med inträdet på marknaden borde inte beaktas i analysen av marginalpressen. Ett företag i dominerande ställning är enligt artikel 82 EG inte skyldigt att eliminera samtliga hinder för inträde på marknaden. Enligt den bestämmelsen är det dock förbjudet att skapa artificiella hinder för inträde på marknaden.

165 Kommissionen och intervenienterna I och II har yrkat att talan ska ogillas såvitt avser första grundens andra del.

b) Förstainstansrättens bedömning

i) Huruvida kommissionen skulle ha visat i det angripna beslutet att sökandens slutkundsavgifter utgjorde missbruk i sig

166 Enligt det angripna beslutet (skäl 201) ”[består sökandens] utövade … missbruk av framtvingande av orimlig prissättning i form av en marginalpress till nackdel för [dess] konkurrenter”. Kommissionen anser i själva verket att det finns ”en oskälig marginalpress om skillnaden mellan slutkundsavgifterna hos ett dominerande företag och grossistavgifterna för jämförbara tjänster för konkurrenterna antingen är negativ eller inte tillräcklig för att täcka den dominerande operatörens produktspecifika kostnader för att tillhandhålla sina egna slutkundstjänster på en marknad i senare led” (det angripna beslutet, skäl 107).

167 Kommissionen har förvisso i det angripna beslutet enbart fastställt att sökanden förfogade över ett handlingsutrymme för att ändra sina slutkundsavgifter. Huruvida sökandens agerande utgör missbruk beror av huruvida skillnaden mellan sökandens grossistavgifter och slutkundsavgifter, vilken medför en marginalpress, kan anses oskälig. Kommissionen var därmed, med hänsyn till det missbruk som konstaterades i det angripna beslutet, inte skyldig att bevisa, i det angripna beslutet. att sökandens slutkundsavgifter utgjorde missbruk i sig.

168 Sökandens argument att en marginalpress utgör missbruk enbart då slutkundsavgifterna kan anses utgöra missbruk kan således inte godtas.

ii) Kommissionens tillvägagångssätt för beräkning av marginalpressen

Det angripna beslutet

169 I skälen 106–139 i det angripna beslutet redogjorde kommissionen för dess tillvägagångssätt för att beräkna marginalpressen.

170 Kommissionen påpekade först att bedömningen av huruvida marginalpressen utgör missbruk ska göras på grundval av en jämförelse mellan ”slutkundsavgifterna hos ett dominerande företag och grossistavgifterna för tjänster som är jämförbara med konkurrenternas tjänster” (det angripna beslutet, skäl 107).

171 Kommissionen tillade att ”jämförbarheten mellan tillträdestjänsterna för grossisterna och slutkunderna är avgörande för bestämningen om marginalpress föreligger” (det angripna beslutet, skäl 109). Kommissionen anser att ”eftersom konkurrenterna tillhandahåller som regel, precis som den etablerade operatören, alla typer av slutkundstjänster”, bör det ”fastställas om den etablerade operatörens slutkundstjänster och grossisttjänster är jämförbara på ett sådant sätt att de uppvisar samma eller åtminstone liknande tekniska särdrag och möjliggör tillhandahållandet av samma eller liknande tjänster” (det angripna beslutet, skäl 109).

172 Kommissionen konstaterade att grossistavgifterna för tillträde till accessnätet är helt jämförbara med slutkundernas anslutningsavgifter, vilket gör det möjligt för sökandens konkurrenter att erbjuda sina slutkunder en rad olika slutkundstjänster, nämligen analogt smalbandigt tillträde, digitalt smalbandigt tillträde (ISDN) eller bredbandigt tillträde i form av ADSL-tjänster (det angripna beslutet, skälen 110 och 112).

173 Enligt kommissionen finns det en marginalpress som utgör missbruk om skillnaden mellan slutkundsavgifterna hos ett dominerande företag och grossistavgifterna för tjänster som är jämförbara med konkurrenternas tjänster antingen är negativ eller inte tillräcklig för att täcka den dominerande operatörens produktspecifika kostnader för att tillhandhålla sina egna slutkundstjänster på en marknad i senare led (det angripna beslutet, skäl 107). Kommissionen har i detta avseende grundat sig på sökandens avgifter och kostnader för att bedöma huruvida dennes avgifter utgör missbruk.

174 För att bedöma huruvida skillnaden mellan sökandens avgifter för slutkundstjänster respektive grossisttjänster ger upphov till en marginalpress, jämförde kommissionen avgiften för en enskild grossisttjänst (tillträde till accessnätet) med avgiften för ett flertal olika slutkundstjänster (tillträde till de analoga anslutningsalternativen, ISDN och ADSL (det angripna beslutet, skäl 113).

175 Kommissionen beaktade, vad avser slutkundsavgifterna, inte intäkter från telefonsamtal, utan undersökte enbart avgifterna för tjänster som ger tillträde till nätet, vilka jämfördes med avgifterna för grossisttjänster (det angripna beslutet, skäl 119).

176 Eftersom RegTP har fastställt en enhetlig avgift för grossisttjänster, oberoende av tjänsterna i senare led som konkurrenterna erbjuder via det accessnät som sökanden ger dem tillgång till (det angripna beslutet, skäl 113), ska, enligt kommissionen,

avgifterna för grossisttjänster jämföras med genomsnittsavgiften för alla slutkundstillträdesförbindelser, med hänsyn tagen till de antal varianter av tillträdestjänster som sökanden verkligen marknadsför och motsvarande avgifter för dessa förbindelser (det angripna beslutet, skäl 116).

177 Slutkundsavgiften (för varje variant som sökanden erbjuder) och grossistavgiften består av två komponenter, nämligen en engångsavgift och den månatliga hyresavgiften (det angripna beslutet, skälen 142 och 149).

178 För att beräkna ”månadsavgiften” för engångsavgiften, ska dessa delas med siffran [*konfidentiellt*] som motsvarar den genomsnittliga tidsperiod (i månader) som slutkunderna behåller en telefonförbindelse (det angripna beslutet, skälen 148 och 151).

179 Den totala genomsnittliga slutkundsavgiften per månad utgörs av summan av den genomsnittliga månadsavgiften (med beaktande av samtliga tillträdestjänster för slutkunder) och genomsnittliga engångsavgifter (med beaktande av samtliga tillträdestjänster för slutkunder och den genomsnittliga tidsperioden för en förbindelse) (det angripna beslutet, skäl 148).

180 Den genomsnittliga månadsavgiften för grossisttjänster består av summan av månadsavgiften och den genomsnittliga engångsavgiften (med beaktande av den genomsnittliga abonnemangstiden) (det angripna beslutet, skäl 151). Enligt kommissionen omfattar engångsavgifterna för grossisttjänster även uppsägningsavgifter. Kommissionen erinrade om att ”uppsägningsavgiften tillkommer därvid för återkopplingen av en förbindelse med tillträde till sökandens nät och kommer endast att

debiteras konkurrenterna på grossistnivå” och har tillagt att ”tillsammans med upplåtelseavgiften utgör detta den totala engångsavgiften på grossistnivå som konkurrenterna ska betala till [sökanden]” (det angripna beslutet, skäl 151).

181 Kommissionen konstaterade, på grundval av en beräkning av månadsavgifter, att skillnaden mellan sökandens grossistavgifter och slutkundsavgifter var negativ mellan åren 1998 och 2001 (det angripna beslutet, skäl 153). Med hänsyn till detta, är det enligt kommissionen inte nödvändigt ”att för denna tidsperiod undersöka om dessa marginaler var tillräckliga för att täcka [sökandens] kostnader i senare led för kundrelationerna” (det angripna beslutet, skäl 153). Från och med år 2002, då marginalen var positiv, beräknade kommissionen däremot ”[sökandens] produktspecifika kostnader vid tillhandahållande av slutkundstjänster för att avgöra om denna positiva marginal [var] tillräcklig för att täcka dessa produktspecifika kostnader” (det angripna beslutet, skäl 154).

182 Kommissionen slöt sig till att, då det angripna beslutet fattades, marginalpressen avseende tillträde till accessnätet fortfarande existerade (det angripna beslutet, skäl 161), i den mån sökandens produktspecifika kostnader för tillhandahållande av slutkundstjänster fortfarande var högre än den positiva marginalen mellan slutkundsavgifterna och grossistavgifterna (det angripna beslutet, skäl 160).

Huruvida kommissionens tillvägagångssätt var lagenligt

— Inledande synpunkter

183 Förstainstansrätten påminner om att sökanden har gjort tre invändningar mot den metod som användes för att beräkna marginalpressen. Sökanden har först gjort

gällande att kommissionen, vad avser slutkundsavgifterna, inte skulle ha beaktat intäkter enbart från upplåtelse av telefonförbindelser till slutkunder, utan även från andra tjänster, såsom samtalstjänster. Sökanden har för det andra kritiserat kommissionens tillvägagångssätt för att bevisa att det fanns en marginalpress på grundval av antagandet att sökandens konkurrenter skulle ha intresse av att fullständigt efterbilda sökandens kundstruktur. Sökanden har för det tredje anfört att den använda metoden är felaktig. Om kommissionen skulle beakta uppsägningsavgifterna vid beräkning av grossistavgifterna skulle dessa öka kraftigt.

184 De olika argument som har lagts fram avseende de två första invändningarna gäller samtliga det ena eller det andra av de viktiga kännetecknen för den metod som kommissionen använde. Det första avser beräkningen av marginalpressen på grundval av avgifter och kostnader för ett vertikalt integrerat företag som har en dominerande ställning, genom att bortse från konkurrenternas särskilda ställning på marknaden. Det andra kännetecknet avser beaktande av intäkter för samtliga tillträdestjänster, med undantag för intäkter från andra tjänster som kan tillhandahållas genom tillträde till det fasta nätet.

185 Förstainstansrätten erinrar om att även om gemenskapsdomstolarna generellt sett gör en fullständig prövning av huruvida villkoren för tillämpning av konkurrensbestämmelserna i EG-fördraget är uppfyllda ska dess prövning av kommissionens komplicerade ekonomiska bedömningar endast avse en kontroll av att reglerna för handläggning och för motivering har följts, att de faktiska omständigheter som lagts till grund för det omtvistade valet är materiellt riktiga, att bedömningen av dessa omständigheter inte är uppenbart oriktig och att det inte förekommit maktmissbruk (domstolens dom av den 11 juli 1985 i mål 42/84, Remia m.fl. mot kommissionen, REG 1985, s. 2545, punkt 34, svensk specialutgåva, volym 8, s. 277, av den 17 november 1987 i de förenade målen 142/84 och 156/84, BAT och Reynolds mot kommissionen, REG 1987, s. 4487, punkt 62, svensk specialutgåva, volym 9, s. 247, och av den 2 oktober 2003 i mål C-194/99 P, Thyssen Stahl mot kommissionen, REG 2003, s. I-10821, punkt 78).

— Anmärkningen att metoden för beräkning av marginalpressen på grundval av avgifter och kostnader för det vertikalt integrerade företag som har en dominerande ställning, genom att bortse från konkurrenternas särskilda ställning på marknaden, är olaglig

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

187 Enligt kommissionen ”kan man utgå ifrån att det finns en oskälig marginalpress om skillnaden mellan slutkundsavgifterna hos ett dominerande företag och grossistavgifterna för jämförbara tjänster hos konkurrenterna antingen är negativ eller inte tillräcklig för att täcka den dominerande operatörens produktspecifika kostnader för att tillhandhålla sina egna slutkundstjänster på en marknad i senare led” (det angripna beslutet, skäl 107). I förevarande fall skulle marginalpressen ha utgjort missbruk om sökanden själv ”inte hade möjlighet att erbjuda sina egna tjänster på slutkundsnivå utan att förlust hade uppstått om ett tillträdespris på grossistnivå skulle betalas som ett internpris för de egna slutkundstjänsterna” (det angripna beslutet, skäl 140). Under sådana omständigheter kan ”[konkurrenter som] är lika effektiva som [sökanden]” endast ”erbjuda tillträdestjänster för slutkunderna till ett konkurrenskraftigt pris om de gör ytterligare effektivitetsvinster” (det angripna beslutet, skäl 141, se även det angripna beslutet, skäl 108).

188 Förstainstansrätten konstaterade därefter att domstolen hittills inte uttryckligen har prövat den metod som ska tillämpas i syfte att avgöra om det finns en marginalpress. Det framgår däremot emellertid tydligt av rättspraxis att frågan om ett dominerande företags avgifter utgör missbruk ska bedömas mot bakgrund av företagets egen situa-

tion, och därmed, dess egna avgifter och kostnader, och inte den situation i vilken faktiska eller potentiella konkurrenter befinner sig.

189 Domstolen beaktade, i sin dom av den 3 juli 1991 i mål C-62/86, AKZO mot kommissionen (REG 1991, s. I-3359, punkt 74; svensk specialutgåva, volym 11, s. 249), enbart det dominerande företagets avgifter och kostnader, vid bedömningen av huruvida AKZO:s avgifter utgjorde missbruk. Generaladvokaten Lenz föreslagna tillvägagångssätt, enligt vilket det var nödvändigt att analysera kostnadsstrukturen för vart och ett av de tre företag (nämligen AKZO och dess två konkurrenter) som intog en monopolställning vad beträffar utbudet, för att kunna erhålla en exakt bild av den prisnivå som faktiskt var ekonomiskt rättfärdigad (punkt 34 i förslaget), godtogs inte av domstolen.

190 Förstainstansrätten antog en liknande ståndpunkt i sin dom av den 30 november 2000 i mål T-5/97, Industrie des poudres sphériques SA mot kommissionen (REG 2000, s. II-3755), när den fastställde att den omständigheten att sökanden ”troligen på grund av sina högre förädlingskostnader, inte kan förbli konkurrenskraftig i försäljningen av den härledda produkten, [inte kan] motivera att [det dominerande företagets] prissättning betecknas som oskälig” (punkt 179).

191 Kommissionen fann slutligen, i sitt beslut 88/518/EEG av den 18 juli 1988 om ett förfarande enligt artikel [82 EG] (ärende nr IV/30.178 Napier Brown – British Sugar) (EGT L 284, s. 41) (nedan kallat beslutet Napier Brown – British Sugar), även att marginalpressen ska beräknas på grundval av avgifter och kostnader hänförliga till den vertikalt integrerade operatören, som har en dominerande ställning (skäl 66). Kommissionen fann i beslutet att ”[d]en omständigheten att ett företag som har en dominerande ställning både på marknaden för råvaror och på marknaden för en biprodukt, behåller en så snäv vinstmarginal mellan [å ena sidan] det råvarupris som tas ut av konkurrenter på marknaden för biprodukten och [å andra sidan] det pris

som tas ut för biprodukten att den inte täcker förädlingskostnaden för det dominerande företaget självt (i förevarande fall, den vinstmarginal som British Sugar vidmakthåller mellan priset för dess industriella socker och priset för det socker som säljs till slutkunderna i förhållande till sina egna kostnader för återförpackning), vilket medför att konkurrensen avseende biprodukten begränsas, utgör ett missbruk av dominerande ställning" (skäl 66).

192 Varje annat tillvägagångssätt kan vara oförenligt med den allmänna rättssäkerhetsprincipen. Om lagenligheten av ett dominerande företags avgifter berodde på den särskilda situation som konkurrerande företag befinner sig i, bland annat med anledning av deras kostnadsstruktur, vilken det dominerande företaget i allmänhet inte känner till, skulle det dominerande företaget inte kunna bedöma huruvida dess eget agerande är lagenligt.

193 Det var således med rätta som kommissionen analyserade frågan huruvida sökandens avgifter utgjorde missbruk enbart på grundval av sökandens särskilda situation och, därmed, med hänvisning till dess avgifter och kostnader.

194 Eftersom förstainstansrätten ska pröva huruvida sökanden själv, eller ett företag som är lika lönsamt som sökanden, skulle ha varit i stånd att erbjuda sina tjänster till slutkunder utan att gå med förlust, om företaget i fråga hade varit skyldigt att, genom överföring mellan företag, i förväg betala sådana avgifter avseende interna grossisttjänster, är sökandens argument att dess konkurrenter inte avser att efterbilda sökandens kundstruktur, och erhålla extraintäkter från nyskapande produkter som enbart de erbjuder på marknaden, med avseende på vilka sökanden för övrigt inte har lämnat ytterligare information, är verkningslöst. Sökanden kan, av samma skäl, inte heller vinna framgång med argumentet att konkurrenterna kan utesluta möjligheten till (för)val.

— Anmärkningen att kommissionen enbart beaktade intäkter från samtliga tillträdestjänster, men uteslöt intäkter från andra tjänster, bland annat kommunikationstjänster

195 Förstainstansrätten prövar först huruvida kommissionen, för att beräkna marginalpressen, hade rätt att enbart beakta sökandens intäkter från tillträdestjänster, genom att utesluta intäkter från andra tjänster, såsom kommunikationstjänster.

196 De gemenskapsrättsliga rättsregler som antogs år 1990 avser att skapa förutsättningar som möjliggör en effektiv konkurrens på marknaderna för teletjänster. Enligt kommissionens direktiv 96/19/EG av den 13 mars 1996 om ändring av direktiv 90/388/EEG med avseende på genomförandet av full konkurrens på marknaderna för teletjänster (EGT L 74, s. 13), måste man, vad avser traditionella operatörers avgiftsstruktur, skilja mellan den initiala uppkopplingskostnaden, den månatliga abonnemangskostnaden, lokala samtal, regionala samtal och fjärrsamtal. Direktivet syftar till att genomföra en omfördelning av avgifterna mellan dessa olika beståndsdelar i förhållande till de verkliga kostnaderna, för att möjliggöra full konkurrens på marknaderna för teletjänster. Detta borde i praktiken ha skett genom en sänkning av avgifterna för region- och fjärrsamtal och genom en höjning av uppkopplingskostnaden, den månatliga abonnemangsavgiften och kostnaden för lokalsamtal (generaladvokaten Légers förslag till avgörande i mål C-500/01, kommissionen mot Spanien, där domstolen meddelade dom den 7 januari 2004, REG 2004, s. I-604, I-583, punkt 7). Medlemsstaterna var skyldiga att avskaffa alla hinder mot en omfördelning av avgifterna så snart som möjligt efter det att direktiv 96/19 hade trätt i kraft, och senast den 1 januari 1998 (domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkt 32).

197 Kommissionen påpekade med rätta i skäl 20 i det angripna beslutet att ”[e]n separat bedömning av avgifterna för tillträde och samtal finns [således] redan föreskriven i den gemenskapsrättsliga principen om omstrukturering av taxorna”.

198 Domstolen erinrar om att sökanden ålades, genom BMPT:s beslut nr 223, att från och med juni 1997 bevilja sina konkurrenter fullständigt tillträde till accessnätet. Ett väl fungerande konkurrenssystem mellan sökanden och dess konkurrenter kan endast säkerställas om de olika ekonomiska aktörerna kan tillförsäkras lika möjligheter (dom av den 22 maj 2003 i målC-462/99, Connect Austria, REG 2003, s. I-5197, punkt 83, och av den 20 oktober 2005 i de förenade målen C-327/03 och C-328/03, ISIS Multimedia och Firma O2,REG 2005, s. I-8877, punkt 39).

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

200 Av detta följer således att även om det sökanden har påstått stämmer, att tillträdes- och samtalstjänsterna utgör ett ”kluster” från slutkundens synvinkel, var det med rätta som kommissionen i skäl 119 i det angripna beslutet fann att det, för att bedöma huruvida sökandens avgifter snedvrider konkurrensen, var nödvändigt att undersöka om det förelåg en marginalpress enbart vad beträffar tillträdestjänster och alltså utan att inkludera samtalsavgifterna i sin beräkning.

201 Genom den blandkalkyl mellan tillträdesavgifterna och samtalsavgifterna som sökanden har anspelat på, bekräftas för övrigt att sökanden och dess konkurrenter inte behandlas lika vad avser tillträde till accessnätet. Att ha tillträde till accessnätet utgör emellertid en nödvändig förutsättning för att konkurrensen på marknaden för samtal inte ska snedvridas.

202 Det kan under alla omständigheter inte uteslutas att, eftersom sökanden kraftigt sänkte sina samtalsavgifter under den period som avses i det angripna beslutet (se punkt 19 ovan), konkurrenterna inte ens hade samma ekonomiska möjlighet som sökanden att erbjuda den kompensation som sökanden föreslog. De konkurrenter som redan vidkändes en konkurrensnackdel i förhållande till sökanden, vad beträffar tillträde till accessnätet, borde i själva verket ta ut ännu lägre samtalsavgifter än sökanden, för att uppmana potentiella kunder att säga upp sina abonnemang hos sökanden och teckna abonnemang hos dem i stället.

203 Det framgår av det ovan anförda att kommissionen, vid sin beräkning av marginalpressen, med rätta beaktade enbart intäkterna från tillträdestjänster och uteslöt intäkter från andra tjänster, såsom samtalstjänster.

204 Med avseende på sökandens argument att dess konkurrenter enbart skulle vara intresserade av de mest lönsamma marknaderna, nämligen i förevarande fall marknaden för bredband på vilken det inte finns någon marginalpress, så att det inte skulle vara nödvändigt att beakta analoga tillträdestjänster i syfte att beräkna marginalpressen, erinrar förstainstansrätten om att för sökandens konkurrenter innebär tillträde till bredband nödvändigtvis tillträde till analoga anslutningar eller ISDN (se punkt 148 ovan). Intervenient I, som är konkurrent till sökanden, har gjort gällande att den inte är närvarande på marknaden för analoga tillträdestjänster på grund av sökandens dominerande ställning på denna marknad, och inte på grund av dess eget

fria val. Huruvida sökandens avgifter utgör missbruk ska under alla omständigheter, såsom det har angetts i punkterna 186–193 ovan, bedömas med hänvisning till den särskilda situation som sökanden befinner sig i, och därmed till dess avgifter och kostnader. Det ska vid denna bedömning inte beaktas att sökandens konkurrenter kan ha eventuella preferenser med avseende på den ena eller den andra marknaden.

205 Sökanden erbjuder emellertid analoga tillträdestjänster, ISDN och ADSL, till sina slutkunder. Dessa tjänster tillsammans motsvarar en enda grossisttjänst.

206 Kommissionen har under dessa förhållanden, i det angripna beslutet (skäl 111), med rätta kunnat konstatera att det var nödvändigt att, för att beräkna marginalpressen, jämföra avgifterna för grossisttjänster med det viktade genomsnittet av slutkundsavgifter för samtliga tillträdestjänster, nämligen tillgång till smalband (ISDN) och tillgång till bredband i form av ADSL.

207 Förevarande anmärkning kan följaktligen inte godtas.

— Anmärkningen att uppsägningsavgifterna för grossisttjänster beaktades vid beräkningen av marginalpressen

208 Det framgår av det angripna beslutet (skälen 18, 149 och 151) att kommissionen beaktade uppsägningsavgiften vid beräkningen av den totala avgiften för sökandens grossisttjänster. Kommissionen förklarade i det angripna beslutet att ”[u]ppsägningsavgiften tillkommer därvid för återkopplingen av en förbindelse med tillträde till

[sökandens nät] och kommer endast att debiteras konkurrenterna på grossistnivå". Tillsammans "med upplåtelseavgiften utgör detta den totala engångsavgiften på grossistnivå som konkurrenterna ska betala till [sökanden]".

209 Det ska med avseende på sökandens argument, enligt vilket uppsägningsavgiften inte kan anses utgöra en del av engångsavgiften för grossisttjänster, påpekas att sökanden själv, före den 10 februari 1999, införlivade uppsägningsavgiften i den engångsavgift för nyinstallation av en anslutning som konkurrenterna fakturerades. Det framgår av skälen 18 och 22 samt av tabell 9 i det angripna beslutet, som sökanden inte har anmärkt mot, att det var först från och med den 10 februari 1999 som en separat avgift togs ut för uppsägning av en anslutning, vilket medförde en samtidig minskning av engångsavgiften för nyinstallation.

210 Sökanden har inte heller invänt mot den omständigheten att den genomsnittliga slutkunden bevarar sin telefonanslutning för en tidsperiod av [*konfidentiellt*] månader (det angripna beslutet, skäl 148). Eftersom en konkurrent som tillhandahålls grossisttjänster ska erlägga en uppsägningsavgift till sökanden då en slutkund till konkurrenten säger upp sitt kontrakt avseende tillträdestjänster, ska det anses att den uppsägningsavgift som konkurrenten erlägger omfattas av den totala kostnaden avseende grossisttjänsten som ska reflekteras i slutkundsavgiften.

211 Kommissionen tog under dessa förhållanden med rätta med uppsägningsavgiften i beräkningen av den totala avgiften för grossisttjänsten som används i syfte att beräkna marginalpressen.

212 Denna invändning kan således inte heller godtas.

213 Talan kan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser den första grundens andra delgrund.

3. Den första grundens tredje delgrund: kommissionen har gjort en felaktig beräkning av marginalpressen

a) Parternas argument

214 Sökanden har gjort gällande att kommissionen gjorde en felaktig beräkning av marginalpressen i tabell 11 i det angripna beslutet. Tabellen, som avser sökandens produktspecifika kostnader för år 2001, omfattar, vad avser smalbandsanslutningar ISDN (T-ISDN) – med undantag för uppgifter avseende T-ISDN ”flerenhetsanslutningarna” Standard och Komfort –, uppgifter tagna från tabell 3 i det angripna beslutet med avseende på år 2002. De uppgifter som avseende T-ISDN-”flerenhetsanslutningarna” Standard och Komfort även förekommer i tabell 11 i det angripna beslutet motsvarar inte någon av uppgifterna i tabellerna 3–7 i det angripna beslutet. Viktningen av produktspecifika kostnader för år 2001 skulle för att vara korrekt uteslutande ha gjorts på grundval av det antal anslutningar som anges i tabell 4 i det angripna beslutet för år 2001. De viktade produktspecifika kostnaderna uppgår på grundval av dessa uppgifter enbart till [*konfidentiellt*] euro, det vill säga [*konfidentiellt*] euro mindre än det belopp som kommissionen räknat ut. Den marginalpress som kommissionen konstaterat borde minskas med samma belopp.

215 Kommissionen har bekräftat det fel i beräkningen som sökanden har åberopat, vilket emellertid inte påverkar det angripna beslutets giltighet.

b) Förstainstansrättens bedömning

216 Det fel i beräkningen som kommissionen har bekräftat i sitt svaromål avser beräkningen av sökandens särskilda kostnader för år 2001.

217 Detta fel är emellertid inte sådant att det påverkar det angripna beslutets giltighet.

218 Kommissionen beaktade nämligen inte sökandens särskilda kostnader avseende åren 1998–2001 när den bedömde att sökandens avgifter utgjorde missbruk. I det angripna beslutet (skäl 153) konstaterade kommissionen i själva verket att sökandens avgifter utgjorde en överträdelse på grundval av den negativa marginal som fanns mellan sökandens grossistavgifter och dess slutkundsavgifter. Konstaterandet att sökandens agerande under den nämnda perioden utgjorde en överträdelse påverkas därför inte alls av den felaktiga beräkningen av sökandens särskilda kostnader för år 2001.

219 Kommissionen fann däremot att sökandens avgifter från och med år 2002 utgjorde en överträdelse eftersom dess särskilda kostnader avseende tillträdestjänster för slutkunder överskred den positiva marginalen mellan sökandens grossist- och slutkundsavgifter. Kommissionen vidtog, i det angripna beslutet (skälen 159 och 160), den sistnämnda beräkningen på grundval av sökandens särskilda kostnader för år 2001.

220 Kommissionen drog följande slutsatser avseende beräkningen av marginalpressen i tabell 12 i det angripna beslutet:

Tabell 12

(i euro)

	maj 2002	juli 2002	januari 2003	februari 2003	maj 2003
Marginal mellan slutkundsavgifterna och grossistavgifterna	[*konfidentiellt*]	[*konfidentiellt*]	[*konfidentiellt*]	[*konfidentiellt*]	[*konfidentiellt*]
Genomsnittliga särskilda kostnader per förbindelse	[*konfidentiellt*]	[*konfidentiellt*]	[*konfidentiellt*]	[*konfidentiellt*]	[*konfidentiellt*]
Marginalpress	[*konfidentiellt*]	[*konfidentiellt*]	[*konfidentiellt*]	[*konfidentiellt*]	[*konfidentiellt*]

221 Förstainstansrätten påpekar att sökanden, inom ramen för förevarande delgrund, inte har invänt mot att kommissionen hänvisade till sökandens särskilda kostnader för år 2001 (det angripna beslutet, skäl 159) vid beräkningen av marginalpressen. Sökanden har enbart gjort gällande att dess särskilda kostnader för år 2001 beräknades felaktigt.

222 Om kommissionen inte hade gjort den påstått felaktiga beräkningen, skulle de särskilda kostnaderna för år 2001 enligt sökanden ha fastställts till [*konfidentiellt*] (se punkt 214 ovan). Även om sådana särskilda kostnader som inte har beräknats felaktigt hade beaktats, skulle det ändå ha funnits en marginalpress under hela perioden för den överträdelse som avses i det angripna beslutet.

223 Eftersom sökandens orimliga avgifter i den mening som avses i artikel 82 EG enligt det angripna beslutet (skälen 163 och 201) har samband med själva förekomsten av en marginalpress, och inte med dess exakta marginal, påverkar inte kommissionens felaktiga beräkning det angripna beslutets giltighet.

224 Talan kan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser den första grundens tredje delgrund.

4. Den första grundens fjärde delgrund: den konstaterade marginalpressen påverkar inte marknaden

a) Parternas argument

225 Sökanden har först gjort gällande att en marginalpress som föreligger på grundval av ett dominerande företags avgifter inte utgör ett missbruk i sig. Kommissionen borde således ha bedömt de faktiska verkningarna av det ifrågasätta agerandet, vilket den emellertid inte gjorde i det angripna beslutet. Mot bakgrund av att RegTP fastställde grossistavgifterna på grundval av sökandens kostnader, ska ett faktiskt hinder för konkurrensen bevisas i detalj.

226 Sökanden har erinrat om att begreppet missbruk består av två komponenter, nämligen att de ifrågasatta agerandena består i andra metoder än dem som används vid normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas transaktioner, och att de utgör ett effektivt hinder för konkurrensen (domstolens dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, REG 1979,

s. 461, punkt 91; svensk specialutgåva, volym 4, s. 315). Domstolen har således fastställt att det ska bevisas att det ifrågasatta agerandet utgör ett hinder för inträde på marknaden för andra konkurrenter eller avser att utmanövrera konkurrenter som redan är närvarande på marknaden. Sökanden har till stöd för sitt argument hänvisat till domstolens rättspraxis (domen i det ovan i punkt 189 nämnda målet AKZO mot kommissionen, punkt 72, dom av den 14 november 1996 i mål C-333/94 P, Tetra Pak mot kommissionen, REG 1996, s. I-5951, punkt 41, och av den 16 mars 2000 i de förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports m.fl. mot kommissionen,REG 2000, s. I-1365, punkterna 111 och 119), samt till kommissionens beslutspraxis (beslut Napier Brown mot British Sugar, skäl 66) och beslut från RegTP och FCC. Endast i det ovanliga fallet när försäljningen sker till ett pris som understiger de genomsnittliga rörliga kostnaderna har domstolen ansett att ett avgiftssystem i sig utgör missbruk.

227 Sökanden har i sin replik preciserat att de principer som domstolen har utformat avseende underprissättning borde vara tillämpliga i fall av marginalpress, då grossistavgifterna har fastställts av en regleringsmyndighet. Kommissionen borde således bevisa att den ifrågasatta marginalpressen faktiskt har inverkat skadligt på konkurrensen. Eftersom RegTP fastställer grossistavgifterna på grundval av kostnaderna, kan sådan bevisning enbart läggas fram då det företag som är dominerande på marknaden, efter att ha utmanövrerat sina konkurrenter, kan kompensera för de förluster som företaget lidit under perioden av utmanövrering med anledning av dess låga avgifter, genom att höja sina slutkundspriser. I förevarande fall skulle ett sådant initiativ från sökanden emellertid innebära en omedelbar återkomst för konkurrenterna på marknaden.

228 Sökanden har för det andra invänt mot påståendet att dess avgifter utgör ett hinder för inträde på marknaden eller att de har medfört att konkurrenter har utmanövrerats från marknaden.

229 Sökandens konkurrenter har faktiska möjligheter att inträda på marknaden. Sökanden har i detta avseende erinrat om att dess konkurrenter kan företa korssubventionering mellan rörliga avgifter och fasta avgifter för att täcka ett eventuellt underskott med avseende på anslutningar. Den möjlighet som sökandens konkurrenter har, vilken

sökanden själv saknar, att utesluta möjligheten till (för)val för samtliga anslutningar (se punkt 156 ovan) gör det möjligt för konkurrenter att göra en mer exakt beräkning av sina intäkter från samtalsavgifter än vad sökanden kan göra. Konkurrenternas omsättning från samtalsavgifter per anslutning är därmed klart högre än sökandens, och är för övrigt mer förutsägbar. I svaren från sökandens konkurrenter, på begäran om upplysningar av den 19 januari 2000 samt i RegTP:s beslut av den 29 april 2003, bekräftas att det är möjligt för nämnda konkurrenter att företa korssubventionering mellan anslutningsavgifterna och samtalsavgifterna. Sökanden har även hänvisat till sitt yttrande av den 29 juli 2002 avseende meddelandet om invändningar och de dokument som det hänvisas till i detta yttrande. Det följer slutligen av studier som sökanden har utfört att samtliga dess konkurrenter har haft positiva marginaler på direkta kostnader tack vare korssubventionering mellan deras fasta avgifter och deras rörliga avgifter med avseende på varje sorts anslutning och således även med avseende på analoga anslutningar.

230 Flera konkurrenter har, även sedan den tyska marknaden för telekommunikationer liberaliserades, väsentligt ökat sina marknadsandelar i storstadsregionerna. Sökanden har i detta hänseende hänvisat till bolaget KomTel, som enligt egen utsago i ett pressmeddelande av den 31 maj 2002 hade uppnått en marknadsandel på 43 procent av anslutningarna i Flensburg. Enligt sökandens beräkningar på grundval av förbindelser som sökanden hyr ut till sina konkurrenter, innehar andra leverantörer i vissa områden för lokala förbindelser marknadsandelar på exempelvis [*konfidentiellt*]. Sökanden har således sedan år 1998 förlorat [*konfidentiellt*] slutkunder till fördel för sina konkurrenter. Så snart en konkurrent har lyckats träda in på en lokal marknad är det ekonomiskt lönsamt för konkurrenten att bygga upp en egen infrastruktur. Ett inträde på marknaden inleds naturligtvis med lönsamma kunder, och därefter erövras nya kundgrupper med hjälp av gjorda vinster (skrivelse från Colt, en av sökandens konkurrenter, till sökanden av den 15 oktober 2002). Detta gäller även för större storstadsregioner som används som språngbrädor för en regional konkurrens. Konkurrensen i Tyskland har i vilket fall som helst utvecklats bättre än i de andra medlemsstaterna. I hela gemenskapen erhåller sökanden totalt mer än 81 procent av hyran för tillträde till accessnäten.

231 Sökanden har preciserat i sin replik att Colt och Arcor tidigare erbjöd telefonanslutningar på nationell nivå och EWE TEL i stora områden i norra Tyskland. Kommissionen har på intet sätt bevisat att det föreligger ett orsakssamband mellan den påstådda marginalpressen och den påstått långsamma utvecklingen av konkurrensen. Det finns inte någon marginalpress på marknaden för bredbandsanslutningar. Denna kan således inte utgöra orsaken till sökandens ställning på den marknaden.

232 Kommissionen och intervenienterna I och II har yrkat att talan inte ska bifallas såvitt avser förevarande delgrund.

b) Förstainstansrättens bedömning

233 Enligt fast rättspraxis är begreppet missbruk ett objektivt begrepp. Det omfattar sådana beteenden hos ett företag med dominerande ställning som kan påverka strukturen på en marknad där konkurrensen redan är försvagad just till följd av det aktuella företagets existens och som, genom att andra metoder används än sådana som räknas till normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas transaktioner, medför att hinder läggs i vägen för att den på marknaden ännu existerande konkurrensen upprätthålls eller utvecklas (domen i det ovan i punkt 226 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 91, och domen i det ovan i punkt 189 nämnda målet AKZO mot kommissionen, punkt 69, domstolens beslut av den 23 februari 2006 i mål C-171/05 P, Piau mot kommissionen, ej publicerat i rättsfallssamlingen, punkt 37, och domen i det ovan i punkt 122 nämnda målet Irish Sugar mot kommissionen, punkt 111).

234 Enligt kommissionen har sökandens avgifter begränsat konkurrensen på marknaden för slutkundstjänster. Kommissionen har på grundval av detta konstaterande i det angripna beslutet (skälen 179 och 180) härlett att det förelåg en marginalpress. Det är inte nödvändigt att visa att denna hade en konkurrensbegränsande verkan, även om kommissionen, alternativt, gjorde en sådan prövning i skälen 181–183 i det angripna beslutet.

235 Sökanden hade en faktisk monopolställning på marknaden för slutkunder, ända till dess att en första konkurrent år 1998 inträdde på marknaden för tillträdestjänster för slutkunder. Den konkurrensbegränsande verkan som kommissionen är skyldig att visa avser därmed eventuella hinder som sökandens avgifter har kunnat medföra för den nämnda konkurrentens utveckling på marknaden.

236 Förstainstansrätten erinrar i detta hänseende om att sökanden är ägare till det fasta telefonnätet i Tyskland och att det inte har ifrågasatts, såsom kommissionen fann i skälen 83–91 i det angripna beslutet, att det vid den tidpunkt då beslutet fattades inte fanns någon annan infrastruktur i Tyskland som skulle ha möjliggjort för sökandens konkurrenter att varaktigt inträda på marknaden för tillträdestjänster till slutkunder.

237 Sökandens grossisttjänster är således oumbärliga för att någon av sökandens konkurrenter ska kunna konkurrera med sökanden på marknaden i efterföljande led för tillträdestjänster till slutkunder. Med hänsyn härtill skulle en marginalpress mellan sökandens avgifter för grossisttjänster och slutkundstjänster i princip utgöra hinder för konkurrensens utveckling på marknaderna i efterföljande led. Om sökandens slutkundsavgifter i själva verket är lägre än dess avgifter för grossisttjänster eller om marginalen mellan dessa avgifter inte är tillräcklig för att möjliggöra för en operatör som är lika effektiv som sökanden att täcka sina särskilda kostnader för tillhandahållande av tjänster till slutkunder, är det enbart möjligt för en konkurrent som är lika effektiv som sökanden att inträda på marknaden för tillträdestjänster till slutkunder genom att gå med förlust.

238 Sökanden har förvisso påpekat att dess konkurrenter vanligtvis företar korssubventionering. De uppväger gjorda förluster på marknaden för tillträdestjänster avseende slutkunder med vinster på andra marknader, såsom marknaden för kommunikationer. Sökanden behöver emellertid inte, såsom ägare av det fasta nätet, använda sig av grossisttjänster för att kunna erbjuda tillträdestjänster till slutkunder och behöver således inte, i motsats till sina konkurrenter, med anledning av de avgifter bolaget kan ta ut i egenskap av dominerande företag, söka kompensera för förluster på marknaden för tillträdestjänster för slutkunder. Den marginalpress som kommissionen konstaterade i det angripna beslutet medför således en snedvridning av konkurrensen inte enbart på marknaden för tillträdestjänster för slutkunder utan även på marknaden för kommunikationer (se punkterna 197–202 ovan).

239 De små marknadsandelar som sökandens konkurrenter har på marknaden för tillträdestjänster för slutkunder, efter det att marknaden liberaliserats i och med TKG:s ikraftträdande den 1 augusti 1996, vittnar för övrigt om de hinder som sökandens avgifter har gett upphov till för konkurrensens utveckling på dessa marknader. Sökanden har således vid förhandlingen preciserat att bolaget inte har invänt mot kommissionens påståenden i det angripna beslutet (skäl 181) att, vid tidpunkten för det angripna beslutet, samtliga konkurrenter tillsammans enbart hade ”en marknadsandel på 4,4 procent för smalbandsanslutningar och 10 procent för bredbandsanslutningarna”, och att ”[i] slutet av 2002 … alla 64 konkurrenterna tillsammans endast [hade] 2,35 miljoner av de totalt 53,72 miljoner telefonkanalerna i Tyskland”.

240 Sökanden har inte heller invänt mot påståendet att dess konkurrenters marknadsandel, enbart på marknaden för analoga anslutningar som vid den tidpunkt då det angripna beslutet fattades motsvarade 75 procent av samtliga anslutningar i Tyskland, minskade från 21 procent år 1999 till 10 procent år 2002 (det angripna beslutet, skäl 182).

241 Sökanden har emellertid påpekat att flera av konkurrenternas marknadsandelar har vuxit avsevärt i storstadsregioner.

242 Förstainstansrätten påpekar i detta hänseende att sökanden inte har invänt mot marknadsdefinitionen i det angripna beslutet (skälen 92–95), enligt vilken den geografiskt relevanta marknaden är den tyska marknaden. De framsteg som vissa av sökandens konkurrenter har gjort i vissa storstadsregioner påverkar således inte konstaterandet att sökandens konkurrenter totalt sett enbart har förvärvat små marknadsandelar på den relevanta geografiska marknaden för tillträdestjänster till slutkunder.

243 Den omständigheten att konkurrensen har utvecklats sämre i andra medlemsstater visar ändå inte att sökandens avgifter saknade konkurrensbegränsande verkan i Tyskland som utgör den relevanta geografiska marknaden. Den påstått sämre situationen i de andra medlemsstaterna kan bero på att de berörda tjänstemarknaderna liberaliserades senare, det vill säga efter den 1 juni 1997, då sökanden förpliktades att i enlighet med gällande tysk lagstiftning ge sina konkurrenter totalt tillträde till accessnätet (se punkt 98 ovan). I artikel 3 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2887/2000 av den 18 december 2000 om tillträde till accessnät föreskrivs en sådan skyldighet för traditionella operatörer från och med den 31 december 2000. Den påstått sämre situationen i andra medlemsstater kan även ha samband med andra överträdelser av gemenskapens konkurrensregler. Även om det skulle antas att kommissionen har underlåtit att uppfylla vissa av sina förpliktelser enligt artikel 211 EG genom att underlåta att övervaka tillämpningen av gemenskapsrätten på telekommunikationsområdet i andra medlemsstater, kan detta i vilket fall som helst inte motivera den överträdelse av artikel 82 EG som sökanden i förevarande fall har begått på samma område (domen i det ovan i punkt 86 nämnda målet van Landewyck m.fl. mot kommissionen, punkt 84, förstainstansrättens dom av den 6 april 1995 i mål T-148/89, Tréfilunion mot kommissionen, REG 1995, s. II-1063, punkt 127, och av den 15 mars 2000 i de förenade målen 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–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 och T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. II-491, punkt 2559).

244 Förstainstansrätten erinrar slutligen, med avseende på det argument som sökanden lade fram i repliken, att två av dess konkurrenter under tiden har blivit verksamma

på nationell nivå, om att inom ramen för en talan om ogiltigförklaring enligt artikel 230 EG ska en rättsakts lagenlighet bedömas i förhållande till de faktiska och rättsliga omständigheter som rådde den dag då rättsakten antogs (domstolens dom av den 7 februari 1979 i de förenade målen 15/76 och 16/76, Frankrike mot kommissionen, REG 1979, s. 321, punkt 7, svensk specialutgåva, volym 4, s. 287, och förstainstansrättens dom av den 28 februari 2002 i mål T-395/94, Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen, REG 2002, s. II-875, punkt 252). Sökanden har i vilket fall som helst underlåtit att ange antalet konkurrenter på nationell nivå och har inte lagt fram någon bevisning som vederlägger konstaterandena i skälen 180–183 i det angripna beslutet, att dess avgifter utgör en faktisk begränsning av konkurrensen på den tyska marknaden för tillträdestjänster till slutkunder.

245 Talan kan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser den första grundens tredje delgrund.

B — *Den andra grunden: det angripna beslutets artikeldel är bristfällig*

1. Parternas argument

246 Sökanden har först erinrat om att kommissionen i artikel 1 i det angripna beslutet fann att sökanden hade överträtt artikel 82 a i fördraget ”genom att påföra sina konkurrenter och sina slutkunder orimliga månads- och engångsavgifter för tillträdet till det fasta nätet”. Enligt artikeldelen i det angripna beslutet är sökandens avgifter för grossisttjänster och för slutkunder orimliga. Det framgår emellertid inte av motiveringen till det angripna beslutet att sökandens avgifter har bedömts vara orimliga i sig. Endast förhållandet mellan grossistavgifterna och slutkundsavgifterna har ansetts utgöra missbruk med anledning av den påstådda marginalpressen. Motiveringen i det angripna beslutet utgör således inte stöd för artikeldelen i detta.

247 Sökanden har därefter påmint om att bolaget enligt artikel 2 i det angripna beslutet ålades att upphöra med de överträdelser som omnämns i artikel 1 och framdeles avhålla sig från att upprepa de överträdelser eller det agerande som omnämns i den nämnda artikeln. Förutom den omständigheten att åläggandet i artikel 2 inte överensstämmer med motiveringen i det angripna beslutet, kan det inte genomföras eftersom sökanden inte kan påverka grossistavgifterna.

248 Sökanden har slutligen i repliken tillagt att artikel 1 i artikeldelen är felaktig eftersom kommissionen har konstaterat att sökanden har överträtt artikel 82 EG, genom att ta ut orimliga avgifter. Sökanden har emellertid inget handlingsutrymme vad avser uttagandet av avgifter (se punkt 73 ovan).

249 Kommissionen har yrkat att talan inte ska vinna bifall såvitt avser förevarande grund.

2. Förstainstansrättens bedömning

250 I artikel 1 i det angripna beslutet anges att sökanden ”har överträtt artikel 82 a i fördraget genom att påföra sina konkurrenter och sina slutkunder orimliga månads- och engångsavgifter för tillträdet till det fasta nätet och därigenom på ett betydande sätt hindrat konkurrensen på marknaden för tillträde till accessnätet”.

251 I motsats till vad sökanden har gjort gällande anges det inte i artikel 1 i det angripna beslutet att både sökandens avgifter för grossisttjänster och dess slutkundsavgifter ska anses vara orimliga.

252 Artikeldelen i det angripna beslutet ska nämligen läsas mot bakgrund av dess motivering (förstainstansrättens dom av den 16 december 2003 i de förenade målen T-5/00 och T-6/00, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied och Technische Unie mot kommissionen, REG 2003, s. II-5761, punkt 374). Det framgår därvid klart att ”[sökandens] utövade missbruk består av framtvingande av orimlig prissättning i form av en marginalpress till nackdel för [dess] konkurrenter” (det angripna beslutet, skäl 201). Sökandens missbruk har ”formen av marginalpress genom en obalans mellan avgifterna för grossister och slutkunder för tillträdet till det fasta nätet” (det angripna beslutet, skäl 57) och tar sig uttryck i ”orimlig prissättning” (det angripna beslutet, skäl 163).

253 Det framgår av det ovan anförda att artikel 1 i det angripna beslutet, mot bakgrund av dess motivering, ska förstås så att kommissionen hänvisade till det föreliggande förhållandet mellan sökandens avgifter för grossisttjänster och slutkundsavgifter då den fastställde att avgifterna för nyinstallation och månadsavgiften avseende tillträde till accessnätet vad orimliga. Det föreligger således inte någon motsägelse mellan motiveringen och artikeldelen i det angripna beslutet.

254 Åläggandet i artikel 2 i det angripna beslutet är mot bakgrund av det ovan sagda inte heller rättsstridigt. Även om sökanden inte kunde påverka grossistavgifterna hade bolaget ett handlingsutrymme att öka sina slutkundsavgifter för tillträde till ADSL (se punkterna 141–151 ovan).

255 Den skillnad som sökanden för första gången gjorde i repliken, mellan uttag och fastställelse av avgifter, ska inte upptas till prövning i enlighet med artikel 48.2 i förstainstansrättens rättegångsregler.

256 Talan ska mot bakgrund av det ovan sagda inte vinna bifall såvitt avser den andra grunden.

C — *Den tredje grunden: maktmissbruk och åsidosättande av principerna om proportionalitet, rättssäkerhet och berättigade förväntningar*

1. Parternas argument

257 Sökanden har gjort gällande att kommissionen, genom att göra intrång på RegTP:s behörighet, har gjort sig skyldig till maktmissbruk samt åsidosättande av principerna om proportionalitet, rättssäkerhet och berättigade förväntningar.

258 Sökanden har erinrat om att det huvudsakliga ansvaret enligt gemenskapsrätten för kontrollen av teleavgifterna tillkommer de nationella myndigheterna, såsom RegTP. Sökanden har i detta hänseende hänvisat till kommissionens direktiv 90/388/EEG av den 28 juni 1990 om konkurrens på marknaderna för teletjänster (EGT L 192, s. 10), till artikel 17 i direktiv 98/10, till artikel 4.1 i förordning nr 2887/2000, till artikel 13.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/19/EG av den 7 mars 2002 om tillträde till och samtrafik mellan elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter (EGT L 108, s.7), till punkterna 9 och 22 i kommissionens tillkännagivande, av den 22 augusti 1998, om tillämpning av konkurrensreglerna på tillträdesavtal inom telesektorn, benämnt Ramen, relevanta marknader och principer, och till sidan 61 och därpå följande sidor i Meddelande från kommissionen om tillträde till accessnät (LLUB) för att skapa ett konkurrenskraftigt och komplett utbud av elektroniska

kommunikationstjänster, däribland bredbandiga multimedietjänster och snabba Internettjänster (EGT 2000, C 272, s. 55). De nationella regleringsmyndigheterna ska i detta samband beakta gemenskapens syften, däribland syftet med artikel 82 EG. Av detta följer enligt sökanden att om kommissionen ansåg att RegTP:s avgiftsbeslut var oförenliga med gemenskapsrätten, borde den ha väckt talan om fördragsbrott mot Tyskland.

259 Sökanden har dessutom gjort gällande att RegTP, såväl vid reglering av pristaksindexet avseende slutkundsavgifter som vid fastställande av grossistavgifterna, bedömde huruvida det förelåg en marginalpress mellan grossistavgifterna och slutkundsavgifterna som kunde utgöra en effektiv begränsning av konkurrensen. RegTP fastställde därvid att det inte förelåg någon sådan marginalpress. Sökanden har i detta avseende hänvisat till beslut av RegTP av den 8 februari 1999, den 23 december 1999, den 30 mars 2001, den 21 december 2001, den 11 april 2002, och särskilt av den 29 april 2003. RegTP:s beslut gav upphov till en skyddsvärd berättigad förväntning hos sökanden (domstolens dom av den 21 september 1983 i de förenade målen 205/82–215/82, Deutsche Milchkontor m.fl., REG 1983, s. 2633, punkterna 30 och 31; svensk specialutgåva, volym 7, s. 233).

260 RegTP har i sin avgiftspolitik valt att försiktigt återställa balansen mellan anslutningsavgifter och samtalsavgifter (RegTP:s beslut av den 21 december 2001, och av den 11 april 2002). Sökanden har förklarat att Deutsche Bundespost av socialpolitiska orsaker tagit ut låga anslutningsavgifter, vilka emellertid är förmånliga för slutkunderna, och har kompenserat de förluster som detta gav upphov till genom en korssubventionering mellan intäkterna från samtalsavgifter som fastställs på en hög nivå. BMPT och därefter RegTP samlade av denna anledning, inledningsvis, genom beslut av den 9 december 1997 och den 23 december 1999 inom ramen för pristaksförfarandet, avgifterna för anslutning och samtal för företag respektive privatpersoner i en korg. De prisindex som således fastställdes var giltiga fram till slutet av år 2001. RegTP organiserade därefter genom sitt beslut av den 21 december 2001 om en övre avgiftsgräns själv den planerade progressiva avgiftsomstruktureringen. RegTP delade upp korgarna för anslutningar och samtal och fastställde prisindex för fyra korgar med olika tjänster (se punkt 20 ovan). Det framgår emellertid av samma beslut av

RegTP, av den 21 december 2001, att myndigheten efter övervägande beslutade att inte genomföra en förordning enligt vilken anslutningsavgifterna fastställdes separat i förhållande till kostnaderna.

261 RegTP var således ensam ansvarig för den marginalpress som kommissionen har påstått förelåg. Den påstådda marginalpressen utgjorde i själva verket en direkt följd av regleringsbesluten som fattades av RegTP och dessförinnan av BMPT, samt av den lagstiftningsmetod som ligger till grund för dessa beslut. Kommissionen saknar behörighet att fastställa att sökanden har överträtt artikel 82 EG då denne enbart har följt RegTP:s tvingande beslut, vilka har gett upphov till berättigade förväntningar för sökanden. Kommissionen underkastade genom det angripna beslutet sökandens avgifter en dubbelreglering, och åsidosatte därmed såväl principen om proportionalitet som rättssäkerhetsprincipen, som säkerställs genom den behörighetsfördelning som genomförs enligt gemenskapsrätten avseende avgifter i telesektorn. Kommissionen har för övrigt genom att anta det angripna beslutet, försökt korrigera de tyska myndigheternas utövande av sin behörighet i regleringsavseende, när den i stället borde ha väckt talan om fördragsbrott. Kommissionen har genom detta tillvägagångssätt gjort sig skyldig till maktmissbruk.

262 Kommissionen och intervenienterna I och II har yrkat att talan inte ska bifallas såvitt avser förevarande grund.

2. Förstainstansrättens bedömning

263 Förstainstansrätten finner för det första, beträffande sökandens invändning, att kommissionen underkastade dess avgifter en dubbelreglering och således åsidosatte principerna om proportionalitet och rättssäkerhet, att den gemenskapsrättsliga ram som sökanden hänvisar till i punkt 258 ovan ingalunda påverkar kommissionens

behörighet enligt artikel 3.1 i rådets förordning nr 17 och sedan den 1 maj 2004, artikel 7.1 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna [81 EG] och [82 EG] (EGT L 1, 2003, s. 1) för att fastställa att artiklarna 81 EG och 82 EG har överträtts.

264 Förstainstansrätten har redan fastställt ovan att sökanden mellan den 1 januari 1998 och den 31 december 2001 förfogade över tillräckligt handlingsutrymme för att eliminera den marginalpress som konstaterades i det angripna beslutet, och att sökanden från och med den 1 januari 2002 förfogade över ett tillräckligt stort handlingsutrymme för att minska den nämnda marginalpressen (se punkterna 97–151 ovan). Sökandens agerande omfattas således av tillämpningsområdet för artikel 82 EG.

265 Även om det inte kan uteslutas att de tyska myndigheterna även har åsidosatt gemenskapsrätten, och bland annat bestämmelserna i direktiv 90/388, i dess lydelse enligt direktiv 96/19, genom en gradvis återanpassning av avgifterna för anslutning och samtal, medför en sådan underlåtenhet, om den konstateras, inte att det handlingsutrymme som sökanden faktiskt förfogade över för att minska marginalpressen elimineras.

266 Den första invändningen kan inte godtas.

267 Förstainstansrätten påpekar för det andra, beträffande invändningen om skyddet för berättigade förväntningar, att RegTP i flera beslut som fattades under den period som avses i det angripna beslutet prövade huruvida sökandens avgifter gav upphov till en marginalpress. RegTP fann emellertid varje gång i sina beslut, efter att ha konstaterat att det förelåg en negativ marginal mellan sökandens avgifter för grossisttjänster och för slutkunder, att korssubventionering mellan tillträdestjänster och samtalstjänster borde möjliggöra för andra operatörer att erbjuda sina slutkunder konkurrenskraftiga avgifter (se punkterna 115–119 ovan).

268 RegTP:s innehåller inte någon hänvisning till artikel 82 EG (se punkt 114 ovan). RegTP:s påstående att ”[d]en obetydliga skillnaden mellan slutkundsavgifterna och grossistavgifterna [inte] påverkar … konkurrenternas möjligheter att konkurrera avseende det fasta nätet i den grad att det blir ekonomiskt omöjligt för dem att tillträda marknaden under goda förhållanden, eller till och med överleva på marknaden” (RegTP:s beslut av den 29 april 2003) innebär inte att sökandens avgifter inte medför en snedvridning av konkurrensen i den mening som avses i artikel 82 EG. Det framgår tvärtom underförstått, men av nödvändighet, av RegTP:s beslut, att sökandens avgifter har en konkurrensbegränsande verkan, då sökandens konkurrenter måste vidta korssubventionering för att förbli konkurrenskraftiga på marknaden för tillträdestjänster (se punkterna 119 och 238 ovan).

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

270 Förstainstansrätten erinrar för det tredje, beträffande sökandens invändning att kommissionen har gjort sig skyldig till maktmissbruk, om att en rättsakt innebär maktmissbruk endast om det på grundval av objektiva, relevanta och samstämmiga uppgifter kan antas att den har antagits uteslutande, eller åtminstone huvudsakligen, för att uppnå andra mål än dem som angetts (se dom av den 11 november 2004 i de förenade målen C-186/02 P och C-188/02 P, Ramondín m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. I-10653, punkt 44, och där angiven rättspraxis).

271 Kommissionen avser i det angripna beslutet enbart sökandens avgifter och inte beslut av de tyska myndigheterna. Även om RegTP åsidosatte en gemenskapsregel och även om kommissionen i detta avseende skulle ha kunnat väcka talan om fördragsbrott

mot Förbundsrepubliken Tyskland, skulle detta inte ha påverkat det angripna beslutets lagenlighet. Kommissionen nöjde sig med att i det beslutet konstatera att sökanden hade överträtt artikel 82 EG, en bestämmelse som inte avser medlemsstaterna utan enbart ekonomiska aktörer. Kommissionen har således inte gjort sig skyldig till maktmissbruk genom detta konstaterande på grundval av artikel 82 EG.

272 Talan kan följaktligen inte heller bifallas såvitt avser den sista grunden.

II — *Andrahandsyrkanden om minskning av de ålagda böterna*

273 Sökanden har formulerat sex grunder till stöd för sina andrahandsyrkanden. Den första grunden avser åsidosättande av rätten till försvar och den andra grunden åsidosättande av artikel 253 EG. Enligt den tredje grunden kan oaktsamhet eller uppsåt inte göras gällande mot sökanden, och enligt den fjärde grunden har avgiftsregleringen inte beaktats tillräckligt vid beräkningen av bötesbeloppet. Den femte grunden avser bedömningen av överträdelsens varaktighet, och den sjätte grunden förmildrande omständigheter har inte beaktats.

A — *Den första grunden: åsidosättande av rätten till försvar*

1. Parternas argument

274 Sökanden har gjort gällande att kommissionen har åsidosatt artikel 19.1 i förordning nr 17 avseende rätten till försvar, genom att inte i sitt meddelande om invändningar

av den 2 maj 2002 och i sin tilläggsskrivelse av den 21 februari 2003 göra en faktisk och rättslig bedömning av huruvida den påstådda överträdelsen hade begåtts ”uppsåtligen eller av oaktsamhet” (domstolens dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80–103/80, Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen, REG 1983, s. 1825, punkt 21, svensk specialutgåva, volym 7, s. 133, domstolens beslut av den 25 mars 1996 i mål C-137/95 P, SPO m.fl. mot kommissionen,REG 1996, s. I-1611, punkt 53, och förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-9/99, HFB m.fl. mot kommissionen,REG 2002, s. II-1487, punkt 311). Sökanden borde i själva verket, för att med framgång kunna försvara sig, ha informerats under det administrativa förfarandet om de faktiska omständigheter som låg till grund för kommissionens påståenden om sådant uppsåt eller sådan oaktsamhet.

275 Kommissionen har yrkat att talan inte ska bifallas såvitt avser förevarande grund.

2. Förstainstansrättens bedömning

276 Förstainstansrätten påminner först om att i artikel 15.2 första stycket i förordning nr 17 anges de villkor som ska vara uppfyllda för att kommissionen ska kunna påföra böter (villkor för att kunna ålägga böter). Enligt ett av dessa villkor ska överträdelsen ha begåtts uppsåtligen eller av oaktsamhet (det ovan i punkt 274 nämnda beslutet SPO m.fl. mot kommissionen, punkt 53).

277 Förstainstansrätten erinrar därefter om att kommissionen är skyldig att i meddelandet om invändningar göra en preliminär och summarisk bedömning av hur länge den påstådda överträdelsen har pågått, hur allvarlig den är och huruvida den med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet har skett uppsåtligen eller av oaktsamhet. Huruvida denna preliminära bedömning, som gjorts i syfte att ge de företag till vilka meddelandet om anmärkningar är riktat en möjlighet att försvara sig, är tillräcklig, måste emellertid bedömas mot bakgrund av lydelsen i rättsakten i fråga samt även mot bakgrund av sammanhanget och samtliga rättsregler som reglerar det berörda området (förstainstansrättens dom av den 8 juli 2004 i mål T-48/00, Corus UK mot kommissionen, REG 2004, s. II-2325, punkt 146).

278 Kommissionen informerade sökanden i meddelandet om invändningar (punkterna 95–140) om den omständigheten att den ansåg att sökandens avgifter, och särskilt den marginalpress som förelåg på grundval av den negativa, eller otillräckliga, marginalen mellan avgifterna för grossisttjänster och slutkundsavgifterna, stred mot artikel 82 EG. Kommissionen bedömde dessutom i meddelandet om invändningar (punkterna 141–152) det handlingsutrymme som sökanden förfogade över för fastställande av sina avgifter och därmed även sökandens ansvar för det kritiserade agerandet.

279 Förstainstansrätten finner mot denna bakgrund att kommissionen har angett tillräckligt detaljerade uppgifter i meddelandet om invändningar avseende de villkor för att kunna ålägga böter som föreskrivs i artikel 15.2 första stycket i förordning nr 17. Eftersom överträdelser som har begåtts av oaktsamhet inte är mindre allvarliga ur konkurrenssynpunkt än överträdelser som har begåtts uppsåtligen (det ovan i punkt 274 nämnda beslutet SPO m.fl. mot kommissionen, punkt 55), behövde sökanden inte ha tillgång till mer detaljerade uppgifter avseende sitt ansvar för att med framgång kunna utöva sin rätt till försvar.

280 Sökanden har under alla omständigheter faktiskt utövat sin rätt till försvar i detta avseende eftersom bolaget i sitt svar på meddelandet om invändningar invände mot kommissionens påstående att det kunde hållas ansvarigt, genom att hänvisa till den nationella regleringen av dess avgifter.

281 Talan kan följaktligen inte bifallas såvitt avser den första grunden.

B — *Den andra grunden: åsidosättande av artikel 253 EG*

1. Parternas argument

282 Sökanden har gjort gällande att kommissionen är skyldig att i det angripna beslutet ange de faktiska omständigheter som ligger till grund för kommissionens

konstaterande att de nödvändiga villkoren för att ålägga böter är uppfyllda (domen i det ovan i punkt 185 nämnda målet Remia m.fl. mot kommissionen, punkt 26, förstainstansrättens dom av den 24 januari 1992 i mål T-44/90, La Cinq mot kommissionen,REG 1992, s. II-1, punkt 43, och av den 29 juni 1993 i mål T-7/92, Asia Motor France m.fl. mot kommissionen, REG 1993, s. II-669, punkt 30, svensk specialutgåva, volym 14, s. II-81). Enligt sökanden utgör det angripna beslutet ett åsidosättande av artikel 253 EG, genom att det saknar motivering avseende huruvida sökanden agerat oaktsamt eller uppsåtligen, vilket innebär att böterna därför ska upphävas.

283 Kommissionen har yrkat att förevarande grund ska ogillas.

2. Förstainstansrättens bedömning

284 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att motiveringsskyldigheten utgör en väsentlig formföreskrift som ska särskiljas från frågan huruvida motiveringen är hållbar, vilken ska hänföras till frågan huruvida den omtvistade rättsakten är lagenlig i materiellt hänseende. Den motivering som krävs i detta hänseende enligt artikel 253 EG ska vara anpassad till rättsaktens beskaffenhet och det ska klart och tydligt framgå av denna hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och domstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt (domstolens dom av den 22 mars 2001 i mål C-17/99, Frankrike mot kommissionen, REG 2001, s. I-2481, punkt 35).

285 Det krävs inte att motiveringen till en rättsakt innehåller alla de relevanta faktiska och rättsliga omständigheterna, eftersom frågan huruvida motiveringen av en rättsakt uppfyller kraven i artikel 253 EG inte enbart ska bedömas mot bakgrund av motiveringens lydelse, utan även mot bakgrund av det sammanhang i vilket motiveringen ingår samt alla rättsregler som reglerar den berörda frågan (domstolens dom av den 22 mars 2001 i det ovan i punkt 284 nämnda målet Frankrike mot kommissionen, punkt 36, och av den 19 september 2002 i mål C-113/00, Spanien mot kommissionen, REG 2002, s. I-7601, punkt 48).

286 Förstainstansrätten konstaterar att det hänvisas till artikel 15.2 i förordning nr 17 i det angripna beslutet (andra ledet). I den bestämmelsen definieras i första stycket de villkor som ska vara uppfyllda för att kommissionen ska kunna ålägga böter (villkor för att kunna ålägga böter). Ett av dessa villkor är att överträdelsen begåtts uppsåtligen eller av oaktsamhet (beslutet i det ovan i punkt 274 nämnda målet SPO m.fl. mot kommissionen, punkt 53).

287 Kommissionen har i detalj i skälen 102–162 och 176–183 i det angripna beslutet redogjort för varför den anser att sökandens avgifter utgör missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG. I skälen 163–175 har kommissionen motiverat varför sökanden ska anses ansvarig för den konstaterade överträdelsen, trots den omständigheten att dessa avgifter är föremål för de tyska myndigheternas godkännande.

288 Förstainstansrätten anser, mot denna bakgrund, att det angripna beslutet ska anses vara tillräckligt motiverat vad avser tillämpningen i förevarande fall av de villkor för att kunna ålägga böter som föreskrivs i artikel 15.2 första stycket i förordning nr 17.

289 Talan ska inte heller vinna bifall såvitt avser denna grund.

C — *Den tredje grunden: sökanden har inte agerat oaktsamt eller med uppsåt*

1. Parternas argument

290 Sökanden har gjort gällande att bolaget inte har agerat oaktsamt eller med uppsåt.

291 Sökanden har först påmint om att dess avgifter för grossisttjänster och dess slutkundsavgifter alla har varit föremål för beslut av BMPT och därefter RegTP. Sökanden har således rätteligen kunnat förutsätta att dess avgifter var lagenliga. Sökanden har påpekat att RegTP är en neutral och oberoende statlig myndighet. Det var RegTP:s uppgift och inte sökandens, att kontrollera huruvida avgifterna för grossisttjänster och slutkundsavgifter var förenliga med artikel 82 EG. Oberlandesgericht Düsseldorf fann dessutom i sin dom av den 16 januari 2002 att sökanden inte kunde hållas ansvarig för de avgifter som RegTP fastställde.

292 Kommissionen informerade för det andra sökanden vid ett möte den 17 april 2000 om att förfarandet mot sökanden inte skulle fullföljas eftersom kommissionen hade väckt en fördragsbrottstalan mot Förbundsrepubliken Tyskland. Sökanden har tillagt att kommissionen inte vidtog några handläggningsåtgärder mellan januari 2000 och juni 2001, det vill säga under cirka ett och ett halvt år. Sökanden hade utifrån kommissionens agerande skäl att tro att kommissionen inte hade tillräckligt stöd för sitt påstående att sökanden hade missbrukat sin dominerande ställning, i vilket fall som helst under perioden mellan januari 2000 och juni 2001. Sökanden tillade i sin replik att bolaget antog att kommissionen avstod från att göra gällande invändningen om överträdelse av artikel 82 EG mot sökanden, med hänsyn till att kommissionen hade väckt en fördragsbrottstalan och avbrutit förfarandet om missbruk samt med anledning av kommissionens förklaringar vid mötet den 17 april 2000.

293 Sökanden har för det tredje gjort gällande att bolaget, i avsaknad av rättspraxis från domstolen och beslutspraxis från kommissionen avseende en marginalpress i telesektorn, aldrig tvivlade på att RegTP gjort en riktig bedömning. Sökanden kunde dessutom, med anledning av att RegTP ett flertal gånger prövat frågan om marginalpress i sin administrativa praxis, utgå från att kommissionen skulle fatta samma beslut som RegTP.

294 Kommissionen och intervenient II har yrkat att förevarande grund inte ska godtas.

2. Förstainstansrättens bedömning

295 Vad gäller frågan huruvida överträdelserna begåtts uppsåtligen eller av oaktsamhet, och därför kan bestraffas med böter i enlighet med artikel 15.2 första stycket i förordning nr 17, har det redan slagits fast att detta villkor är uppfyllt, då det aktuella företaget måste ha varit medvetet om att dess agerande var konkurrensbegränsande, oberoende av huruvida det var medvetet om att dess agerande innebar en överträdelse av fördragets konkurrensbestämmelser (förstainstansrättens dom av den 1 april 1993 i mål T-65/89, BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, REG 1993, s. II-389, punkt 165, svensk specialutgåva, volym 14, s. II-1, och av den 6 oktober 1994 i mål T-83/91, Tetra Pak mot kommissionen, REG 1994, s. II-755, punkt 238, svensk specialutgåva, volym 16, s. II-1).

296 Sökanden kunde i förevarande fall inte vara omedveten om att den, trots RegTP:s beslut om godkännande, faktiskt förfogade över ett handlingsutrymme för att fastställa sina slutkundsavgifter och, följaktligen, för att minska marginalpressen genom att höja de sistnämnda avgifterna. Sökanden kunde inte heller vara omedveten om att denna marginalpress medförde allvarliga konkurrensbegränsningar, med beaktande särskilt av dess monopolställning på marknaden för grossisttjänster och monopolliknande ställning på marknaden för tillträdestjänster för slutkunder (det angripna beslutet, skälen 97–100).

297 Av detta följer att villkoren för att kommissionen ska kunna ålägga böter är uppfyllda (beslutet i det ovan i punkt 274 nämnda målet SPO m.fl. mot kommissionen, punkt 53).

298 Förstainstansrätten konstaterar för övrigt att inledandet av ett administrativt förfarande gentemot Förbundsrepubliken Tyskland ingalunda påverkar villkoren för att kunna ålägga böter i artikel 15.2 första stycket i förordning nr 17. Sökanden kunde i själva verket inte vara omedveten om dels att bolaget förfogade över ett faktiskt handlingsutrymme för att höja sina slutkundsavgifter, dels att dess avgifter utgjorde ett hinder för konkurrensutvecklingen på marknaden för tillträde till accessnätet, på vilken konkurrensen redan försvagats, bland annat med anledning av sökandens närvaro (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 226 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommission, punkt 91).

299 Argumentet avseende RegTP:s bedömning av marginalpressen kan således inte godtas mot bakgrund av den motivering som läggs fram i punkterna 267–269 ovan.

300 Talan ska således inte bifallas såvitt avser den tredje grunden.

D — *Den fjärde och den sjätte grunden: varken avgiftsförordningen eller förmildrande omständigheter beaktades i tillräcklig utsträckning vid beräkningen av böterna*

1. Parternas argument

301 Sökanden har gjort gällande att kommissionen inte var behörig att kvalificera överträdelsen som allvarlig. Sökanden deltog i överträdelsen i mindre utsträckning eftersom de omtvistade avgifterna fastställdes av RegTP. Överträdelsen kunde således, enligt riktlinjerna för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 EKSG (EGT C 9, 1998, s. 3, nedan kallade riktlinjerna), på sin höjd kvalificeras som mindre allvarlig. Sökanden har påpekat att RegTP, genom beslut

av den 19 december 2002, till och med hade avvisat en ansökan från sökanden om höjning av sina slutkundsavgifter över den fastställda övre gränsen, fastän sökanden till stöd för denna ansökan, för att rättfärdiga denna höjning över den övre gränsen, åberopade det förfarande som kommissionen hade inlett.

302 Den minskning av bötesbeloppet med 10 procent som beviljades med anledning av att RegTP reglerar avgifterna är således inte tillräcklig. Enligt sökanden har RegTP:s beslut medfört ”rimliga tvivel angående … karaktär[en] av överträdelse” av sökandens agerande i den mening som avses i de ovannämnda riktlinjerna. Sökanden har även hänvisat till kommissionens beslut av den 25 juli 2001 i ett förfarande enligt artikel 82 i EG-fördraget (COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post AG – innehållande av internationella postförsändelser) (EGT L 331, s. 40, nedan kallat Deutsche Post-beslutet). I det beslutet ålade kommissionen enbart symboliska böter, med anledning av att det aktuella företaget hade agerat i överensstämmelse med de tyska domstolarnas rättspraxis och det inte fanns någon gemenskapsrättspraxis avseende internationella brevposttjänster.

303 Kommissionen skulle även vid fastställande av böterna ha beaktat andra förmildrande omständigheter, nämligen dels att överträdelsen inte var allvarlig, dels den omständigheten att sökandens låga slutkundsavgifter hade en samhällsfunktion.

304 Sökanden har i sin replik hänvisat till domen av Oberlandesgericht Düsseldorf av den 16 januari 2002. Sökanden har påpekat att den domstolen fann att sökanden inte gjort sig skyldig till missbruk av en dominerande ställning genom att ta ut de avgifter som fastställts av RegTP och att enbart en ansökan avseende avgifter inte är tillräcklig för att hålla sökanden ansvarig för en överträdelse av konkurrensreglerna. Enligt den nämnda domstolen finns det enligt konkurrensreglerna inte någon skyldighet för sökanden att hänskjuta andra ansökningar. Sökanden hade på sin höjd

kunnat åläggas symboliska böter med hänsyn till att avgifterna inte bara är delvis förenliga med de tyska domstolarnas rättspraxis (Deutsche post-beslutet, skäl 193), utan till och med fastställdes på ett tvingande sätt av RegTP.

305 Kommissionen och intervenient II har yrkat att talan inte ska vinna bifall såvitt avser förevarande grund.

2. Förstainstansrättens bedömning

306 Kommissionen fann i skälen 206 och 207 i det angripna beslutet att överträdelsen var allvarlig, och inte mycket allvarlig, med avseende på perioden mellan den 1 januari 1998 och den 31 december 2001, dels med anledning av att metoden för att bedöma marginalpressen med viktad beräkning var ny och ännu inte varit föremål för något officiellt beslut, dels för att sökanden kontinuerligt har minskat marginalpressen, åtminstone sedan år 1999.

307 Kommissionen fann att överträdelsen var mindre allvarlig med avseende på perioden från den 1 januari 2002 till och med maj 2003 (det angripna beslutet, skäl 207), eftersom ”[sökandens] rättsliga möjligheter att åtminstone delvis minska marginalpressen genom en ökning av T-DSL-avgifterna [var] begränsade” (det angripna beslutet, skäl 206). Kommissionen avstod dessutom, med avseende på samma period, från att höja bötesbeloppet på grundval av överträdelsens varaktighet, ”på grund av de rättsliga begränsningarna av [sökandens] utrymme att företa taxeändringar” (det angripna beslutet, skäl 211).

308 Kommissionen fann i skäl 212 i det angripna beslutet att följande förmildrande omständighet förelåg: ”[sökandens] slutkunds och grossistavgifter i det föreliggande förfarandet handlar om avgifter som sedan början av 1998 var och fortfarande är föremål för en sektorsspecifik reglering på nationell nivå”.

309 Kommissionen ålade, på grundval av ovan anförda överväganden, i artikel 3 i det angripna beslutet, sökanden att betala böter på 12,6 miljoner euro. Kommissionen fastställde bötesbeloppet genom tillämpning av den beräkningsmetod som föreskrivs i riktlinjerna. I överensstämmelse med punkt 1 A andra stycket i riktlinjerna fastställdes bötesbeloppet, med hänsyn till överträdelsens allvar, till totalt tio miljoner euro (det angripna beslutet, skäl 207). I överensstämmelse med punkt 1 B första stycket i riktlinjerna höjdes det beloppet med upp till 40 procent med hänsyn till överträdelsens varaktighet avseende perioden från den 1 januari 1998 till den 31 december 2001. Detta ger ett grundbelopp på 14 miljoner euro (det angripna beslutet, skäl 211). Detta belopp minskades därefter med 10 procent för att beakta förmildrande omständigheter i enlighet med punkt 3 i riktlinjerna.

310 Förstainstansrätten konstaterar, i motsats till vad sökanden har gjort gällande, att kommissionen med rätta fann att överträdelsen var av allvarlig art under perioden mellan den 1 januari 1998 och den 31 december 2001 (det angripna beslutet, skäl 207). De kritiserade avgifterna förstärker i själva verket de hinder som föreligger för inträde på nyligen liberaliserade marknader och äventyrar därmed den gemensamma marknadens funktion. Förstainstansrätten erinrar i detta hänseende om att i riktlinjerna (punkt 1 A, andra stycket) kvalificeras en uteslutning av ett företag i dominerande ställning som en allvarlig överträdelse, eller till och med som en mycket allvarlig överträdelse då denna har begåtts av ett företag med monopolliknande ställning.

311 Förstainstansrätten påminner, vad avser RegTP:s roll i fastställande av sökandens avgifter, om att när graden av sanktionsåtgärd ska fastställas kan det aktuella företagets agerande bedömas mot bakgrund av att nationell lagstiftning utgjorde en

förmildrande omständighet (se för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, punkt 620, och domen i det ovan i punkt 86 nämnda målet CIF, punkt 57).

312 Kommissionen har under förhandlingen förklarat att den minskning av bötesbeloppet med 10 procent som beviljades för att beakta den omständigheten att ”[sökandens] slutkunds- och grossistavgifter … var … föremål för en sektorsspecifik reglering på nationell nivå” (det angripna beslutet, skäl 212) avser RegTP:s roll i fastställandet av sökandens avgifter, samt den omständigheten att denna nationella myndighet vid upprepade tillfällen under den period som avses i det angripna beslutet, undersökte huruvida sökandens avgifter gav upphov till en marginalpress.

313 Förstainstansrätten anser, mot bakgrund av kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning då den fastställer bötesbeloppet (förstainstansrättens dom av den 6 april 1995 i mål T-150/89, Martinelli mot kommissionen, REG 1995, s. II-1165, punkt 59, och av den 26 april 2007 i de förenade målen T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 och T-136/02, Bolloré m.fl. mot kommissionen, REG 2007, s. I-947, punkt 580), att kommissionen i vederbörlig ordning beaktade de uppgifter som nämns i föregående punkt vid minskningen av grundbeloppet med 10 procent.

314 Förstainstansrätten påpekar, med avseende på den samhällsfunktions som sökanden påstår sig fylla, att enligt artikel 86.2 EG ska företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse vara underkastade reglerna i fördraget, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Om det stämmer att sökanden har anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i den mening som avses i nämnda bestämmelse, har sökanden inte på något sätt visat varför de avgifter som har kritiserats i det angripna beslutet är nödvändiga för att sökanden ska kunna fullgöra detta uppdrag. Detta argument kan således inte godtas.

315 Sökanden har även hänvisat till Deutsche Post-beslutet och anser att kommissionen borde ha ålagt sökanden symboliska böter, i likhet med de böter som ålades det dominerande företaget i det beslutet.

316 Förstainstansrätten erinrar i detta hänseende först om att det följer av fast rättspraxis att den omständigheten att kommissionen tidigare har tillämpat en viss bötesnivå för vissa typer av överträdelser inte hindrar den från att höja denna nivå inom de gränser som föreskrivs i förordning nr 17, om detta är nödvändigt för att säkerställa genomförandet av gemenskapens konkurrenspolitik. En effektiv tillämpning av gemenskapens konkurrensregler kräver nämligen att kommissionen vid varje tillfälle kan anpassa bötesnivån efter vad denna politik kräver (se domen i det ovan i punkt 313 nämnda målet Bolloré m.fl. mot kommissionen, punkt 376, och där angiven rättspraxis).

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

318 Det framgår i själva verket av skälen 192 och 193 i Deutsche Post-beslutet, vilket avsåg ett missbruk avseende hanterandet av inkommande internationell brevpost, att kommissionen fann att det var berättigat att enbart ålägga det företag som avses i beslutet symboliska böter av tre anledningar. För det första för att det aktuella företaget hade agerat på ett sätt som är förenligt med tysk rättspraxis. För det andra för att det inte fanns någon rättspraxis på det specifika området för internationella brevposttjänster, och för det tredje för att det aktuella företaget hade garanterat att ett detaljerat förfarande för behandling av inkommande internationell brevpost skulle införas, vilket innebar att praktiska svårigheter avlägsnades samtidigt som det blev lättare att upptäcka eventuella framtida begränsningar av den fria konkurrensen.

319 Förstainstansrätten har i förevarande fall först konstaterat att den enda dom av de tyska domstolarna som sökanden har hänvisat till är den dom som Oberlandesgericht Düsseldorf meddelade den 16 januari 2002, under den period då överträdelsen bedömdes vara mindre allvarlig i det angripna beslutet (skäl 207). Den domen upphävdes i vilket fall som helst genom dom meddelad av Bundesgerichtshof den 10 februari 2004. Det framgår även av det angripna beslutet (skälen 106 och 206) att kommissionen tillämpade samma principer som dem som låg till grund för beslutet Napier Brown mot British Sugar av år 1988. Kommissionen hade emellertid redan i sitt tillkännagivande av den 22 augusti 1998, om tillämpning av konkurrensreglerna på tillträdesavtal inom telesektorn, benämnt Ramen, relevanta marknader och principer (punkterna 117–119) meddelat att den avsåg att tillämpa principerna i beslutet Napier Brown mot British Sugar inom telesektorn. Den enda nya aspekten i det angripna beslutet utgjordes av ”den viktade kostnadskalkylen som [därefter] endast borde ha använts i Tyskland, en enda grossistavgift för fullständig tillgång till accessnätet, medan avgifterna för motsvarande slutkundstjänster vid analog anslutning, ISDN respektive ADSL, är olika höga” (det angripna beslutet, skäl 206). Kommissionen beaktade emellertid att denna aspekt var ny i syfte att kvalificera överträdelsen som allvarlig och inte som mycket allvarlig, för perioden från den 1 januari 1998 till den 31 december 2001 (det angripna beslutet, skäl 206). Sökanden har för det tredje i förevarande fall inte gjort något åtagande för att förhindra andra eventuella framtida överträdelser.

320 Eftersom de tre villkor som anges i Deutsche Post-beslutet inte är uppfyllda i förevarande fall, kan argumentet som hänvisar till den lösning som antogs i det beslutet inte godtas.

321 Talan kan mot bakgrund av det som anförs ovan inte vinna bifall såvitt avser förevarande grund.

E — *Den femte grunden: felaktig bedömning av överträdelsens varaktighet*

1. Parternas argument

322 Sökanden har påpekat att kommissionen höjde bötesbeloppet med anledning av att överträdelsen påstods vara allvarlig under perioden mellan åren 1998 och 2001. Kommissionen medgav emellertid själv i beslutet (skäl 208) att sökanden inte kände till att dess avgifter utgjorde missbruk förrän från och med år 1999.

323 Sökanden har påstått att kommissionen informerade bolaget vid mötet den 17 april 2000 om att kommissionen avsåg att väcka fördragsbrottstalan mot Förbundsrepubliken Tyskland. Genom denna information och det administrativa förfarandets varaktighet, gjorde kommissionen sökanden än mer övertygad om att dess avgifter inte var oförenliga med artikel 82 EG, vilket även medförde att överträdelsen varade längre. Denna varaktighet borde således inte beaktas i dess helhet vid fastställande av bötesbeloppet (domstolens dom av den 6 mars 1974 i mål 6/73 och 7/73, Istituto chemioterapico italiano och Commercial Solvents mot kommissionen, REG 1974, s. 223, punkt 51; svensk specialutgåva, volym 2, s. 229).

324 Kommissionen har yrkat att talan inte ska vinna bifall såvitt avser förevarande grund.

2. Förstainstansrättens bedömning

325 I den mån sökanden, inom ramen för förevarande grund, har ifrågasatt beräkningen av överträdelsens varaktighet, anser förstainstansrätten att sökanden inom ramen för

de andrahandsyrkanden som framställdes i ansökan inte endast önskar att böterna ska nedsättas utan även att artikel 1 i det omtvistade beslutet delvis ska ogiltigförklaras (förstainstansrättens dom av den 25 oktober 2005 i mål T-38/02, Groupe Danone mot kommissionen, REG 2005, s. II-4407, punkterna 210–214).

326 Förstainstansrätten erinrar, vad avser bedömning av huruvida denna grund kan godtas, om att kommissionen i det angripna beslutet hänvisar till klagomål från konkurrenter till sökanden som lämnades in år 1999. Enligt kommissionen har sökanden sedan denna tidpunkt känt till ”anklagelsen om en eventuell oskälig avgiftsstruktur för tillträdet till det fasta nätet” (det angripna beslutet, skäl 208).

327 Den omständigheten att sökanden fick kännedom om den invändning som gjorts mot bolaget, om missbruk av dominerande ställning, först år 1999 påverkar inte det faktum att dess agerande utgjorde en överträdelse från den 1 januari 1998. Begreppet missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG är ett objektivt begrepp (domen i det ovan i punkt 226 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 91, det ovan i punkt 189 nämnda målet AKZO mot kommissionen, punkt 69, beslutet i det ovan i punkt 233 nämnda målet Piau mot kommissionen, punkt 37, och domen i det ovan i punkt 122 nämnda målet Irish Sugar mot kommissionen, punkt 111). Att ett företag i dominerande ställning är medvetet om att dess agerade utgör missbruk utgör således inte ett villkor för tillämpning av artikel 82 EG.

328 Det första argumentet kan således inte godtas.

329 Sökandens argument att böterna hade varit lägre om beslutet hade antagits tidigare kan inte heller godtas. Det är i själva verket fråga om ett rent hypotetiskt argument. Det framgår för övrigt av det angripna beslutet (skäl 211) att kommissionen avstod från att höja böterna med avseende på perioden från den 1 januari 2002 till maj 2003.

330 Det andra argumentet kan således inte godtas, och talan kan således inte bifallas såvitt avser den sista grunden i dess helhet. Talan ska därmed ogillas.

Rättegångskostnader

331 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att sökanden ska förpliktas att bära sin rättegångskostnad och ersätta kommissionens rättegångskostnad. Eftersom sökanden har tappat målet ska kommissionens yrkande bifallas.

332 Enligt artikel 87.4 tredje stycket i rättegångsreglerna ska intervenienterna bära sina rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen i utökad sammansättning)

följande:

1) Talan ogillas.

2) **Deutsche Telekom AG ska bära sin rättegångskostnad och ersätta kommissionens rättegångskostnad.**

3) **Arcor AG & Co. KG, å ena sidan, och Versatel NRW GmbH, EWE TEL GmbH, HanseNet Telekommunikation GmbH, Versatel Nord-Deutschland GmbH, NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH, Versatel Süd-Deutschland GmbH och Versatel West-Deutschland GmbH, å den andra, ska bära sina rättegångskostnader.**

Vilaras Martins Ribeiro Šváby

Jürimäe Wahl

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 10 april 2008.

E. Coulon M. Vilaras

Justitiesekreterare Ordförande

Innehållsförteckning

Bakgrund till tvisten ..... II - 488

I — Grossister ..... II - 489

II — Tillträdestjänster för slutkunder ..... II - 491

A — Avgifter för abonnemang avseende analoga anslutningar (T-Net) och digital smalbandsanslutningar – ISDN (T-ISDN) ..... II - 492

B — Avgifter för ADSL-anslutningar (T-DSL) ..... II - 494

Det administrativa förfarandet ..... II - 495

Det angripna beslutet ..... II - 496

Förfarandet ..... II - 502

Parternas yrkanden ..... II - 506

Rättslig bedömning ..... II - 507

I — Förstahandsyrkandena avseende ogiltigförklaring av det angripna beslutet ..... II - 507

A — Den första grunden: överträdelse av artikel 82 EG ..... II - 507

1. Den första delgrunden: avsaknad av missbruk då sökanden inte förfogade över ett tillräckligt handlingsutrymme för att kunna undvika marginalpressen ..... II - 508

a) Parternas argument ..... II - 508

b) Förstainstansrättens bedömning ..... II - 514

i) Inledande synpunkter ..... II - 514

ii) Det angripna beslutet ..... II - 516

iii) Avsaknad av missbruk med anledning av att sökanden förfogade över ett otillräckligt handlingsutrymme för att undvika marginalpress genom att höja sina slutkundsavgifter under perioden från den 1 januari 1998 till den 31 december 2001 ... II - 517

iv) Avsaknad av missbruk med anledning av att sökanden inte förfogade över tillräckligt handlingsutrymme för att minska marginalpressen genom att höja sina slutkundsavgifter för tillträde till ADSL från och med den 1 januari 2002 ..... II - 528

2. Den första grundens andra delgrund: kommissionens tillvägagångssätt för att fastställa marginalpressen var rättsstridigt ..... II - 532

a) Parternas argument ..... II - 532

b) Förstainstansrättens bedömning ..... II - 537

i) Huruvida kommissionen skulle ha visat i det angripna beslutet att sökandens slutkundsavgifter utgjorde missbruk i sig ..... II - 537

ii) Kommissionens tillvägagångssätt för beräkning av marginalpressen ..... II - 538

Det angripna beslutet ..... II - 538

Huruvida kommissionens tillvägagångssätt var lagenligt ..... II - 541

— Inledande synpunkter ..... II - 541

— Anmärkningen att metoden för beräkning av marginalpressen på grundval av avgifter och kostnader för det vertikalt integrerade företag som har en dominerande ställning, genom att bortse från konkurrenternas särskilda ställning på marknaden, är olaglig ..... II - 543

— Anmärkningen att kommissionen enbart beaktade intäkter från samtliga tillträdestjänster, men uteslöt intäkter från andra tjänster, bland annat kommunikationstjänster ..... II - 546

— Anmärkningen att uppsägningsavgifterna för grossisttjänster beaktades vid beräkningen av marginalpressen .... II - 549

3. Den första grundens tredje delgrund: kommissionen har gjort en felaktig beräkning av marginalpressen ..... II - 551

a) Parternas argument ..... II - 551

b) Förstainstansrättens bedömning ..... II - 552

4. Den första grundens fjärde delgrund: den konstaterade marginalpressen påverkar inte marknaden ..... II - 554

a) Parternas argument ..... II - 554

b) Förstainstansrättens bedömning ..... II - 557

B — Den andra grunden: det angripna beslutets artikeldel är bristfällig ..... II - 561

1. Parternas argument ..... II - 561

2. Förstainstansrättens bedömning ..... II - 562

C — Den tredje grunden: maktmissbruk och åsidosättande av principerna om proportionalitet, rättssäkerhet och berättigade förväntningar ..... II - 564

1. Parternas argument ..... II - 564

2. Förstainstansrättens bedömning ..... II - 566

II — Andrahandsyrkanden om minskning av de ålagda böterna ..... II - 569

A — Den första grunden: åsidosättande av rätten till försvar ..... II - 569

1. Parternas argument ..... II - 569

2. Förstainstansrättens bedömning ..... II - 570

B — Den andra grunden: åsidosättande av artikel 253 EG ..... II - 571

1. Parternas argument ..... II - 571

2. Förstainstansrättens bedömning ..... II - 572

C — Den tredje grunden: sökanden har inte agerat oaktsamt eller med uppsåt ..... II - 573

1. Parternas argument ..... II - 573

2. Förstainstansrättens bedömning ..... II - 575

D — Den fjärde och den sjätte grunden: varken avgiftsförordningen eller förmildrande omständigheter beaktades i tillräcklig utsträckning vid beräkningen av böterna ..... II - 576

1. Parternas argument ..... II - 576

2. Förstainstansrättens bedömning ..... II - 578

E — Den femte grunden: felaktig bedömning av överträdelsens varaktighet .. II - 583

1. Parternas argument ..... II - 583

2. Förstainstansrättens bedömning ..... II - 583

Rättegångskostnader ..... II - 585