WYROK SĄDU PIERWSZEJ INSTANCJI (piąta izba w składzie powiększonym)

z dnia 10 kwietnia 2008 r. *

W sprawie T-271/03

Deutsche Telekom AG, z siedzibą w Bonn (Niemcy), początkowo reprezentowana przez K. Quacka, U. Quacka oraz S. Ohlhoffa, a następnie przez U. Quacka oraz S. Ohlhoffa, adwokatów,

strona skarżąca,

przeciwko

Komisji Wspólnot Europejskich, początkowo reprezentowanej przez K. Mojzesowicz oraz S. Ratinga, a następnie przez K. Mojzesowicz oraz A. Whelana, a w końcu przez K. Mojzesowicz, W. Möllsa oraz O. Webera, działających w charakterze pełnomocników,

strona pozwana,

* Język postępowania: niemiecki.

popierana przez

Arcor AG & Co. KG, z siedzibą w Eschborn (Niemcy), początkowo reprezentowaną przez M. Klusmanna, F. Wiemera oraz M. Rosenthala, a następnie przez M. Klusmanna oraz F. Wiemera, a w końcu przez M. Klusmanna, adwokatów,

oraz przez

Versatel NRW GmbH, dawniej Tropolys NRW GmbH, dawniej CityKom Münster GmbH Telekommunikationsservice oraz TeleBeL Gesellschaft für Telekommunikation Bergisches Land mbH, z siedzibą w Essen (Niemcy),

EWE TEL GmbH, z siedzibą w Oldenburgu (Niemcy),

HanseNet Telekommunikation GmbH, z siedzibą w Hamburgu (Niemcy),

Versatel Nord-Deutschland GmbH, dawniej KomTel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbH, z siedzibą w Flensburgu (Niemcy),

NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH, z siedzibą w Kolonii (Niemcy),

Versatel Süd-Deutschland GmbH, dawniej tesion Telekommunikation GmbH, z siedzibą w Stuttgarcie (Niemcy),

Versatel West-Deutschland GmbH, dawniej Versatel Deutschland GmbH & Co. KG, z siedzibą w Dortmundzie (Niemcy),

reprezentowane przez N. Nolte'a, T. Wessely'a oraz J. Tiedemanna, adwokatów,

interwenienci,

mającej za przedmiot skargę o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji 2003/707/WE z dnia 21 maja 2003 r. dotyczącej postępowania na podstawie art. 82 WE (sprawy COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — Deutsche Telekom AG) (Dz.U. L 263, s. 9), a tytułem żądania subsydiarnego obniżenie kwoty grzywny nałożonej na skarżącą w art. 3 wspomnianej decyzji,

SĄD PIERWSZEJ INSTANCJI
WSPÓLNOT EUROPEJSKICH (piąta izba w składzie powiększonym),

w składzie: M. Vilaras, prezes, M.E. Martins Ribeiro, D. Šváby, K. Jürimäe i N. Wahl, sędziowie,

sekretarz: K. Andová, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 3 maja 2007 r.,

wydaje następujący

Wyrok

Okoliczności faktyczne leżące u podstaw sporu

1 Skarżąca, Deutsche Telekom AG, jest historycznym operatorem telekomunikacyjnym w Niemczech. Państwo niemieckie posiada bezpośredni udział w wysokości 30,92% oraz udział pośredni (poprzez Kreditanstalt für Wiederaufbau) w wysokości 12,13% w kapitale skarżącej, natomiast pozostałe 56,95% kapitału należy do inwestorów instytucjonalnych i prywatnych.

2 Skarżąca eksploatuje niemiecką sieć telefoniczną. Przed całkowitą liberalizacją rynków telekomunikacyjnych korzystała z monopolu prawnego w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych abonamentom poprzez sieć stałą. Od wejścia w życie Telekommunikationsgesetz (niemiecka ustawa telekomunikacyjna, zwana dalej „TKG") z dnia 25 lipca 1996 r. (BGBl. 1996 I, s. 1120), w dniu 1 sierpnia 1996 r., rynki dostawy infrastruktury i świadczenia usług telekomunikacyjnych zostały w Niemczech zliberalizowane. Od tego czasu skarżąca konkuruje na tych dwóch rynkach, w różnych stopniach, z innymi operatorami.

3 Każda sieć lokalna skarżącej obejmuje kilka lokalnych pętli abonenckich. Wyrażenie „pętla lokalna" oznacza obwód fizyczny, który łączy punkt kończący sieci w pomieszczeniach abonenta z rozdzielnikiem głównym lub każdą inną instalacją równoważną publicznej stałej sieci telefonicznej.

4 Skarżąca udostępnia swe pętle lokalne zarówno innym operatorom telekomunikacyjnym, jak i abonentom. W odniesieniu do usług dostępu i cen stosowanych przez skarżącą należy rozróżnić usługi dostępu do sieci lokalnej świadczone przez skarżącą jej konkurentom (zwane dalej „usługami pośrednimi") oraz usługi dostępu do sieci lokalnej świadczone przez skarżącą jej abonentom (zwane dalej „usługami dostępu dla abonentów").

I — *Usługi pośrednie*

5 Decyzją nr 223 federalnego ministerstwa poczty i telekomunikacji (zwanego dalej „BMPT") z dnia 28 maja 1997 r. skarżąca została zmuszona do przyznania swoim konkurentom od czerwca 1997 r. uwolnionego całkowitego dostępu do pętli lokalnej.

6 W odniesieniu do cen usług pośrednich świadczonych przez skarżącą składają się one z dwóch elementów, czyli po pierwsze — z ceny abonamentu miesięcznego oraz po drugie — z opłaty początkowej. W przypadku odłączenia linii abonenckiej przez konkurenta skarżąca nalicza na jego rachunek koszty odłączenia.

7 Ceny usług pośrednich świadczonych przez skarżącą muszą na mocy art. 25 ust. 1 TKG być wcześniej zatwierdzane przez Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (organ regulacyjny w zakresie telekomunikacji i poczty, zwany dalej „RegTP").

8 W tym kontekście RegTP weryfikuje, czy proponowane przez skarżącą ceny usług pośrednich spełniają wymogi ustanowione w art. 24 ust. 1 TKG. A zatem zgodnie z art. 24 ust. 1 TKG „[c]eny powinny być ustalane na podstawie kosztów rzeczywistego świadczenia usług". Poza tym zgodnie z art. 24 ust. 2 TKG ceny nie mogą:

„1. obejmować dopłat, które mogą być nałożone tylko ze względu na pozycję dominującą […] dostawcy na danym rynku usług telekomunikacyjnych,

2. obejmować obniżek naruszających możliwości konkurencyjne innych przedsiębiorstw na rynku usług telekomunikacyjnych oraz

3. przyznawać pewnym odbiorcom przewagi w stosunku do innych, porównywalnych lub podobnych, odbiorców usług telekomunikacyjnych na danym rynku telekomunikacyjnym,

chyba że jest to uzasadnione dowiedzionymi obiektywnymi względami".

9 Na mocy art. 29 ust. 1 TKG skarżąca jest zobowiązana do stosowania podczas całego okresu ważności zezwolenia wydanego przez RegTP cen przez niego zatwierdzonych.

II — *Usługi dostępu dla abonentów*

10 W odniesieniu do dostępu dla abonentów skarżąca oferuje dwie opcje podstawowe, czyli tradycyjną linię analogową (nazwa usługi: T-Net) oraz wąskopasmową linię cyfrową (zintegrowana cyfrowa sieć usług — RNIS, nazwa usługi: T-ISDN). Te dwie opcje podstawowe umożliwiające podłączenie abonentów mogą być zaproponowane w ramach sieci historycznej o dwóch przewodach miedzianych, której właścicielem jest skarżąca (połączenia wąskopasmowe). Skarżąca oferuje swym abonentom także połączenia szerokopasmowe (asymetryczne cyfrowe linie abonenckie: nazwa usługi: T-DSL lub ADSL), w przypadku których musiała przebudować istniejące sieci T-Net i T-ISDN, aby móc oferować usługi szerokopasmowe, na przykład szybki dostęp do Internetu.

11 Stosowane przez skarżącą ceny usług dostępu dla abonentów (zwane dalej także „taryfami detalicznymi" lub „cenami detalicznymi") są w odniesieniu do linii analogowych i linii RNIS regulowane przez system ustalania pułapów cen. Natomiast skarżąca swobodnie określa swe ceny detaliczne w odniesieniu do ADSL. Mogą one jednak podlegać regulacji a posteriori.

12 Ceny detaliczne stosowane przez skarżącą składają się z dwóch elementów: abonamentu miesięcznego, który jest ustalany na podstawie jakości linii i świadczonych usług, oraz opłaty podstawowej za podłączenie lub ponowne podłączenie linii, w zależności od prac koniecznych do wykonania na dwóch krańcach linii. Skarżąca nie fakturuje swoim abonentom kosztów odłączenia linii.

A — *Ceny analogowych (T-Net) i cyfrowych wąskopasmowych — RNIS (T-ISDN) linii abonenckich*

13 Ceny dostępu do analogowych i RNIS linii abonenckich są określane w ramach systemu ustalania pułapów cen. Zgodnie z art. 27 ust. 1 zdanie drugie, z art. 25 ust. 1 zdanie drugie TKG i z art. 4 i 5 rozporządzenia dotyczącego regulacji cen w dziedzinie telekomunikacji z dnia 1 października 1996 r. (BGBl. 1996 I, s. 1492, zwane dalej „rozporządzeniem dotyczącym regulacji cen") ceny detaliczne podłączenia do sieci skarżącej i ceny detaliczne rozmów nie są określane indywidualnie dla każdej usługi na podstawie poniesionych kosztów, ale są określane wspólnie dla kilku usług, gdyż poszczególne usługi są łączone w koszyki.

14 System ustalania pułapów cen dostępu do sieci skarżącej został wprowadzony decyzją BMPT z dnia 17 grudnia 1997 r. [komunikat 202/1997, Dz.U. (BMPT) 34/97, s. 1891]. System, o którym mowa, został wdrożony przez RegTP w dniu 1 stycznia 1998 r. Przy tej okazji RegTP ustanowił dwa koszyki, pierwszy obejmujący usługi dla klientów indywidualnych, a drugi obejmujący usługi dla klientów korporacyjnych. Obydwa koszyki obejmują zarówno usługi dostępu dla abonentów (połączenia standardowe analogowe i RNIS), jak i cały wachlarz ofert skarżącej w dziedzinie telefonii, takich jak rozmowy lokalne, regionalne, międzymiastowe i międzynarodowe.

15 Zgodnie z art. 4 ust. 1 i 2 rozporządzenia dotyczącego regulacji cen RegTP określa ceny wyjściowe dla wszystkich usług połączonych w koszyku, a także cele w zakresie zmian cen w danym okresie.

16 Rozpatrywany system cen określa także górną granicę ceny dla każdego koszyka. Nie ustanawia natomiast obowiązkowych dolnych granic cen.

17 Na mocy decyzji BMPT z dnia 17 grudnia 1997 r. skarżąca musiała obniżyć o 4,3% całkowitą cenę obydwu koszyków w okresie od dnia 1 stycznia 1998 r. do dnia 31 grudnia 1999 r. (pierwszy okres ustalania pułapów cen). Po koniec tego pierwszego okresu, w dniu 31 grudnia 1999 r., RegTP na mocy decyzji z dnia 23 grudnia 1999 r., zachował co do zasady skład koszyków i obniżył ceny o 5,6% w odniesieniu do okresu od dnia 1 stycznia 2000 r. do dnia 31 grudnia 2001 r. (drugi okres ustalania pułapów cen).

18 W tych ograniczających ramach obniżenia cen skarżąca mogła zmienić ceny poszczególnych elementów każdego koszyka po uprzednim uzyskaniu zezwolenia wydanego przez RegTP. Zgodnie z art. 27 ust. 2 TKG i art. 5 ust. 3 rozporządzenia dotyczącego regulacji cen zmiany cen były zatwierdzane, jeśli średnia cena koszyka nie przekraczała narzuconego wskaźnika górnej granicy cen. W ten sposób system pozwalał na podwyższenie cen jednego lub kilku elementów koszyka, o ile średnia cena koszyka nie przekraczała narzuconego wskaźnika górnej granicy cen. Jednakże zgodnie z art. 27 ust. 3 TKG odmawiano wydania zezwolenia, w przypadku gdy ceny „[były] wyraźnie niezgodne z przepisami art. 24 ust. 2 pkt 2 lub 3 [TKG], lub […] w przypadku gdy [były] one niezgodne z [TKG] lub innymi przepisami prawnymi".

19 W trakcie dwóch pierwszych okresów ustalania pułapów cen skarżąca przeprowadziła obniżki cen detalicznych dla dwóch koszyków, wykraczając poza obniżki, które zostały jej narzucone. Te obniżki cen dotyczyły co do zasady cen rozmów. Ceny detaliczne dla linii analogowych (abonament miesięczny i opłaty początkowe) pozostały natomiast niezmienne w ciągu obydwóch okresów ustalania pułapów cen, czyli od 1998 r. do końca 2001 r. W odniesieniu do cen detalicznych dotyczących linii RNIS skarżąca w tym samym okresie obniżyła ceny abonamentu miesięcznego, ale nie zmieniła opłat początkowych fakturowanych jej abonentom.

20 Od dnia 1 stycznia 2002 r. istnieje nowy system ustalania pułapów cen, przyjęty na mocy decyzji RegTP z dnia 21 grudnia 2001 r. (biuletyn RegTP 2/2002 z dnia 6 lutego

2002 r., s. 75). W tym nowym systemie dwa poprzednie koszyki obejmujące usługi dla klientów indywidualnych i usługi dla klientów korporacyjnych zostały zastąpione czterema koszykami, które obejmują następujące usługi: linie telefoniczne (koszyk A), rozmowy lokalne (koszyk B), krajowe rozmowy międzymiastowe (koszyk C) i rozmowy międzynarodowe (koszyk D).

21 W dniu 15 stycznia 2002 r. skarżąca poinformowała RegTP o swoim zamiarze podwyższenia abonamentów miesięcznych dla linii analogowych i RNIS o 0,56 EUR. Ta podwyżka została zatwierdzona przez RegTP decyzją z dnia 13 marca 2002 r.

22 W dniu 31 października 2002 r. skarżąca złożyła kolejny wniosek o zezwolenie na podwyżkę cen detalicznych. Wniosek ten został częściowo odrzucony przez RegTP decyzją z dnia 19 grudnia 2002 r. RegTP zatwierdził podwyżkę o 0,33 EUR w odniesieniu do abonamentu miesięcznego na linię analogową T-Net zamiast podwyżki o 0,99 EUR, jakiej domagała się skarżąca, i odmówiła zatwierdzenia podwyżki o 13,40 EUR w odniesieniu do opłaty początkowej za ponowne podłączenie łączy T-Net i T-ISDN.

B — *Ceny linii ADSL (T-DSL)*

23 Ceny ADSL (T-DSL) nie są regulowane w ramach systemu ustalania pułapów cen. Zgodnie z art. 30 TKG ceny te są przedmiotem regulacji a posteriori.

24 W dniu 2 lutego 2001 r., po otrzymaniu licznych skarg ze strony konkurentów skarżącej, RegTP wszczęła kontrolę a posteriori cen ADSL stosowanych przez skarżącą w celu wykrycia, w stosownym przypadku, praktyki sprzedaży poniżej kosztów, sprzecznej z niemieckimi regułami konkurencji. RegTP zakończył postępowanie w dniu 25 stycznia 2002 r., po stwierdzeniu, że podwyżka cen, która została ogłoszona przez skarżącą w dniu 15 stycznia 2002 r., nie stwarza już podejrzeń co do istnienia sprzedaży poniżej kosztów.

Postępowanie administracyjne

25 W okresie od dnia 18 marca do 20 lipca 1999 r. 15 przedsiębiorstw konkurencyjnych względem skarżącej złożyło skargi do Komisji. Skargi te podważały praktyki cenowe stosowane przez skarżącą.

26 W dniu 15 lipca 1999 r. Komisja doręczyła skarżącej żądanie udzielenia informacji, na mocy art. 11 rozporządzenia Rady EWG nr 17 z dnia 6 lutego 1962 r., pierwszego rozporządzenia wprowadzającego w życie art. [81 WE] i [82 WE] (Dz.U. 13, s. 204). Skarżąca odpowiedziała na to żądanie pismami z dni 13 i 25 sierpnia 1999 r.

27 W dniu 19 stycznia 2000 r. Komisja skierowała żądanie udzielenia informacji do konkurentów skarżącej.

28 W dniu 22 czerwca 2001 r. Komisja skierowała do skarżącej kolejne żądanie udzielenia informacji.

29 W dniu 2 maja 2002 r. Komisja skierowała do skarżącej pismo w sprawie przedstawienia zarzutów oparte na art. 19 ust. 1 rozporządzenia nr 17.

30 W dniu 29 lipca 2002 r. skarżąca przedłożyła uwagi do pisma w sprawie przedstawienia zarzutów.

31 W dniu 25 października 2002 r. skarżąca przedłożyła uwagi do odpowiedzi skarżących na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów.

32 W dniu 21 lutego 2003 r. Komisja skierowała do skarżącej uzupełniające pismo w sprawie przedstawienia zarzutów.

33 W dniu 14 marca 2003 r. skarżąca przedstawiła uwagi do uzupełniającego pisma w sprawie przedstawienia zarzutów.

Zaskarżona decyzja

34 W dniu 21 maja Komisja wydała decyzję 2003/707/WE dotyczącą postępowania na podstawie art. 82 WE (sprawy COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — Deutsche Telekom AG) (Dz.U. L 263, s. 9, zwaną dalej „zaskarżoną decyzją".) Została ona doręczona skarżącej w dniu 30 maja 2003 r.

35 Według Komisji właściwymi rynkami produktów i usług są, po pierwsze, rynek nadrzędny dostępu do pętli lokalnej dla konkurentów skarżącej na poziomie usług pośrednich, i po drugie, rynek podrzędny dostępu do połączeń wąskopasmowych (linie analogowe i RNIS) i do połączeń szerokopasmowych (linie ADSL) dla abonentów (zaskarżona decyzja, motyw 91). Z geograficznego punku widzenia rynki te obejmują obszar Niemiec (zaskarżona decyzja, motyw 92).

36 Komisja stwierdza, że skarżąca zajmuje pozycję dominującą na wszystkich właściwych rynkach produktów i usług (zaskarżona decyzja, motyw 96).

37 Według Komisji skarżąca naruszyła art. 82 WE, wprowadzając bezprawną taryfikację, w formie „efektu nożyc cenowych", naliczając swoim konkurentom ceny za jej usługi pośrednie, wyższe od cen detalicznych, jakie nalicza swoim abonentom (zaskarżona decyzja, motywy 1, 57, 102 i 103).

38 W odniesieniu do efektu nożyc cenowych motywy 102–105 zaskarżonej decyzji stanowią:

„102 Efekt nożyc cenowych istnieje wtedy, gdy suma abonamentu miesięcznego i opłaty początkowej, jaką należy zapłacić [skarżącej] za usługi pośrednie, zobowiązuje konkurentów do fakturowania ich abonentom cen wyższych od tych, jakie [skarżąca] fakturuje swoim własnym abonentom za te same usługi. Jeśli ceny usług pośrednich są wyższe od cen detalicznych, konkurenci [skarżącej] nie mogą w żadnym wypadku osiągnąć zysków, nawet jeśli są co

najmniej tak samo wydajni jak [skarżąca], ponieważ muszą ponieść koszty (sprzedaż, fakturowanie, ściąganie opłat […]), które zostają dodane do cen usług pośrednich.

103 Fakturując swoim konkurentom ceny usług pośrednich za dostęp do pętli lokalnej, które są wyższe do cen detalicznych, jakie fakturuje ona swoim abonentom, [skarżąca] uniemożliwia im oferowanie, poza zwykłymi rozmowami telefonicznymi, usług dostępu do pętli lokalnej. Czyniąc to, [skarżąca] zobowiązuje konkurentów chcących opanować oddzielne pętle lokalne, aby oferowali ich klientom usługi podłączenia, do kompensowania w ten sam sposób strat generowanych przez ich usługi dostępu wyższymi wpływami z rozmów telefonicznych. Ale z uwagi na to, że ceny rozmów telefonicznych w Niemczech znacznie spadły w ostatnich latach, często konkurenci nie mają ekonomicznej możliwości korzystania z tego rodzaju kompensacji.

104 [Skarżąca] uważa, że w niniejszym przypadku dowód bezprawnej taryfikacji w formie efektu nożyc cenowych jest wykluczony, ponieważ ceny usług pośrednich są określane w sposób wiążący przez RegTP. W przypadku [skarżącej] efekt nożyc cenowych występuje tylko wtedy, gdy na marże jest wywierana rzeczywiście ze strony za wysokich cen usług pośrednich, za niskich cen detalicznych lub ze względu na połączenie obydwóch tych czynników oraz gdy zniesienie tej presji na obydwóch płaszczyznach jest możliwe z prawnego punktu widzenia. [Skarżąca] twierdzi jednak, że w zakresie w jakim ceny usług pośrednich są określane przez organ regulacyjny, może ona tylko mieć wpływ na wysokość ceny dostępu dla abonentów i że cena ta może być kontrolowana tylko w świetle zasad bezprawnej sprzedaży poniżej kosztów (konkurencja poprzez wykluczenie).

105 Jednak wbrew temu, co twierdzi [skarżąca], forma nadużycia, jaką stanowi efekt nożyc cenowych, dotyczy niniejszego przypadku. Na rynkach

związanych, na których konkurenci nabywają usługi pośrednie od operatora historycznego i mają w tym interes, jeśli chcą wkroczyć na rynek podrzędny produktów i usług, może występować efekt nożyc cenowych pomiędzy cenami regulowanymi usług pośrednich a cenami detalicznymi. Wreszcie aby udowodnić istnienie efektu nożyc cenowych wystarczy, po pierwsze, aby pomiędzy dwoma poziomami cen istniała dysproporcja prowadząca do ograniczenia konkurencji. Do tego dochodzi fakt, że przedsiębiorstwo, którego ceny są regulowane, dysponuje swobodą działania umożliwiającą mu uniknięcie lub zniesienie efektu nożyc cenowych za pomocą własnych działań. Jednak jeśli zaistnieje sytuacja taka, jak w niniejszym przypadku […], kwestia dotycząca cen, jakie dane przedsiębiorstwo może zmienić bez interwencji państwa, posiada znaczenie tylko w odniesieniu do wyboru środków umożliwiających zniesienie efektu nożyc cenowych".

39 W odniesieniu do metody identyfikacji efektu nożyc cenowych Komisja stwierdza, że poprzez dostęp do pętli lokalnej skarżącej jej konkurenci mogą zaoferować ich abonentom cała gamę usług dostępu, czyli analogowy dostęp wąskopasmowy, cyfrowy dostęp wąskopasmowy (RNIS) lub dostęp szerokopasmowy pod postacią usług ADSL. Ze względu na to, że RegTP określa jednolite ceny usług pośrednich świadczonych przez skarżącą, niezależnie od charakteru usług podrzędnych oferowanych wraz z dostępem do pętli lokalnej, należałoby więc porównać ceny abonamentów miesięcznych i opłaty początkowe stosowane przez skarżącą, proporcjonalne do średniej długości abonamentu, w odniesieniu do jej usług pośrednich, ze stosowanymi przez nią cenami abonamentów miesięcznych i opłat początkowych, proporcjonalnych do średniej długości abonamentu, w odniesieniu do usług dostępu dla abonentów. Aby obliczyć średnią cenę stosowaną przez skarżącą za usługi dostępu dla abonentów Komisja dokonuje ilościowego ważenia poszczególnych cen detalicznych, stosowanych przez skarżącą w przypadku poszczególnych linii analogowych, RNIS i ADSL, a także poszczególnych wariantów połączeń w odniesieniu do linii RNIS i ADSL (zaskarżona decyzja, motywy 113, 115, 116, 142–151).

40 Do celów obliczenia efektu nożyc cenowych Komisja uwzględnia jedynie ceny dostępu do pętli lokalnej. Ceny rozmów nie są włączone do tego obliczenia (zaskarżona decyzja, motyw 119).

41 Według Komisji „można wywieść wniosek o istnieniu bezprawnego efektu nożyc cenowych, kiedy różnica pomiędzy cenami detalicznymi przedsiębiorstwa, które dominuje na rynku, i ceną usług pośrednich za usługi porównywalne do usług jego konkurentów jest albo ujemna, albo niewystarczająca, aby pokryć koszty specyficzne dla produktów podmiotu dominującego w odniesieniu do świadczenia jego własnych usług abonentom na rynku podrzędnym" (zaskarżona decyzja, motyw 107).

42 W obliczeniach związanych z efektem nożyc cenowych Komisja doszła do wniosku, że pomiędzy 1998 r. a 2001 r. istniała ujemna różnica pomiędzy cenami usług pośrednich i cenami detalicznymi stosowanymi przez skarżącą (zaskarżona decyzja, motyw 153). W 2002 r. różnica ta była dodatnia (zaskarżona decyzja, motyw 154). Jednakże w związku z tym, że dodatnia różnica była niewystarczająca, aby pokryć koszty specyficzne dla skarżącej, związane ze świadczeniem usług abonentom, efekt nożyc cenowych nadal istniał w 2002 r. (zaskarżona decyzja, motywy 154 i 160). Efekt ten istniał jeszcze do momentu wydania zaskarżonej decyzji (zaskarżona decyzja, motyw 161).

43 Komisja stwierdza następnie, że ceny usług pośrednich i ceny detaliczne stosowane przez skarżącą są z pewnością przedmiotem regulacji sektorowej. Niemniej jednak skarżąca dysponowała wystarczającą swobodą działania, aby zmniejszyć, a nawet zlikwidować efekt nożyc cenowych dzięki zmianie struktury cen (zaskarżona decyzja, motywy 57, 105, 163–175). Komisja przyznaje, że od dnia 1 stycznia 2002 r. skarżąca nie dysponowała już swobodą działania, aby podwyższyć ceny detaliczne związane w liniami analogowymi i RNIS. Jednakże mogła ona zredukować efekt nożyc cenowych, podwyższając ceny dotyczące linii ADSL (zaskarżona decyzja, motywy 171–175, 206).

44 Komisja w motywie 199 zaskarżonej decyzji wnioskuje:

„[Skarżąca] nadużywa pozycji dominującej na właściwych rynkach w odniesieniu do bezpośredniego dostępu do jej stałej sieci telefonicznej. Nadużycie to polega na

określaniu niesłusznych cen w przypadku dostępu konkurentów do usług pośrednich i w przypadku dostępu do pętli lokalnej, i spełnia w związku z tym przesłanki określone w art. 82 [lit.] a) traktatu. W okresie od początku 1998 r. do końca 2001 r. [skarżąca] miała możliwość całkowitego wyeliminowania efektu nożyc cenowych, zmieniając ceny fakturowanie abonentom. Od 2002 r. [skarżąca] nadal była w stanie zmniejszyć efekt nożyc cenowych, w tym przypadku podnosząc ceny linii ADSL, które nie podlegają systemowi ustalania pułapów cen".

45 Po stwierdzeniu, że naruszenie było poważne w okresie od początku 1998 r. do końca 2001 r. i o małym znaczeniu od początku 2002 r., Komisja nałożyła grzywnę w wysokości 12,6 mln EUR (zaskarżona decyzja, motywy 207 i 212).

46 Sentencja zaskarżonej decyzji ma następują brzmienie:

„Artykuł pierwszy

Od 1998 r. [skarżąca] narusza postanowienia art. 82 [lit.] a) WE, ponieważ stosuje niesłuszne ceny za podłączenie linii i abonament miesięczny w odniesieniu do dostępu do pętli lokalnej jej konkurentów oraz [jej] abonentów, zakłócając w ten sposób znacznie konkurencję na rynku dostępu do pętli lokalnej.

Artykuł 2

[Skarżąca] bezzwłocznie położy kres naruszeniu, o którym mowa w art. 1 i powstrzyma się do powtarzania działań lub zachowań wspomnianych w art. 1.

Artykuł 3

Na [skarżącą] nakłada się grzywnę w wysokości 12,6 miliona EUR za naruszenie, o którym mowa w art. 1.

[…]".

Przebieg postępowania

47 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 30 lipca 2003 r. skarżąca wniosła niniejszą skargę.

48 Pismami złożonymi w sekretariacie Sądu w dniu 12 grudnia 2003 r., po pierwsze, Arcor AG & Co. KG (zwana dalej „interwenientem I"), i po drugie, CityKom Münster GmbH Telekommunikationsservice, która przekształciła się w Tropolys NRW

GmbH, a następnie w Versatel NRW GmbH, EWE TEL GmbH, HanseNet Telekommunikation GmbH, ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG, następnie przekształcona w Arcor AG & Co. KG, KomTel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbH, następnie przekształcona w Versatel Nord-Deutschland GmbH, NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH, TeleBeL Gesellschaft für Telekommunikation Bergisches Land mbH, następnie przekształcona w Tropolys NRW GmbH, a następnie Versatel NRW GmbH, tesion Telekommunikation GmbH, następnie przekształcona w Versatel Süd-Deutschland GmbH, Versatel Deutschland GmbH & Co. KG, następnie przekształcona w Versatel West-Deutschland GmbH (zwane dalej wspólnie „interwenientem II"), złożyły wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w charakterze interwenientów popierających żądania Komisji.

49 Pismem z dnia 30 stycznia 2004 r. skarżąca skierowała do Sądu wniosek o zastosowanie poufności niektórych fragmentów skargi, odpowiedzi na skargę, repliki i niektórych załączników do tych pism.

50 Pismem z dnia 22 marca 2004 r. skarżąca skierowała do Sądu wniosek o zastosowanie poufności fragmentu dupliki.

51 Postanowieniem prezesa pierwszej izby Sądu z dnia 6 maja 2004 r. spółki wymienione w pkt 48 powyżej zostały dopuszczone do udziału w postępowaniu w charakterze interwenientów popierających żądania Komisji. Decyzja w przedmiocie zasadności wniosku o zastosowanie poufności została pozostawiona do rozstrzygnięcia w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie.

52 Jawne wersje poszczególnych pism procesowych, przygotowane przez skarżącą, zostały przekazane interwenientom I i II.

53 Pismami z dnia 24 czerwca 2004 r. interwenienci I i II podważyli poufność poszczególnych fragmentów zakrytych w jawnych wersjach pism procesowych.

54 W dniu 14 lipca 2004 r. interwenient II przedstawił swe uwagi. Interwenient I uczynił to samo w dniu 2 sierpnia 2004 r. Strony sporu ustosunkowały się do tych uwag.

55 Pismem z dnia 20 grudnia 2004 r. skarżąca przedstawiła uwagi do sprzeciwów interwenientów I i II wobec wniosku o zastosowanie poufności.

56 Postanowieniem z dnia 15 czerwca 2006 r. prezes piątej izby częściowo uwzględnił wniosek skarżącej o zastosowanie poufności.

57 Pismem z dnia 14 września 2006 r. interwenient II poinformował Sąd, że interwenient I został następcą prawnym spółki ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG. W tym samym piśmie poinformował on Sąd, zgodnie z art. 99 regulaminu Sądu, że w celu uniknięcia podwójnej podmiotowości interwenienta wycofuje on interwencję ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG, która została przekształcona w Arcor AG & Co. KG.

58 Postanowieniem prezesa piątej izby Sądu z dnia 30 listopada 2006 r. Arcor AG & Co. KG, dawniej ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG, została skreślona z udziału w niniejszej sprawie jako interwenient II.

59 W dniu 11 grudnia 2006 r. Sąd, po wysłuchaniu stron, zdecydował o przekazaniu niniejszej sprawy piątej izbie Sądu w składzie powiększonym.

60 Na podstawie sprawozdania sędziego sprawozdawcy Sąd (piąta izba) zdecydował o otwarciu procedury ustnej oraz w ramach środków organizacji postępowania, o których mowa w art. 64 regulaminu, wezwał skarżącą i Komisję do przedstawienia pewnych dokumentów i zadał im pytania na piśmie. Strony zadośćuczyniły tym żądaniom w wyznaczonych terminach.

61 Pismem z dnia 21 marca 2007 r. skarżąca skierowała do Sądu wniosek o zastosowanie poufności poszczególnych elementów pisma Komisji z dnia 5 marca 2007 r. zawierającego odpowiedzi na pytania pisemne postawione przez Sąd. Interwenienci I i II nie przedstawili sprzeciwów wobec tego wniosku o zastosowanie poufności i wersja jawna pisma Komisji, która została przygotowana przez skarżącą, została doręczona interwenientom I i II.

62 Ze względu na to, że sędzia F. Dehousse nie miał możliwości uczestniczenia w posiedzeniach Sądu, dnia 29 marca 2007 r. prezes Sądu wyznaczył, na mocy art. 32 ust. 3 regulaminu, sędziego N. Wahla w celu uzupełnienia składu izby.

63 Strony zostały wysłuchane w przedmiocie ich żądań oraz udzieliły odpowiedzi na pytania Sądu podczas rozprawy, która odbyła się w dniu 3 maja 2007 r.

Żądania uczestników

64 Skarżąca wnosi o Sądu o:

— stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji, a tytułem żądania subsydiarnego o obniżenie na mocy jego niezależnej swobodnej oceny, kwoty grzywny nałożonej przez Komisję w art. 3 zaskarżonej decyzji;

— obciążenie Komisji kosztami postępowania, w tym kosztami przedstawicielstwa procesowego skarżącej.

65 Komisja wnosi do Sądu o:

— oddalenie skargi;

— obciążenie skarżącej kosztami postępowania.

66 Interwenient I wnosi do Sądu o:

— oddalenie skargi;

— obciążenie skarżącej kosztami, w tym jej własnymi kosztami.

67 Interwenient II wnosi do Sądu o:

— oddalenie skargi;

— obciążenie skarżącej kosztami, w tym kosztami przedstawicielstwa procesowego interwenienta II.

Co do prawa

I — *W przedmiocie żądań mających na celu stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji*

68 Skarżąca podnosi trzy zarzuty, oparte odpowiednio: pierwszy — na naruszeniu art. 82 WE, drugi — na wadliwym charakterze sentencji zaskarżonej decyzji oraz trzeci — na nadużyciu władzy i naruszeniu zasad proporcjonalności, pewności prawa i ochrony uzasadnionych oczekiwań.

A — *W przedmiocie pierwszego zarzutu, opartego na naruszeniu art. 82 WE*

69 Pierwszy zarzut obejmuje cztery części. Pierwsza część dotyczy braku bezprawnego zachowania z uwagi na niewystarczającą swobodę działania, jaką dysponowała skarżąca, aby uniknąć efektu nożyc cenowych. Druga odnosi się do niezgodności

z prawem metody zastosowanej przez Komisję w celu stwierdzenia istnienia efektu nożyc cenowych. Trzecia dotyczy błędu popełnionego przez Komisję przy obliczaniu efektu nożyc cenowych, a czwarta oparta jest na braku wpływu na rynek stwierdzonego efektu nożyc cenowych.

1. W przedmiocie pierwszej części zarzutu, opartej na braku bezprawnego zachowania z uwagi na niewystarczającą swobodę działania, jaką dysponowała skarżąca, aby uniknąć efektu nożyc cenowych.

a) Argumenty stron

70 Skarżąca podnosi, że nie dysponowała wystarczającą swobodą działania, aby uniknąć rzekomego efektu nożyc cenowych, stwierdzonego w zaskarżonej decyzji. Po pierwsze, przypomina, że sama Komisja stwierdziła, że skarżąca nie posiada swobody działania w odniesieniu do określania cen usług pośrednich. Ceny usług pośrednich, które są ustalane przez RegTP, powinny odpowiadać kosztom efektywnego świadczenia usługi. Niekoniecznie więc odpowiadają one kosztom ponoszonym przez skarżącą.

71 Po drugie, skarżąca nie dysponowała także swobodą działania w odniesieniu do określenia cen za usługi dostępu dla abonentów. W odniesieniu do okresu od 1998 r. do 2001 r. istnienie nadużycia popełnianego przez skarżącą jest wykluczone z uwagi na fakt, że tylko RegTP — a wcześniej BMPT — był odpowiedzialny za ustalanie cen stosowanych przez skarżącą za połączenia wąskopasmowe. (zob. pkt 73–79 poniżej).

72 W odniesieniu do okresu po styczniu 2002 r. bezprawne mogło być jedynie zachowanie skarżącej w zakresie określania cen za połączenia szerokopasmowe, ponieważ sama Komisja przyznała w zaskarżonej decyzji, że od 2002 r. skarżąca nie dysponowała żadną swobodą działania w zakresie ustalania cen za połączenia wąskopasmowe. Jednak w przypadku okresu od stycznia 2002 r. ewentualna swoboda działania skarżącej w zakresie ustalania cen za połączenia szerokopasmowe — zakładając, że zostałaby ustalona — byłaby w każdym razie bez wpływu na rzekomy efekt nożyc cenowych (zob. pkt 80 do 83 poniżej).

73 Po pierwsze, w odniesieniu do połączeń wąskopasmowych (linie analogowe i RNIS) skarżąca wyjaśnia, że zgodnie z prawem niemieckim wszystkie jej ceny musiały być wcześniej zbadane i zatwierdzone przez RegTP lub, przed 1998 r., przez BMPT. Nie można zatem uważać, że skarżąca, która zgodnie z art. 29 ust. 1 TKG nie mogła stosować cen innych niż zatwierdzone, pod karą grzywny, naruszyła art. 82 WE, stosując wspomniane ceny.

74 W odniesieniu do określania cen skarżąca przypomina, że w ramach systemu ustalania pułapów cen RegTP określa najpierw koszyki usług i cele w zakresie zmian cen, które ograniczają zmiany cen w ramach koszyków („wskaźniki cen" lub „górne granice cen"). Następnie RegTP bada zmiany poszczególnych cen proponowane przez skarżącą. W tym celu, zgodnie z art. 24 i 27 TKG, RegTP powinien zbadać, niezależnie od przestrzegania górnej granicy określonej dla danego koszyka, czy proponowane ceny nie zostały ustalone w nieuzasadniony sposób na poziomie niższym od kosztów efektywnego świadczenia usług lub czy nie naruszają one innych przepisów prawnych, a zwłaszcza postanowień art. 82 WE. RegTP powinien zatem odmówić wydania zezwolenia na zmianę cen detalicznych proponowaną przez skarżącą, jeśli ceny naruszają art. 82 WE z uwagi między innymi na antykonkurencyjny efekt nożyc cenowych.

75 Skarżąca podkreśla, po pierwsze, że przed dniem 1 maja 2002 r., była związana cenami obowiązkowymi odnoszącymi się do linii analogowych, które opierały się na zezwoleniu na czas nieokreślony wydanym przez BMPT zgodnie z art. 97 ust. 3 TKG, na mocy którego zezwolenia dotyczące cen stosowanych przez skarżącą przyznane „przed dniem 1 stycznia 1998 r. […] obowiązują najpóźniej do dnia 31 grudnia 2002 r.”.

76 Skarżąca podnosi, po drugie, że w odniesieniu do jej wniosku z dnia 31 października 2002 r. dotyczącego podwyższenia cen detalicznych usług dostępu dla abonentów RegTP, decyzją z dnia 19 grudnia 2002 r., uwzględnił go tylko w części, w zakresie dolnej granicy ceny. Zauważa również, że od dnia 1 stycznia 2002 r. ceny podłączenia do sieci są przedmiotem odrębnego koszyka, w odniesieniu do którego została określona specjalna wartość odniesienia. Ceny rozmów nie miały żadnego wpływu na przestrzeganie tych narzuconych wartości. Sama Komisja przyznała, że skarżąca od 2002 r. nie miała żadnej możliwości podwyższenia swych cen w odniesieniu do dostępu wąskopasmowego. Fakt, że pomiędzy 1998 r. a 2001 r. nie złożyła dodatkowych wniosków o zezwolenie na podwyższenie cen nie oznacza, że można jej przypisać odpowiedzialność za wysokość cen określonych przez RegTP, a w związku z tym za zarzucany efekt nożyc cenowych. Zwykła możliwość złożenia wniosków o zmianę cen nie może być bowiem utożsamiana z niezależnym uprawnieniem do określania cen. Stosowana przez RegTP procedura badania i wydawania zezwoleń na zmianę cen na podstawie indywidualnych decyzji została wprowadzona właśnie w celu zapewnienia, za pomocą regulacji ex ante, aby operator historyczny nie stosował bezprawnych cen, zgodnie z obowiązkiem nałożonym na państwa członkowskie w art. 17 dyrektywy 98/10/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 1998 r. dotyczącej zastosowania dostarczania otwartej sieci (ONP) do telefonii głosowej i ustanowienia usługi powszechnej w zakresie telekomunikacji w otoczeniu konkurencyjnym (Dz.U. L 101, s. 24). Jeśli wniosek jest przedmiotem badania i decyzji, zgodnie z tą procedurą i z poszanowaniem wymogów proceduralnych wspólnotowych ram prawnych w zakresie prawa telekomunikacyjnego, nie można zarzucać żadnego nadużycia przedsiębiorstwu, które stosuje ceny określone w wyniku takiego badania. Kontrolowane i zatwierdzone ceny nie mogą cechować się nadużyciem ze strony przedsiębiorstwa, które je stosuje.

77 Ponadto skarżąca wyjaśnia, że regulacja ex ante dokonywana przez RegTP służy kształtowaniu struktury rynku poprzez interwencję administracyjną i zastępuje w dziedzinach, które jej podlegają, obowiązek zachowania struktury rynku, który ciąży na przedsiębiorstwie podlegającym regulacji obowiązkiem zachowania struktury rynku spoczywającym na organie regulacyjnym. Z tego powodu skarżąca jest zobowiązania do ubiegania się o zezwolenie na zmiany cen u RegTP tylko w przypadku zmiany danej sytuacji faktycznej.

78 W każdym razie zakładając, że możliwość ubiegania się przez skarżącą o zezwolenie na zmianę cen może uzasadnić fakt, że jest ona odpowiedzialna za pewien poziom cen, nie doszło do żadnej zmiany okoliczności, która mogłaby zobowiązać skarżącą do złożenia dodatkowych wniosków o zezwolenie na podwyżkę cen detalicznych. Przeciwnie, od 1998 r. koszty udostępniania połączeń niemalże nie zmieniły się, a ceny usług pośrednich nawet znacznie spadły. Ponadto RegTP w tym okresie doszedł do wniosku, w swoich decyzjach z dnia 8 lutego 1999 r., z dnia 23 grudnia 1999 r., z dnia 30 marca 2001 r., z dnia 21 grudnia 2001 r., z dnia 11 kwietnia 2002 r. i z dnia 29 kwietnia 2003 r., że istnieje efekt nożyc cenowych ze szkodą dla konkurentów. Poza tym w wyroku z dnia 16 stycznia 2002 r. Oberlandesgericht Düsseldorf (wyższy sąd regionalny w Düsseldorfie, Niemcy) orzekł, że zatwierdzone ceny stosowane przez skarżącą nie naruszały art. 82 WE.

79 W odniesieniu do wyroku Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości, Niemcy) z dnia 10 lutego 2004 r., który uchylił wyrok Oberlandesgericht Düsseldorf z dnia 16 stycznia 2002 r., skarżąca podnosi, że wyrok ten potwierdza, po pierwsze, że RegTP weryfikuje zgodność z art. 82 WE ceny będącej przedmiotem wniosku o zezwolenie, a po drugie, że faktyczna odpowiedzialność za ewentualne naruszenie art. 82 WE może tylko wyjątkowo zostać przypisana przedsiębiorstwu, które złożyło wniosek o zezwolenie na podwyższenie ceny. Skarżąca przypomina, że sam RegTP wielokrotnie od 1998 r. doszedł do wniosku, że nie istnieje efekt nożyc cenowych ze szkodą dla konkurentów skarżącej. Bundesgerichtshof ponadto wyraźnie pozostawił otwartą kwestię odpowiedzialności, jaką ponosi skarżąca z uwagi na ceny regulowane w świetle prawa konkurencji.

80 Po drugie, skarżąca utrzymuje, że nie mogą jej być przypisane ewentualne nadużycia dotyczące okresu od 2002 r., które opierają się wyłącznie na rzekomej swobodzie działania w zakresie podwyżek cen T-DSL (ADSL). Z jednej strony Komisja nie może rozpatrywać tej swobody działania w sposób odosobniony, ponieważ obliczenia efektu nożyc cenowych dokonuje się nie tylko w oparciu o ceny T-DSL (ADSL), ale na podstawie wszystkich cen detalicznych. Z drugiej strony wbrew temu, co twierdzi Komisja, skarżąca nie może podwyższać cen w sposób nieograniczony. A zatem skarżąca podnosi, że podstawowy element ceny, czyli cena połączenia podstawowego (połączenie analogowe lub RNIS), wymaga wcześniejszego zatwierdzenia przez RegTP. Ponadto dodatek do ceny w przypadku zmiany połączenia analogowego lub RNIS na połączenie ADSL podlega kontroli a posteriori ze strony RegTP. Odwołuje się ona w tym względzie do decyzji RegTP z dnia 30 marca 2001 r. i z dnia 25 stycznia 2002 r. W takich okolicznościach skarżąca, której ceny powinny być określone, zgodnie z art. 24 TKG, w oparciu o koszty efektywnego świadczenia usług, w żaden sposób nie dysponowała nieograniczoną swobodą działania w zakresie podwyższania cen ADSL. Decyzją z dnia 25 stycznia 2002 r. RegTP zamknął podstępowanie wszczęte przeciwko skarżącej w sprawie drapieżnych cen w odniesieniu do ADSL. Skarżąca także zauważa, że Komisja odwołuje się tylko do danych liczbowych zawartych w decyzji RegTP z dnia 30 maja 2001 r. w celu wykazania, że dysponowała ona od 2002 r. swobodą działania w zakresie podwyższania cen ADSL.

81 Ponadto skarżąca utrzymuje, że na podstawie obliczeń Komisji, z wyjątkiem etapu rozpoczęcia działania, ceny detaliczne jej usług ADSL (linie analogowe od 2001 r. i linie RNIS od 2002 r.) były wyższe od cen jej usług pośrednich, powiększonych o koszty specyficzne, związane ze świadczeniem usług abonentom. Nie istnieje zatem żaden efekt nożyc cenowych na tym rynku. Ponadto rzeczywistą przyczyną rzekomego efektu nożyc cenowych jest określanie przez RegTP niskich cen w odniesieniu do linii analogowych. A zatem ponieważ według samej Komisji istnieją odrębne rynki połączeń szerokopasmowych (ADSL) i połączeń wąskopasmowych (linie analogowe i RNIS), skarżąca utrzymuje, że nawet gdyby dysponowała ona swobodą działania na rynku połączeń szerokopasmowych — i ta swoboda działania pozwalałaby jej na podwyższanie cen w odniesieniu do linii ADSL — to ani podwyższenie, ani obniżenie cen ADSL nie ma żadnego wpływu na istnienie antykonkurencyjnego efektu nożyc cenowych na rynku połączeń wąskopasmowych. Korekta cen ADSL nie może

wyeliminować rzekomej dysfunkcji rynku połączeń wąskopasmowych, tak samo jak nie powoduje tej dysfunkcji ustalenie cen ADSL. Dodaje także w replice, że jeśli jedna usługa pośrednia umożliwia dostęp do kilku rynków podrzędnych, należy zbadać w odniesieniu do każdego z tych rynków podrzędnych, czy istnieje efekt nożyc cenowych.

82 Skarżąca podważa ponadto argument Komisji, jakoby rynek dostępu do pętli lokalnej jako usługi pośredniej był jednolity. Po pierwsze, podkreśla, że całkowity dostęp do pętli lokalnej może służyć jako podstawa oferty przeznaczonej dla abonentów, która ogranicza się albo do połączeń szerokopasmowych, albo do połączeń wąskopasmowych. Po drugie, skarżąca podkreśla fakt, że połączenia szerokopasmowe mogą być sprzedawane osobno od połączeń wąskopasmowych, w oparciu o podział linii. Całkowity dostęp do pętli lokalnej nie jest zatem konieczny dla usług ADSL. Gdyby Komisja uwzględniała opłaty za podział linii, wyraźnie niższe od cen za usługi pośrednie, aby dokonać oceny efektu nożyc cenowych, wynik byłby dużo korzystniejszy dla skarżącej.

83 Wreszcie skarżąca podnosi, że Komisja nie wykazała w zaskarżonej decyzji, w jaki sposób mogła ona zmniejszyć rzekomy efekt nożyc cenowych, podwyższając ceny ADSL. W świetle uznanej przez Komisję elastyczności krzyżowej cen pomiędzy ADSL a połączeniami tradycyjnymi, a także pomiędzy poszczególnymi wariantami ADSL (w oparciu o połączenia analogowe i RNIS), należałoby przeprowadzić dogłębniejszą analizę w celu określenia, czy podwyższenie cen ADSL rzeczywiście doprowadziłoby do podwyższenia ważonych cen detalicznych. Skarżąca podnosi, po pierwsze, w tym względzie, że istnieje krzyżowa elastyczność cenowa pomiędzy ADSL a połączeniami wąskopasmowymi. Gdyby nałożyła w przeszłości ceny ADSL wyższe niż ceny, jakie stosowała, liczba klientów ADSL byłaby niższa. Po drugie, istnieje także krzyżowa elastyczność cenowa w zakresie samych ADSL. Wyjaśnia w tym względzie, że połączenia ADSL są oferowane zarówno w oparciu o połączenia analogowe, jak i o połączenia RNIS. Podwyżki cen ADSL w oparciu o połączenia RNIS przesuwałyby popyt w kierunku wariantu analogowego.

84 Komisja i interwenienci I i II wnoszą o oddalenie pierwszej części pierwszego zarzutu.

b) Ocena Sądu

i) Uwagi wstępne

85 Z orzecznictwa wynika, że art. 81 WE i 82 WE dotyczą tylko działań antykonkurencyjnych, podjętych przez przedsiębiorstwa z ich własnej inicjatywy. Jeśli działanie antykonkurencyjne zostaje narzucone przedsiębiorstwom przez ustawodawstwo krajowe lub jeśli ustawodawstwo to tworzy ramy prawne, które same z siebie eliminują wszelkie możliwości działania zgodnego z regułami konkurencji z ich strony, art. 81 WE i 82 WE nie znajdują zastosowania. W takiej sytuacji, jak wynika z tych postanowień, ograniczenie konkurencji nie znajduje swej przyczyny w niezależnych działaniach przedsiębiorstw (zob. wyrok Trybunału z dnia 11 listopada 1997 r. w sprawach połączonych C-359/95 P i C-379/95 P Komisja i Francja przeciwko Ladbroke Racing, Rec. s. I-6265, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo).

86 W tym względzie należy jednak przypomnieć, że możliwość wykluczenia określonego działania antykonkurencyjnego z zakresu zastosowania art. 81 WE i 82 WE, z uwagi na fakt, że dane przedsiębiorstwa zostały do niego zobowiązane przez obowiązujące ustawodawstwo krajowe lub że ustawodawstwo to wyeliminowało wszelkie możliwości działania zgodnego z regułami konkurencji z jego strony, została przyjęta przez Trybunał tylko w sposób ograniczony (wyroki Trybunału: z dnia 29 października 1980 r. w sprawach połączonych od 209/78 do 215/78 i 218/78 van Landewyck i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 3125, pkt 130–134; z dnia 20 marca 1985 r. w sprawie 41/83 Włochy przeciwko Komisji, Rec. s. 873, pkt 19; z dnia 10 grudnia 1985 r. w sprawach połączonych od 240/82 do 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 i 269/82 Stichting Sigarettenindustrie i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 3831, pkt 27–29 i z dnia 9 września 2003 r. w sprawie C-198/01 CIF, Rec. s. I-8055, pkt 67).

87 Aby z uwagi na krajowe ramy prawne można było wykluczyć możliwość zastosowania art. 81 WE i 82 WE do działań antykonkurencyjnych przedsiębiorstw, ograniczenie konkurencji musi być wynikiem tylko i wyłącznie przepisów prawa krajowego (wyrok Sądu z dnia 30 marca 2000 r. w sprawie T-513/93 Consiglio nazionale degli spedizionieri doganali przeciwko Komisji, Rec. s. II-1807, pkt 61).

88 Natomiast art. 81 WE i 82 WE mogą znaleźć zastosowanie, jeśli okaże się, że ustawodawstwo krajowe pozostawia możliwość istnienia konkurencji, która może być uniemożliwiona, ograniczona lub zakłócona poprzez niezależne działania przedsiębiorstw (ww. w pkt 86 wyroki Trybunału w sprawach: van Landewyck i in. przeciwko Komisji, pkt 126 i 130–134; Stichting Sigarettenindustrie i in. przeciwko Komisji, pkt 12–37; wyrok z dnia 17 lipca 1997 r. w sprawie C-219/95 P Ferriere Nord przeciwko Komisji, Rec. s. I-4411, pkt 23–25 oraz ww. w pkt 85 wyrok w sprawie Komisja i Francja przeciwko Ladbroke Racing, pkt 34).

89 A zatem jeśli prawo krajowe ogranicza się do zachęcania lub ułatwiania przyjęcia przez podejmowania niezależnych działań antykonkurencyjnych, działania te podlegają art. 81 WE i 82 WE (wyrok Trybunału z dnia 16 grudnia 1975 r. w sprawach połączonych od 40/73 do 48/73, 50/73, od 54/73 do 56/73, 111/73, 113/73 i 114/73 Suiker Unie i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 1663, pkt 36–73 i ww. w pkt 86 wyrok w sprawie CIF, pkt 56; zob. podobnie wyrok Sądu z dnia 18 września 1996 r. w sprawie T-387/94 Asia Motor France i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II-961, pkt 60).

90 Właśnie w świetle wyżej przedstawionych zasad należy zbadać, czy niemieckie ramy prawne, w szczególności TKG, rozporządzenie dotyczące regulacji cen i decyzje wydane przez RegTP w okresie objętym zaskarżoną decyzją, eliminowały wszelkie możliwości podjęcia przez skarżącą działań zgodnych z regułami konkurencji, czy też pozostawiały jej swobodę działania wystarczającą do określania swych cen na poziomie, który umożliwiłby jej eliminację lub zmniejszenie efektu nożyc cenowych stwierdzonego w zaskarżonej decyzji.

ii) Zaskarżona decyzja

91 W zaskarżonej decyzji Komisja, po zbadaniu cen usług pośrednich i cen detalicznych, stwierdza „nadużycie popełnione przez [skarżącą] w postaci efektu nożyc cenowych wynikającego z niestosowanej różnicy pomiędzy [tymi dwoma cenami]" (motyw 57).

92 Komisja w zaskarżonej decyzji wskazuje ponadto, że „wniosek o istnieniu bezprawnego efektu nożyc cenowych można wywieść, w przypadku gdy różnica pomiędzy cenami detalicznymi przedsiębiorstwa, które dominuje na rynku, oraz ceną usług pośrednich za usługi porównywalne z usługami konkurentów jest albo ujemna, albo niewystarczająca, aby pokryć koszty specyficzne dla produktów podmiotu dominującego w odniesieniu do świadczenia jego własnych usług abonentom na rynku podrzędnym" (motyw 107).

93 Nawet jeśli w zaskarżonej decyzji Komisja nie wyklucza możliwości obniżania przez skarżącą jej cen za usługi pośrednie (motywy 17, 163 i 206), analizuje ona we wspomnianej decyzji wyłącznie kwestię, czy skarżąca dysponowała rzeczywistą swobodą działania w zakresie podwyższania jej cen detalicznych (motywy 164–175). Wyróżnia ona w tym celu dwa okresy.

94 Komisja stwierdza najpierw, że „[w] okresie od początku 1998 r. do końca 2001 r. [skarżąca] miała możliwość całkowitego wyeliminowana efektu nożyc cenowych, zmieniając ceny fakturowane abonentom" lub innymi słowy jej ceny detaliczne (motyw 199). Komisja wyjaśnia w tym zakresie, że skarżąca „dysponowała rzeczywiście swobodą działania [wystarczającą] do uniknięcia efektu nożyc cenowych dzięki podwyższeniu cen detalicznych linii analogowych i RNIS" (motyw 164).

95 Następnie w okresie od dnia 1 stycznia 2003 r. do momentu wydania zaskarżonej decyzji Komisja stwierdza także istnienie swobody działania skarżącej w zakresie podwyższenia stosowanych przez nią cen detalicznych. Ta swoboda działania odnosi się jednakże wyłącznie do cen detalicznych za usługi dostępu do ADSL. W zaskarżonej decyzji Komisja bowiem zauważa, że „[o]d 2002 r. [skarżąca] jest w każdym razie jeszcze w stanie zmniejszyć efekt nożyc cenowych, w niniejszym przypadku poprzez podniesienie cen linii ADSL" (motyw 199). Wyjaśnia, że „od dnia 1 stycznia 2002 r. prawna możliwość zmniejszenia przez [skarżącą] efektu nożyc cenowych jest ograniczona do podwyższenia ceny T-DSL" (motyw 206).

96 W takich okolicznościach należy zbadać, czy Komisja słusznie mogła stwierdzić w zaskarżonej decyzji, że skarżąca dysponowała w obydwu okresach wyróżnionych w pkt 94 i 95 powyżej swobodą działania wystarczającą do podwyższenia stosowanych przez nią cen detalicznych, co mogłoby wyeliminować lub zmniejszyć efekt nożyc cenowych stwierdzony w zaskarżonej decyzji.

iii) W przedmiocie braku bezprawnego działania, z uwagi na swobodę działania skarżącej, niewystarczającą do uniknięcia efektu nożyc cenowych poprzez podwyższenie stosowanych przez nią cen detalicznych w okresie od dnia 1 stycznia 1998 r. do dnia 31 grudnia 2001 r.

97 Należy przypomnieć, że według zaskarżonej decyzji (motywy 164 i 199) skarżąca dysponowała swobodą działania wystarczającą do wyeliminowania efektu nożyc cenowych w okresie od dnia 1 stycznia 1998 r. do dnia 31 grudnia 2001 r., poprzez podwyższenie stosowanych przez nią cen detalicznych za linie analogowe i RNIS.

98 Do celów dokonania oceny zasadności tego stwierdzenia w pierwszej kolejności należy zbadać mające zastosowanie niemieckie przepisy prawne.

99 W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 27 ust. 1 zdanie drugie i z art. 25 ust. 1 TKG, a także z art. 4 i 5 rozporządzenia dotyczącego regulacji cen, ceny detaliczne stosowane przez skarżącą w odniesieniu do linii analogowych i RNIS powinny być zatwierdzane przez RegTP w ramach systemu ustalania pułapów cen. Pułapy cen dotyczą dwóch koszyków (usługi dla klientów indywidualnych i usługi dla klientów korporacyjnych), które obejmują w przypadku okresu od dnia 1 stycznia 1998 r. do dnia 31 grudnia 2001 r. zarówno usługi dostępu, jak i rozmowy, w szczególności rozmowy lokalne, regionalne, międzymiastowe i międzynarodowe. Ze względu na dolną granicę określoną w decyzji BMPT z dnia 17 grudnia 1997 r. skarżąca musiała obniżyć ogólną cenę każdego z dwóch koszyków o 4,3% w okresie od dnia 1 stycznia 1998 r. do dnia 31 grudnia 1999 r., a na podstawie decyzji wydanej przez RegTP w dniu 23 grudnia 1999 r. o 5,6% w okresie od dnia 1 stycznia 2000 r. do dnia 31 grudnia 2001 r.

100 Jednakże należy stwierdzić, że w tych granicach skarżąca mogła zmienić stosowane przez nią ceny po uzyskaniu uprzednio od RegTP zezwolenia. Skarżąca nie podważa stwierdzenia przedstawionego w motywach 37 i 166 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym w okresie od dnia 1 stycznia 1998 r. do dnia 31 grudnia 2001 r. obniżyła ceny za rozmowy, wykraczając daleko poza poziomy, odpowiednio 4,3% i 5,6%, narzucone przez RegTP w odniesieniu do całych koszyków. Odpowiedź RegTP z dnia 3 kwietnia 2002 r. na żądanie udzielenia informacji z dnia 23 marca 2002 r., do którego odniesiono się w motywie 37 zaskarżonej decyzji potwierdza, że „ceny usług telefonicznych regulowane w ramach procedury ustalania pułapów cen zostały obniżone o kwotę [*poufne*][1] marek niemieckich (około [*poufne*] EUR) wykraczającą poza to, czego wymagały przepisy dotyczące ustalania pułapów cen".

101 Ta obniżka cen umożliwiła skarżącej swobodę działania w zakresie podwyższenia cen detalicznych dostępu do jej linii analogowych i RNIS.

1 — Dane objęte poufnością.

102 Jak podniesiono w motywie 167 zaskarżonej decyzji, skarżąca zresztą przyznała w odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, że posiadała swobodę działania, która umożliwiała jej podwyższenie abonamentu miesięcznego za linię dla klientów indywidualnych o [*poufne*] EUR w okresie ustalania pułapów cen 1998/1999.

103 Istnienie swobody działania skarżącej w zakresie podwyższenia cen detalicznych wynika także z uwag sformułowanych przez rząd niemiecki w komunikacie z dnia 8 czerwca 2000 r. skierowanym do Komisji. Rząd niemiecki stwierdził w nim, co następuje:

„[Z]arzut […], jakoby RegTP poprzez te decyzje ustalające pułapy cen detalicznych ograniczył swobodę działania [skarżącej] do tego stopnia, że nie miała ona już możliwości zwiększenia ceny abonamentu podstawowego, jest bezzasadny. […] [Skarżąca] dysponowała [bowiem] swobodą, umożliwiającą jej podwyższenie abonamentu podstawowego za linie analogowe (21,39 DEM), aby lepiej dostosować abonament podstawowy do ceny zatwierdzonej w dniu 8 lutego 1999 r. w odniesieniu do dostępu do pętli lokalnej, w wysokości 25,40 DEM".

104 Ponadto decyzja RegTP z dnia 8 lutego 1999 r., do której skarżąca odwołuje się w skardze i replice na poparcie swej argumentacji, jakoby nie mogła ona być odpowiedzialna za naruszenie art. 82 WE, potwierdza, że „skarżąca zachowuje swobodę działania w zakresie dostosowania poszczególnych cen detalicznych, w granicach koszyka określonego w ramach procedury ustalania pułapów cen".

105 A zatem Komisja słusznie stwierdziła w motywach 166 i 167 zaskarżonej decyzji, że biorąc pod uwagę sześć wniosków o wydanie zezwolenia na obniżenie cen rozmów, złożonych w okresie od dnia 1 stycznia 1998 r. do dnia 31 grudnia 2001 r., skarżąca dysponowała we wspomnianym okresie swobodą działania w zakresie formułowana

wniosków o wydanie zezwolenia na podwyższenie cen jej usług dostępu do linii analogowych i RNIS, jednocześnie przestrzegając ogólnej górnej granicy cen koszyków usług dla klientów indywidualnych i usług dla klientów korporacyjnych. Skarżąca zresztą przyznała podczas rozprawy, że dysponowała taką swobodą działania.

106 W drugiej kolejności należy zbadać, czy pomimo swobody działania stwierdzonej w pkt 105 powyżej interwencja RegTP w ustalanie cen stosowanych przez skarżącą doprowadziła do sytuacji, w której skarżąca nie podlegała już art. 82 WE.

107 W tej kwestii należy przypomnieć tytułem wstępu, że fakt, iż ceny stosowane przez skarżącą musiały być zatwierdzone przez RegTP nie wyklucza jej odpowiedzialności z tytułu art. 82 WE (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 30 stycznia 1985 r. w sprawie 123/8 BNIC, Rec. s. 391, pkt 21–23). Ponieważ skarżąca — jak sama zresztą przyznała w replice — ma wpływ na stosowane przez nią ceny detaliczne za pośrednictwem wniosków o wydanie zezwolenia, składanych do RegTP na mocy art. 28 ust. 1 TKG, skutki ograniczające konkurencję związane z efektem nożyc cenowych, stwierdzonym w zaskarżonej decyzji, nie są wywołane wyłącznie mającymi zastosowanie przepisami prawnymi (ww. w pkt 87 wyrok w sprawie Consiglio nazionale degli spedizionieri doganali przeciwko Komisji, pkt 61).

108 Skarżąca podkreśla jednakże fakt, że nie ponosi żadnej odpowiedzialności na mocy art. 82 WE, ponieważ RegTP sprawuje kontrolę ex ante nad zgodnością stosowanych przez nią cen z art. 82 WE.

109 W tym względzie, po pierwsze, należy stwierdzić, że ceny detaliczne dostępu do linii analogowych, które obowiązywały w całym okresie od dnia 1 stycznia 1998 r. do dnia 31 grudnia 2001 r. nie zostały zatwierdzone przez RegTP, ale były oparte na decyzjach wydanych na mocy ustawodawstwa obowiązującego przed przyjęciem

TKG. W odpowiedzi na pytanie pisemne Sądu skarżąca zatem przyznała, że stosowane przez nią ceny detaliczne w odniesieniu do linii analogowych w okresie od dnia 1 stycznia 1998 r. do dnia 31 grudnia 2001 r. opierały się na zezwoleniu wydanym na czas nieokreślony przez federalnego ministra poczty i telekomunikacji w 1990 r., na podstawie Telekommunikationsordnung (rozporządzenia w sprawie telekomunikacji).

110 Tymczasem ani w skardze, ani w replice skarżąca nie twierdziła, że ceny określone na mocy ustawodawstwa obowiązującego w 1990 r. zostały zatwierdzone po zbadaniu przez właściwy organ ich zgodności z art. 82 WE.

111 Po drugie, należy podnieść, że z przepisów TKG, obowiązujących od dnia 1 sierpnia 1996 r., nie wynika, aby RegTP badał zgodność z art. 82 WE wniosków o wydanie zezwolenia na zmianę cen detalicznych dostępu do linii analogowych i RNIS.

112 Na poparcie swego argumentu skarżąca odwołuje się jednakże najpierw do art. 27 ust. 3 TKG, na mocy którego RegTP bada zgodność proponowanej zmiany cen „z innymi przepisami prawnymi", które obejmują art. 82 WE, a następnie do różnych decyzji wydanych przez RegTP, wspomnianych w pkt 78 powyżej, które zweryfikowały istnienie efektu nożyc cenowych.

113 W tym względzie należy podkreślić przede wszystkim, że nawet jeśli RegTP, tak jak każdy inny organ państwa, jest zobowiązany do przestrzegania postanowień traktatu WE (zob. ww. w pkt 86 wyrok w sprawie CIF, pkt 49), organ ten stanowił, w czasie właściwym dla okoliczności faktycznych sporu, niemiecki organ odpowiedzialny za stosowanie regulacji sektorowych w dziedzinie telekomunikacji, a nie organ ds. konkurencji danego państwa członkowskiego. Otóż krajowe organy regulacyjne działają zgodnie z prawem krajowym, które może mieć cele, które wpisując

się w zakres polityki telekomunikacyjnej, różnią się od celów wspólnotowej polityki konkurencji [zob. komunikat Komisji z dnia 22 sierpnia 1998 r. dotyczący stosowania reguł konkurencji do porozumień w sprawie dostępu w sektorze telekomunikacji — Ogólne ramy, właściwe rynki i zasady (Dz.U. C 265, s. 2), pkt 13].

114 Następnie należy stwierdzić, że różne decyzje RegTP, do których odwołuje się skarżąca na poparcie swej argumentacji, nie zawierają żadnego odniesienia do art. 82 WE.

115 Bez wątpienia w wielu decyzjach wydanych przez RegTP, zwłaszcza tych z dnia 8 lutego 1999 r., z dnia 30 marca 2001 r., z dnia 21 grudnia 2001 r., z dnia 11 kwietnia 2002 r. i z dnia 29 kwietnia 2003 r., RegTP zbadał kwestię efektu nożyc cenowych.

116 Jednakże w tych decyzjach RegTP, po ustaleniu ujemnej różnicy pomiędzy cenami usług pośrednich a cenami detalicznymi stosowanymi przez skarżącą, stwierdził za każdym razem, że odwoływanie się do subwencjonowania krzyżowego pomiędzy cenami usług dostępu i cenami rozmów powinno umożliwiać innym operatorom oferowanie swoim abonentom cen konkurencyjnych.

117 Tak wiec RegTP stwierdza w decyzji z dnia 29 kwietnia 2003 r.:

„[M]ała różnica pomiędzy cenami detalicznymi i cenami usług pośrednich nie wpływa na możliwości konkurencyjne konkurentów w zakresie sieci lokalnej do tego stopnia, aby uniemożliwić im z ekonomicznego punktu widzenia prawidłowe wejście na rynek, a nawet ich przetrwanie na rynku […] [Różnica ta] nie była tak duża, aby pozbawić konkurentów wszelkich możliwości realizowania z ich strony

subwencjonowania krzyżowego stosowanych przez nich cen detalicznych, aby mieć możliwość zaoferowania ich klientom końcowym połączeń po cenach równie atrakcyjnych, a nawet niższych. Odnosi się to tym bardziej do połączeń o większej wartości i kosztowniejszych, jakimi są linie RNIS i ADSL, których liczba znacznie wzrosła z uwagi na silny wzrost penetracji Internetu, a także wprowadzenie na rynek szybszego i wydajniejszego dostępu do Internetu".

118 RegTP rozumuje podobnie w swych decyzjach z dnia 8 lutego 1999 r., z dnia 30 marca 2001 r., z dnia 21 grudnia 2001 r. i z dnia 11 kwietnia 2002 r.

119 Otóż fakt, że RegTP nie sprzeciwia się cenom proponowanym przez skarżącą po stwierdzeniu konieczności odwoływania się przez jej konkurentów do subwencjonowania krzyżowego, aby mieć możliwość oferowania ich abonentom konkurencyjnych cen usług dostępu, dowodzi, że RegTP nie zbadał zgodności wspomnianych cen z art. 82 WE lub że co najmniej błędnie go zastosował (zob. pkt 198–202 i 238 poniżej).

120 W każdym razie zakładając nawet, że RegTP jest zobowiązany do badania zgodności cen detalicznych zaproponowanych przez skarżącą z art. 82 WE, taka okoliczność nie wyklucza stwierdzenia przez Komisję naruszenia przypisywanego skarżącej. Komisja nie może być bowiem związana decyzją wydaną przez władzę krajową na podstawie art. 82 WE (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 14 grudnia 2000 r. w sprawie C-344/98 Masterfoods i HB, Rec. s. I-11369, pkt 48).

121 Po trzecie, należy podnieść, że aby w niniejszej sprawie można było przypisać skarżącej ewentualne naruszenie, ważne jest, czy skarżąca dysponowała w czasie właściwym dla okoliczności faktycznych sporu swobodą działania wystarczającą, aby określić ceny na takim poziomie, który umożliwiałby jej wyeliminowane lub zmniejszenie wykrytego efektu nożyc cenowych.

122 Otóż już zostało stwierdzone, że skarżąca miała wpływ na wysokość stosowanych przez nią cen detalicznych za pośrednictwem wniosków o wydanie zezwolenia składanych do RegTP (zob. pkt 98–105 powyżej). W ramach specjalnej odpowiedzialności ciążącej na skarżącej jako przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą (wyrok Trybunału 9 listopada 1983 r. w sprawie 322/81 NBIM przeciwko Komisji, Rec. s. 3461, pkt 57; wyroki z Sądu: z dnia 7 października 1999 r. w sprawie T-228/97 Irish Sugar przeciwko Komisji, Rec. s. II-2969, pkt 112 i z dnia 30 września 2003 r. w sprawie T-203/01 Michelin przeciwko Komisji, Rec. s. II-4071, pkt 97), była ona zatem zobowiązania do złożenia wniosków o wydanie zezwolenia na zmianę stosowanych przez nią cen, w przypadku gdy prowadziły one do naruszenia skutecznej i niezakłóconej konkurencji na wspólnym rynku.

123 W wyroku z dnia 10 lutego 2004 r. (pkt 79 powyżej) Bundesgerichtshof zresztą wyraźnie potwierdził odpowiedzialność spoczywającą na skarżącej w zakresie składania wniosków o wydanie zezwolenia na zmianę stosowanych przez nią cen. Ponadto podniósł on, że niemieckie przepisy prawne nie wykluczały, aby RegTP zezwalał na zaproponowane ceny, które naruszają art. 82 WE. Sąd ten bowiem orzekł, że „[p]rzeciwnie do przypadków, w których działanie przedsiębiorstwa znajdującego się w pozycji dominującej jest bezpośrednio zdeterminowane krajowymi przepisami prawnymi, wymagane przez prawo telekomunikacyjne zezwolenie na zmianę cen opiera się jednak na wniosku o wydanie zezwolenia złożonym przez usługodawcę" oraz że „[n]awet jeśli administracyjne postępowanie badawcze zmierza do nieudzielania zezwolenia na zastosowanie cen, które wydają się stanowić nadużycie pozycji dominującej, nie wyklucza to praktycznej możliwości, że przedsiębiorstwo przedstawi cenę, poprzez którą nadużywa swej pozycji dominującej i uzyska zezwolenie, ponieważ nadużycie nie zostanie wykryte podczas postępowania badawczego".

124 Z całości powyższych rozważań wynika zatem, że pomimo interwencji RegTP w ustalanie cen stosowanych przez skarżącą, ta ostatnia dysponowała w okresie od dnia 1 stycznia 1998 r. do dnia 31 grudnia 2001 r. swobodą działania wystarczającą, aby jej polityka cenowa mogła zostać objęta zakresem zastosowania art. 82 WE.

125 W trzeciej kolejności należy zbadać, czy skarżąca wykorzystała swobodę działania, jaką dysponowała, aby podjąć działania w zakresie stosowanych przez nią cen detalicznych w celu uniknięcia efektu nożyc cenowych stwierdzonego w zaskarżonej decyzji w odniesieniu do okresu od dnia 1 stycznia 1998 r. do 31 grudnia 2001 r.

126 W niniejszym przypadku, po pierwsze, w odniesieniu do cen detalicznych linii analogowych skarżąca nie podważa, że nie złożyła do RegTP żadnego wniosku zmierzającego do uzyskania zezwolenia na podwyżkę opłat początkowych lub abonamentów miesięcznych. A zatem nie ulega wątpliwości, że „abonamenty miesięczne i opłaty początkowe za podłączenie do podstawowej linii analogowej pozostały […] niezmienne w trakcie obydwóch okresów ustalania pułapów cen, czyli od 1998 r. do końca 2001 r." (zaskarżona decyzja, motyw 38).

127 Niemniej jednak skarżąca podkreśla, że przed dniem 1 maja 2002 r. była związania, ma mocy art. 97 ust. 3 TKG, cenami obowiązkowymi odnoszącymi się do linii analogowych, ustalonymi w 1990 r. przez federalnego ministra poczty i telekomunikacji.

128 Otóż art. 97 ust. 3 TKG, zawierający przepisy przejściowe, przewiduje jedynie, że ceny stosowane przez skarżącą, które zostały zatwierdzone przed wejściem w życie TKG, obowiązują najpóźniej do dnia 31 grudnia 2002 r. Przepis ten zatem w żaden sposób nie uniemożliwia skarżącej zmiany cen detalicznych poprzez złożenie do RegTP wniosków o wydanie zezwolenia na zmianę cen przed tą datą, a w szczególności w całym okresie od dnia 1 stycznia 1998 r. do dnia 31 grudnia 2001 r.

129 Po drugie, w odniesieniu do cen detalicznych linii RNIS nie zostało podważone, że w związku z wnioskiem skarżącej RegTP zezwolił na mocy decyzji z dnia 16 lutego 2000 r. na obniżkę cen abonamentu miesięcznego (zaskarżona decyzja, motyw 40).

130 Ponadto w okresie od dnia 1 stycznia 1998 r. do dnia 31 grudnia 2001 r. skarżąca nie złożyła żadnego wniosku o wydanie zezwolenia na zmianę cen, dotyczącego jej opłat początkowych za podłączenie do linii RNIS. Ceny te, które według skarżącej opierały

się na decyzji BMPT wydanej w 1996 r. i które zgodnie z art. 97 ust. 3 TKG pozostały w mocy po wejściu w życie TKG, pozostały zatem niezmienione w okresie od dnia 1 stycznia 1998 r. do dnia 31 grudnia 2001 r. (zaskarżona decyzja, motyw 41).

131 Z powyższego wynika, że skarżąca nie wykorzystała swobody działania, jaką dysponowała, w celu uzyskania zezwolenia na podwyżkę stosowanych przez nią cen detalicznych, która przyczyniłaby się do zmniejszenia efektu nożyc cenowych w okresie od dnia 1 stycznia 1998 r. do dnia 31 grudnia 2001 r. Przeciwnie, wykorzystała nawet tę swobodę działania do obniżenia w tym samym okresie cen detalicznych, w odniesieniu do linii RNIS.

132 W czwartej kolejności wreszcie należy zbadać, czy Komisja ustaliła w sposób wystarczający pod względem prawnym w zaskarżonej decyzji, że skarżąca dysponowała w okresie od dnia 1 stycznia 1998 r. do dnia 31 grudnia 2001 r. swobodą działania wystarczającą do „uniknięcia efektu nożyc cenowych" (motyw 164). W tym względzie Komisja przytacza w zaskarżonej decyzji, że skarżąca „miała możliwość [we wspomnianym okresie] całkowitego wyeliminowania efektu nożyc cenowych, poprzez zmianę cen fakturowanych abonentom" (motyw 199).

133 Należy w tym względzie podnieść, że efekt nożyc cenowych, stwierdzony w zaskarżonej decyzji w odniesieniu do tego okresu, wynosił [*poufne*] EUR w dniu 31 grudnia 1998 r., [*poufne*] EUR w dniu 31 grudnia 1999 r., [*poufne*] EUR w dniu 31 grudnia 2000 r. oraz [*poufne*] EUR w dniu 31 grudnia 2001 r. (zaskarżona decyzja, motywy 152 i 153, i tabela 10).

134 Tymczasem — jak podkreśla zresztą Komisja w odpowiedzi na pytanie pisemne Sądu — z niepodważonych przez skarżącą stwierdzeń przytoczonych w motywie 167 zaskarżonej decyzji wynika, że rzeczywiście obniżyła ona ceny za rozmowy

o [*poufne*] EUR w ogólności w latach 1998/1999. Otóż, kwota ta — podzielona przez [*poufne*] linii (zaskarżona decyzja tabela 7) i 24 miesiące — umożliwiłaby skarżącej podniesienie średniej ceny detalicznej aż do wysokości [*poufne*] EUR na miesiąc.

135 Z powyższego wynika, że swoboda działania, która powstała dzięki obniżeniu cen za rozmowy, wystarczyłaby do całkowitego wyeliminowania efektu nożyc cenowych, stwierdzonego w zaskarżonej decyzji. Gdyby bowiem skarżąca, wykorzystując swą swobodę działania wyeliminowała efekt nożyc cenowych w 1998 r., wystarczyłoby jej utrzymać stosunek pomiędzy stosowanymi przez nią cenami dotyczącymi usług pośrednich i cenami detalicznymi, aby uniknąć, w okresie od dnia 1 stycznia 1998 r. do dnia 31 grudnia 2001 r. efektu nożyc cenowych, który został stwierdzony w zaskarżonej decyzji. Ponadto nie ulega wątpliwości, że jak podnosi zresztą Komisja w zaskarżonej decyzji (motyw 167), skarżąca dokonała kolejnej obniżki cen za rozmowy w wysokości [*poufne*] EUR w latach 2000/2001, a obniżka ta doprowadziła jeszcze do poszerzenia jej swobody działania w zakresie podwyższenia cen detalicznych.

136 Podczas rozprawy skarżąca przypomniała, że w okresie od dnia 1 stycznia 1998 r. do dnia 31 grudnia 2001 r. RegTP powinien zweryfikować przestrzeganie wymogów ustalania pułapów cen, osobno dla klientów indywidualnych i korporacyjnych. Podkreśla, że jej swoboda działania w zakresie podwyższenia cen detalicznych dostępu dla klientów indywidualnych była mała i że nie mogła wykorzystać większej swobody działania, jaką dysponowała w zakresie podwyższenia cen detalicznych dostępu dla klientów korporacyjnych, ponieważ doprowadziłoby to do sprzecznej z art. 24 ust. 2 pkt 3 TKG dyskryminacji tych klientów.

137 Jednakże w skardze skarżąca nie podważyła stwierdzenia znajdującego się w motywie 167 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym kwota uzyskana dzięki obniżkom cen za rozmowy mogła zostać przesunięta do sektora „linii dla klientów indywidualnych i korporacyjnych" i wykorzystana łącznie, aby podwyższyć ceny usług dostępu dla abonentów. Ponadto skarżąca także nie podważyła w skardze stwierdzenia Komisji,

znajdującego się w motywie 132 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym „[nie należy dokonywać] żadnego rozróżnienia pomiędzy klientami indywidualnymi i klientami korporacyjnymi, ponieważ niemożliwe jest oddzielenie tych dwóch sektorów w wystarczająco wyraźny sposób".

138 Argumentacja przypomniana w pkt 136, która została podniesiona po raz pierwszy podczas rozprawy, powinna zatem zgodnie z art. 48 § 2 regulaminu zostać uznana za niedopuszczalną.

139 Wreszcie należy stwierdzić, że skarżąca nie podważa stwierdzenia znajdującego się w motywie 168 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym mogła była przeprowadzić w okresie od dnia 1 stycznia 1998 r. do dnia 31 grudnia 2001 r. „inne obniżki cen za rozmowy […] i uzyskać w ten sposób [dodatkową] swobodę działania, aby przeprowadzić podwyżki cen abonamentów miesięcznych i opłat początkowych za linie analogowe i RNIS".

140 Z całości powyższych stwierdzeń wynika, że Komisja słusznie mogła stwierdzić w zaskarżonej decyzji (motywy 164 i 199), że skarżąca dysponowała w okresie od dnia 1 stycznia 1998 r. do dnia 31 grudnia 2001 r. swobodą działania wystarczającą do całkowitego wyeliminowania efektu nożyc cenowych, stwierdzonego we wspomnianej decyzji.

iv) W przedmiocie braku bezprawnego działania z uwagi na swobodę działania skarżącej, niewystarczającą do zmniejszenia efektu nożyc cenowych, poprzez podwyższenie cen detalicznych dostępu ADSL od dnia 1 stycznia 2002 r.

141 Należy przypomnieć, że od dnia 1 stycznia 2002 r. w Niemczech istnieje nowy system ustalania pułapów cen, przyjęty na mocy decyzji wydanej przez RegTP w dniu

21 grudnia 2001 r. Zgodnie z tą decyzją, „linie telefoniczne" należą do odrębnego koszyka. W ramach tego koszyka podwyższenie cen detalicznych linii analogowych i RNIS zostało ograniczone do 4,1% rocznie.

142 Bezspornym jest, że skarżącej, która w dniu 15 stycznia 2002 r. złożyła wniosek do RegTP, zezwolono na podwyższenie abonamentów miesięcznych w przypadku linii analogowych i RNIS o 0,56 EUR, co stanowiło zwiększenie średniego poziomu cen usług należących do tego koszyka o 4,04% (zaskarżona decyzja, motyw 44). Bezspornym jest również, że wniosek o wydanie zezwolenia na podwyższenie cen detalicznych, który skarżąca złożyła w dniu 31 października 2002 r., dotyczący abonamentu miesięcznego za połączenie analogowe T-Net i opłat początkowych za połączenia T-Net i T-ISDN, został w znacznej części odrzucony przez RegTP, ponieważ podwyższenie nie było już zgodne z wartościami przewidzianymi w ramach systemu ustalania pułapów cen (zaskarżona decyzja, motyw 45).

143 A zatem Komisja stwierdza w zaskarżonej decyzji (motyw 206), że „od dnia 1 stycznia 2002 r. prawna możliwość zmniejszenia przez [skarżącą] efektu nożyc cenowych jest ograniczona do podwyższenia ceny T-DSL". Według Komisji od tego dnia swoboda działania skarżącej nie dotyczy już cen detalicznych dostępu ADSL (zob. także zaskarżona decyzja, motywy 174 i 199).

144 W pierwszej kolejności należy podnieść w tym względzie, że skarżąca nie podważa, że mogła podwyższyć swe ceny ADSL od dnia 1 stycznia 2002 r. Podkreśla jednak, że jej swoboda działania nie była nieograniczona, ponieważ po pierwsze, jej ceny powinny zostać określone w oparciu o koszty efektywnego świadczenia usługi, oraz pod drugie, stosowane przez nią ceny mogły być przedmiotem badania ex post przeprowadzanego przez RegTP.

145 Jednakże w związku z tym, że skarżąca określa swobodnie swe ceny ADSL w granicach przewidzianych przez ustawodawstwo niemieckie, jej praktyki cenowe w tej dziedzinie mogą wchodzić w zakres zastosowania art. 82 WE (zob. pkt 87 i 88 powyżej).

146 Fakt, że Komisja odwołała się w zaskarżonej decyzji tylko do cen opartych na decyzji wydanej przez RegTP w dniu 30 marca 2001 r. w celu dokonania oceny swobody działania skarżącej od dnia 1 stycznia 2002 r., nie zmienia niczego w tej kwestii. Skarżąca bowiem w żaden sposób nie podważa istnienia od dnia 1 stycznia 2002 r. ograniczonej swobody działania w zakresie podwyższania cen usług dostępu do ADSL.

147 W drugiej kolejności należy zbadać, czy — jak stwierdza Komisja w zaskarżonej decyzji (motyw 199) — skarżąca mogła była „zmniejszyć efekt nożyc cenowych", poprzez podwyższenie od dnia 1 stycznia 2002 r. stosowanych przez nią cen usług dostępu ADSL. Skarżąca podkreśla w tym względzie, że w przypadku abonentów rynki usług dostępu wąskopasmowego i ADSL stanowią rynki odrębne. W takich okolicznościach podwyższenie cen detalicznych ADSL stosowanych przez skarżącą nie miałoby wpływu na rzekomy efekt nożyc cenowych stwierdzony na rynkach usług dostępu w odniesieniu do linii analogowych i RNIS.

148 W tym względzie należy podnieść, że w związku z tym, że usługi dostępu, na poziomie usług pośrednich, umożliwiają dostarczanie, na poziomie abonentów, wszystkich usług dostępu analogowych, RNIS i ADSL, swoboda działania, jaką dysponuje skarżąca w zakresie zwiększania jej cen ADSL, może zmniejszyć efekt nożyc cenowych pomiędzy z jednej strony cenami usług pośrednich i z drugiej strony cenami detalicznymi w odniesieniu do wszystkich usług dostępu analogowych, RNIS i ADSL. Wspólna analiza, na poziomie abonentów, usług analogowych, RNIS i ADSL narzuca się nie tylko z uwagi na to, że odpowiadają one jednemu świadczeniu usług na poziomie pośrednim, ale także ze względu na fakt, że — jak to wyjaśniła Komisja w zaskarżonej decyzji (motyw 26) i czemu skarżąca nie zaprzeczyła — ADSL nie mogą być zaoferowane abonentom osobno, ponieważ łączą się zawsze, ze względów technicznych, z przebudową wąskopasmowych linii analogowych lub RNIS.

149 Uwagi skarżącej dotyczące rzekomej elastyczności krzyżowej cen pomiędzy ADSL i połączeniami wąskopasmowymi, a także pomiędzy poszczególnymi wariantami ADSL należy oddalić. Po pierwsze bowiem, uwagi te nie zaprzeczają istnieniu swobody działania skarżącej w zakresie podwyższania cen ADSL. Po drugie, ograniczone podwyższenie cen ADSL doprowadziłoby do średniej ceny detalicznej wyższej w odniesieniu do połączonych razem usług dostępu wąskopasmowego i szerokopasmowego i zmniejszyłoby w związku z tym stwierdzony efekt nożyc cenowych. Należy bowiem stwierdzić, że uwzględniając między innymi korzyści płynące z szerokiego pasma na poziomie transferu danych, abonenci usług dostępu szerokopasmowego nie wybieraliby automatycznie powrotu do połączenia wąskopasmowego w przypadku podwyższenia cen detalicznych dostępu ADSL.

150 Argument skarżącej oparty na okoliczności, że połączenia szerokopasmowe mogą być sprzedawane osobno od połączeń wąskopasmowych, w oparciu o podział linii na poziomie usług pośrednich, także nie może zostać uwzględniony. O ile poprzez ten argument skarżąca zmierza do wyodrębnienia dwóch osobnych rynków na poziomie usług pośrednich obejmujących, odpowiednio, usługi wąskopasmowe i usługi szerokopasmowe, zgodnie z art. 48 § 2 regulaminu należy go uznać za niedopuszczalny, gdyż skarżąca nie podważyła w skardze definicji właściwych rynków, która została przedstawiona w zaskarżonej decyzji i która identyfikuje na poziomie usług pośrednich jeden rynek, czyli rynek całkowicie uwolnionego dostępu do pętli lokalnej (zaskarżona decyzja, motywy 64–67). O ile poprzez ten argument skarżąca utrzymuje, że Komisja powinna była, do celów obliczania cen usług pośrednich, uwzględnić opłaty za podział linii, także nie może on zostać uwzględniony. Skarżąca bowiem w żaden sposób nie wykazała, że uwzględnienie tych opłat za podział linii miałoby wpływ na stwierdzenia Komisji dotyczące istnienia efektu nożyc cenowych lub istnienia swobody działania skarżącej w celu zmniejszenia stwierdzonego efektu nożyc cenowych poprzez podwyższenie cen detalicznych dostępu ADSL.

151 Z całości powyższych stwierdzeń wynika, że Komisja słusznie mogła stwierdzić w zaskarżonej decyzji, że skarżąca dysponowała od dnia 1 stycznia 2002 r. swobodą działania wystarczającą do zmniejszenia stwierdzonego we wspomnianej decyzji efektu nożyc cenowych poprzez podwyższenie cen usług dostępu ADSL.

152 W konsekwencji pierwszą część zarzutu należy oddalić.

2. W przedmiocie drugiej części zarzutu, opartej na niezgodności z prawem metody zastosowanej przez Komisję w celu stwierdzenia efektu nożyc cenowych

a) Argumenty stron

153 Skarżąca uważa, że ewentualny bezprawny charakter efektu nożyc cenowych może wynikać jedynie z bezprawnego charakteru samych cen detalicznych, ponieważ Komisja nie podważa, że ceny usług pośrednich są narzucane w sposób wiążący przez władze publiczne. Tymczasem Komisja nie wykazała, że ceny detaliczne stosowane przez skarżącą doprowadziły do sprzedaży poniżej kosztów i są jako takie bezprawne. Skarżąca odwołuje się w tym względzie do ekspertyzy Lexeconu. Zaskarżona decyzja jest zatem błędna, ponieważ Komisja odwołała się do kryterium, które nie wiąże się z bezprawnym charakterem cen detalicznych, uwzględnionych jako takie, ale ze stosunkiem tych cen i cen usług pośrednich.

154 Skarżąca uważa ponadto, że stwierdzenie efektu nożyc cenowych jest oparte na kliku błędach dotyczących zastosowanej metody.

155 W pierwszej kolejności skarżąca zauważa, że w odniesieniu do cen detalicznych Komisja uwzględniła jedynie dochody pochodzące z udostępnienia linii telefonicznych abonentom. Aby móc stwierdzić efekt nożyc cenowych i uwzględniając wąską definicję rynku oznaczonego w zaskarżonej decyzji, Komisja powinna była uwzględnić dodatkowe dochody konkurentów skarżącej pochodzące z usług połączeń i usług o wartości dodanej (zob. podobnie wyrok Sądu z dnia 6 czerwca 2002 r.

w sprawie T-342/99 Airtours przeciwko Komisji, Rec. s. II-2585, pkt 276). Chodzi o dochody generowane przez rozmowy lokalne i międzymiastowe, zakończenie i wykonywanie połączeń, a także inne usługi o wartości dodanej. Chociaż Komisja stwierdziła, że „świadczenie wielu usług telekomunikacyjnych abonentom jest uzależnione od podłączenia do stałej sieci telefonicznej" oraz że usługi te umożliwiają osiągnięcie znacznych dodatkowych dochodów (zaskarżona decyzja, motyw 205), niemniej jednak odmówiła, w niekonsekwentny sposób, uwzględnienia cen wspomnianych usług telekomunikacyjnych w przeprowadzonej przez nią analizie efektu nożyc cenowych. Jednak z ekonomicznego punku widzenia uwzględnienie tych danych jest konieczne do dokonania oceny rzeczywistych możliwości wejścia na rynek przez konkurenta skarżącej.

156 A zatem po pierwsze, skarżąca podkreśla, że zarówno w przypadku rozmów lokalnych, jak i rozmów międzymiastowych i międzynarodowych jej konkurenci nie są zobowiązani do oferowania ich klientom usług „preselekcji" (wybór operatora na stałe) i „call-by-call" (każdorazowy wybór operatora). Jej konkurenci mogą zatem przewidzieć kwotę swych dochodów w zakresie rozmów telefonicznych w sposób dużo bardziej pewny niż ona sama. W replice skarżąca podkreśla fakt, że w odniesieniu do rozmów międzymiastowych, już od 1998 r. jest zobowiązana do umożliwiania „preselekcji" i „call-by-call" [zwane dalej wspólnie „(pre)selekcją"].

157 Skarżąca podkreśla ponadto w replice, że (pre)selekcja operatora nie jest wykluczona w odniesieniu do klientów jej konkurentów z mocy prawa. Jednakże niemalże wszyscy konkurenci skarżącej wykorzystują możliwość, której skarżąca nie posiada, aby wykluczyć (pre)selekcję, o ile takie wykluczenie jest dla nich korzystne. Konkurenci skarżącej zapewniają sobie w ten sposób dochody pewne, związane z połączeniami telefonicznymi, dzięki dobrowolnemu wykluczeniu (pre)selekcji operatora. Ponadto żaden ze skarżących w postępowaniu administracyjnym nie stwierdził, że jego oferta jest mniej atrakcyjna z uwagi na wykluczenie (pre)selekcji i że należy zaoferować niższą cenę za podłączenie, tytułem rekompensaty. Ponadto niemalże wszystkie ich ceny za rozmowy są wyższe od kosztów ustanowienia połączenia.

158 Po drugie, skarżąca utrzymuje, że jej konkurenci mogą oferować w oparciu o uwolniony dostęp do pętli lokalnej produkty nowatorskie, których sama skarżąca nie oferuje. Komisja powinna była zatem także uwzględnić w obliczeniach efektu nożyc cenowych dodatkowe dochody, które takie produkty generują.

159 Po trzecie, skarżąca podnosi, że usługi dostępu dla abonentów (opłaty początkowe i abonamenty miesięczne) nie mogą być odizolowane od cen za rozmowy. Konkurencja w zakresie usług telekomunikacyjnych opiera się bowiem na pakiecie usług. Odwołuje się ona w tym względzie do badania rynku. A zatem przedsiębiorstwa telekomunikacyjne oferują wybór wariantów połączeń i opcje rozmów, które są sprzedawane jako produkt globalny. Chodzi o mieszane oferty cenowe, w których rosnące abonamenty miesięczne towarzyszą zmniejszającym się cenom połączeń. RegTP, badając w decyzji z dnia 29 kwietnia 2003 r. kwestię, czy ceny stosowane przez skarżącą prowadzą do efektu nożyc cenowych zakłócającego konkurencje, uznał za decydujący fakt, że konkurenci skarżącej są w stanie uzyskiwać dodatkowe dochody z usług za rozmowy. Identyczne lub podobne wyjaśnienia znajdują się w innych decyzjach wydanych przez RegTP w okresie od 1999 r. do 2003 r., przytoczonych w pkt 78 powyżej. Skarżąca odwołuje się ponadto do praktyki Federal Communications Commission (FCC) w Stanach Zjednoczonych oraz brytyjskiego Office of Telecommunications (Oftel), a także do stanowiska wyrażonego przez rząd niemiecki w jego uwagach z dnia 8 czerwca 2000 r. przedstawionego w ramach postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, które potwierdzają opinię, zgodnie z którą w analizie efektu nożyc cenowych należy uwzględnić inne dochody, którymi mogą dysponować konkurenci.

160 W replice skarżąca dodaje, że analiza efektu nożyc cenowych powinna być dokonana w oparciu o różne poziomy agregacji, ponieważ usługa pośrednia służy jako podstawa dla różnych usług świadczonych abonentom. A zatem na każdym poziomie należy uwzględnić tylko te koszty usług pośrednich, które są związane wyłącznie z odpowiednim produktem końcowym lub daną grupą produktów końcowych. W konsekwencji jeśli wytwarzanie produktu końcowego PF1 wymaga produktów

pośrednich PI1 i PI2, ale jeśli jednocześnie wspomniany produkt PI2 stanowi, wraz z PI3, podstawę dla wytwarzania produktu końcowego PF2, istnieje efekt nożyc cenowych, jeśli odnośna cena produktu PF1 lub PF2 jest niższa od ceny PI1 lub ceny PI3, lub jeśli suma cen PFl i PF2 jest niższa od sumy cen PI1, PI2 i PI3. Jednakże cena PI2 nie powinna być uwzględniana w celu zweryfikowania istnienia efektu nożyc cenowych na pierwszym poziomie agregacji. Analiza powinna być przeprowadzona na wyższym poziomie agregacji, kiedy produkty PFI i PF2 stanowią jedną całość z punktu widzenia klienta lub jeśli produkty PF1 i PF2 są połączone ze względów technicznych lub prawnych (poprzez produkt pośredni PI2), tak że przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą nieuchronnie traci dochody z dwóch produktów końcowych PF1 i PF2 podczas przejścia przez produkt pośredni PI2. Uwolniony dostęp do pętli lokalnej stanowi produkt pośredni dla co najmniej dwóch produktów końcowych, czyli rozmów i połączeń, które stanowią „klaster" dla klientów. Koszty produktu pośredniego nie powinny być przypisywane wyłącznie jednemu z produktów końcowych, ale obydwóm. W konsekwencji ceny za udostępnienie linii abonentom, a także ceny rozmów i usług o wartości dodanej, powinny być porównane do opłat wiążących się z tą ogólną ofertą usług w ramach analizy efektu nożyc cenowych.

161 Skarżąca podważa ponadto argumenty Komisji oparte na zasadzie zmiany struktury cen (zaskarżona decyzja, motywy 120–123). A zatem według skarżącej zmiana struktury cen, która ma na celu obniżenie deficytu połączeń, który tradycyjne istnieje w większości państw członkowskich, za pomocą podwyższenia cen połączeń i równoległego obniżenia cen rozmów, dotyczy wyłącznie operatorów historycznych. Analiza efektu nożyc cenowych dotyczy natomiast wejścia na rynek konkurentów skarżącej. W ramach art. 82 WE należy tylko zbadać, czy konkurenci mają możliwość, biorąc pod uwagę rzeczywistą sytuację na rynku, niezakłóconego świadczenia abonentom usług w oparciu o ceny stosowane przez skarżącą w odniesieniu do usług pośrednich. W tym względzie skarżąca przypomina, że jej konkurenci nie są zobowiązani do oferowania (pre)selekcji. Ramy prawne umożliwiają w ten sposób konkurentom skarżącej korzystanie z dochodów prawnie zagwarantowanych, dzięki usługom rozmów, w sposób całkowicie niezależny od zmiany struktury cen. Skarżąca podkreśla także fakt, że podlega regulacji RegTP, która zmierza do osiągnięcia stopniowej zmiany struktury cen.

162 W drugiej kolejności skarżąca podnosi, że metoda zastosowana przez Komisję do celów stwierdzenia efektu nożyc cenowych jest błędna, ponieważ opiera się na założeniu, że konkurenci powinni mieć możliwość całkowitego odtworzenia struktury jej klienteli (zaskarżona decyzja, motywy 120–127). Jednakże żaden konkurent nie ma interesu w odtwarzaniu tej struktury klienteli, która charakteryzuje się z uwagi na obowiązek świadczenia usług powszechnych nieproporcjonalnie dużym i mało rentownym udziałem abonentów o słabych dochodach, korzystających z linii analogowych, którzy generują niskie obroty i którzy nie są gotowi na przejście do połączeń o większej wartości. Fakt, że w przypadku konkurentów skarżącej udział linii analogowych spadł z 21 do 10% w okresie od 1999 r. do 2002 r. (zaskarżona decyzja, motyw 182), tłumaczy okoliczność, że konkurenci skarżącej w coraz większym stopniu przechodzą do połączeń o wyższej wartości dodanej.

163 Skarżąca twierdzi, że wbrew temu, co utrzymuje Komisja (zaskarżona decyzja, motyw 133), w najbardziej dochodowych sektorach rynku, które są interesujące dla konkurentów skarżącej (połączenia RNIS i połączenia ADSL w oparciu o linie analogowe lub linie RNIS), nie istnieje żaden efekt nożyc cenowych. Zarówno ceny stosowane przez skarżącą, jak i jej konkurentów, w przypadku linii segmentów o najwyższej wartości dodanej, wystarczają do pokrycia kosztów.

164 W trzeciej kolejności skarżąca krytykuje okoliczność, że Komisja w obliczeniu cen usług pośrednich uwzględnia koszty odłączenia linii. Odłączenie linii abonenta przez konkurenta skarżącej powoduje jednocześnie konieczność wykonania prac podłączeniowych w celu zwrócenia skarżącej wynajętej linii abonenckiej oraz prac administracyjnych, które nie byłyby niezbędne w przypadku odłączenia linii przez abonenta, gdyby skarżąca sama wykorzystywała linię abonenta. Chodzi o szczególne koszty nieefektywności, wygenerowane wejściem na rynek, których operator historyczny zajmujący pozycję dominującą z założenia nie ponosi. Takie koszty powstałe wyłącznie z uwagi na działania techniczne lub administracyjne związane z wejściem na rynek powinny być pominięte w analizie efektu nożyc cenowych. Artykuł 82 WE nie zobowiązuje bowiem przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą do wyeliminowania wszystkich przeszkód dla wejścia, ale zakazuje tworzenia sztucznych przeszkód dla wejścia na rynek.

165 Komisja i interwenienci I i II wnoszą o oddalenie drugiej części pierwszego zarzutu.

b) Ocena Sądu

i) W przedmiocie konieczności wykazania przez Komisję w zaskarżonej decyzji, że ceny detaliczne stosowane przez skarżącą były bezprawne same w sobie

166 W niniejszym przypadku należy stwierdzić, że na mocy zaskarżonej decyzji (motyw 201) „[n]adużycie popełnione przez [skarżącą] polega na narzuceniu niesłusznych cen w postaci nożyc cenowych ze szkodą dla jej konkurentów". Komisja uważa bowiem, że istnieje „bezprawny efekt nożyc cenowych, w przypadku gdy różnica pomiędzy cenami detalicznymi przedsiębiorstwa, które dominuje na rynku, a ceną usług pośrednich za usługi porównywalne do usług jego konkurentów jest albo ujemna albo niewystarczająca do pokrycia kosztów specyficznych dla produktów operatora dominującego w odniesieniu do świadczenia jego własnych usług abonentom na rynku podrzędnym" (zaskarżona decyzja, motyw 107).

167 Bez wątpienia w zaskarżonej decyzji Komisja ustaliła wyłącznie istnienie swobody działania, którą dysponowała skarżąca w zakresie zmiany cen detalicznych. Jednakże bezprawny charakter zachowania skarżącej jest związany z niesłusznym charakterem różnicy pomiędzy stosowanymi przez nią cenami usług pośrednich a cenami detalicznymi, która przybiera formę efektu nożyc cenowych. A zatem uwzględniając nadużycie stwierdzone w zaskarżonej decyzji, Komisja nie była zobowiązana do wykazania w zaskarżonej decyzji, że ceny detaliczne stosowane przez skarżącą były bezprawne same w sobie.

168 Należy zatem oddalić argument skarżącej, jakoby bezprawny charakter efektu nożyc cenowych mógł wynikać tylko z bezprawnego charakteru stosowanych przez nią cen detalicznych.

ii) W przedmiocie metody zastosowanej przez Komisję w celu obliczenia efektu nożyc cenowych

Zaskarżona decyzja

169 W motywach 106–139 zaskarżonej decyzji Komisja przedstawia metodę, jaką zastosowała w celu obliczenia efektu nożyc cenowych.

170 Podkreśla najpierw, że określenie bezprawnego efektu nożyc cenowych opiera się na porównaniu pomiędzy „cenami detalicznymi stosowanymi przez przedsiębiorstwo dominujące na rynku a ceną usług pośrednich za usługi porównywalne do [usług] jego konkurentów" (zaskarżona decyzja, motyw 107).

171 Komisja dodaje, że „porównywalność usług pośrednich i usług dostępu dla abonentów jest niezbędna dla określenia efektu nożyc cenowych" (zaskarżona decyzja, motyw 109). Według Komisji „biorąc pod uwagę, że konkurenci, tak jak operator historyczny, świadczą abonentom co do zasady wszystkie rodzaje usług", należy „określić, czy usługi dla abonentów i usługi pośrednie operatora historycznego są porównywalne do tego stopnia, że posiadają identyczne lub co najmniej analogiczne właściwości techniczne i umożliwiają świadczenie usług identycznych lub analogicznych" (zaskarżona decyzja, motyw 109).

172 Komisja stwierdza, że ceny usług pośrednich za uwolniony dostęp do pętli lokalnej są w pełni porównywalne do cen detalicznych, gdyż dostęp do usług pośrednich umożliwia konkurentom skarżącej oferowanie ich abonentom zróżnicowanej gamy usług dostępu, czyli analogowego dostępu wąskopasmowego, cyfrowego dostępu wąskopasmowego (RNIS) i dostępu szerokopasmowego w postaci ADSL (zaskarżona decyzja, motywy 110 i 112).

173 Według Komisji bezprawny efekt nożyc cenowych istnieje wówczas, gdy różnica pomiędzy cenami detalicznymi stosowanymi przez przedsiębiorstwo, które dominuje na rynku, i cenami usług pośrednich za usługi porównywalne do usług jego konkurentów „jest albo ujemna, albo niewystarczająca do pokrycia kosztów specyficznych dla produktów operatora dominującego w odniesieniu do jego własnych usług dla abonentów na rynku podrzędnym" (zaskarżona decyzja, motyw 107). Komisja opiera się zatem na cenach i kosztach skarżącej do celów dokonania oceny, czy praktyki cenowe tego przedsiębiorstwa są bezprawne.

174 Do celów ustalenia, czy różnica pomiędzy cenami detalicznymi stosowymi przez skarżąca a cenami jej usług pośrednich prowadzi do bezprawnego efektu nożyc cenowych Komisja porównuje cenę jedynej usługi pośredniej (dostęp do pętli lokalnej) z ceną wielu usług dla abonentów (dostęp w wariantach analogowych, RNIS i ASDL) (zaskarżona decyzja, motyw 113).

175 Na poziomie cen detalicznych Komisja nie uwzględnia dochodów z rozmów telefonicznych. Ogranicza się do zbadania cen usług dostępu do sieci, które porównuje z cenami usług pośrednich (zaskarżona decyzja, motyw 119).

176 Ponieważ RegTP określił jednolite ceny dla usług pośrednich, niezależnie do charakteru usług podrzędnych, jakie konkurenci oferują dzięki dostępowi do pętli lokalnej, jaki im zapewnia skarżąca (zaskarżona decyzja, motyw 113), należy według Komisji

porównać ceny usług pośrednich ze średnimi cenami wszystkich linii abonenckich, biorąc pod uwagę warianty usług dostępu rzeczywiście sprzedawanych przez skarżącą oraz ceny tych linii (zaskarżona decyzja, motyw 116).

177 Należy także przypomnieć, że ceny detaliczne (dla każdego wariantu oferowanego przez skarżącą) oraz ceny usług pośrednich obejmują dwa elementy, czyli opłatę początkową i abonament miesięczny (zaskarżona decyzja, motywy 142 i 149).

178 Aby obliczyć „cenę miesięczną" opłat początkowych, są one dzielone przez [*poufne*], czyli liczbę, która odpowiada średniemu czasowi trwania (wyrażonemu w miesiącach) zachowania linii telefonicznej przez abonentów (zaskarżona decyzja, motywy 148 i 151).

179 A zatem całkowitą średnią miesięczną cenę detaliczną stanowi suma ceny średniego abonamentu miesięcznego (uwzględniając wszystkie usługi dostępu dla abonentów) oraz średnie opłaty początkowe (uwzględniając wszystkie usługi dostępu dla abonentów i średnią długość abonamentu) (zaskarżona decyzja, motyw 148).

180 Całkowitą średnią miesięczną cenę usług pośrednich stanowi suma ceny abonamentu miesięcznego i ceny średnich opłat początkowych (uwzględniając średnia długość abonamentu) (zaskarżona decyzja, motyw 151). Opłaty początkowe za usługi pośrednie obejmują według Komisji także koszty odłączenia linii. Komisja przypomina, że „[k]oszty odłączenia linii są pobierane w celu ponownego podłączenia uwolnionej linii do sieci [skarżącej] i są fakturowane tylko konkurentom nabywającym

usługi pośrednie" i dodaje, że „[w]raz z opłatą za podłączenie stanowią one całość opłaty początkowej, jaką konkurenci [skarżącej] muszą wobec niej uiścić za usługi pośrednie" (zaskarżona decyzja, motyw 151).

181 W oparciu o takie obliczenie cen miesięcznych Komisja stwierdza, że różnica pomiędzy cenami usług pośrednich i cenami detalicznymi skarżącej była ujemna w okresie od 1998 r. do 2001 r. (zaskarżona decyzja, motyw 153). Uwzględniając to stwierdzenie, nie jest według Komisji konieczne „określenie, czy ta różnica była wystarczająca, aby pokryć specyficzne koszty podrzędnie [poniesione] przez [skarżącą] w ramach relacji ze jej abonentami" (zaskarżona decyzja, motyw 153). Natomiastponieważ w związku z tym, że do 2002 r. różnica była dodatnia, Komisja obliczyła „koszty specyficzne [związane ze świadczeniem usług abonentom] poniesione przez [skarżącą], w celu określenia, czy ta dodatnia różnica [była] wystarczająca do pokrycia przez [skarżącą] [tych] specyficznych kosztów" (zaskarżona decyzja, motyw 154).

182 Komisja dochodzi do wniosku, że w momencie wydania zaskarżonej decyzji efekt nożyc cenowych w odniesieniu do dostępu do pętli lokalnej wciąż istniał (zaskarżona decyzja, motyw 161), ponieważ koszty specyficzne dla świadczenia przez skarżącą usług abonentom były wyższe do dodatniej różnicy pomiędzy cenami detalicznymi a cenami usług pośrednich (zaskarżona decyzja, motyw 160).

Zgodność z prawem metody zastosowanej przez Komisję

— Uwagi wstępne

183 Należy przypomnieć, że skarżąca przedstawia trzy zarzuty w odniesieniu do metody zastosowanej w celu obliczenia efektu nożyc cenowych. Po pierwsze, skarżąca

podnosi, że w odniesieniu do cen detalicznych Komisja nie powinna była uwzględnić wyłącznie dochodów pochodzących z udostępnienia abonentom linii telefonicznych, ale także dochody pochodzące z innych usług, takich jak usługi łączności. Po drugie, skarżąca krytykuje metodę zastosowaną przez Komisję w celu wykazania istnienia efektu nożyc cenowych w oparciu o założenie, zgodnie z którym konkurenci skarżącej mieli interes w całkowitym odtworzeniu struktury jej klienteli. Po trzecie, zastosowana metoda jest błędna, ponieważ Komisja przeszacowała ceny usług pośrednich, uwzględniając przy ich obliczeniu koszty odłączenia linii.

184 Wszystkie argumenty przedstawione w ramach dwóch pierwszych zarzutów odnoszą się do jednej lub drugiej z zasadniczych cech metody zastosowanej przez Komisję. Pierwsza dotyczy obliczenia efektu nożyc cenowych w oparciu o ceny i koszty przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo, zajmującego pozycję dominującą, abstrahując od szczególnej pozycji konkurentów na rynku. Druga dotyczy uwzględnienia dochodów wszystkich usług dostępu, wykluczając dochody pochodzące z innych usług, które mogą być świadczone za pośrednictwem dostępu do stałej sieci.

185 Przed zbadaniem tych poszczególnych zarzutów i argumentów należy przypomnieć, że o ile sędzia wspólnotowy sprawuje w sposób ogólny pełną kontrolę nad kwestią, czy przesłanki zastosowania postanowień traktatu WE dotyczących konkurencji są spełnione, to kontrola skomplikowanych ocen ekonomicznych dokonywanych przez Komisję ogranicza się do zweryfikowania przestrzegania wymogów dotyczących procedury i uzasadnienia, a także prawdziwości materialnej okoliczności faktycznych, braku wyraźnego błędu w ocenie i nadużycia władzy (wyroki Trybunału: z dnia 11 lipca 1985 r. w sprawie 42/84 Remia i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 2545, pkt 34; z dnia 17 listopada 1987 r. w sprawach połączonych 142/84 i 156/84 BAT i Reynolds przeciwko Komisji, Rec. s. 4487, pkt 62 oraz z dnia 2 października 2003 r. w sprawie C-194/99 P Thyssen Stahl przeciwko Komisji, Rec. s. I-10821, pkt 78).

— W przedmiocie rzekomej niezgodności z prawem metody obliczania efektu nożyc cenowych w oparciu o ceny i koszty przedsiębiorstwa pionowo zintegrowanego zajmującego pozycję dominującą, abstrahując od szczególnej pozycji konkurentów na rynku

186 Należy przypomnieć najpierw, że w zaskarżonej decyzji Komisja zbadała, czy praktyki cenowe przedsiębiorstwa dominującego zagrażają wykluczeniem z rynku podmiotu gospodarczego, który osiąga takie same wyniki jak przedsiębiorstwo dominujące. Komisja, dokonując oceny, czy praktyki cenowe skarżącej były bezprawne, oparła się jedynie na cenach i kosztach skarżącej, a nie na szczególnej sytuacji aktualnych lub potencjalnych konkurentów skarżącej.

187 Według Komisji bowiem „można wywieść wniosek o istnieniu bezprawnego efektu nożyc cenowych, w przypadku gdy różnica pomiędzy cenami detalicznymi stosowanymi przez przedsiębiorstwo, które dominuje na rynku, oraz ceną usług pośrednich za usługi porównywalne do usług jego konkurentów jest albo ujemna, albo niewystarczająca do pokrycia kosztów specyficznych dla produktów podmiotu dominującego w odniesieniu do świadczenia jego własnych usług abonentom na rynku podrzędnym" (zaskarżona decyzja, motyw 107). W niniejszym przypadku efekt nożyc cenowych byłby bezprawny, gdyby sama skarżąca nie była w stanie […] oferować abonentom usług w inny sposób niż poniższej kosztów, gdyby była zobowiązania do zapłaty, w formie przelewu pomiędzy spółkami, ceny dostępu do wewnętrznych usług pośrednich za jej usługi świadczone abonentom (zaskarżona decyzja, motyw 140). W takich okolicznościach „konkurenci, [którzy] osiągają takie same wyniki" jak skarżąca, mogą „oferować abonentom usługi podłączenia po cenie konkurencyjnej tylko wtedy, gdy mogą zrekompensować straty gdzie indziej" (zaskarżona decyzja, motyw 141; zob. także zaskarżoną decyzję, motyw 108).

188 Następnie należy stwierdzić, że nawet jeśli aż do chwili obecnej sędzia wspólnotowy jeszcze się nie wypowiedział wyraźnie na temat metody, jaką należy zastosować do celów ustalenia istnienia efektu nożyc cenowych, niemniej jednak z orzecznictwa wynika jednoznacznie, że bezprawny charakter praktyk cenowych przedsiębior-

stwa dominującego jest co do zasady ustalany poprzez odniesienie do jego własnej sytuacji, a związku z tym poprzez odniesienie do jego własnych cen i kosztów, a nie poprzez odniesienie do sytuacji aktualnych lub potencjalnych konkurentów.

189 A zatem w wyroku z dnia 3 lipca 1991 r. w sprawie C-62/86 AKZO przeciwko Komisji, Rec. s. I-3359, pkt 74 Trybunał, w celu dokonania oceny bezprawności praktyk cenowych AKZO, uwzględnił jedynie ceny i koszty przedsiębiorstwa dominującego. Podejście zaproponowane przez rzecznika generalnego O. Lenza, zgodnie z którym „konieczne jest dokonanie analizy struktury kosztów każdego z trzech przedsiębiorstw (czyli AKZO i jego dwóch konkurentów), które posiadają monopol podażowy, w taki sposób, aby uzyskać dokładny obraz poziomu cen rzeczywiście uzasadnionego z punktu widzenia ekonomicznego" (pkt 34 opinii), nie zostało zatem uwzględnione przez Trybunał.

190 Przyjmując podobne podejście, Sąd orzekł w wyroku z dnia 30 listopada 2000 r. w sprawie T-5/97 Industrie des poudres sphériques przeciwko Komisji, Rec. s. II-3755, że fakt, iż skarżąca, która ujawniła rzekomą praktykę efektu nożyc cenowych, „nie może, prawdopodobnie z uwagi na wyższe koszty transformacji, pozostać przedsiębiorstwem konkurencyjnym w zakresie sprzedaży produktu pochodnego, nie może uzasadnić zakwalifikowania praktyk cenowych [spółki dominującej] jako bezprawnych" (pkt 179).

191 Wreszcie Komisja w decyzji 88/518/EWG z dnia 18 lipca 1988 r. dotyczącej postępowania na podstawie art. [82 WE] (IV/30.178 — Napier Brown — British Sugar (Dz.U. L 284, s. 41, zwanej dalej „decyzją w sprawie Napier Brown przeciwko British Sugar") także stwierdziła, że efekt nożyc cenowych powinien być obliczony w oparciu o ceny i koszty operatora zintegrowanego pionowo, zajmującego pozycję dominującą (motyw 66). Stwierdza ona w tej decyzji, że „[u]trzymanie przez przedsiębiorstwo dominujące, które dominuje zarówno na rynku surowców, jak i na rynku produktu pochodnego, różnicy pomiędzy [z jednej strony] ceną, jaką fakturuje za surowiec przedsiębiorstwom, które z nim konkurują na rynku produktu pochodnego, oraz

[z drugiej strony] ceną, jaką fakturuje za produkt pochodny, która jest za mała, aby odzwierciedlać koszt transformacji ponoszony przez samo przedsiębiorstwo dominujące (w tym przypadku różnica utrzymywana przez British Sugar pomiędzy ceną cukru przemysłowego a ceną detaliczną cukru w stosunku do kosztów jego opakowania), co prowadzi do ograniczenia konkurencji na rynku produktu pochodnego, stanowi nadużycie pozycji dominującej" (motyw 66).

192 Należy dodać, że każde inne podejście mogłoby naruszać ogólną zasadę pewności prawa. Gdyby bowiem zgodność z prawem praktyk cenowych przedsiębiorstwa dominującego zależała od szczególnej sytuacji przedsiębiorstw konkurencyjnych, w szczególności z uwagi na strukturę ich kosztów, będącymi danymi, które co do zasady nie są znane przedsiębiorstwu dominującemu, przedsiębiorstwo to nie byłoby w stanie ocenić zgodności z prawem swych własnych działań.

193 Komisja zatem słusznie oparła swą analizę bezprawnego charakteru praktyk cenowych skarżącej wyłącznie na odniesieniu do szczególnej sytuacji skarżącej, a w związku z tym na odniesieniu do jej cen i kosztów.

194 Z uwagi na to, że należy zbadać, czy sama skarżąca lub przedsiębiorstwo osiągające takie same wyniki jak ona byłyby w stanie oferować abonentom usługi w inny sposób niż poniżej kosztów, gdyby były wcześniej zobowiązane do uiszczenia, w formie przelewu pomiędzy spółkami, takich cen związanych z wewnętrznymi usługami pośrednimi, argument skarżącej, zgodnie z którym jej konkurenci nie zmierzają do odtworzenia jej własnej struktury klienteli i mogą osiągać dodatkowe dochody pochodzące z nowatorskich produktów, jakie tylko oni oferują na rynku, w odniesieniu do których skarżąca nie przedstawia żadnych wyjaśnień, jest bezskuteczny. Z tych samych powodów argument, jakoby konkurenci mogli wykluczyć możliwość (pre)selekcji, także nie może zostać uwzględniony.

— W przedmiocie zarzutu opartego na fakcie, że Komisja nie uwzględniła dochodów z wszystkich usług dostępu, wykluczając dochody z innych usług, a w szczególności dochody pochodzące z rozmów

195 Po pierwsze, należy zbadać, czy Komisja do celów obliczenia efektu nożyc cenowych słusznie uwzględniła wyłącznie dochody z usług dostępu skarżącej, wykluczając dochody z innych usług takich jak rozmowy.

196 Należy najpierw przypomnieć, że wspólnotowe ramy prawne przyjęte w 1990 r. mają na celu stworzenie warunków dla umożliwienia skutecznej konkurencji na rynku telekomunikacyjnym. A zatem dyrektywa Komisji 96/19/WE z dnia 13 marca 1996 r. zmieniająca dyrektywę 90/388/EWG w zakresie pełnej konkurencji na rynku telekomunikacyjnym (Dz.U. L 74, s. 13), która rozróżnia w odniesieniu do struktury cenowej operatorów historycznych, opłatę początkową za podłączenie, abonament miesięczny i ceny za rozmowy lokalne, krajowe i międzynarodowe, ma na celu przywrócenie równowagi cenowej pomiędzy tymi poszczególnymi elementami, w oparciu o koszty realne, aby umożliwić pełną konkurencję na rynku telekomunikacyjnym. Konkretnie operacja ta powinna polegać na obniżce cen rozmów krajowych i międzynarodowych oraz podwyżce opłat za podłączenie, abonamentu miesięcznego i ceny za rozmowy lokalne (opinia rzecznika generalnego P. Légera do wyroku Trybunału z dnia 7 stycznia 2004 r. w sprawie C-500/01 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. s. I-604, I-583, pkt 7). Państwa członkowskie są zobowiązane do zniesienia przeszkód dla przywrócenia równowagi cenowej w jak najkrótszym czasie po wejściu w życie dyrektywy 96/19, a najpóźniej do dnia 1 stycznia 1998 r. (ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 32).

197 Jak słusznie podkreśla Komisja w motywie 120 zaskarżonej decyzji, „[o]drębne uwzględnienie ceny dostępu i ceny rozmów jest [zatem] już zawarte w zasadzie zmiany struktury cen przewidzianej w prawie wspólnotowym".

198 Następnie należy przypomnieć, że na mocy decyzji nr 223a wydanej przez BMPT, skarżąca została zobowiązana od czerwca 1997 r. do przyznania jej konkurentom uwolnionego dostępu do pętli lokalnej. Tymczasem niezakłócona konkurencja pomiędzy skarżącą a jej konkurentami może zostać zagwarantowana jedynie w sytuacji, w której zapewniono równość szans różnego rodzaju podmiotów gospodarczych (wyroki Trybunału: z dnia 22 maja 2003 r. w sprawie C-462/99 Connect Austria, Rec. s. I-5197, pkt 83 i z dnia 20 października 2005 r. w sprawach połączonych C-327/03 i C-328/03 ISIS Multimedia i Firma O2, Zb.Orz. s. I-8877, pkt 39).

199 Przyznając nawet, że z punktu widzenia abonenta, usługi dostępu i usługi łączności stanowią jedną całość, to jednak dla konkurentów skarżącej świadczenie usług łączności abonentowi poprzez stałą sieć skarżącej zakłada dostęp do pętli lokalnej. Równość szans pomiędzy z jednej strony operatorem historycznym, który jest właścicielem stałej sieci, takim jak skarżąca, a z drugiej strony jej konkurentami, wiąże się z koniecznością określenia cen usług dostępu na takim poziomie, który zapewnia konkurentom i operatorowi historycznemu równe szanse w zakresie świadczenia usług łączności. Ta równość szans jest zapewniona jedynie w sytuacji, gdy operator historyczny określa swe ceny detaliczne na poziomie umożliwiającym konkurentom — zakładając, że osiągają oni takie same wyniki, jak operator historyczny — odzyskanie całości kosztów związanych z usługą pośrednią poprzez ich ceny detaliczne. Jednakże jeśli operator historyczny nie przestrzega tej zasady, nowe, wchodzące na rynek podmioty mogą oferować swym abonentom usługi dostępu tylko poniżej kosztów. Są zatem zmuszone do kompensowania strat poniesionych na poziomie dostępu do pętli lokalnej poprzez wyższe ceny na poziomie rozmów, co także zakłóca warunki konkurencji na rynku rozmów telefonicznych.

200 Z powyższego wynika, że nawet jeśli powinno być jasne, jak twierdzi skarżąca, że z punktu widzenia abonenta, usługi dostępu i usługi łączności stanowią „klaster", Komisja słusznie mogła stwierdzić w motywie 119 zaskarżonej decyzji, że oceniając kwestię, czy praktyki cenowe skarżącej zakłócają warunki konkurencji, należy zbadać istnienie efektu nożyc cenowych tylko na poziomie dostępu, a zatem nie włączając do obliczeń cen rozmów.

201 Ponadto obliczenie kompensacyjne pomiędzy cenami dostępu i cenami rozmów, do jakiego odnosi się skarżąca, już potwierdza, że skarżąca i jej konkurenci nie znajdują się w sytuacji równości szans na poziomie dostępu do pętli lokalnej, co stanowi jednak warunek konieczny, aby konkurencja na rynku rozmów telefonicznych nie została zakłócona.

202 W każdym razie, gdyby skarżąca znacznie obniżyła ceny rozmów w okresie, o którym mowa w zaskarżonej decyzji (zob. pkt 19 powyżej), nie można byłoby wykluczyć, że konkurenci nie mieliby nawet możliwości ekonomicznej przeprowadzenia kompensacji sugerowanej przez skarżącą. Konkurenci, którzy już znajdują się w niekorzystnej sytuacji konkurencyjnej w stosunku do skarżącej na poziomie dostępu do pętli lokalnej, musieliby bowiem stosować jeszcze niższe ceny rozmów niż skarżąca, aby zachęcić potencjalnych klientów do rozwiązania umowy ze skarżącą i zawarcia umowy z nimi.

203 Z powyższego wynika, że Komisja słusznie uwzględniła, przy obliczaniu efektu nożyc cenowych, wyłącznie dochody z usług dostępu, wyłączając dochody z innych usług, takich jak rozmowy.

204 Po drugie, w odniesieniu do argumentu skarżącej, jakoby jej konkurenci byli zainteresowani wyłącznie rynkami najbardziej dochodowymi, czyli w niniejszym przypadku rynkiem dostępu szerokopasmowego, na którym nie istniał żaden efekt nożyc cenowych, tak że przy obliczaniu efektu nożyc cenowych nie należało uwzględniać usług dostępu analogowego dla abonentów, należy z jednej strony przypomnieć, że w przypadku konkurentów skarżącej dostęp szerokopasmowy wiąże się nieuchronnie z dostępem do linii analogowych lub RNIS (zob. pkt 148 powyżej). Z drugiej strony interwenient I, konkurent skarżącej, podnosi, że jego nieobecność na rynku dostępu usług dostępu analogowego jest konsekwencją nadużycia pozycji dominującej przez skarżącą, a nie rezultatem niezależnego wyboru z jego strony. W każdym razie — jak zostało podniesione w pkt 186–193 powyżej — bezprawny charakter praktyk

cenowych skarżącej powinien być oceniany poprzez odniesienie do jej szczególnej sytuacji, czyli poprzez odniesienie do jej cen i jej kosztów. Na ocenę bezprawnego charakteru praktyk cenowych skarżącej nie mogą zatem mieć wpływu ewentualne preferencje, jakie konkurenci skarżącej mogliby mieć w odniesieniu do takiego czy innego rynku.

205 Tymczasem skarżąca oferuje na poziomie usług dla abonentów usługi dostępu analogowego, RNIS i ADSL, które wszystkie razem odpowiadają jednej usłudze na poziomie usług pośrednich.

206 W takich okolicznościach Komisja mogła słusznie stwierdzić w zaskarżonej decyzji (motyw 111), że przy obliczaniu efektu nożyc cenowych należy porównać ceny usług pośrednich ze średnią ważoną cen detalicznych wszystkich usług dostępu, czyli analogowego dostępu wąskopasmowego, cyfrowego dostępu wąskopasmowego (RNIS) i dostępu szerokopasmowego w postaci ADSL.

207 Nie można zatem uwzględnić niniejszego zarzutu.

— W przedmiocie zarzutu opartego na włączeniu kosztów odłączenia linii w odniesieniu do usług pośrednich do obliczenia efektu nożyc cenowych

208 Jak wynika z zaskarżonej decyzji (motywy 18, 149 i 151), koszty odłączenia linii zostały uwzględnione przez Komisję przy obliczaniu całkowitej ceny usług pośrednich skarżącej. Komisja wyjaśnia w tym względzie w zaskarżonej decyzji (motyw 151), że „[k]oszty odłączenia są pobierane, aby ponownie podłączyć uwolnioną linię

do sieci [skarżącej] i są fakturowane tylko konkurentom, którzy nabywają usługi pośrednie" i stanowią „[w]raz z opłatą za uruchomienie [...] całość opłaty początkowej, jaką konkurenci [skarżącej] muszą uiścić za usługi pośrednie".

209 W odniesieniu do argumentu skarżącej, jakoby koszty odłączenia nie mogły być uważane za część opłaty początkowej za usługi pośrednie, należy podkreślić, że przed dniem 10 lutego 1999 r. sama skarżąca włączała koszty odłączenia do opłaty za uruchomienie linii, jaką fakturowała swym konkurentom. Z motywów 18, 22 i tabeli 9 zaskarżonej decyzji, które nie zostały podważone przez skarżącą, wynika bowiem, że odrębna opłata za odłączenie linii jest przewidziana dopiero od dnia 10 lutego 1999 r., co doprowadziło do wynikającego z tego faktu obniżenia opłaty za uruchomienie linii.

210 Należy także podnieść, że nie zostało podważone, iż abonent zachowuje swą linię telefoniczną średnio przez okres [*poufne*] miesięcy (zaskarżona decyzja, motyw 148). Tymczasem w związku z tym, że skarżącej należą się koszty odłączenia linii od konkurenta korzystającego z usług pośrednich, w przypadku gdy abonent tego ostatniego rozwiązuje umowę o świadczenie usług dostępu, należy stwierdzić, że dla konkurentów skarżącej koszty odłączenia linii stanowią część całkowitego kosztu związanego z usługą pośrednią, który powinien się przekładać na ich ceny detaliczne.

211 W takich okolicznościach Komisja przy obliczaniu efektu nożyc cenowych słusznie włączyła koszty odłączenia linii do obliczenia całkowitej ceny usług pośredniej.

212 W związku z powyższym niniejszy zarzut także jest bezzasadny.

213 Z całości powyższych rozważań wynika, że należy oddalić drugą cześć pierwszego zarzutu.

3. W przedmiocie trzeciej części zarzutu, opartej na rzekomym błędzie obliczeń w zakresie stwierdzenia efektu nożyc cenowych

a) Argumenty stron

214 Skarżąca podnosi, że Komisja pomyliła się przy obliczaniu efektu nożyc cenowych w tabeli 11 zaskarżonej decyzji. Tabela, która dotyczy kosztów specyficznych dla produktów skarżącej w roku 2001, obejmuje w odniesieniu do połączeń wąskopasmowych RNIS (T-ISDN) — z wyjątkiem danych dotyczących standardowych i komfortowych połączeń „wielostanowiskowych" — dane oparte na tabeli 3 zaskarżonej decyzji dotyczące roku 2002. Ponadto dane dotyczące standardowych i komfortowych połączeń T-ISDN „wielostanowiskowych", znajdujące się w tabeli 11 zaskarżonej decyzji, nie odpowiadają żadnym z danych znajdujących się w tabelach 3–7 zaskarżonej decyzji. W celu uściślenia, ważenie kosztów specyficznych dla produktów za rok 2001 powinno było być oparte wyłącznie na liczbach połączeń wymienionych w tabeli 4 zaskarżonej decyzji dotyczących roku 2001. Koszty ważone specyficzne dla produktów wynoszą, w oparciu o te dane, tylko [*poufne*] EUR, czyli [*poufne*] EUR mniej niż wielkość obliczona przez Komisję. Stwierdzony przez Komisję efekt nożyc cenowych powinien być zatem pomniejszony o taką samą wartość.

215 Komisja uwzględnia błąd w obliczeniach zidentyfikowany przez skarżącą, który jednakże nie ma wpływu na niezgodność z prawem zaskarżonej decyzji.

b) Ocena Sądu

216 Należy stwierdzić, że błąd w obliczeniach, który Komisja uznała w odpowiedzi na skargę, dotyczy obliczenia kosztów specyficznych dla skarżącej za rok 2001 r.

217 Błąd ten nie może mieć jednak wpływu na zgodność z prawem zaskarżonej decyzji.

218 W odniesieniu bowiem do okresu od 1998 r. do 2001 r. koszty specyficzne dla skarżącej nie zostały uwzględnione przez Komisję w celu zakwalifikowania jej polityki cenowej jako bezprawnej. W zaskarżonej decyzji (motyw 153) Komisja bowiem wywiodła wniosek o bezprawnym charakterze polityki cenowej skarżącej z istnienia ujemnej różnicy pomiędzy cenami jej usług pośrednich i stosowanymi przez nią cenami detalicznymi. Na stwierdzenie bezprawnego charakteru działań skarżącej w tym okresie nie ma bowiem w żaden sposób wpływu błąd w obliczeniach dotyczący kosztów specyficznych dla skarżącej za rok 2001.

219 Natomiast od roku 2002 Komisja zakwalifikowała praktyki cenowe skarżącej jako bezprawne, ponieważ koszty specyficzne dla skarżącej, związane z usługami dostępu dla abonentów przekroczyły dodatnią różnicę pomiędzy cenami usług pośrednich a cenami detalicznymi stosowanymi przez skarżącą. Dokonując tych ostatnich obliczeń, Komisja oparła się w zaskarżonej decyzji (motywy 159 i 160) na kosztach specyficznych dla skarżącej za rok 2001.

220 A zatem Komisja w tabeli 12 zaskarżonej decyzji dochodzi do następujących wniosków w odniesieniu do obliczenia efektu nożyc cenowych:

Tabela 12

(w euro)

	maj 2002	lipiec 2002	styczeń 2003	luty 2003	maj 2003
Różnica pomiędzy cenami detalicznymi i cenami usług pośrednich	[poufne]	[poufne]	[poufne]	[poufne]	[poufne]
Średnie koszty specyficzne jednej linii	[poufne]	[poufne]	[poufne]	[poufne]	[poufne]
Efekt nożyc cenowych	[poufne]	[poufne]	[poufne]	[poufne]	[poufne]

221 Należy podkreślić, że w ramach niniejszej części zarzutu skarżąca nie podważa odniesienia do kosztów specyficznych za rok 2001 (zaskarżona decyzja, motyw 159) przy obliczaniu efektu nożyc cenowych od dnia 1 stycznia 2002 r. Podnosi jedynie, że jej koszty specyficzne za rok 2001 zostały obliczone błędnie.

222 Gdyby Komisja nie popełniła wykrytego błędu, koszty specyficzne za rok 2001 musiałyby być ustalone, jak podnosi skarżąca, na poziomie [*poufne*] EUR (zob. pkt 214 powyżej). Jednakże nawet uwzględniając takie koszty specyficzne, niedotknięte błędem w obliczeniach, wciąż istniałby efekt nożyc cenowych w całym okresie trwania naruszenia, o którym mowa w zaskarżonej decyzji.

223 Z uwagi na to, że w zaskarżonej decyzji (motywy 163 i 201) niesłuszny w rozumieniu art. 82 WE charakter praktyk cenowych skarżącej jest związany z samym istnieniem efektu nożyc cenowych, a nie z dokładną różnicą pomiędzy cenami, błąd w obliczeniach popełniony przez Komisję nie może mieć w wpływu na zgodność z prawem zaskarżonej decyzji.

224 Z powyższego wynika, że nie można uwzględnić trzeciej części niniejszego zarzutu.

4. W przedmiocie czwartej części zarzutu, opartej na braku wypływu stwierdzonego efektu nożyc cenowych na rynek

a) Argumenty stron

225 Po pierwsze, skarżąca utrzymuje, że stwierdzenie efektu nożyc cenowych wynikającego z praktyki cenowej przedsiębiorstwa dominującego nie stanowi nadużycia per se. Komisja powinna była zatem zbadać rzeczywiste skutki zarzucanych działań, czego jednakże nie uczyniła w zaskarżonej decyzji. Biorąc pod uwagę, że RegTP ustala ceny usług pośrednich w oparciu o koszty skarżącej, należy przedstawić dokładny dowód rzeczywistego zakłócenia konkurencji.

226 Skarżąca przypomina dwie przesłanki pojęcia nadużycia, czyli zarzucane działania muszą charakteryzować się odwoływaniem do środków odmiennych od tych, jakie rządzą normalną konkurencją pomiędzy produktami i usługami, w oparciu o świadczenia podmiotów gospodarczych i muszą one stanowić rzeczywiste zakłócenie konkurencji (wyrok Trybunału z dnia 13 lutego 1979 r. w sprawie 85/76

Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji, Rec. s. 461, pkt 91). Sędzia wspólnotowy wymaga zatem dowodu, że zarzucane działanie stanowi przeszkodę dla wejścia na rynek innych konkurentów lub służy wykluczeniu konkurentów już istniejących na rynku. Na poparcie swej argumentacji skarżąca odwołuje się do orzecznictwa Trybunału (ww. w pkt 189 wyrok Trybunału w sprawie AKZO przeciwko Komisji, pkt 72; wyroki: z dnia 14 listopada 1996 r. w sprawie C-333/94 P Tetra Pak przeciwko Komisji, Rec. s. I-5951, pkt 41 i z dnia 16 marca 2000 r. w sprawach połączonych C-395/96 P i C-396/96 P Compagnie maritime belge transports i in. przeciwko Komisji, Rec. s. I-1365, pkt 111 i 119), a także do praktyki decyzyjnej Komisji (decyzja w sprawie Napier Brown przeciwko British Sugar, motyw 66), RegTP i FCC. Tylko w szczególnym przypadku sprzedaży po cenie niższej od średniej kosztów zmiennych sędzia wspólnotowy uznał praktykę cenową za bezprawną per se.

227 W replice skarżąca wyjaśnia, że zasady wypracowane przez Trybunał w zakresie drapieżnych cen powinny mieć zastosowanie do przypadku efektu nożyc cenowych, gdy cena usług pośrednich jest ustalana przez organ regulacyjny. Komisja powinna zatem przedstawić dowód, że zarzucany efekt nożyc cenowych prowadzi do rzeczywistego naruszenia konkurencji. Z uwagi na to, że ceny usług pośrednich są ustalane przez RegTP na podstawie kosztów, dowód ten zostaje dostarczony tylko w przypadku, gdy przedsiębiorstwo dominujące na rynku, po etapie wykluczenia konkurentów, jest w stanie skompensować straty, jakie poniosło z uwagi na jego politykę niskich cen w okresie wykluczenia, poprzez podniesienie cen detalicznych. Jednakże w niniejszym przypadku wszelkie próby działania przez skarżącą w tym kierunku prowadziły do natychmiastowego powrotu jej konkurentów na rynek.

228 Po drugie, skarżąca podważa, jakoby jej ceny stanowiły przeszkodę dla wejścia na rynek lub wykluczyły jej konkurentów z rynku.

229 Z jednej strony istnieją rzeczywiste możliwości wejścia na rynek przez konkurentów skarżącej. Skarżąca przypomina w tym względzie, że jej konkurenci mogą zastosować subwencjonowanie krzyżowe pomiędzy cenami rozmów i cenami połączeń lub pomiędzy cenami zmiennymi i cenami stałymi, aby pokryć ewentualny deficyt

w zakresie połączeń. Możliwość, której nie posiada sama skarżąca, wykluczenia przez konkurentów skarżącej (pre)selekcji w odniesieniu do wszystkich połączeń (zob. pkt 156 powyżej) umożliwia konkurentom obliczenie w sposób dużo dokładniejszy niż skarżąca ich dochodów pochodzących z cen rozmów. Konkurenci skarżącej osiągają w ten sposób obroty pochodzące z cen rozmów w stosunku do jednego połączenia wyraźnie wyższe od obrotów skarżącej, a ponadto bardzo przewidywalne. Odpowiedzi konkurentów skarżącej na żądanie udzielenia informacji z dnia 19 stycznia 2002 r., a także decyzja wydana przez RegTP w dniu 29 kwietnia 2003 r. potwierdzają, że konkurenci mają możliwość stosowania subwencjonowania krzyżowego pomiędzy cenami połączeń i cenami rozmów. Skarżąca odwołuje się także do uwag z dnia 29 lipca 2002 r. do pisma w sprawie przedstawienia zarzutów oraz do dwóch dokumentów przytoczonych w tych uwagach. Wreszcie z badań przeprowadzonych przez skarżącą wynika, że jej konkurenci mieli możliwość osiągania dodatnich marż w odniesieniu do kosztów bezpośrednich, dzięki subwencjonowaniu krzyżowemu pomiędzy stosowanymi przez nich cenami stałymi a cenami zmiennymi w odniesieniu do każdego rodzaju połączenia, a w związku z tym także w odniesieniu do linii analogowych.

230 Z drugiej strony od momentu liberalizacji niemieckiego rynku telekomunikacyjnego wielu konkurentom udało się uzyskać znaczne udziały w rynku na obszarach o dużej koncentracji miast. Skarżąca odwołuje się w tym względzie do spółki KomTel, która według jej własnych oświadczeń złożonych w komunikacie prasowym z dnia 31 maja 2002 r. uzyskała udział w rynku połączeń we Flensburgu udział wynoszący 43%. W innych strefach obsługi lokalnej, według obliczeń skarżącej przeprowadzonych w oparciu o linie wynajęte przez skarżącą jej konkurentom, udziały w rynku innych dostawców wynosiły przykładowo [*poufne*]. A zatem od 1998 r. skarżąca straciła [*poufne*] abonentów na rzecz jej konkurentów. Po wejściu na rynek lokalny utworzenie własnej infrastruktury staje się dla konkurenta opłacalne z ekonomicznego punktu widzenia. Wejście na rynek należy oczywiście rozpocząć od klientów dochodowych, aby zdobyć następnie nowe grupy klientów, za pomocą w ten sposób osiągniętych zysków (pismo Colta, konkurenta skarżącej, skierowane do skarżącej w dniu 15 października 2002 r.). Podobnie jest w przypadku regionów o wysokiej koncentracji miast, traktowanych jako trampoliny dla konkurencji na szczeblu regionalnym. W każdym razie sytuacja konkurencji w Niemczech zmieniła się w sposób bardziej korzystny niż w innych państwach członkowskich. A zatem w całej Wspólnocie, wszystkie z ponad 81% uwolnionych wynajmowanych dostępów do pętli lokalnej powróciły do skarżącej.

231 W replice skarżąca wyjaśnia, że Colt i Arcor są od tej chwili obecne na szczeblu krajowym, a EWE TEL na dużych obszarach Niemiec północnych jako dostawcy linii telefonicznych. Komisja w żaden sposób nie przedstawiła dowodu istnienia związku przyczynowego pomiędzy rzekomym efektem nożyc cenowych a rzekomym powolnym rozwojem konkurencji. Efekt nożyc cenowych nie może być przyczyną miejsca, jakie zajmie skarżąca w segmencie rynku połączeń szerokopasmowych, ponieważ nie istnieje żaden efekt nożyc cenowych w tym segmencie rynku.

232 Komisja i interwenienci I i II wnoszą o oddalenie niniejszej części zarzutu.

b) Ocena Sądu

233 Należy przypomnieć, że pojęcie nadużycia jest pojęciem obiektywnym, dotyczącym działań przedsiębiorstwa znajdującego się w pozycji dominującej, które mogą wpłynąć na strukturę rynku, gdzie w związku właśnie z obecnością tego przedsiębiorstwa stopień konkurencji jest już osłabiony, i które prowadzą do powstania przeszkód dla utrzymania stopnia konkurencji istniejącego już na rynku lub dla rozwijania się tej konkurencji, poprzez odwoływanie się do środków odmiennych od tych, jakie rządzą normalną konkurencją pomiędzy produktami i usługami, w oparciu o świadczenia podmiotów gospodarczych, (ww. w pkt 226 wyrok w sprawie Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji, pkt 91 i ww. w pkt 189wyrok w sprawie AKZO przeciwko Komisji, pkt 69; postanowienie Trybunału z dnia 23 lutego 2006 r. w sprawie C-171/05 P Piau przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-37*, pkt 37; ww. w pkt 122 wyrok w sprawie Irish Sugar przeciwko Komisji, pkt 111).

234 Według Komisji praktyki cenowe skarżącej ograniczyły konkurencję na rynku usług dostępu dla abonentów. W zaskarżonej decyzji (motywy 179 i 180) wywodzi ona to stwierdzenie z istnienia samego efektu nożyc cenowych. Nie jest konieczne żadne wykazanie skutku antykonkurencyjnego, nawet jeśli pomocniczo przeprowadza ona takie badanie w motywach 181–183 zaskarżonej decyzji.

235 Z uwagi na to, że aż do wejścia na rynek usług dostępu dla abonentów pierwszego konkurenta, w 1998 r., skarżąca posiadała monopol faktyczny na tym rynku detalicznym, skutek antykonkurencyjny, jaki Komisja ma obowiązek wykazać, odnosi się do ewentualnych przeszkód dla rozwoju konkurencji na tym rynku, jakie mogły powstać w wyniku praktyk cenowych skarżącej.

236 W tym względzie należy przypomnieć, po pierwsze, że skarżąca jest właścicielem stałej sieci telefonicznej w Niemczech, oraz po drugie, że bezspornym jest, iż jak podnosi Komisja w motywach 83–91 zaskarżonej decyzji, w momencie wydawania wspomnianej decyzji w Niemczech nie istniała żadna inna infrastruktura, która umożliwiłaby konkurentom skarżącej wejście w sposób trwały na rynek usług dostępu dla abonentów.

237 W świetle faktu, że usługi pośrednie skarżącej są niezbędne do umożliwienia jej konkurentom konkurowania z nią na rynku podrzędnym usług dostępu dla abonentów, efekt nożyc cenowych pomiędzy cenami usług pośrednich a cenami detalicznymi stosownymi przez skarżącą zakłóci co do zasady rozwój konkurencji na rynkach podrzędnych. Jeśli bowiem ceny detaliczne stosowane przez skarżącą są niższe od cen usług pośrednich lub różnica pomiędzy cenami usług pośrednich a cenami detalicznymi stosowanymi przez skarżącą jest niewystarczająca do umożliwienia podmiotowi osiągającemu takie same wyniki pokrycia jego kosztów specyficznych dla świadczenia usług dostępu dla abonentów, to potencjalny konkurent, osiągający takie same wyniki jak skarżąca, może wejść na rynek usług dostępu dla abonentów tylko w przypadku, gdy będzie doznawał strat.

238 Niewątpliwie, jak podkreśla skarżąca, jej konkurenci zwykle odwołują się do subwencjonowania krzyżowego w tym znaczeniu, że kompensują straty doznane na rynku usług dostępu dla abonentów zyskami osiągniętymi na innych rynkach, takich jak rynek rozmów telefonicznych. Jednakże w świetle faktu, że skarżąca jako właściciel stałej sieci nie ma potrzeby korzystać z usług pośrednich, aby mieć możliwość oferowania usług dostępu dla abonentów i że przeciwnie do konkurentów nie musi zatem — z uwagi na praktyki cenowe przedsiębiorstwa dominującego — zmierzać do kompensowania start poniesionych na rynku usług dostępu dla abonentów, efekt nożyc cenowych stwierdzony w zaskarżonej decyzji zakłóca konkurencję nie tylko na rynku dostępu dla abonentów, ale także na rynku rozmów telefonicznych (zob. pkt 197–202 powyżej).

239 Ponadto małe udziały w rynkach nabyte przez konkurentów od skarżącej na rynku usług dostępy dla abonentów od momentu liberalizacji rynku z uwagi na wejście w życie w dniu 1 sierpnia 1996 r. TKG dowodzą, że istnieją wywołane praktykami cenowymi skarżącej przeszkody dla rozwoju konkurencji na tych rynkach. A zatem skarżąca wyjaśniła podczas rozprawy, że nie podważa stwierdzeń przedstawionych w zaskarżonej decyzji (motyw 181), zgodnie z którymi w momencie wydania zaskarżonej decyzji wszyscy konkurenci w Niemczech posiadali jedynie „wynoszący 4,4% udział w rynku dostępu wąskopasmowego i 10% w rynku dostępu wąskopasmowego" oraz że „[p]od koniec 2002 r. 64 konkurentów posiadało wspólnie tylko 2,35 miliona linii telefonicznych, których całkowita liczba w Niemczech wynosi 53,72 miliona".

240 Ponadto nie zostało podważone, że jeśli uwzględni się tylko linie analogowe, które stanowiły w Niemczech w momencie wydawania zaskarżonej decyzji 75% wszystkich linii, udział konkurentów skarżącej spadł z 21% w 1999 r. do 10% w 2002 r. (zaskarżona decyzja, motyw 182).

241 Skarżąca jednakże podkreśliła, że wielu konkurentom udało się uzyskać znaczne udziały w rynku na obszarach o dużej koncentracji miast.

242 W tym względzie należy stwierdzić, że skarżąca nie podważa definicji rynku, jaka została uwzględniona w zaskarżonej decyzji (motywy 92–95), zgodnie z którą właściwym rynkiem geograficznym jest rynek niemiecki. Rozwój niektórych konkurentów skarżącej na pewnych obszarach o dużej koncentracji miast nie ma wpływu na stwierdzenie, zgodnie z którym konkurenci skarżącej ogólnie nabyli jedynie nieznaczne udziały na właściwym rynku geograficznym usług dostępu dla abonentów.

243 Fakt, że konkurencja rozwijała się w mniej korzystny sposób w innych państwach członkowskich, nie dowodzi, że praktyki cenowe skarżącej nie wywierały skutku antykonkurencyjnego w Niemczech, które stanowią właściwy rynek geograficzny. Rzekomo mniej korzystna sytuacja w innych państwach członkowskich mogłaby być związana z późniejszą liberalizacją omawianych rynków usług, czyli po dniu 1 czerwca 1997 r., a więc po dacie, w której skarżąca została zmuszona, na mocy prawa niemieckiego, do przyznania jej konkurentom uwolnionego dostępu do pętli lokalnej (zob. pkt 198 powyżej). Należy podnieść w tym względzie, że art. 3 rozporządzenia (WE) nr 2887/2000 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2000 r. w sprawie uwolnionego dostępu do pętli lokalnej (Dz.U. L 336, s. 4) nakłada na operatorów historycznych taki obowiązek dopiero od 31 grudnia 2002 r. Rzekomo bardziej korzystna sytuacja w innych państwach członkowskich mogłaby być także związana z istnieniem innych naruszeń wspólnotowego prawa konkurencji. W każdym razie zakładając nawet, że Komisja uchybiła niektórym ze swych zobowiązań, jakie na niej ciążą na mocy art. 211 WE, ponieważ nie dopilnowała przestrzegania wspólnotowego prawa konkurencji w sektorze telekomunikacji w innych państwach członkowskich, okoliczność ta nie może uzasadniać naruszenia art. 82 WE popełnionego w niniejszym przypadku przez skarżącą w tym samym sektorze (ww. w pkt 86 wyrok w sprawie Landewyck i in. przeciwko Komisji, pkt 84; wyroki Sądu: z dnia 6 kwietnia 1995 r. w sprawie T-148/89 Tréfilunion przeciwko Komisji, Rec. s. II-1063, pkt 127 i z dnia 15 marca 2000 r. w sprawach połączonych T-25/95, T-26/95, od T-30/95 do T-32/95, od T-34/95 do T-39/95, od T-42/95 do T-46/95, T-48/95, od T-50/95 do T-65/95, od T-68/95 do T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 i T-104/95 Cimenteries CBR i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II-491, pkt 2559).

244 Wreszcie w odniesieniu do argumentu podniesionego w replice, jakoby konkurenci skarżącej byli „w międzyczasie" obecni na szczeblu krajowym, należy przypomnieć,

że w ramach skargi o stwierdzenie nieważności, złożonej na podstawie art. 230 WE, zgodność z prawem aktu wspólnotowego powinna być oceniania w oparciu o okoliczności faktyczne i prawne istniejące w momencie wydania danego aktu (wyrok Trybunału z dnia 7 lutego 1979 r. w sprawach połączonych 15/76 i 16/76 Francja przeciwko Komisji, Rec. s. 321, pkt 7 oraz wyrok Sądu z dnia 28 lutego 2002 r. w sprawie T-395/94 Atlantic Container Line i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II-875, pkt 252). W każdym razie skarżąca, która nie przedstawiła żadnych danych ilościowych dotyczących obecności konkurentów na szczeblu krajowym, nie dostarcza żadnej informacji, która mogłaby podważyć stwierdzenia przytoczone w motywach 180–183 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którymi jej praktyki cenowe rzeczywiście zakłócają konkurencję na niemieckim rynku usług dostępu dla abonentów.

245 Wobec powyższego należy oddalić ostatnią część pierwszego zarzutu.

B — *W przedmiocie drugiego zarzutu, opartego na wadliwym charakterze sentencji zaskarżonej decyzji*

1. Argumenty stron

246 Skarżąca najpierw przypomina, że w art. 1 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdza, że skarżąca naruszyła art. 82 lit. a) WE, „ponieważ stosuje niesłuszne ceny za podłączenie linii i abonament miesięczny w odniesieniu do dostępu do pętli lokalnej jej konkurentów oraz [jej] abonentów". Według sentencji decyzji ceny usług pośrednich i ceny detaliczne stosowane przez skarżąca są zatem niesłusznie. Jednakże w uzasadnieniu do zaskarżonej decyzji ceny stosowane przez skarżącą jako takie nie zostały zakwalifikowane jako niesłuszne. Jedynie stosunek pomiędzy cenami pośrednimi i cenami detalicznymi został uznany za niezgodny z prawem z uwagi na rzekomy efekt nożyc cenowych. Sentencja zaskarżonej decyzji nie jest zatem podtrzymana przez jej uzasadnienie.

247 Następnie skarżąca przypomina, że art. 2 sentencji zaskarżonej decyzji nakazuje jej położenie kresu naruszeniu wymienionemu w art. 1 i powstrzymanie się od powtarzania działań lub zachowań, o których mowa we wspomnianym artykule. Tymczasem poza faktem, że nakaz z art. 2 jest sprzeczny z uzasadnieniem zaskarżonej decyzji, nie może on zostać wykonany, ponieważ skarżąca nie jest w stanie wywrzeć wpływu na ceny usług pośrednich.

248 Wreszcie w replice skarżąca dodaje, że art. 1 sentencji jest także dotknięty wadą, ponieważ Komisja w nim stwierdza, że skarżąca, pobierając niesłuszne ceny, naruszyła art. 82 WE. Tymczasem skarżąca nie dysponowała żadną swobodą działania w zakresie pobierania tych cen (zob. pkt 72 powyżej).

249 Komisja wnosi o oddalenie niniejszego zarzutu.

2. Ocena Sądu

250 Należy przypomnieć, że w art. 1 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdza, że skarżąca „narusza postanowienia art. 82 [lit.] a) WE, ponieważ stosuje niesłuszne ceny za podłączenie linii i abonament miesięczny w odniesieniu do dostępu do pętli lokalnej jej konkurentów oraz [jej] abonentów, zakłócając w ten sposób znacznie konkurencję na rynku dostępu do pętli lokalnej".

251 Wbrew temu, co twierdzi skarżąca, w art. 1 zaskarżonej decyzji nie stwierdzono, że zarówno ceny usług pośrednich, jak i ceny detaliczne skarżącej powinny być uważane za niesłuszne.

252 Sentencja zaskarżonej decyzji powinna być bowiem interpretowana w kontekście jej uzasadnienia (wyrok Sądu z dnia 16 grudnia 2003 r. w sprawach połączonych T-5/00 i T-6/00 Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied i Technische Unie przeciwko Komisji, Rec. s. II-5761, pkt 374). Wydaje się zatem jasne, że „[n]adużycie popełnione przez [skarżącą] polega na narzuceniu niesłusznych cen w formie efektu nożyc cenowych ze szkodą dla jej konkurentów" (zaskarżona decyzja, motyw 201). Popełnione nadużycie przybiera „formę efektu nożyc cenowych wynikającego z niewłaściwej różnicy pomiędzy cenami usług pośrednich a cenami detalicznymi dostępu do pętli lokalnej" (zaskarżona decyzja, motyw 57) i „przekłada się na niesłuszne ceny" (zaskarżona decyzja, motyw 163).

253 Z powyższego wynika, że art. zaskarżonej decyzji, w świetle jej uzasadnienia, powinien być rozumiany w ten sposób, że Komisja, kwalifikując jako niesłuszne ceny podłączenia i abonamentu miesięcznego dotyczące dostępu do pętli lokalnej, odnosi się do stosunku istniejącego pomiędzy cenami usług pośrednich a cenami detalicznymi stosowanymi przez skarżącą. Nie istnieje zatem żadna sprzeczność pomiędzy uzasadnieniem i sentencją zaskarżonej decyzji.

254 W świetle powyższego nakaz zawarty w art. 2 zaskarżonej decyzji także nie jest niezgodny z prawem. Nawet jeśli skarżąca nie mogła mieć wpływu na ceny usług pośrednich, dysponowała ona w każdym razie swobodą działania w zakresie podwyższenia cen detalicznych usług dostępu ADSL (zob. pkt 141–151 powyżej).

255 Wreszcie rozróżnienie dokonane po raz pierwszy przez skarżącą w replice pomiędzy pobieraniem i określaniem cen powinno być, zgodnie z art. 48 § 2 regulaminu Sądu, odrzucone jako niedopuszczalne.

256 Z całości powyższych rozważań wynika, że drugi zarzut należy oddalić.

C — *W przedmiocie trzeciego zarzutu, opartego na nadużyciu władzy i naruszeniu zasad proporcjonalności, pewności prawa i ochrony uzasadnionych oczekiwań*

1. Argumenty stron

257 Skarżąca podnosi, że Komisja, wkraczając w zakres kompetencji RegTP, dopuściła się nadużycia władzy i naruszyła zasady proporcjonalności, pewności prawa i ochrony uzasadnionych oczekiwań.

258 Przypomina, że zgodnie z prawem wspólnotowym, główna odpowiedzialność za kontrolę cen w zakresie telekomunikacji spoczywa na władzach lokalnych, takich jak RegTP. Odwołuje się w tym względzie do uzasadnienia dyrektywy Komisji 90/388/EWG z dnia 28 czerwca 1990 r. w sprawie konkurencji na rynkach usług telekomunikacyjnych (Dz.U. L 192, s. 10), do art. 17 dyrektywy 98/10, do art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 2887/2000, do art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (Dz.U. L 108, s. 7), do pkt 19 i 22 komunikatu Komisji z dnia 22 sierpnia 1998 r. dotyczącego stosowania reguł konkurencji do porozumień w sprawie dostępu w sektorze telekomunikacji — Ogólne ramy, właściwe rynki i zasady oraz do stron 61 i nast. komunikatu Komisji, zatytułowanego „Zwolnienie dostępu do pętli lokalnej: umożliwienie konkurencyjnego świadczenia pełnej gamy usług łączności elektronicznej, w szczególności szerokopasmowych usług multimedialnych oraz usług internetowych o dużej prę-

kości przesyłu" (Dz.U. 2000, C 272, s. 55). W tym kontekście krajowe organy regulacyjne są zobowiązanego do uwzględnienia celów prawa wspólnotowego, w tym celów leżących u podstaw art. 82 WE. W związku z tym według skarżącej, jeśli Komisja stwierdziła, że decyzje w sprawie cen wydane przez RegTP naruszają prawo wspólnotowe, powinna była wszcząć przeciwko Niemcom postępowanie w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego.

259 Skarżąca utrzymuje poza tym, że zarówno w zakresie regulacji wskaźników górnych granic cen dla cen detalicznych, jak i w zakresie określania cen usług pośrednich, RegTP dokonał analizy kwestii, czy istniał efekt nożyc cenowych pomiędzy cenami usług pośrednich a cenami detalicznymi, który może rzeczywiście zakłócić konkurencję. Dochodzi ona do wniosku, że taki efekt nożyc cenowych nie istniał. Skarżąca odwołuje się w tym względzie do decyzji wydanych przez RegTP w dniu 8 lutego 1999 r., z dnia 23 grudnia 1999 r., w dniu 30 marca 2001 r., w dniu 21 grudnia 2001 r., w dniu 11 kwietnia 2002 r., a w szczególności do decyzji z dnia 29 kwietnia 2003 r. Decyzje wydane przez RegTP doprowadziły do powstania u skarżącej uzasadnionych oczekiwań, które zasługują na ochronę (wyrok Trybunału z dnia 21 września 1983 r. w sprawach połączonych od 205/82 do 215/82 Deutsche Milchkontor i in., Rec. s. 2633, pkt 30 i 31).

260 W swej polityce cenowej RegTP wybrała stopniowe przywrócenie równowagi pomiędzy cenami połączeń i cenami rozmów (decyzje RegTP z dnia 21 grudnia 2001 r. i z dnia 11 kwietnia 2002 r.). Skarżąca wyjaśnia, że Deutsche Bundespost stosował ze względów polityki socjalnej niskie ceny połączeń, a zatem korzystne dla abonentów, i kompensował wynikające z tego straty poprzez subwencjonowanie krzyżowe z dochodami pochodzącymi z cen rozmów, ustalonych na wysokim poziomie. Z tego względu BMPT, a następnie RegTP, najpierw połączył w decyzjach z dnia 9 grudnia 1997 r. oraz z dnia 23 grudnia 1999 r. w ramach procedury ustalania pułapów cen, ceny połączeń i rozmów, odpowiednio, w odniesieniu do przedsiębiorstw i klientów indywidualnych, w jednym koszyku. W ten sposób ustalone wskaźniki cen obowiązywały aż do końca 2001 r. Następnie poprzez decyzję ustalającą pułapy cen z dnia 21 grudnia 2001 r. RegTP sam zorganizował bezpośrednio planowaną stopniową zmianę struktury cen. Wydzielił koszyki dla połączeń i dla rozmów oraz określiławskaźniki cen dla czterech odrębnych koszyków usług (zob.

pkt 20 powyżej). Jednakże z tej samej decyzji wydanej przez RegTP w dniu 21 grudnia 2001 r. wynika, że RegTP świadomie odmówił wprowadzenia regulacji, w której ceny połączeń byłyby określane osobno, w zależności od kosztów.

261 A zatem sam RegTP jest odpowiedzialny za efekt nożyc cenowych zarzucany przez Komisję. Rzekomy efekt nożyc cenowych jest bowiem bezpośrednią konsekwencją decyzji wydanych przez RegTP, a wcześniej przez BMPT, a także podejścia regulacyjnego, które leży u ich podstaw. Komisja niesłusznie stwierdziła naruszenie art. 82 WE przez skarżącą, ponieważ skarżąca jedynie dostosowała się do decyzji RegTP, które miały moc wiążącą i które doprowadziły do powstania uzasadnionych oczekiwań u skarżącej. Poprzez zaskarżoną decyzję Komisja poddaje ceny stosowane przez skarżąca podwójnej regulacji, naruszając w ten sposób zasadę proporcjonalności, a także pewności prawa, zagwarantowaną przez dokonany przez prawo wspólnotowe podział kompetencji w zakresie cen w sektorze telekomunikacyjnym. Ponadto Komisja, wydając zaskarżoną decyzje zmierzała do skorygowania wykonywania przez władze niemieckie ich własnych kompetencji w zakresie regulacji, podczas gdy aby osiągnąć ten cel, powinna była wszcząć postępowanie w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego. Komisja, działając w ten sposób, dopuściła się nadużycia władzy.

262 Komisja i interwenienci I i II wnoszą o oddalenie niniejszego zarzutu.

2. Ocena Sądu

263 W pierwszej kolejności w odniesieniu do zarzutu skarżącej, jakoby Komisja poddawała ceny stosowane przez skarżącą podwójnej regulacji i naruszała w ten sposób zasady proporcjonalności i pewności prawa, należy stwierdzić, że wspólnotowe ramy prawne, do których odwołuje się skarżąca w pkt 258 powyżej, nie mają żadnego

wpływu na kompetencje, jakie wynikają dla Komisji bezpośrednio z art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 17, a od dnia 1 maja 2004 r. z art. 7 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. [81 WE] i [82 WE] (Dz.U. 2003, L 1, s. 1), w celu stwierdzenia naruszeń art. 81 WE i 82 WE.

264 Tymczasem już stwierdzono, że skarżąca, po pierwsze, dysponowała w okresie od dnia 1 stycznia 1998 r. do dnia 31 grudnia 2001 r. swobodą działania wystarczającą do wyeliminowania efektu nożyc cenowych, który został stwierdzony w zaskarżonej decyzji, a po drugie, dysponowała od dnia 1 stycznia 2002 r. swobodą działania wystarczającą do zmniejszenia wspomnianego efektu nożyc cenowych (zob. pkt 97–151 powyżej). Jej zachowanie wchodzi zatem w zakres zastosowania art. 82 WE.

265 Nawet jeśli nie można wykluczyć, że władze niemieckie także naruszyły prawo wspólnotowe — w szczególności przepisy dyrektywy 90/388 zmienionej dyrektywą 96/19 — wybierając stopniowe przywrócenie równowagi pomiędzy cenami połączeń i cenami rozmów, takie uchybienie, gdyby zostało stwierdzone, nie likwidowałoby swobody działania, jakim skarżąca rzeczywiście dysponowała w zakresie zmniejszenia efektu nożyc cenowych.

266 Nie można zatem uwzględnić pierwszego zarzutu.

267 W drugiej kolejności w odniesieniu do zarzutu opartego na ochronie uzasadnionych oczekiwań należy przypomnieć, że w wielu decyzjach wydanych w okresie uwzględnionym w zaskarżonej decyzji RegTP rzeczywiście zbadał kwestię dotyczącą istnienia efektu nożyc cenowych, wynikającego z cen skarżącej. Jednakże RegTP w swych decyzjach, po stwierdzeniu ujemnej różnicy pomiędzy cenami usług pośrednich a cenami detalicznymi stosowanymi przez skarżącą, stwierdził każdorazowo, że odwołanie się do subwencjonowania krzyżowego pomiędzy usługami dostępu i usługami łączności powinno umożliwić innym operatorom oferowanie ich abonentom konkurencyjnych cen (zob. pkt 115–119 powyżej).

268 Należy stwierdzić, że decyzje wydane przez RegTP nie zawierają żadnego odniesienia do art. 82 WE (zob. pkt 114 powyżej). Poza tym stwierdzenia RegTP, zgodnie z którymi „mała różnica pomiędzy cenami detalicznymi a cenami usług pośrednich nie wpływa na możliwości konkurencyjne konkurentów w zakresie sieci lokalnej do tego stopnia, aby uniemożliwić im z ekonomicznego punktu widzenia prawidłowe wejście na rynek, a nawet ich przetrwanie na rynku" (decyzja RegTP z dnia 29 kwietnia 2003 r.), nie oznaczają, że praktyki cenowe skarżącej nie zakłócają konkurencji w rozumieniu art. 82 WE. Przeciwnie, z decyzji RegTP wynika implicite, ale jednoznacznie, że praktyki cenowe skarżącej mają skutek antykonkurencyjny, ponieważ konkurenci skarżącej muszą odwoływać się do subwencjonowania krzyżowego, aby mieli możliwość pozostania konkurencyjnymi na rynku usług dostępu (zob. pkt 119 i 238 powyżej).

269 W takich okolicznościach decyzje RegTP nie mogły stworzyć u skarżącej uzasadnionych oczekiwań, że jej praktyki cenowe są zgodne z art. 82 WE. Należy podkreślić ponadto, że Bundesgerichtshof w wyroku z dnia 10 lutego 2004 r., uchylając wyrok Oberlandesgericht Düsseldorf z dnia 16 stycznia 2002 r., potwierdził, że „administracyjne postępowanie badawcze [przeprowadzone przez RegTP] nie wyklucza praktycznej możliwości stosowania przez przedsiębiorstwo ceny, poprzez którą nadużywa swej pozycji dominującej i uzyskuje zezwolenie, ponieważ nadużycie nie zostało wykryte podczas postępowania badawczego".

270 W trzeciej kolejności w odniesieniu do zarzutu skarżącej, jakoby Komisja dopuściła się nadużycia władzy, należy przypomnieć, że dany akt stanowi nadużycie władzy jedynie wtedy, gdy na podstawie obiektywnych, istotnych i spójnych przesłanek wydaje się, że został on wydany wyłącznie lub przede wszystkim w celu osiągnięcia innych celów niż wskazane (zob. wyrok Trybunału z dnia 11 listopada 2004 r. w sprawach połączonych C-186/02 P i C-188/02 P Ramondín i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-10653, pkt 44 i przywołane tam orzecznictwo).

271 W zaskarżonej decyzji Komisja odnosi się jedynie do praktyk cenowych skarżącej, a nie do decyzji władz niemieckich. Nawet jeśli RegTp naruszył normę wspólnotową i nawet jeśli Komisja mogła z tego tytułu wszcząć postępowanie w sprawie uchybienia

zobowiązaniom państwa członkowskiego przeciwko Republice Federalnej Niemiec, takie możliwości w żaden sposób nie mogą mieć wpływu na zgodność z prawem zaskarżonej decyzji. W tej decyzji Komisja bowiem ograniczyła się do stwierdzenia, że skarżąca naruszyła art. 82 WE, postanowienie, które nie dotyczy państw członkowskich, ale wyłącznie podmiotów gospodarczych. Komisja nie dopuściła się zatem żadnego nadużycia władzy, dokonując takiego stwierdzenia na podstawie art. 82 WE.

272 W związku z tym ostatni zarzut także nie może zostać uwzględniony.

II — *W przedmiocie żądań pomocniczych zmierzających do obniżenia nałożonej grzywny*

273 Skarżąca przedstawia sześć zarzutów na poparcie żądań pomocniczych. Pierwszy jest oparty na naruszeniu prawa do obrony, a drugi na naruszeniu art. 253 WE. Trzeci dotyczy braku staranności i winy nieumyślnej ze strony skarżącej, a czwarty niewystarczającego uwzględnienia regulacji cen w obliczeniu kwoty grzywny. Piąty zarzut opiera się na obliczeniu czasu trwania naruszenia, a szósty na nieuwzględnieniu okoliczności łagodzących.

A — *W przedmiocie pierwszego zarzutu, opartego na naruszeniu prawa do obrony*

1. Argumenty stron

274 Skarżąca podnosi, że Komisja naruszyła art. 19 ust. 1 rozporządzenia nr 17, dotyczący prawa do obrony, nie przeprowadzając w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów

dnia 2 maja 2002 r. i w piśmie uzupełniającym z dnia 21 lutego 2003 r. analizy faktycznej i prawnej kwestii, czy rzekome naruszenie zostało popełnione „świadomie czy też w wyniku niedbalstwa" (wyrok Trybunału z dnia 7 czerwca 1983 r. w sprawach połączonych od 100/80 do 103/80 Musique diffusion française i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 1825, pkt 21; postanowienie Trybunału z dnia 25 marca 1996 r. w sprawie C-137/95 P SPO i in. przeciwko Komisji, Rec. s. I-1611, pkt 53; wyrok Sądu z dnia 20 marca 2002 r. w sprawie T-9/99 HFB i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II-1487, pkt 311). Skarżąca bowiem, aby mogła się skutecznie bronić, powinna była być poinformowana w toku postępowania administracyjnego o okolicznościach faktycznych, w oparciu o które Komisja jej zarzuca taką winę lub takie niedbalstwo.

275 Komisja wnosi o oddalenie niniejszego zarzutu.

2. Ocena Sądu

276 Należy najpierw przypomnieć, że art. 15 ust. 2 rozporządzenia nr 17 przedstawia w akapicie pierwszym przesłanki, jakie muszą być spełnione, aby Komisja mogła nałożyć grzywnę (przesłanki wstępne). Wśród tych przesłanek znajduje się też ta, która dotyczy umyślnego lub wynikającego z niedbalstwa charakteru stwierdzonego naruszenia (ww. w pkt 274 postanowienie w sprawie SPO i in. przeciwko Komisji, pkt 53).

277 Następnie należy przypomnieć, że Komisja jest zobowiązana do wskazania w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów krótką, wstępną ocenę czasu trwania zarzucanego naruszenia i jego wagi, jak również kwestii, czy w konkretnym przypadku naruszenie zostało popełnione umyślnie lub nieumyślnie. Prawidłowość tej wstępnej oceny, która ma umożliwić adresatom pisma w sprawie przedstawienia zarzutów podjęcie obrony, powinna być rozpatrywana nie tylko przy uwzględnieniu brzmienia rozporządzenia, o którym mowa, lecz również jego kontekstu, jak również wszystkich przepisów prawnych regulujących daną materię (wyrok Sądu z dnia 8 lipca 2004 r. w sprawie T-48/00 Corus UK przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-2325, pkt 146).

278 Należy stwierdzić, że w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów (pkt 95–140) Komisja poinformowała skarżącą o fakcie, że uważa, iż jej praktyki cenowe, a w szczególności efekt nożyc cenowych wynikający z ujemnej lub niewystarczającej różnicy pomiędzy stosowanymi przez skarżącą cenami usług pośrednich a cenami detalicznymi, naruszają art. 82 WE. Poza tym Komisja zbadała w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów (pkt 141 152) swobodę działania, jaką dysponowała skarżąca w zakresie określania cen i w ten sposób poruszyła kwestię winy skarżącej w odniesieniu do krytykowanych działań.

279 W takich okolicznościach należy wywieść wniosek, że informacje dostarczone w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów na temat przesłanek wstępnych przewidzianych w art. 15 ust. 2 akapit pierwszy rozporządzenia nr 17 były wystarczająco dokładne. Ponadto w związku z tym, że naruszenia popełnione w wyniku niedbalstwa nie są z punktu widzenia konkurencji mniej poważne niż naruszenia popełnione umyślnie (ww. w pk 274 postanowienie w sprawie SPO i in. przeciwko Komisji, pkt 55), skarżąca nie musiała otrzymać bardziej dokładnych wskazówek, aby mieć możliwość skutecznego wykonywania swego prawa do obrony.

280 W każdym razie należy stwierdzić, że skarżąca skutecznie skorzystała ze swego prawa do obrony w tej kwestii, ponieważ w odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów podważyła swą winę, odwołując się do krajowej regulacji jej cen.

281 Należy zatem oddalić pierwszy zarzut.

B — *W przedmiocie drugiego zarzutu, opartego na naruszeniu art. 253 WE*

1. Argumenty stron

282 Skarżąca przypomina, że zaskarżona decyzja powinna przedstawić powody, dla których uważa, że przesłanki konieczne do nałożenia grzywny są spełnione (ww.

w pkt 185 wyrok w sprawie Remia i in. przeciwko Komisji, pkt 26; wyroki Sądu: z dnia 24 stycznia 1992 r. w sprawie T-44/90 La Cinq przeciwko Komisji, Rec. s. II-1, pkt 43 i z dnia 29 czerwca 1993 r. w sprawie T-7/92 Asia Motor France i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II-669, pkt 30). Zaskarżona decyzja, która nie zawiera żadnego powodu dotyczącego zaniedbania skarżącej lub umyślnego charakteru naruszenia, jest sprzeczna z art. 253 WE, a w związku z tym grzywna powinna zostać uchylona.

283 Komisja wnosi o oddalenie niniejszego zarzutu.

2. Ocena Sądu

284 Na wstępie należy przypomnieć, że obowiązek uzasadnienia przewidziany w art. 253 WE stanowi istotny wymóg proceduralny, który należy odróżnić od kwestii zasadności uzasadnienia, która wchodzi w zakres zgodności z prawem co do istoty sprawy spornego aktu. W tym kontekście uzasadnienie wymagane przez art. 253 WE powinno być dostosowane do charakteru rozpatrywanego aktu i powinno przedstawiać w sposób zrozumiały i jednoznaczny rozumowanie instytucji, która jest autorem aktu, w taki sposób, aby umożliwić zainteresowanym zapoznanie się z powodami podjęcia środka, a właściwemu sądowi przeprowadzenie kontroli (wyrok Trybunału z dnia 22 marca 2001 r. w sprawie C-17/99 Francja przeciwko Komisji, Rec. s. I-2481, pkt 35).

285 Nie istnieje wymóg, aby uzasadnienie wyszczególniało wszystkie istotne elementy stanu faktycznego i prawnego, ponieważ kwestię tego, czy uzasadnienie aktu spełnia wymogi zawarte w art. 253 należy oceniać nie tylko w świetle jego brzmienia, ale także jego kontekstu oraz wszystkich przepisów prawnych regulujących daną materię (ww. w pkt 284 wyrok Trybunału z dnia 22 marca 2001 r. w sprawie Francja przeciwko Komisji, pkt 36 i wyrok Trybunału z dnia 19 września 2002 r. w sprawie C-113/00 Hiszpania przeciwko Komisji, Rec. s. I-7601, pkt 48).

286 Po pierwsze, należy stwierdzić, że zaskarżona decyzja (tiret drugie) zawiera odniesienie do art. 15 ust. 2 rozporządzenia nr 17. Przepis ten przedstawia w akapicie pierwszym przesłanki, jakie muszą być spełnione, aby Komisja mogła nałożyć grzywnę (przesłanki wstępne). Wśród tych przesłanek znajduje się też ta, która dotyczy umyślnego lub wynikającego z niedbalstwa charakteru naruszenia (ww. w pkt 274 postanowienie w sprawie SPO i in. przeciwko Komisji, pkt 53).

287 Po drugie, w zaskarżonej decyzji Komisja szczegółowo przedstawia, w motywach 102–162 i 176–183, powody, dla których uważa, że praktyki cenowe skarżącej stanowią nadużycie w rozumieniu art. 82 WE, a w motywach 163–175 podwody, dla których skarżąca powinna być uznana odpowiedzialną za stwierdzone naruszenie, mimo faktu, że władze niemieckie powinny zatwierdzać stosowane przez nią ceny.

288 W takich okolicznościach należy stwierdzić, że zaskarżona decyzja jest uzasadniona w sposób wystarczający w odniesieniu do zastosowania do niniejszego przypadku przesłanek wstępnych przewidzianych w art. 15 ust. 2 akapit pierwszy rozporządzenia nr 17.

289 Należy zatem oddalić niniejszy zarzut.

C — *W przedmiocie trzeciego zarzutu, opartego na braku niedbalstwa lub winy umyślnej ze strony skarżącej*

1. Argumenty stron

290 Skarżąca utrzymuje, że nie popełniła naruszenia ani w wyniku niedbalstwa, ani winy umyślnej.

291 Po pierwsze, przypomina, że wszystkie stosowane przez nią ceny usług pośrednich i ceny detaliczne były objęte systemem zezwoleń wydawanych przez BMPT, a następnie przez RegTP. Skarżąca mogła zatem słusznie domniemywać, że są one zgodne z prawem. Podkreśla, że RegTP jest neutralnym i niezależnym organem państwa. Weryfikowanie, czy ceny usług pośrednich i ceny detaliczne są zgodne z art. 82 WE jest zadaniem RegTP, a nie skarżącej. Ponadto Oberlandesgericht Düsseldorf w swym wyroku z dnia 16 stycznia 2002 r. orzekł, że skarżącej nie można przypisać odpowiedzialności za ceny określane przez RegTP.

292 Po drugie, skarżąca została poinformowana przez przedstawicieli Komisji podczas spotkania w dniu 17 kwietnia 2000 r., że postępowanie wobec niej nie będzie kontynuowane, ponieważ Komisja wszczęła postępowanie w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego przeciwko Republice Federalnej Niemiec. Dodaje, że Komisja nie przeprowadziła żadnego środka dowodowego w okresie od stycznia do 2000 r. do czerwca 2001 r., czyli przez około półtora roku. Skarżąca słusznie wywiodła z tego zachowania Komisji, że nie ma ona wystarczających podstaw, aby jej zarzucić nadużycie pozycji dominującej, w każdym razie w odniesieniu do okresu od stycznia 2000 r. do czerwca 2001 r. W replice skarżąca dodaje, że ze wszczęcia postępowania sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, z zawieszenia postępowania w sprawie nadużycia pozycji dominującej i z wyjaśnień przedstawionych przez Komisję podczas rozprawy w dniu 17 kwietnia 2000 r. wywnioskowała, że Komisja wycofała zarzut dotyczący naruszenia art. 82 WE.

293 Po trzecie, skarżąca zauważa, że w braku orzecznictwa wspólnotowego i praktyki decyzyjnej Komisji w odniesieniu do efektu nożyc cenowych w dziedzinie telekomunikacji nigdy nie wątpiła w słuszność oceny dokonanej przez RegTP. Ponadto z uwagi na praktykę administracyjną RegTP, który wielokrotnie badał problematykę efektu nożyc cenowych, skarżąca mogła domniemywać, że Komisja dojdzie ostatecznie do takiego samego wniosku jak RegTP.

294 Komisja i interwenient II wnoszą o oddalenie niniejszego zarzutu.

2. Ocena Sądu

295 W odniesieniu do kwestii, czy naruszenia zostały popełnione umyślnie lub w wyniku niedbalstwa i z tego powodu mogą być ukarane grzywną na mocy art. 15 ust. 2 akapit pierwszy rozporządzenia nr 17, zgodnie z orzecznictwem przesłanka ta jest spełniona, jeśli dane przedsiębiorstwo nie może nie wiedzieć, że jego działanie ma charakter antykonkurencyjny, niezależnie od tego, czy ma świadomość naruszania reguł konkurencji zawartych w traktacie, czy też nie (wyroki Sądu: z dnia 1 kwietnia 1993 r. w sprawie T-65/89 BPB Industries i British Gypsum przeciwko Komisji, Rec. s. II-389, pkt 165 i z dnia 6 października 1994 r. w sprawie T-83/91 Tetra Pak przeciwko Komisji, Rec. s. II-755, pkt 238).

296 W niniejszym przypadku skarżąca nie mogła nie wiedzieć, że mimo wydanych przez RegTP decyzji, na mocy których uzyskała zezwolenia na zmiany cen, dysponowała ona swobodą działania w zakresie określenia swych cen detalicznych, a w konsekwencji zmniejszenia efektu nożyc cenowych, poprzez podwyższenie wspomnianych cen. Ponadto skarżąca nie mogła nie wiedzieć, że ten efekt nożyc cenowych prowadził do powstania poważanych ograniczeń konkurencji, biorąc pod uwagę w szczególności jej pozycję monopolisty na rynku usług pośrednich i pozycję quasi monopolisty na rynku usług dostępu dla abonentów (zaskarżona decyzja, motywy 97–100).

297 Z powyższego wynika, że przesłanki wstępne, aby Komisja mogła nałożyć grzywnę, zostały spełnione (ww. w pkt 274 postanowienie w sprawie SPO i in. przeciwko Komisji, pkt 53).

298 Ponadto należy stwierdzić, że wszczęcie postępowania przedspornego przeciwko Republice Federalnej Niemiec w żaden sposób nie wpływa na przesłanki wstępne przewidziane w art. 15 ust. 2 akapit pierwszy rozporządzenia nr 17. Skarżąca bowiem nie mogła nie wiedzieć, po pierwsze, że dysponuje rzeczywistą swobodą działania w zakresie podwyższenia cen detalicznych, a po drugie, że jej praktyki cenowe stanowią przeszkodę dla rozwoju konkurencji na rynku usług dostępu do pętli lokalnej, na którym stopień konkurencji już był osłabiony z uwagi na jej obecność (zob. podobnie ww. w pkt 226 wyrok w sprawie Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji, pkt 91).

299 Wreszcie argument oparty na badaniu efektu nożyc cenowych przez RegTP należy oddalić z przyczyn przedstawionych w pkt 267–269 powyżej.

300 A zatem trzeci zarzut także należy oddalić.

D — *W przedmiocie zarzutów czwartego i szóstego, opartych, odpowiednio, na niewystarczającym uwzględnieniu regulacji cen w obliczeniu kwoty grzywny oraz niewystarczającym uwzględnieniu okoliczności łagodzących*

1. Argumenty stron

301 Skarżąca podnosi, że Komisja niesłusznie zakwalifikowała rzekome naruszenie jako poważne. Wkład skarżącej w popełnienie naruszenia był osłabiony, ponieważ sporne ceny zostały określone przez RegTP. Naruszenie mogłoby być zatem, zgodnie z wytycznymi w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 15 ust. 2 rozporządzenia nr 17 oraz art. 65 ust. 5 Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Węgla i Stali (Dz.U. 1998, C 9, s. 3, zwanymi dalej „wytycznymi”),

zakwalifikowane co najwyżej jako naruszenie o małym znaczeniu. Skarżąca podkreśla, że decyzją z dnia 19 grudnia 2002 r. RegTP nawet odrzucił wniosek skarżącej mający na celu podwyżkę jej cen detalicznych powyżej ustalonej górnej granicy, mimo że na poparcie tego wniosku skarżąca powołała się, aby uzasadnić przekroczenie przewidzianej górnej granicy, na postępowanie wszczęte przez Komisję.

302 Obniżka o 10% kwoty podstawowej grzywny, przyznana w celu uwzględnienia regulacji cen przez RegTP, jest zatem niewystarczająca. Decyzje wydawane przez RegTP umożliwiły powstanie „uzasadnionych wątpliwości […] co do tego, czy […] działanie [skarżącej] rzeczywiście stanowi naruszenie" w rozumieniu ww. wytycznych. Skarżąca odwołuje się ponadto do decyzji Komisji 2001/892/WE z dnia 25 lipca 2001 r. dotyczącej postępowania na podstawie art. 82 WE (COMP/C-1/36.915 — Deutsche Post AG — Przetrzymywanie pocztowych przesyłek transgranicznych) (Dz.U. L 331, s. 40, zwanej dalej „decyzją w sprawie Deutsche Post"), w której Komisja nałożyła tylko symboliczną grzywnę z uwagi na fakt, że spółka, której dotyczyła ta decyzja, postępowała w sposób zgodny z orzecznictwem sądów niemieckich i nie istniało orzecznictwo wspólnotowe dotyczące transgranicznych usług pocztowych.

303 Określając wysokość grzywny, Komisja powinna była także uwzględnić inne okoliczności łagodzące, czyli po pierwsze, brak poważnego ograniczenia konkurencji, i po drugie, fakt, że niskie ceny detaliczne skarżącej spełniają funkcję społeczną.

304 W replice skarżąca zwraca uwagę na wyrok Oberlandesgericht Düsseldorf z dnia 16 stycznia 2002 r. Zauważa, że sąd ten orzekł, iż pobieranie cen ustalonych przez RegTP nie może stanowić nadużycia pozycji dominującej przez skarżącą i że samo złożenie wniosku o wydanie zezwolenia na zmianę cen przez skarżącą nie wystarczy, aby jej przypisać odpowiedzialność za naruszenie prawa konkurencji. Według tego sądu, zgodnie z prawem konkurencji na skarżącej nie ciążył żaden obowiązek złożenia kolejnych wniosków. Powinna zostać na nią nałożona co najwyżej grzywna

symboliczna, biorąc pod uwagę, że ceny są nie tylko częściowo zgodne z orzecznictwem sądów niemieckich (decyzja w sprawie Deutsche Post, motyw 193), ale nawet zostały ustalone w sposób wiążący przez RegTP.

305 Komisja i interwenient II wnoszą o oddalenie niniejszego zarzutu.

2. Ocena Sądu

306 W motywach 206 i 207 zaskarżonej decyzji Komisja zakwalifikowała naruszenie jako poważne, a nie bardzo poważne, w odniesieniu do okresu od dnia 1 stycznia 1998 r. do dnia 31 grudnia 2001 r., z uwagi na to, że po pierwsze, metoda obliczenia efektu nożyc cenowych oparta na podejściu ważonym jest nowa i nie była jeszcze przedmiotem decyzji formalnej, oraz po drugie, skarżąca nie zaprzestała zmniejszania efektu nożyc cenowych przynajmniej od 1999 r.

307 W odniesieniu do okresu od dnia 1 stycznia 2002 r. do maja 2003 r. Komisja zakwalifikowała naruszenie jako naruszenie o małym znaczeniu (zaskarżona decyzja, motyw 207), ponieważ „prawna możliwość zmniejszenia przez [skarżącą] efektu nożyc cenowych [była] ograniczona do podwyższenia cen T-DSL" (zaskarżona decyzja, motyw 206). Ponadto zrezygnowała w odniesieniu do tego samego okresu z jakiegokolwiek podwyższenia kwoty grzywny z uwagi na czas trwania naruszenia, „biorąc pod uwagę ograniczenia prawne, które zawężały swobodę działania, jaką dysponowała [skarżąca] w zakresie zmiany cen" (zaskarżona decyzja, motyw 211).

308 W motywie 212 zaskarżonej decyzji Komisja uwzględniła jako okoliczność łagodzącą fakt, że „rozpatrywane ceny detaliczne i ceny usług pośrednich [stosowane przez skarżącą] były cenami, które od początku 1998 r. były i nadal są przedmiotem regulacji sektorowej na szczeblu krajowym".

309 W oparciu o powyższe stwierdzenia Komisja nałożyła na skarżącą w art. 3 zaskarżonej decyzji grzywnę w wysokości 12,6 milionów EUR. Kwotę grzywny kreśliła poprzez zastosowanie metody obliczenia, do jakiej zobowiązywały ją wytyczne. A zatem zgodnie z pkt 1 A akapit drugi wytycznych kwota grzywny z uwagi na wagę naruszenia została ustalona na poziomie 10 milionów EUR (zaskarżona decyzja, motyw 207). Na podstawie pkt 1 B akapit pierwszy wytycznych kwota ta została podwyższona o 40%, uwzględniając czas trwania naruszenia w okresie od 1 stycznia 1998 r. do 31 grudnia 2001 r., co daje kwotę podstawową w wysokości 14 milionów EUR (zaskarżona decyzja, motyw 211). Kwota ta następnie została obniżona o 10%, aby uwzględnić okoliczności łagodzące, zgodnie z pkt 3 wytycznych.

310 Należy stwierdzić, że wbrew temu, co twierdzi skarżąca, Komisja mogła zakwalifikować naruszenie jako poważne, w odniesieniu do okresu od dnia 1 stycznia 1998 r. do 31 grudnia 2001 r. (zaskarżona decyzja, motyw 207). Krytykowane praktyki cenowe wzmacniają bowiem przeszkody dla wejścia na ostatnio zliberalizowane rynki i narażają w ten sposób na szwank prawidłowe funkcjonowanie wspólnego rynku. W tym względzie należy przypomnieć, że wytyczne (pkt 1 A akapit drugi) kwalifikują zachowania polegające na wykluczeniu konkurencji przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą jako naruszenia poważne, a nawet bardzo poważne, kiedy są popełniane przez przedsiębiorstwo posiadające rzeczywisty monopol.

311 W odniesieniu do interwencji RegTP w ustalanie cen skarżącej należy przypomnieć, że przy określaniu wysokości sankcji działania danego przedsiębiorstwa mogą być oceniane w świetle okoliczności łagodzącej, jaką stanowiły krajowe ramy prawne

(zob. podobnie ww. w pkt 89 wyrok w sprawie Suiker Unie i in. przeciwko Komisji, pkt 620 i ww. w pkt 86 wyrok w sprawie CIF, pkt 57).

312 Podczas rozprawy Komisja wyjaśniła, że obniżka kwoty grzywny o 10%, która została przyznana w celu uwzględnienia faktu, że „ceny detaliczne i ceny usług pośrednich [stosowane przez skarżącą] […] są przedmiotem regulacji sektorowej na szczeblu krajowym" (zaskarżona decyzja, pkt 212), odnosi się do interwencji RegTP w ustalanie cen stosowanych przez skarżącą i do okoliczności, że ten organ krajowy wielokrotnie w okresie uwzględnionym w zaskarżonej decyzji badał kwestię istnienia efektu nożyc cenowych wynikającego z praktyk cenowych skarżącej.

313 W świetle swobody działania, jaką dysponuje Komisja przy określaniu kwoty grzywny (wyroki Sądu: z dnia 6 kwietnia 1995 r. w sprawie T-150/89 Martinelli przeciwko Komisji, Rec. s. II-1165, pkt 59 i z dnia 26 kwietnia 2007 r. w sprawach połączonych T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 i T-136/02 Bolloré i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-947, pkt 580), należy stwierdzić, że Komisja słusznie uwzględniła elementy wspomniane w punkcie poprzednim, obniżając kwotę podstawową grzywny o 10%.

314 W odniesieniu do rzekomej funkcji społecznej, jaką spełnia skarżąca, należy przypomnieć, że zgodnie z art. 86 ust. 2 WE przedsiębiorstwa zobowiązane do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym podlegają normom traktatu, zwłaszcza regułom konkurencji, w granicach, w jakich ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu poszczególnych zadań im powierzonych. Zakładając nawet, że skarżącej zostało powierzone zadanie zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym w rozumieniu tego postanowienia, skarżąca w żaden sposób nie wykazała, dlaczego praktyki cenowe, które zostały opisane w zaskarżonej decyzji, miałyby być konieczne do wypełniania tego zadania. Argument ten zatem nie może zostać uwzględniony.

315 Skarżąca odwołuje się także do decyzji w sprawie Deutsche Post i stwierdza, że tak jak na przedsiębiorstwo znajdujące się w pozycji dominującej w tej decyzji, Komisja powinna była na nią nałożyć tylko grzywnę symboliczną.

316 W tym względzie należy najpierw przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem fakt, iż Komisja w przeszłości nakładała grzywny na określonym poziomie za określone rodzaje naruszeń, nie może pozbawić jej możliwości podniesienia tego poziomu w granicach wskazanych w rozporządzeniu nr 17, jeśli jest to konieczne w celu zapewnienia realizacji wspólnotowej polityki konkurencji. Skuteczne stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji wymaga bowiem, aby Komisja mogła w każdej chwili dostosować wysokość grzywien do potrzeb tej polityki (zob. ww. w pkt 313 wyrok w sprawie Bolloré i in. przeciwko Komisji, pkt 376 i przytoczone tam orzecznictwo).

317 Następnie należy stwierdzić, że sytuacja skarżącej zasadniczo różni się od sytuacji przedsiębiorstwa, którego dotyczy decyzja w sprawie Deutsche Post.

318 Z motywów 192 i 193 decyzji w sprawie Deutsche Post, która dotyczyła nadużycia odnoszącego się do traktowania przesyłek transgranicznych, wynika bowiem, że Komisja uznała za właściwe nałożenie tylko symbolicznej grzywny na przedsiębiorstwo, którego dotyczyła ta decyzja, z trzech powodów: po pierwsze, przedsiębiorstwo, którego dotyczyła decyzja, postępowało w sposób zgodny z orzecznictwem sądów niemieckich; po drugie, nie istniało orzecznictwo wspólnotowe dotyczące w szczególności transgranicznych usług pocztowych, o których mowa w decyzji, i po trzecie, przedsiębiorstwo, którego dotyczyła decyzja, zobowiązało się do wprowadzenia procedury w celu traktowania przychodzących przesyłek transgranicznych, tak aby uniknąć trudności praktycznych i w stosownym przypadku ułatwić wykrywanie przyszłych naruszeń wolnej konkurencji.

319 W niniejszym przypadku, po pierwsze, należy stwierdzić, że jedynym wyrokiem, do jakiego odwołuje się skarżąca, jest wyrok wydany przez Oberlandesgericht Düsseldorf w dniu 16 stycznia 2002 r., czyli w okresie, w którym naruszenie zostało zakwalifikowane w zaskarżonej decyzji jako naruszanie o małym znaczeniu (motyw 207). W każdym razie wyrok ten został uchylony wyrokiem wydanym przez Bundesgerichtshof w dniu 10 lutego 2004 r. Po drugie, z zaskarżonej decyzji (motywy 106 i 206) wynika, że Komisja zastosowała te same zasady jak te, które leżą u podstaw decyzji w sprawie Napier Brown przeciwko British Sugar z 1988 r. Tymczasem w komunikacie z dnia 22 sierpnia 1998 r. dotyczącym stosowania reguł konkurencji do porozumień w sprawie dostępu w sektorze telekomunikacji — Ogólne ramy, właściwe rynki i zasady (pk 117–119) Komisja już ogłosiła, że zamierza zastosować zasady ustanowione w decyzji w sprawie Napier Brown przeciwko British Sugar w sektorze telekomunikacji. Jedyny nowy element zaskarżonej decyzji stanowi „podejście ważone, jakie musiało zostać zastosowane, [ponieważ] w Niemczech była ustalana jedna cena hurtowa dla uwalniania pętli lokalnej, podczas gdy ceny odpowiednich usług detalicznych różniły się pomiędzy liniami analogowymi, liniami ISDN i liniami ADSL" (zaskarżona decyzja, motyw 206). Jednakże Komisja uwzględniła nowatorski charakter tego podejścia do celów zakwalifikowania naruszenia jako poważnego, a nie bardzo poważnego, w odniesieniu do okresu od dnia 1 stycznia 1998 r. do dnia 31 grudnia 2001 r. (zaskarżona decyzja, motyw 206). Wreszcie po trzecie, skarżąca w niniejszej sprawie nie podjęła żadnego zobowiązania w celu uniknięcia wszelkich innych naruszeń w przyszłości.

320 Ponieważ w niniejszym przypadku trzy pierwsze kryteria ustanowione w decyzji w sprawie Deutsche Post nie zostały spełnione, nie można uwzględnić argumentu opartego na rozwiązaniu przyjętym we wspomnianej decyzji.

321 Z całości powyższych rozważań wynika, że niniejszy zarzut należy oddalić.

E — *W przedmiocie piątego zarzutu, opartego na nieprawidłowej ocenie czasu trwania naruszenia*

1. Argumenty stron

322 Skarżąca przypomina, że Komisja podwyższyła kwotę grzywnę z uwagi na rzekomą wagę naruszenia w okresie od 1998 r. do 2001 r. Jednakże w zaskarżonej decyzji (motyw 208) sama Komisja przyznała, że skarżąca wiedziała o bezprawnej strukturze stosowanych przez nią cen dopiero od 1999 r.

323 Skarżąca uważa, że podczas rozprawy w dniu 17 kwietnia 2000 r. została poinformowania przez przedstawicieli Komisji, że Komisja wszczęła postępowanie w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego przeciwko Republice Federalnej Niemiec. Z uwagi na te informacje i długość postępowania administracyjnego sama Komisja wzmocniła przekonanie skarżącej, że stosowane przez nią ceny nie naruszają art. 82 WE i w ten sposób przyczyniła się do przedłużenia czasu trwania naruszenia. Cały ten czas trwania nie powinien być zatem uwzględniany przy określaniu kwoty grzywny (wyrok Trybunału z dnia 6 marca 1974 r. w sprawach połączonych 6/73 i 7/73 Istituto chemioterapico italiano i Commercial Solvents przeciwko Komisji, Rec. s. 223, pkt 51).

324 Komisja wnosi o oddalenie niniejszego zarzutu.

2. Ocena Sądu

325 W zakresie, w jakim w ramach niniejszego zarzutu skarżąca podważa obliczenie czasu trwania naruszenia, należy stwierdzić, że w ramach żądań pomocniczych

przedstawionych w skardze skarżąca domaga się nie tylko obniżenia kwoty grzywny, ale także stwierdzenia nieważności części art. 1 zaskarżonej decyzji (wyrok Sądu z dnia 25 października 2005 r. w sprawie T-38/02 Groupe Danone przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-4407, pkt 210–214).

326 W odniesieniu do oceny zasadności zarzutu należy przypomnieć, że w zaskarżonej decyzji Komisja powołuje się na skargi złożone przez konkurentów skarżącej w 1999 r. Według Komisji skarżąca od tego momentu była zatem świadoma tego, „że zarzuca się jej stosowanie bezprawnej struktury cenowej w odniesieniu do dostępu do pętli lokalnej" (zaskarżona decyzja, motyw 208).

327 Okoliczność, że skarżąca miała świadomość zarzutu, który został jej postawiony, polegającego na nadużyciu pozycji dominującej, dopiero od 1999 r., nie ma wpływu na istnienie bezprawnego charakteru jej działań od dnia 1 stycznia 1998 r. Pojęcie nadużycia w rozumieniu art. 82 WE jest bowiem pojęciem obiektywnym (ww. w pkt 226 wyrok w sprawie Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji, pkt 91; ww. w pkt 189 wyrok w sprawie AKZO przeciwko Komisji, pkt 69 i ww. w pkt 233 postanowienie w sprawie Piau przeciwko Komisji, pkt 37; ww. w pkt 122 wyrok w sprawie Irish Sugar przeciwko Komisji, pkt 111). Subiektywna świadomość bezprawnego charakteru własnych działań przedsiębiorstwa zajmującego pozycje dominującą nie stanowi zatem przesłanki zastosowania art. 82 WE.

328 Należy zatem oddalić pierwszy argument.

329 Argument skarżącej, jakoby grzywna byłaby niższa, gdyby decyzja została wydana wcześniej, także nie może zostać uwzględniony. Chodzi bowiem o argument czysto hipotetyczny. Ponadto należy podkreślić, że z zaskarżonej decyzji (motyw 211) wynika, że Komisja zrezygnowała z jakiegokolwiek podwyższenia kwoty grzywny w odniesieniu do okresu od dnia 1 stycznia 2002 r. do maja 2003 r.

330 Drugi argument nie może być zatem uwzględniony, a w konsekwencji ostatni zarzut należy oddalić w całości. W związku z tym skargę należy oddalić.

W przedmiocie kosztów

331 Na mocy art. 87 § 2 regulaminu strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić stronie przeciwnej na jej żądanie koszty. Ponieważ skarżąca przegrała sprawę, należy ją obciążyć oprócz jej własnych kosztów, kosztami Komisji, zgodnie z żądaniami tej ostatniej.

332 Na mocy art. 87 § 4 akapit trzeci regulaminu interwenienci pokrywają koszty własne.

Z powyższych względów

SĄD (piąta izba w składzie powiększonym)

orzeka, co następuje:

1) Skarga zostaje oddalona.

2) **Deutsche Telekom AG pokryje koszty własne i koszty poniesione przez Komisję.**

3) **Arcor AG & Co. KG z jednej strony i Versatel NRW GmbH, EWE TEL GmbH, HanseNet Telekommunikation GmbH, Versatel Nord-Deutschland GmbH, NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH, Versatel Süd-Deutschland GmbH et Versatel West-Deutschland GmbH z drugiej strony pokryją koszty własne.**

Vilaras Martins Ribeiro Šváby

Jürimäe Wahl

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 10 kwietnia 2008 r.

Sekretarz Prezes

E. Coulon M. Vilaras

Spis treści

Okoliczności faktyczne leżące u podstaw sporu ..... II - 488

I — Usługi pośrednie ..... II - 489

II — Usługi dostępu dla abonentów ..... II - 491

A — Ceny analogowych (T-Net) i cyfrowych wąskopasmowych — RNIS (T-ISDN) linii abonenckich ..... II - 492

B — Ceny linii ADSL (T-DSL) ..... II - 494

Postępowanie administracyjne ..... II - 495

Zaskarżona decyzja ..... II - 496

Przebieg postępowania ..... II - 502

Żądania uczestników ..... II - 506

Co do prawa ..... II - 507

I — W przedmiocie żądań mających na celu stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji ..... II - 507

A — W przedmiocie pierwszego zarzutu, opartego na naruszeniu art. 82 WE .. II - 507

1. W przedmiocie pierwszej części zarzutu, opartej na braku bezprawnego zachowania z uwagi na niewystarczającą swobodę działania, jaką dysponowała skarżąca, aby uniknąć efektu nożyc cenowych. ..... II - 508

a) Argumenty stron ..... II - 508

b) Ocena Sądu ..... II - 514

i) Uwagi wstępne ..... II - 514

ii) Zaskarżona decyzja ..... II - 516

iii) W przedmiocie braku bezprawnego działania, z uwagi na swobodę działania skarżącej, niewystarczającą do uniknięcia efektu nożyc cenowych poprzez podwyższenie stosowanych przez nią cen detalicznych w okresie od dnia 1 stycznia 1998 r. do dnia 31 grudnia 2001 r. ..... II - 517

iv) W przedmiocie braku bezprawnego działania z uwagi na swobodę działania skarżącej, niewystarczającą do zmniejszenia efektu nożyc cenowych, poprzez podwyższenie cen detalicznych dostępu ADSL od dnia 1 stycznia 2002 r. ..... II - 528

2. W przedmiocie drugiej części zarzutu, opartej na niezgodności z prawem metody zastosowanej przez Komisję w celu stwierdzenia efektu nożyc cenowych ..... II - 532

a) Argumenty stron ..... II - 532

b) Ocena Sądu ..... II - 537

i) W przedmiocie konieczności wykazania przez Komisję w zaskarżonej decyzji, że ceny detaliczne stosowane przez skarżącą były bezprawne same w sobie ..... II - 537

ii) W przedmiocie metody zastosowanej przez Komisję w celu obliczenia efektu nożyc cenowych ..... II - 538

Zaskarżona decyzja ..... II - 538

Zgodność z prawem metody zastosowanej przez Komisję ..... II - 541

— Uwagi wstępne ..... II - 541

— W przedmiocie rzekomej niezgodności z prawem metody obliczania efektu nożyc cenowych w oparciu o ceny i koszty przedsiębiorstwa pionowo zintegrowanego zajmującego pozycję dominującą, abstrahując od szczególnej pozycji konkurentów na rynku ..... II - 543

— W przedmiocie zarzutu opartego na fakcie, że Komisja nie uwzględniła dochodów z wszystkich usług dostępu, wykluczając dochody z innych usług, a w szczególności dochody pochodzące z rozmów ..... II - 546

— W przedmiocie zarzutu opartego na włączeniu kosztów odłączenia linii w odniesieniu do usług pośrednich do obliczenia efektu nożyc cenowych ..... II - 549

3. W przedmiocie trzeciej części zarzutu, opartej na rzekomym błędzie obliczeń w zakresie stwierdzenia efektu nożyc cenowych ..... II - 551

a) Argumenty stron ..... II - 551

b) Ocena Sądu ..... II - 552

4. W przedmiocie czwartej części zarzutu, opartej na braku wypływu stwierdzonego efektu nożyc cenowych na rynek ..... II - 554

a) Argumenty stron ..... II - 554

b) Ocena Sądu ..... II - 557

B — W przedmiocie drugiego zarzutu, opartego na wadliwym charakterze sentencji zaskarżonej decyzji ..... II - 561

1. Argumenty stron ..... II - 561

2. Ocena Sądu ..... II - 562

C — W przedmiocie trzeciego zarzutu, opartego na nadużyciu władzy i naruszeniu zasad proporcjonalności, pewności prawa i ochrony uzasadnionych oczekiwań ..... II - 564

1. Argumenty stron ..... II - 564

2. Ocena Sądu ..... II - 566

II — W przedmiocie żądań pomocniczych zmierzających do obniżenia nałożonej grzywny ..... II - 569

A — W przedmiocie pierwszego zarzutu, opartego na naruszeniu prawa do obrony ..... II - 569

1. Argumenty stron ..... II - 569

2. Ocena Sądu ..... II - 570

B — W przedmiocie drugiego zarzutu, opartego na naruszeniu art. 253 WE ... II - 571

1. Argumenty stron ..... II - 571

2. Ocena Sądu ..... II - 572

C — W przedmiocie trzeciego zarzutu, opartego na braku niedbalstwa lub winy umyślnej ze strony skarżącej ..... II - 573

1. Argumenty stron ..... II - 573

2. Ocena Sądu ..... II - 575

D — W przedmiocie zarzutów czwartego i szóstego, opartych, odpowiednio, na niewystarczającym uwzględnieniu regulacji cen w obliczeniu kwoty grzywny oraz niewystarczającym uwzględnieniu okoliczności łagodzących ..... II - 576

1. Argumenty stron ..... II - 576

2. Ocena Sądu ..... II - 578

E — W przedmiocie piątego zarzutu, opartego na nieprawidłowej ocenie czasu trwania naruszenia ..... II - 583

1. Argumenty stron ..... II - 583

2. Ocena Sądu ..... II - 583

W przedmiocie kosztów ..... II - 585