Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 25 mars 2021 *

”Överklagande – Konkurrens – Artikel 102 FEUF – Missbruk av dominerande ställning – Slovakiska marknaden för tjänster för bredbandsaccess – Lagstadgad skyldighet för operatörer med avgörande inflytande att ge tillträde till accessnät – Villkor för andra operatörers tillträde till accessnätet som fastställts av den tidigare monopolleverantören – Huruvida tillträdet är oundgängligt – Marginalpress – Kostnader – Konkurrent som är minst lika effektiv som det dominerande företaget – Rätten till försvar”

I mål C-165/19 P,

angående ett överklagande enligt artikel 56 i stadgan för Europeiska unionens domstol, som ingavs den 22 februari 2019,

Slovak Telekom a.s., Bratislava (Slovakien), företrätt av D. Geradin, avocat, och R. O’Donoghue, QC,

klagande,

i vilket de andra parterna är:

Europeiska kommissionen, företrädd av M. Farley, M. Kellerbauer, L. Malferrari, C. Vollrath och L. Wildpanner, samtliga i egenskap av ombud,

svarande i första instans

Slovanet a.s., Bratislava, företrätt av P. Tisaj, advokát,

intervenient i första instans

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden A. Prechal (referent), domstolens ordförande K. Lenaerts, tillika tillförordnad domare på tredje avdelningen, samt domarna N. Wahl, F. Biltgen och L.S. Rossi,

generaladvokat: H. Saugmandsgaard Øe,

justitiesekreterare: Enhetschefen D. Dittert,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 17 juni 2020,

och efter att den 9 september 2020 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

* Rättegångsspråk: engelska.

följande

Dom

1 Slovak Telekom a.s. har yrkat att domstolen ska upphäva den dom som meddelades av Europeiska unionens tribunal den 13 december 2018, Slovak Telekom/kommissionen (T-851/14, EU:T:2018:929) (nedan kallad den överklagade domen). Genom denna dom ogillade tribunalen delvis Slovak Telekom a.s. talan varigenom bolaget i första hand yrkade ogiltigförklaring av kommissionens beslut C(2014) 7465 final av den 15 oktober 2014 om ett förfarande enligt artikel 102 FEUF och artikel 54 i EES-avtalet (ärende AT.39523) – Slovak Telekom), i dess rättade lydelse genom kommissionens beslut C(2014) 10119 final av den 16 december 2014 och genom kommissionens beslut C(2015) 2484 final av den 17 april 2015 (nedan kallat det omtvistade beslutet), i andra hand, ogiltigförklaring av hela eller delar av det omtvistade beslutet, och i tredje hand, upphävande eller nedsättning av det bötesbelopp som påförts klaganden genom detta beslut.

Tillämpliga bestämmelser

Förordning (EG) nr 2887/2000

2 I skälen 3, 6 och 7 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2887/2000 av den 18 december 2000 om tillträde till accessnät (EGT L 336, 2000, s. 4) angavs följande:

”(3) ’Accessnätet’ är den fysiska förbindelse i form av en tvinnad parkabel av metall i det fasta allmänt tillgängliga telefonnätet, vilken förbinder nätanslutningspunkten i en abonnents lokaler med den huvudsakliga distributionsramen eller en likvärdig facilitet. Som påpekas i [Europeiska] kommissionens femte rapport om genomförandet av EU:s lagstiftning på telekommunikationsområdet är accessnätet fortfarande ett av de minst konkurrensutsatta segmenten på den liberaliserade telekommunikationsmarknaden. Nytillkomna operatörer disponerar inte över någon väl utbyggd alternativ nätinfrastruktur, och de kan inte med traditionella tekniska lösningar nå upp till samma stordriftsfördelar och täckning som de operatörer som anmälts ha ett avgörande inflytande på marknaden för fasta allmänt tillgängliga telefonnät. Detta beror på att dessa operatörer under en längre period har byggt upp sina accessnät med metalledningar i skydd av exklusiva rättigheter, och att de har haft möjlighet att finansiera sina investeringar genom de avgifter som de kunnat ta ut genom sin monopolställning.

…

(6) Det skulle inte vara ekonomiskt försvarbart för nytillkomna operatörer att fullständigt och inom rimlig tid dubblera den nuvarande innehavarens infrastruktur av metallbaserade accessnät. För närvarande erbjuder alternativ infrastruktur såsom kabeltelevision, satelliter och trådlösa accessnät i allmänhet inte samma funktionalitet eller täckning, även om förhållandena i medlemsstaterna kan skilja sig från varandra.

(7) Tillträde till accessnät gör det möjligt för nytillkomna operatörer att konkurrera med anmälda operatörer när det gäller att erbjuda dataöverföringstjänster med hög bithastighet för kontinuerlig Internetuppkoppling och för multimedietillämpningar som grundar sig på teknologin för digitala abonnentledningar och taltelefonitjänster. En rimlig begäran om tillträde till accessnät innebär att tillträdet är nödvändigt för tillhandahållandet av den berättigades tjänster och att vägran att tillgodose denna begäran skulle förhindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom denna sektor.”

3 I artikel 1 i denna förordning, med rubriken ”Syfte och tillämpningsområde”, föreskrevs följande:

”1. Denna förordning syftar till att intensifiera konkurrensen och stimulera det tekniska nyskapandet på den lokala marknaden för tillträde genom att fastställa harmoniserade villkor för tillträde till accessnät för att på så vis främja ett konkurrensutsatt och vittomfattande utbud av elektroniska kommunikationstjänster.

2. Denna förordning skall tillämpas på tillträde till de i artikel 2 a definierade anmälda operatörers accessnät och tillhörande faciliteter.

…”

4 Artikel 2 i förordningen innehöll följande definitioner:

”…

a) *anmäld operatör*: varje operatör av fasta allmänt tillgängliga telefonnät som av sina nationella regleringsmyndigheter har anmälts ha ett avgörande inflytande på marknaden när det gäller att tillhandahålla fasta allmänt tillgängliga telefonnät …,

…

c) *accessnät*: den fysiska förbindelse i form av en tvinnad parkabel av metall som förbinder nätanslutningspunkten i en abonnents lokaler med korskopplingen eller en likvärdig facilitet i det fasta allmänt tillgängliga telefonnätet

…”

5 Artikel 3 i förordningen hade följande lydelse:

”1. Anmälda operatörer skall från den 31 december 2000 offentliggöra ett referenserbjudande om tillträde till sina accessnät och tillhörande faciliteter och hålla det uppdaterat, och det skall innehålla åtminstone de punkter som anges i bilagan. Erbjudandet skall, för att ge tillräckligt tillträde, vara så utformat att mottagaren inte skall tvingas betala för nätkomponenter eller faciliteter som inte är nödvändiga för att tjänsterna skall kunna tillhandahållas, och det skall innehålla en specifikation av vad som innefattas, tillhörande villkor samt avgifter.

2. Anmälda operatörer skall från den 31 december 2000 bevilja rimliga framställningar från de berättigade om tillträde till deras accessnät och tillhörande faciliteter på villkor som är klara och tydliga, rättvisa och icke-diskriminerande. Ansökningar får avslås endast på grundval av objektiva kriterier som hör samman med teknisk genomförbarhet eller nödvändigheten av att bevara nätverksintegriteten. … Anmälda operatörer skall erbjuda berättigade tillträde till faciliteter som motsvarar dem som de tillhandahåller sig själva eller sina associerade företag och på samma villkor och med samma tidsfrister.

…”

6 Enligt artiklarna 4 och 6 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/140/EG av den 25 november 2009 om ändring av direktiv 2002/21/EG om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, direktiv 2002/19/EG om tillträde till och samtrafik mellan elektroniska kommunikationsnät och tillhörande faciliteter och direktiv 2002/20/EG om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (EUT L 337, 2009, s. 37) upphävdes förordning nr 2887/2000 med verkan från och med den 19 december 2009.

Direktiv 2002/21/EG

7 I artikel 8 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv) (EGT L 108, 2002, s. 33), i dess lydelse enligt direktiv 2009/140, föreskrivs följande:

”…

2. De nationella regleringsmyndigheterna skall främja konkurrens vid tillhandahållandet av elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster samt tillhörande faciliteter och tjänster och därvid bland annat

…

b) säkerställa att det inte uppstår någon snedvridning eller begränsning av konkurrensen inom sektorn för elektronisk kommunikation,

…

5. De nationella regleringsmyndigheterna ska för att nå de politiska mål som avses i punkterna 2, 3 och 4 tillämpa objektiva, öppna, icke-diskriminerande och proportionella regleringsprinciper bland annat genom att

…

f) införa skyldigheter beträffande förhandsreglering endast då det inte finns någon effektiv och hållbar konkurrens och lindra eller häva dessa så snart det villkoret har uppfyllts.”

Bakgrund till tvisten

8 Bakgrunden till tvisten, såsom den återges i punkterna 1–53 i den överklagade domen, kan sammanfattas enligt följande.

9 Klaganden är den tidigare monopolleverantören av telekommunikationstjänster i Slovakien. Under perioden från den 12 augusti 2005 till den 31 december 2010 innehade Deutsche Telekom AG (nedan kallat Deutsche Telekom), den tidigare monopolleverantören av telekommunikationstjänster i Tyskland och det ledande bolaget i Deutsche Telekom-koncernen, 51 procent av klagandens kapital.

10 Klaganden, som fram till år 2000 hade ett lagstadgat monopol på den slovakiska telekommunikationsmarknaden, är den största telekommunikationsoperatören och den största tillhandahållaren av bredbandsaccess i Slovakien. Klagandens koppar- och mobilnät täcker i stort sett hela Slovakiens territorium.

11 Efter en marknadsanalys utsåg Slovakiens nationella regleringsmyndighet för telekommunikation (nedan kallad regleringsmyndigheten) år 2005 klaganden som operatör med ett avgörande inflytande på grossistmarknaden för tillträde till accessnätet i den mening som avses i förordning nr 2887/2000.

12 Regleringsmyndigheten ålade följaktligen klaganden att bland annat bevilja alla ansökningar om tillträde till dess accessnät som ansågs rimliga och berättigade, för att möjliggöra för alternativa operatörer att använda detta nät för att erbjuda sina egna tjänster på konsumentmarknaden (massmarknaden) för fasta bredbandstjänster i Slovakien. För att göra det möjligt för klaganden att uppfylla denna skyldighet offentliggjorde detta bolag sitt referenserbjudande i fråga om tillträde, i vilket avtalsvillkoren och de tekniska villkoren för tillträde till accessnätet fastställdes.

13 Kommissionen genomförde en undersökning ex officio, som bland annat avsåg villkoren för tillträde till klagandens accessnät och skickade ett meddelande om invändningar till klaganden och Deutsche Telekom den 7 respektive den 8 maj 2012. Efter att kommissionen lagt fram ett förslag till åtaganden och efter olika skriftväxlingar och möten, antog kommissionen det omtvistade beslutet den 15 oktober 2014.

14 I detta beslut fann kommissionen att det företag som bestod av klaganden och Deutsche Telekom hade begått en enda, fortlöpande överträdelse av artikel 102 FEUF och artikel 54 i avtalet av den 2 maj 1992 om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EGT L 1, 1994, s. 3) vad gäller tjänster för bredbandsaccess i Slovakien under perioden 12 augusti 2005–31 december 2010.

15 Kommissionen framhöll särskilt att klagandens accessnät, som kunde användas för att tillhandahålla tjänster för bredbandsaccess efter tillträde till de berörda linjerna från denna operatör, täckte 75,7 procent av Slovakiens hushåll under perioden 2005–2010. Under samma period öppnades emellertid endast några få av klagandens accessnät från och med den 18 december 2009 och användes endast av en enda alternativ operatör i syfte att tillhandahålla bredbandstjänster till slutkund avsedda för företag.

16 Enligt kommissionen bestod den överträdelse som begåtts av det företag som utgjordes av klaganden och Deutsche Telekom, för det första, av undanhållande för de alternativa operatörerna av de uppgifter om nätet som är nödvändiga för tillträde till accessnäten, för det andra, en inskränkning av tillämpningsområdet för klagandens skyldigheter avseende tillträde till accessnäten, för det tredje, oskäliga villkor i klagandens referenserbjudande för tillträde när det gäller samlokalisering, kvalificering, prognoser, reparationsersättning och bankgarantier, och, för det fjärde, tillämpning av otillbörlig prissättning som inte gör det möjligt för en lika effektiv aktör som klaganden, som tillämpar tillträdet i grossistledet till de accessnät som tillhör nämnda operatör, att erbjuda motsvarande tjänster till slutkund som dem som erbjuds av klaganden utan att lida förlust.

17 Genom det omtvistade beslutet ålade kommissionen, för denna överträdelse, klaganden och Deutsche Telekom solidariskt att betala böter på 38 838 000 euro samt ålade Deutsche Telekom böter på 31 070 000 euro.

Förfarandet vid tribunalen och den överklagade domen

18 Genom ansökan som inkom till tribunalens kansli den 26 december 2014 väckte klaganden talan och yrkade i första hand att det omtvistade beslutet skulle ogiltigförklaras i den mån det rör klaganden och, i andra hand, att de böter som klaganden hade ålagts skulle sättas ned.

19 Klaganden åberopade fem grunder till stöd för sin talan. Den första grunden avsåg en uppenbart oriktig bedömning och en uppenbart felaktig tillämpning av artikel 102 FEUF. Den andra grunden avsåg att klagandens rätt till försvar hade åsidosatts vad gäller bedömningen av det agerande som medförde marginalpress. Den tredje grunden avsåg felaktigheter i samband med fastställandet av marginalpressen. Den fjärde grunden avsåg uppenbart oriktiga bedömningar och felaktig rättstillämpning när kommissionen fann att klaganden utgjorde ett enda företag tillsammans med Deutsche Telekom och att båda bolagen var ansvariga för den aktuella överträdelsen, och den femte grunden, som anförts som en alternativ grund, avsåg felaktig rättstillämpning vid fastställandet av bötesbeloppet.

20 I den överklagade domen fann tribunalen att talan inte kunde vinna bifall på någon av de grunder som klaganden hade anfört, med undantag för den tredje grunden som den delvis godtog, med motiveringen att kommissionen inte hade bevisat att klaganden hade ägnat sig åt det förfarande som

medförde marginalpress mellan den 12 augusti och den 31 december 2005. Tribunalen ogiltigförklarade således delvis det omtvistade beslutet och fastställde det bötesbelopp som Deutche Telekom och klaganden solidariskt skulle erlägga till 38 061 963 euro. Tribunalen ogillade talan i övrigt.

21 Genom den första grunden, som innehöll fem delar, kritiserade klaganden bland annat kommissionen, genom den första och den femte delen, för att ha kvalificerat följande ageranden som en vägran att ge tillträde till dess accessnät: för det första, att klaganden undanhöll de alternativa operatörerna de uppgifter om dess nät som var nödvändiga för tillträdet till dess accessnät (punkterna 431–534 i det omtvistade beslutet), för det andra, för att klaganden hade inskränkt sina skyldigheter i förhållande till tillträdet till accessnätet enligt det tillämpliga regelverket (punkterna 535–651 i det omtvistade beslutet) och för det tredje att klaganden fastställt flera oskäliga klausuler och villkor i sitt referenserbjudande avseende tillträde till accessnätet (punkterna 655–819 i det omtvistade beslutet), utan att kommissionen dessförinnan hade kontrollerat om ett sådant tillträde var oundgängligt i den mening som avses i domen av den av den 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569) (nedan kallad domen i målet Bronner). Tribunalen underkände denna del av den första grunden i punkterna 107–129 i den överklagade domen och fann i huvudsak att det enligt regelverket rörande telekommunikationssektorn som var tillämpligt i förevarande fall ansågs nödvändigt att ge tillträde till klagandens accessnät för att möjliggöra framväxandet och utvecklingen av en effektiv konkurrens på den slovakiska marknaden för bredbandsaccesstjänster, vilket innebar att det inte längre fanns något krav på kommissionen att styrka att ett sådant tillträde var oundgängligt.

22 Genom den första grundens andra del gjorde klaganden gällande att det omtvistade beslutet, genom att inte tillämpa villkoren i domen i målet Bronner, går tvärtemot den slutsats som följer av domen av den 9 september 2009, Clearstream/kommissionen (T-301/04, EU:T:2009:317). Tribunalen underkände denna del i punkterna 138–140 i den överklagade domen, med motiveringen att det mål som anhängiggjorts vid den inte kunde likställas med det mål som gav upphov till den domen.

23 I den första grundens tredje del hävdade klaganden att om det inte vore nödvändigt att pröva en underförstådd vägran att tillhandahålla tillträde mot de villkor som domstolen fastställde i domen i målet Bronner, skulle det vara lättare att fastställa en underförstådd vägran att tillhandahålla tillträde jämfört med en normal vägran att tillhandahålla tillträde. Tribunalen underkände denna anmärkning i punkterna 133–135 i den överklagade domen, med motiveringen att en överträdelses allvar kan bero på ett stort antal faktorer oberoende av om denna vägran är explicit eller implicit, varför klaganden inte kunde grunda sig på vilket slags överträdelse det var fråga om vid bedömningen av överträdelsens allvar.

24 Vad gäller den första grundens fjärde del, som avsåg felaktig rättstillämpning och oriktig bedömning av de faktiska omständigheterna vad gäller de skäl som kommissionen anfört för att avvika från villkoren i domen i målet Bronner, med motiveringen att dessa villkor inte är tillämpliga när det berörda nätet har sitt historiska ursprung i ett statligt monopol, underkände tribunalen detta påstående i punkterna 153 och 154 i den överklagade domen med stöd av fast rättspraxis enligt vilken förekomsten av en dominerande ställning som har sitt ursprung i ett lagstadgat monopol ska beaktas inom ramen för tillämpningen av artikel 102 FEUF.

25 I den andra grunden gjorde klaganden bland annat gällande att dess rätt till försvar hade åsidosatts genom att klaganden inte hade fått yttra sig till kommissionen angående den metod, de principer och de uppgifter som denna institution använt för att beräkna klagandens ”långsiktiga genomsnittliga marginalkostnader” (nedan kallade långsiktiga genomsnittliga marginalkostnader), i syfte att fastställa i vilken mån klaganden hade ägnat sig åt marginalpress. Tribunalen fann bland annat, i punkterna 186–192 och 209 i den överklagade domen, att kommissionen vederbörligen hade underrättat klaganden om sin metod och sina beräkningsprinciper och att den inte var skyldig att lämna ut sina slutliga beräkningar av marginalerna innan den riktade det omtvistade beslutet till klaganden.

26 I den tredje grunden gjorde klaganden gällande att kommissionen inte på ett korrekt sätt hade fastställt det agerande som medförde marginalpress, bland annat på grund av att kommissionen inte hade beaktat klagandens optimeringsjusteringar vid beräkningen av den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden. Tribunalen underkände denna grund i punkterna 223–239 i den överklagade domen och angav i huvudsak att det var motiverat att underkänna de optimeringsjusteringar som klaganden föreslog, eftersom beaktandet av dessa justeringar vid beräkningen av marginalpressen på ett otillbörligt sätt skulle ha lett till att hänsyn inte togs till de kostnader som klaganden själv ådragit sig under överträdelseperioden.

Parternas yrkanden

27 Klaganden har yrkat att domstolen ska

– helt eller delvis ska upphäva den överklagade domen,

– helt eller delvis ska ogiltigförklara det omtvistade beslutet,

– alternativt, undanröja eller ytterligare sätta ned de böter som klaganden har ålagts, och

– förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna i förevarande mål och i första instans.

28 Kommissionen har yrkat att domstolen ska

– ogilla överklagandet, och

– förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.

Prövning av överklagandet

29 Klaganden har åberopat tre grunder till stöd för sitt överklagande. Den första grunden avser att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning när den kvalificerade klagandens begränsningar av tillträdet till sitt accessnät som missbruk av dominerande ställning i den mening som avses i artikel 102 FEUF. Den andra grunden avser åsidosättande av klagandens rätt till försvar vid bedömningen av marginalpressen. Den tredje grunden avser att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning vid sin bedömning av huruvida marginalpress förelåg.

30 Klaganden har dessutom begärt att få komma i åtnjutande av de grunder som Deutsche Telekom har anfört i det konnexa målet C-152/19 P, angående Deutsche Telekoms överklagande av tribunalens dom av den 13 december 2018, Deutsche Telekom/kommissionen (T-827/14, EU:T:2018:930), vilka avser Deutsche Telekoms bestridande av att det utgjorde ett och samma företag tillsammans med klaganden.

Den första grunden

Parternas argument

31 Genom den första grunden, som består av fem delar, har klaganden gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning när den fann att kommissionen, för att visa att klaganden hade missbrukat sin dominerande ställning i den mening som avses i artikel 102 FEUF genom att begränsa tillträdet till

dess accessnät, inte var skyldig att bevisa att tillträdet var oundgängligt för de berörda ekonomiska aktörernas verksamhet, i den mening som avses i domen i målet Bronner, eftersom klaganden redan var bunden av en lagstadgad skyldighet att ge tillträde till sitt accessnät.

32 Genom den första delen av den första grunden har klaganden gjort gällande att tribunalen, genom att i punkt 121 i den överklagade domen slå fast att villkoren i domen Bronner inte var tillämpliga i förevarande fall, felaktigt underlät att beakta skillnaden mellan prövningen i efterhand enligt artikel 102 FEUF, som syftar till att få ett missbruk att upphöra, och den kontroll i förväg som en regleringsmyndighet på telekommunikationsområdet gör i syfte att främja specifika konkurrensformer. Dessutom är de ifrågavarande marknaderna inte identiska. Den lagstadgade skyldigheten att ge tillträde till accessnätet rör frågan huruvida tillträde till accessnätet är oundgängligt för att få tillträde till grossistmarknaden, medan det missbruk som kommissionen konstaterat avser en mycket större detaljhandelsmarknad än marknaden för tjänster baserade på accessnätet, beträffande vilken det inte har fastställts att tillträdet till accessnätet är oundgängligt. Klaganden har slutligen gjort gällande att påståendet att ett åsidosättande av en lagstadgad skyldighet ex officio utgör ett åsidosättande av artikel 102 FEUF utgör en felaktig tolkning av denna bestämmelse som utgör en strängare tolkning och leder till en differentierad behandling av ett dominerande företag som omfattas av ett befintligt lagstadgat villkor.

33 I den andra delen av denna grund har klaganden gjort gällande att tribunalen, i punkterna 126 och 127 i den överklagade domen, felaktigt drog slutsatsen av domen av den 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83) (nedan kallad domen i målet TeliaSonera), att villkoren i domen i målet Bronner inte var tillämpliga i förevarande fall. Enligt klaganden rörde domen i målet TeliaSonera inte en sådan avtalsvägran som i förevarande fall, utan en marginalpress. I punkterna 55–58 i den domen besvarade domstolen dessutom frågor som inte uppkommit i förevarande mål.

34 I den tredje delen av denna grund har klaganden gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning i punkterna 138 och 139 i den överklagade domen när den fann att domen av den 9 september 2009, Clearstream/kommissionen (T-301/04, EU:T:2009:317) inte var relevant. Enligt klaganden framgår det för det första inte av den sistnämnda domen att förekomsten av ett tidigare statsmonopol eller en lagstadgad skyldighet skulle ha påverkat tribunalens bedömning i den domen. För det andra grundar sig nämnda dom på ett lagstadgat förhandsvillkor, såsom i förevarande fall. För det tredje hade Clearstream i det målet fortfarande ett monopol vid den tidpunkt då det missbrukade sin dominerande ställning medan klagandens monopolställning hade upphört fem år innan det påstådda missbruket inleddes. För det fjärde är Clearstreams och klagandens vägran att ingå avtal likartad karaktär.

35 I den fjärde delen av den första grunden har klaganden gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning, uppenbart oriktig bedömning eller bristfällig motivering när den i punkterna 133 och 134 i den överklagade domen fann att ett underförstådd avtalsvägran inte nödvändigtvis var mindre allvarligt än ett faktisk vägran och att det krävdes en bedömning i det enskilda fallet. Enligt klaganden finns det inget som motiverar tribunalens synsätt att det inte är nödvändigt att den implicita avtalsvägran som nu är aktuell, för att kunna kvalificeras som missbruk i den mening som avses i artikel 102 FEUF, måste uppfylla villkoren i domen i målet Bronner, emedan en uttrycklig eller kategorisk vägran måste uppfylla dessa villkor. Ett sådant tillvägagångssätt leder till att ett allvarligare beteende behandlas förmånligare än ett mindre allvarligt beteende.

36 I den femte och sista delen av denna grund har klaganden anfört att tribunalen i punkterna 153 och 154 i den överklagade domen gjorde den oriktiga bedömningen att den omständigheten att klaganden tidigare haft ett statsmonopol kunde motivera att villkoren i domen i målet Bronner inte tillämpades. Klaganden anser att detta synsätt inte är förenligt med den slutsats som följer av domen av den 27 mars 2012, Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172), strider mot skyldigheten att beakta

förhållandena vid tidpunkten för det påstådda missbruket, strider mot rättssäkerhetsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen och inte tar hänsyn till de investeringar som klaganden gjort i dess nätverk.

37 Kommissionen anser i huvudsak att kriterierna i domen i målet Bronner inte var tillämpliga i förevarande fall, eftersom det missbruk av dominerande ställning som var i fråga i det målet skilde sig från det missbruk av dominerande ställning som var aktuellt i förevarande mål.

Domstolens bedömning

38 Klaganden har genom sin första grund bland annat kritiserat punkterna 113–122 i den överklagade domen, i vilka tribunalen fastställde att det omtvistade beslutet var välgrundat, eftersom det inte ankom på kommissionen att visa att det var oundgängligt för de alternativa operatörerna att få tillträde till klagandens accessnät för att kunna kvalificera klagandens förfaranden som ”missbruk”. Kommissionen hade i skäl 365 i det omtvistade beslutet ansett att förfarandena innebar en implicit vägran att tillhandahålla tillträde till accessnätet som bestod i, för det första, att för de alternativa operatörerna undanhålla nödvändiga uppgifter om klagandens accessnät, för det andra, en inskränkning av dess skyldigheter avseende tillträdet till accessnätet i enlighet med det tillämpliga regelverket och, för det tredje, att fastställa flera oskäliga klausuler och villkor i sitt referenserbjudande avseende tillträde till accessnätet (nedan kallade de omtvistade förfarandena).

39 Tribunalen fann särskilt, i punkt 121 i den överklagade domen, att eftersom det i det tillämpliga regelverket på telekommunikationsområdet tydligt angavs att tillträde till klagandens accessnät var nödvändigt för att skapa och utveckla en effektiv konkurrens på Slovakiens marknad för bredbandstjänster, var det inte nödvändigt för kommissionen att visa att ett sådant tillträde var oundgängligt i den mening som avses i det sista villkoret i punkt 41 i domen i målet Bronner. Tribunalen tillade, i punkterna 123–127 i den överklagade domen, att de villkor som följer av domen i målet Bronner, och särskilt villkoret att en tjänst eller infrastruktur som innehas av det dominerande företaget ska vara oundgänglig, inte är tillämpliga på andra beteenden än en vägran att ge tillträde, såsom de omtvistade förfarandena.

40 För att bedöma huruvida dessa överväganden är behäftade med en felaktig rättstillämpning, såsom klaganden har gjort gällande, ska det erinras om att artikel 102 FEUF förbjuder att ett eller flera företag missbrukar en dominerande ställning på den inre marknaden eller inom en väsentlig del av denna, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. Det företag som har en dominerande ställning har således ett särskilt ansvar för att inte genom sitt beteende inverka skadligt på en effektiv och icke snedvriden konkurrens inom den inre marknaden (dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 153 och där angiven rättspraxis).

41 Enligt domstolens fasta praxis är begreppet ”missbruk av en dominerande ställning”, i den mening som avses i artikel 102 FEUF, ett objektivt begrepp som avser beteenden hos ett företag i dominerande ställning som, på en marknad där konkurrensen redan är försvagad just till följd av det dominerande företagets närvaro på den marknaden, hindrar att den konkurrens som fortfarande föreligger upprätthålls eller utvecklas genom användandet av andra metoder än sådana som räknas till normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas prestationer (dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 148 och där angiven rättspraxis).

42 Prövningen av huruvida ett dominerande företags förfaranden utgör missbruk enligt artikel 102 FEUF ska göras med beaktande av samtliga särskilda omständigheter i målet (se, för ett liknande resonemang, TeliaSonera, punkt 68; dom av den 6 oktober 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, punkt 68, och dom av den 19 april 2018, MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, C-525/16, EU:C:2018:270, punkterna 27 och 28).

43 Såsom framgår av punkt 37 i domen i målet Bronner rörde det målet frågan huruvida den omständigheten att ägaren till det enda rikstäckande systemet för tidningsutbärning i en medlemsstat, som använder detta system för distribution av sina egna dagstidningar, vägrar att låta utgivaren av en konkurrerande dagstidning få tillgång till systemet utgör missbruk av en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 102 FEUF, med motiveringen att en sådan vägran berövar konkurrenten ett distributionssätt som bedöms vara oundgängligt för försäljningen av dennes produkter.

44 Som svar på denna fråga slog domstolen i punkt 41 i den domen fast att nämnda vägran utgjorde missbruk av dominerande ställning, under förutsättning inte bara att vägran att tillhandahålla tjänsten i form av tidningsutbärning var ägnad att undanröja all konkurrens på dagstidningsmarknaden från den som efterfrågar tjänsten och inte kunde motiveras objektivt, utan även att tjänsten i sig var oundgänglig för att den som efterfrågar den skulle kunna bedriva sin verksamhet, på så sätt att det inte fanns något faktiskt eller potentiellt alternativ till systemet för tidningsutbärning.

45 Dessa villkor motiverades av de särskilda omständigheterna i det målet, vilka bestod i att ett dominerande företag vägrade att ge en konkurrent tillgång till en infrastruktur som det hade utvecklat för sin egen verksamhet, med hänsyn till att det inte förekommit något annat beteende.

46 Såsom generaladvokaten i huvudsak har påpekat i punkterna 68, 73 och 74 i sitt förslag till avgörande leder konstaterandet att ett dominerande företag har missbrukat sin ställning på grund av en vägran att ingå avtal med en konkurrent till att detta företag tvingas att ingå avtal med konkurrenten. En sådan skyldighet utgör emellertid ett särskilt ingrepp i avtalsfriheten och det dominerande företagets äganderätt, eftersom ett företag, även om det är dominerande, i princip har rätt att vägra att ingå avtal och att utnyttja den infrastruktur som det har utvecklat för sina egna behov (se, analogt, dom av den 5 oktober 1988, Volvo, 238/87, EU:C:1988:477, punkt 8).

47 Även om, på kort sikt, fastställandet av att ett företag har missbrukat sin dominerande ställning på grund av en vägran att ingå avtal med en konkurrent leder till att konkurrensen, på lång sikt, gynnas, är det i allmänhet fördelaktigt för konkurrensutvecklingen och i konsumenternas intresse att tillåta ett företag att för eget bruk reservera de anläggningar som det har utvecklat för sin egen verksamhet. Om tillträde till en produktions-, inköps- eller distributionsanläggning gavs för lättvindigt, skulle konkurrenterna inte uppmuntras att skapa konkurrerande anläggningar. Ett dominerande företag skulle dessutom vara mindre berett att investera i effektiva anläggningar om det, på konkurrenternas begäran, kunde tvingas att dela fördelarna från sina egna investeringar med konkurrenterna.

48 När ett dominerande företag vägrar att ge tillgång till en infrastruktur som det har utvecklat för den egna verksamheten, kan beslutet att tvinga detta företag att ge sådant tillträde följaktligen endast anses motiverat, på området för konkurrenspolitiken, om det dominerande företaget har ett verkligt järngrepp på den berörda marknaden.

49 Tillämpningen i ett enskilt fall av de villkor som domstolen uppställde i domen i målet Bronner, vilka domstolen erinrat om i punkt 44 i förevarande dom, och särskilt villkoret att tillträdet till det dominerande företagets infrastruktur ska vara oundgängligt, gör det möjligt för den behöriga nationella myndigheten eller den behöriga nationella domstolen att avgöra huruvida detta företag har ett sådant järngrepp tack vare denna infrastruktur. Ett sådant företag kan således tvingas att ge en konkurrent tillgång till en infrastruktur som det har utvecklat för den egna verksamheten endast om ett sådant tillträde är oundgängligt för en sådan konkurrents verksamhet, det vill säga om det inte finns någon faktiskt eller potentiellt alternativ till denna infrastruktur.

50 När ett dominerande företag däremot ger tillgång till sin infrastruktur men uppställer oskäliga villkor för en sådan tillgång, tillhandahållande av tjänster eller försäljning av varor, är de villkor som domstolen uppställde i punkt 41 i domen i målet Bronner inte tillämpliga. När tillgång till en sådan infrastruktur, eller en tjänst eller insatsvara, är oundgänglig för att möjliggöra för det dominerande företagets konkurrenter att bedriva verksamhet på en marknad i efterföljande led på ett lönsamt sätt,

är det i högre grad troligt att oskäliga förfaranden på denna marknad kommer att få åtminstone potentiella konkurrenshämmande effekter och utgöra missbruk i den mening som avses i artikel 102 FEUF (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 oktober 2010, Deutsche Telekom/kommissionen, C-280/08 P, EU:C:2010:603, punkt 234, och domen i målet TeliaSonera, punkterna 70 och 71). När det gäller andra förfaranden än en vägran att ge tillgång till infrastruktur är det emellertid inte i sig avgörande för prövningen av ett eventuellt missbruk från ett dominerande företags sida om tillgången till infrastruktur är oundgänglig eller inte (se, för ett liknande resonemang, domen i målet TeliaSonera, punkt 72).

51 Även om sådana beteenden kan utgöra ett slags missbruk när det kan leda till åtminstone potentiella konkurrensbegränsande verkningar, eller till och med utestängningseffekter, på de berörda marknaderna, kan de inte likställas med en ren vägran att ge en konkurrent tillgång till en infrastruktur, eftersom den behöriga nationella konkurrensmyndigheten eller den behöriga nationella domstolen inte behöver tvinga det dominerande företaget att ge tillgång till sin infrastruktur, med hänsyn till att sådan tillgång redan har beviljats. De åtgärder som kommer att behövas i ett sådant sammanhang kommer följaktligen att inskränka det dominerande företagets avtalsfrihet och dess äganderätt i mindre utsträckning än om det tvingas att ge tillgång till sin infrastruktur när bolaget reserverade infrastrukturen för sin egen verksamhet.

52 Domstolen har i detta avseende redan slagit fast, i punkterna 75 och 96 i domen av den 10 juli 2014, Telefónica och Telefónica de España/kommissionen (C-295/12 P, EU:C:2014:2062), att de villkor som domstolen angav i punkt 41 i domen i målet Bronner, och i synnerhet villkoret att tillträdet ska vara oundgängligt, inte är tillämpliga vid missbruk som består i marginalpress för konkurrerande operatörer på en marknad i efterföljande led.

53 På samma sätt slog domstolen i punkt 58 i domen i målet TeliaSonera fast att det inte kan krävas att prövningen av huruvida ett dominerande företags beteende gentemot sina konkurrenter utgör missbruk systematiskt görs på grundval av de villkor som domstolen uppställt i domen i målet Bronner, vilka avsåg en vägran att tillhandahålla tjänster. Tribunalen gjorde således en riktig bedömning när den i punkterna 125–127 i den överklagade domen fann att domstolen i punkt 58 i domen i målet TeliaSonera inte enbart hänvisade till den särskilda form av missbruk som marginalpress av konkurrerande operatörer på en marknad i efterföljande led utgör när den bedömde de förfaranden på vilka villkoren i domen i målet Bronner inte var tillämpliga.

54 I förevarande mål kännetecknades situationen för klaganden bland annat av den omständigheten, som det erinrades om i punkt 119 i den överklagade domen, att bolaget omfattades av en lagstadgad skyldighet på telekommunikationsområdet, enligt vilken bolaget var skyldigt att ge tillträde till sitt accessnät. Till följd av regleringsmyndighetens beslut av den 8 mars 2005, vilket fastställdes av direktören för samma myndighet den 14 juni 2005, var Slovak Telekom nämligen skyldigt att, i egenskap av operatör med avgörande inflytande, bevilja alla ansökningar från alternativa operatörer om tillträde till dess accessnät, förutsatt att ansökningarna ansågs rimliga och berättigade, för att dessa operatörer på denna grund skulle kunna erbjuda sina egna tjänster på detaljhandelsmarknaden för fasta bredbandstjänster i Slovakien.

55 En sådan skyldighet svarar mot de av unionslagstiftaren fastställda målen att utveckla en effektiv konkurrens på marknaderna för telekommunikationstjänster. Såsom anges i skälen 3, 6 och 7 i förordning nr 2887/2000 motiveras införandet av en sådan skyldighet att ge tillträde till accessnätet av det förhållandet att operatörer med ett avgörande inflytande på marknaden under relativt långa perioder har kunnat bygga upp sina accessnät med skydd av exklusiva rättigheter och har kunnat finansiera sina investeringskostnader med hjälp av avgifter som kunnat tas ut på grund av deras monopolställning, varför det inte är ekonomiskt försvarbart för nya aktörer att dubblera befintliga operatörers accessnät och dessutom utgör annan infrastruktur inte något verkligt alternativ till dessa accessnät. Tillträdet till accessnätet kan således göra det möjligt för nya operatörer att konkurrera med operatörer med avgörande inflytande på marknaden. Av detta följer, såsom tribunalen erinrade

om i punkt 119 i den överklagade domen, att den tillträdesskyldighet som regleringsmyndigheten infört i förevarande fall var en följd av viljan att stimulera klaganden och dess konkurrenter till att investera och vara innovativa, samtidigt som det säkerställdes att konkurrensen på marknaden bibehölls.

56 Denna lagstadgade skyldighet gällde för Slovak Telekom under hela den överträdelseperiod som kommissionen fastställde i det omtvistade beslutet, det vill säga från och med den 12 augusti 2005 till och med den 31 december 2010. Förutom den omständigheten att regleringsmyndigheterna på telekommunikationsområdet enligt artikel 8.5 f i direktiv 2002/21, i dess lydelse enligt direktiv 2009/140, endast kan införa en sådan tillträdesskyldighet när det inte föreligger någon effektiv och hållbar konkurrens och är skyldiga att avbryta eller upphäva den så snart detta villkor är uppfyllt, har klaganden varken påstått eller visat att klaganden bestred att detta bolag omfattades av en sådan skyldighet under överträdelseperioden. Kommissionen motiverade dessutom grunden för att det förelåg en sådan tillträdesskyldighet i avsnitt 5.1 i det omtvistade beslutet och angav i punkt 377 i beslutet att den hade gjort en egen efterhandsanalys av de relevanta marknaderna för att dra slutsatsen att situationen på dessa marknader inte hade förändrats väsentligt i detta avseende under överträdelseperioden.

57 På motsvarande sätt som domstolen redan har angett i punkt 224 i domen av den 14 oktober 2010, Deutsche Telekom/kommissionen (C-280/08 P, EU:C:2010:603), som nämns i punkt 117 i den överklagade domen, finner domstolen att en lagstadgad skyldighet kan vara relevant för bedömningen av ett beteende som utgör missbruk i den mening som avses i artikel 102 FEUF från ett dominerande företags sida som omfattas av sektorsspecifik lagstiftning. Även om den skyldighet att ge tillträde till accessnätet som ålagts klaganden i förevarande fall inte kan befria kommissionen från kravet att styrka missbruk i den mening som avses i artikel 102 FEUF, med beaktande av bland annat tillämplig rättspraxis, får införandet av denna skyldighet till följd att klaganden under hela den aktuella överträdelseperioden inte kunde vägra och de facto inte har vägrat att ge tillträde till sitt accessnät.

58 Klaganden behöll emellertid under nämnda period en självständig beslutanderätt, trots ovannämnda lagstadgade skyldighet, vad gäller villkoren för ett sådant tillträde. Förutom vissa vägledande principer föreskrevs nämligen inte i regelverket eller i regleringsmyndighetens beslut vad som utgjorde det obligatoriska innehållet i referenserbjudandet i fråga om tillträde till accessnätet, vilket avses i artikel 3 i förordning nr 2887/2000. Det var med stöd av denna självständiga beslutanderätt som klaganden antog de omtvistade förfarandena.

59 Eftersom de omtvistade förfarandena emellertid inte utgjorde en vägran att ge tillträde till klagandens accessnät, utan avsåg villkoren för ett sådant tillträde, framgår det av de skäl som anges i punkterna 45–51 i förevarande dom, att de villkor som domstolen uppställde i punkt 41 i domen i målet Bronner (ovan punkt 44) inte var tillämpliga i förevarande fall.

60 Tribunalen gjorde således inte någon felaktig rättstillämpning när den i punkt 121 i den överklagade domen fann att kommissionen inte var skyldig att visa att det aktuella tillträdet var ”oundgängligt” i den mening som avses i det sista villkoret i punkt 41 i domen i målet Bronner.

61 Mot denna bakgrund kan överklagandet inte vinna bifall såvitt avser någon del av den första grunden, eftersom den bygger på en premiss som är felaktig i rättsligt hänseende.

Den andra grunden

Parternas argument

62 I den andra grunden har klaganden gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning när den underlät att slå fast att klagandens rätt till försvar hade åsidosatts, eftersom den metod, de principer och de uppgifter som kommissionen använde vid tidpunkten för meddelandet om invändningar för att fastställa de kostnader som beaktats för att kontrollera huruvida marginalpress förelåg grundade sig på uppgifter om historiska kostnader som härrörde från ett internt system för rapportering av klagandens kostnader, det vill säga uppgifter som benämns ”*účelové členenie nálav*” (klassificering av särskilda kostnader). I det omtvistade beslutet baserades de emellertid på långsiktiga genomsnittliga marginalkostnader, utan att kommissionen hade gett klaganden tillfälle att på ett ändamålsenligt sätt yttra sig angående detta.

63 Klaganden har vidare påstått att kommissionen har kastat om bevisbördan, eftersom denna institution bad klaganden att redogöra för sina principer, metoder och uppgifter avseende fastställandet av den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden, samtidigt som kommissionen själv underlät att från början redogöra för sina egna principer, metoder och uppgifter. Den omständigheten att kommissionen inte redan från början förfogade över sin egen kostnadsmodell för att fastställa förekomsten av marginalpress borde av tribunalen ha bedömts som en rättsstridig omkastning av bevisbördan. Övervägandena i punkterna 186 och 189 i den överklagade domen, enligt vilka klaganden fick tillfälle att besvara meddelandet om invändningar och kommissionen i detta dokument grundade sig på den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden, saknar relevans och är felaktiga, eftersom det vid tidpunkten för meddelandet om invändningar inte fanns några uppgifter om långsiktiga genomsnittliga marginalkostnader.

64 På samma sätt gjorde tribunalen en felaktig rättstillämpning när den i punkt 189 i den överklagade domen fastställde att kommissionen i det omtvistade beslutet inte hade framfört någon ny anmärkning avseende marginalpressen. Den omständigheten att kommissionen, såväl i meddelandet om invändningar som i det omtvistade beslutet, ansåg för det första att en lika effektiv konkurrent som klaganden skulle uppvisa negativa marginaler, för det andra, att slutsatsen avseende de negativa marginalerna fortfarande gällde om vissa andra tjänster beaktades i samband med intäkterna, samt den omständigheten att den överträdelseperiod som fastställts i det omtvistade beslutet var kortare än den som angavs i meddelandet om invändningar, saknar relevans för att avgöra huruvida klagandens rätt till försvar hade åsidosatts på grund av att metoderna, principerna och uppgifterna som beaktades i meddelandet om invändningar inte motsvarade de metoder, principer och uppgifter som fastställts av kommissionen i det omtvistade beslutet.

65 Klaganden har dessutom kritiserat punkt 190 i den överklagade domen med motiveringen att, tvärtemot tribunalens bedömning, de nätkostnader, de metoder och principer som kommissionen använt i samband med meddelandet om invändningar respektive i det omtvistade beslutet skiljer sig avsevärt åt. Klaganden anser även att tribunalen gjorde en felaktig bedömning när den i punkt 192 i den överklagade domen fann att klagandens rätt till försvar hade iakttagits, eftersom kommissionen hade bemött klagandens argument. Klagandens meddelande om resultaten av nya analyser som gjorts avseende den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden i dess svar på meddelandet om invändningar eller i de handlingar som ingavs under år 2013 saknar i detta avseende relevans, eftersom kommissionen före antagandet av det omtvistade beslutet inte hade redogjort för alla aspekter av dess principer, metoder och uppgifter för beräkningen av den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden.

66 Klaganden har slutligen gjort gällande att tribunalen även gjorde en felaktig rättstillämpning och missuppfattade de faktiska omständigheterna och bevisningen i punkt 209 i den överklagade domen när den inte beaktade relevansen av det ”avstämningsmöte” som hölls den 16 september 2014, som

det hänvisas till i denna punkt. Det förhållandet att kommissionen vid detta möte för första gången lämnade ut sina preliminära beräkningar av den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden är ett erkännande från kommissionens sida av den tidigare bristande kommunikationen och av dess skyldighet att kommunicera beräkningarna. Utlämnandet i detta skede av förfarandet visar även att kommissionen hade bestämt sig för att anta ett förbudsbeslut, vilket innebär att klaganden inte längre hade möjlighet att yttra sig på ett korrekt sätt i detta skede.

67 Kommissionen anser att överklagandet inte kan vinna bifall såvitt avser den andra grunden, dels eftersom det inte har visats att tribunalen har missuppfattat de faktiska omständigheter som den beaktat, dels eftersom klagandens rätt till försvar har iakttagits.

Domstolens bedömning

68 Det ska inledningsvis erinras om att enligt artikel 256 FEUF och artikel 58 första stycket i stadgan för Europeiska unionens domstol ska ett överklagande av tribunalens avgöranden endast avse rättsfrågor. Enligt domstolens fasta praxis är tribunalen ensam behörig att fastställa och bedöma de faktiska omständigheterna och, i princip, att bedöma den bevisning som tribunalen har godtagit till stöd för dessa omständigheter. Denna bedömning utgör således inte, med undantag för då tribunalen har missuppfattat bevisningen, en rättsfråga som ska prövas av domstolen (dom av den 10 juli 2014, Telefónica och Telefónica de España/kommissionen, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punkt 84 och där angiven rättspraxis).

69 I förevarande fall har klaganden inte påstått att tribunalen har missuppfattat nedan angivna faktiska omständigheter som beskrivs i punkterna 177 och 185–187 i den överklagade domen.

70 Under den undersökning som föregick meddelandet om invändningar begärde kommissionen att klaganden skulle lämna ut de uppgifter som krävdes för att beräkna kostnaderna för de ytterligare resurser som behövdes för att omvandla dess grossisttjänster till detaljhandelstjänster. Som svar översände klaganden till kommissionen tabeller som innehöll kostnadsberäkningar för åren 2003–2010 och grundade sig på uppgifter avseende klassificering av särskilda kostnader. Kostnaderna i tabellerna hade således beräknats på grundval av de historiska fördelade kostnaderna, vilka skiljde sig från de långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaderna. Kommissionen begärde därför att klaganden skulle lämna lönsamhetsuppgifter för bredbandstjänsterna, vilka räknats om med hjälp av en metod baserad på den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden. Eftersom klaganden svarade att bolaget inte beräknade lönsamhetssiffrorna beträffande bredbandstjänster enligt metoden baserad på långsiktiga genomsnittliga marginalkostnader, använde kommissionen, i det skede då meddelandet om anmärkningar antogs, de uppgifter avseende klassificering av särskilda kostnader som den förfogade över för att bedöma den marginalpress som klaganden hade ägnat sig åt. Kommissionen ansåg nämligen att uppgifterna avseende klassificering av särskilda kostnader, i avsaknad av uppgifter om långsiktiga genomsnittliga marginalkostnader, var den bästa tillgängliga källan för denna bedömning. På grundval av dessa uppgifter drog kommissionen i meddelandet om invändningar slutsatsen att en konkurrent som är lika effektiv som klaganden och som har tillgång till klagandens accessnät skulle ha haft betydande negativa marginaler om konkurrenten hade försökt att dubblera klagandens utbud av detaljhandelstjänster under åren 2005–2010. I sitt svar på meddelandet om invändningar lade klaganden fram nya uppgifter för att beräkna kostnaderna för perioden 2005–2010. Dessa uppgifter grundades på uppgifterna från år 2011. Klaganden hävdade i detta svar särskilt att det vid beräkningen av långsiktiga genomsnittliga marginalkostnader var nödvändigt att dels göra en omvärdering av klagandens tillgångar, dels beakta bristerna i dess nät för erbjudande av bredband genom att göra så kallade ”optimeringsjusteringar”, det vill säga, för det första, ersätta befintliga tillgångar med likvärdiga moderna tillgångar som är effektivare och billigare, för det andra, i den mån det var möjligt, bibehålla en sammanhängande teknologi och, för det tredje, göra en nedsättning av tillgångarna på grundval av den aktuella kapaciteten jämfört med den installerade kapaciteten (nedan kallade optimeringsjusteringar). I det omtvistade beslutet gick kommissionen med på att bland annat

inkludera omvärderingen av klagandens tillgångar i sin analys av marginalpressen, men förkastade optimeringsjusteringarna. Det är på detta sätt som kommissionen har kommit fram till olika resultat i det omtvistade beslutet och i meddelandet om anmärkningar såvitt avser omfattningen av den marginalpress som klaganden utövat.

71 Det är mot bakgrund av dessa faktiska omständigheter, vilka det inte har påståtts att de har missuppfattats, som det ska bedömas huruvida tribunalen gjorde en sådan felaktig rättstillämpning som klaganden har gjort gällande inom ramen för den andra grunden.

– Omkastning av bevisbördan

72 När det gäller påståendet att tribunalen felaktigt godtog att kommissionen omkastade bevisbördan, erinrar domstolen om att det ankommer på den myndighet som gör gällande att konkurrensreglerna har åsidosatts att bevisa detta (se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 juni 2010, Lafarge/kommissionen, C-413/08 P, EU:C:2010:346, punkt 29 och där angiven rättspraxis).

73 För att fastställa ett missbruk bestående i marginalpress ankommer det närmare bestämt på kommissionen att styrka att skillnaden mellan det grossistpris som tas ut för de berörda tjänsterna och det detaljistpris som tas ut för tjänster till slutkunder antingen är negativ eller otillräcklig för att täcka de kostnader som är specifikt hänförliga till nämnda tillhandahållande av de berörda tjänsterna och som är nödvändiga för att företaget i dominerande ställning ska kunna leverera sina egna tjänster till slutkunderna. Denna skillnad innebär att det inte är möjligt för en konkurrent som är lika effektiv som det dominerande företaget att konkurrera med detta företag om leveranser av nämnda tjänster till slutkunderna (se, för ett liknande resonemang, domen i målet TeliaSonera, punkt 32).

74 Domstolen har även slagit fast att bedömningen av huruvida ett dominerande företags prispolitik är tillåten i princip ska göras med användning av priskriterier som grundar sig på de kostnader som det dominerande företaget självt har haft samt med beaktande av företagets strategi (domen i målet TeliaSonera, punkt 41 och där angiven rättspraxis).

75 Med hänsyn till de faktiska omständigheter som tribunalen konstaterat och som sammanfattas i punkt 70 i förevarande dom, kan domstolen i förevarande fall inte finna att tribunalen bekräftade en omvänd bevisbörda, eftersom den inte slog fast att kommissionen inte från början hade redogjort för sina metoder och sina uppgifter för beräkningen av den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden.

76 Det framgår nämligen av dessa omständigheter att kommissionen redan från början av det administrativa förfarandet underrättade klaganden om att den skulle grunda sin bedömning av huruvida marginalpress förelåg på metoden baserad på långsiktiga genomsnittliga marginalkostnader. Efter det att klaganden hade lämnat ut uppgifter avseende klassificering av särskilda kostnader, vilket skedde före meddelandet om invändningar, anmodade kommissionen klaganden att inkomma med lönsamhetsuppgifter för bredbandstjänsterna, vilka räknats om med användning av den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden. Det framgår emellertid av skäl 870 i det omtvistade beslutet, till vilket det hänvisas i punkt 185 i den överklagade domen, att klaganden som svar på denna begäran angav att den tillämpade den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden vid beräkningen av avgifterna för samtrafiktjänster och att den vid ett enda tillfälle under år 2005 hade gjort beräkningarna av den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden för bredbandstjänster. Dessutom fann tribunalen, utan att någon missuppfattning har gjorts gällande i detta avseende, i punkt 189 i den överklagade domen, att det framgick av punkterna 996–1002 i meddelandet om invändningar att kommissionen hade redogjort för riktlinjerna för beräkningen av kostnaderna på grundval av den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden. Det framgår av det ovan anförda att kommissionen hade redogjort för sin metod för att fastställa kostnaderna redan i början av det administrativa förfarandet och att klaganden hade kännedom om denna metod.

77 När det gäller de uppgifter som beaktats ska det erinras om att kommissionen, såsom framgår av punkt 73 i förevarande dom, i princip grundar sig på det dominerande företagets kostnader för att fastställa huruvida marginalpress föreligger. Den omständigheten att kommissionen begärde att klaganden skulle tillhandahålla uppgifter om sina kostnader innebär följaktligen inte att bevisbördan kastas om. På samma sätt innebär inte heller den omständigheten att kommissionen beaktade omarbetade uppgifter, som klaganden tillhandahållit efter meddelandet om invändningar, någon sådan omvänd bevisbörda.

78 Slutligen kan, tvärtemot vad klaganden har påstått, den omständigheten att kommissionen inte kunde tillämpa sin metod baserad på den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden i det skede då meddelandet om anmärkningar skickades på grund av att det saknades adekvata uppgifter inte likställas med att kommissionen underlät att utarbeta en egen metod för att uppfylla sin bevisskyldighet.

79 Påståendet att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning genom att inte fastställa att det skett en rättsstridig omkastning av kommissionens bevisbörda kan följaktligen inte godtas.

– Åsidosättande av rätten till försvar

80 När det gäller påståendet att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning genom att inte slå fast att klagandens rätt till försvar hade åsidosatts, erinrar domstolen om att rätten till försvar är en grundläggande rättighet som ingår bland de allmänna rättsprinciper som domstolen ska säkerställa iakttagandet av (dom av den 25 oktober 2011, Solvay/kommissionen, C-109/10 P, EU:C:2011:686, punkt 52 och där angiven rättspraxis). Denna allmänna unionsrättsliga princip fastställs i artikel 41.2 a och b i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna och är tillämplig så snart myndigheterna avser att vidta en åtgärd gentemot en person som går denne emot (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 januari 2019, kommissionen/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkt 28 och där angiven rättspraxis).

81 Inom konkurrensrätten innebär iakttagandet av rätten till försvar att varje mottagare av ett beslut, i vilket det konstateras att denne har överträtt konkurrensreglerna, under det administrativa förfarandet ska ha getts tillfälle att på ett ändamålsenligt sätt framföra sina synpunkter dels angående huruvida de omständigheter och förhållanden som läggs vederbörande till last verkligen föreligger och är relevanta, dels angående de handlingar som kommissionen har lagt till grund för sitt påstående att en sådan överträdelse föreligger (se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 december 2013, SNIA/kommissionen, C-448/11 P, ej publicerad, EU:C:2013:801, punkt 41, och dom av den 14 september 2017, LG Electronics och Koninklijke Philips Electronics/kommissionen, C-588/15 P och C-622/15 P, EU:C:2017:679, punkt 43)

82 Såsom tribunalen med rätta erinrade om i punkterna 179–183 i den överklagade domen föreskrivs i artikel 27.1 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna [101] och [102 FEUF] (EGT L 1, 2003, s. 1) att ett meddelande om invändningar ska skickas till parterna. Såsom framgår av domstolens fasta praxis ska de väsentliga omständigheter som kommissionen stöder sig på i detta skede av förfarandet klart framgå av meddelandet om invändningar. Denna redogörelse kan emellertid vara kortfattad, och det beslut som kommissionen sedan antar behöver inte nödvändigtvis vara en kopia av redogörelsen för anmärkningarna, eftersom detta meddelande utgör ett förberedande dokument vars bedömningar av faktiska och rättsliga förhållanden är av rent preliminär karaktär (dom av den 5 december 2013, SNIA/kommissionen, C-448/11 P, ej publicerad, EU:C:2013:801, punkt 42 och där angiven rättspraxis).

83 Härav följer att den rättsliga kvalificering av de faktiska omständigheterna som gjorts i meddelandet om invändningar per definition endast kan vara preliminär. Ett senare beslut av kommissionen kan därför inte ogiltigförklaras enbart av det skälet att de definitiva slutsatser som dragits av dessa

omständigheter inte exakt motsvarar denna preliminära kvalificering. Kommissionen är nämligen skyldig att höra mottagarna av ett meddelande om invändningar och i förekommande fall beakta de synpunkter som lämnats som svar på de angivna anmärkningarna genom att ändra sin bedömning. Detta sker just i syfte att iaktta mottagarnas rätt till försvar. Det bör således vara tillåtet för kommissionen att i sitt slutliga beslut precisera denna kvalificering med beaktande av de uppgifter som framkommit under det administrativa förfarandet för att antingen kunna dra tillbaka anmärkningar som visat sig vara dåligt underbyggda eller ändra och komplettera sina faktiska och rättsliga argument till stöd för de anmärkningar som kvarstår, dock på villkor att kommissionen endast tar upp förhållanden som berörda parter haft tillfälle att yttra sig över och att kommissionen under det administrativa förfarandet har tillhandahållit de uppgifter som de behöver för att försvara sina intressen (dom av den 5 december 2013, SNIA/kommissionen, C-448/11 P, ej publicerad, EU:C:2013:801, punkterna 43 och 44 och där angiven rättspraxis).

84 I förevarande fall har klaganden för det första kritiserat tribunalen för att den inte konstaterade att klagandens rätt till försvar hade åsidosatts på grund av att kommissionen, vid bedömningen av i vilken mån klaganden kunde klandras för marginalpress, vid beräkningen av kostnaderna grundade sig på en annan metod och andra principer och uppgifter i meddelandet om anmärkningar jämfört med de som användes i det omtvistade beslutet.

85 Det framgår av de faktiska omständigheter som tribunalen har konstaterat, såsom de sammanfattats i punkt 70 i förevarande dom, att kommissionen, innan meddelandet om invändningar antogs, anmodade klaganden att inkomma med uppgifter om lönsamheten som räknats om med användande av metoden baserad på långsiktiga genomsnittliga marginalkostnader. Eftersom kommissionen inte erhöll dessa uppgifter grundade kommissionen sin bedömning av huruvida det förelåg marginalpress på uppgifter avseende klassificering av särskilda kostnader som den förfogade över vid denna tidpunkt. Kommissionen bedömde, såsom framgår av skäl 875 i det omtvistade beslutet och till vilket det hänvisas i punkt 185 i den överklagade domen, att dessa uppgifter utgjorde en tillräckligt tillförlitlig anvisning för beräkningen av den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden. I sitt svar på meddelandet om invändningar lämnade klaganden därefter nya uppgifter och preciserade att det vid beräkningen av den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden var nödvändigt att beakta dels en omvärdering av klagandens tillgångar, dels bristerna i klagandens nät för erbjudande av bredband. Slutligen är det ostridigt att kommissionen i det omtvistade beslutet tillämpade metoden baserad på långsiktiga genomsnittliga marginalkostnader.

86 Mot bakgrund av dessa omständigheter, särskilt den omständigheten att klaganden ingav uppskattningar av den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden för perioden 2005–2011 som svar på meddelandet om invändningar, samt övervägandena i punkt 76 i förevarande dom, konstaterar domstolen att klaganden under det administrativa förfarandet var fullt medveten om att kommissionen försökte fastställa att marginalpress förelåg på grundval av en metod och principer som grundar sig på långsiktiga genomsnittliga marginalkostnader.

87 Det framgår dessutom av de faktiska omständigheter som tribunalen beaktade, såsom de sammanfattats i punkt 70 i förevarande dom, att tribunalen gjorde en riktig bedömning när den i punkterna 189 och 190 i den överklagade domen fann att kommissionen hade tillämpat samma metod och principer för beräkning av den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden i samband med meddelandet om invändningar som i det omtvistade beslutet. Den omständigheten att kommissionen i samband med meddelandet om invändningar ansåg att klagandens uppgifter avseende klassificering av särskilda kostnader utgjorde en tillräckligt tillförlitlig anvisning för fastställandet av den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden innebär inte att kommissionen ändrat sin metod och sina principer för beräkning av dessa kostnader.

88 Tribunalen gjorde dessutom en riktig bedömning när den i punkt 190 i den överklagade domen underströk överensstämmelsen mellan tabellerna i meddelandet om invändningar respektive i det omtvistade beslutet till stöd för motiveringen att kommissionen använde en och samma metod under det förfarande som utmynnade i det omtvistade beslutet. Dessa tabeller syftar nämligen, med beaktande av rubrikerna till dessa tabeller, till att samla likvärdiga uppgifter.

89 Härav följer att klaganden felaktigt har påstått att dess rätt till försvar har åsidosatts på grund av att metoden och principerna för beräkning av kostnader för att fastställa en marginalpress skilde sig åt i samband med meddelandet om invändningar respektive i det omtvistade beslutet. Domstolen underkänner därmed klagandens påstående att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning genom att inte godta ett sådant åsidosättande av klagandens rätt till försvar.

90 Klaganden har för det andra kritiserat tribunalen för att inte ha fastställt ett åsidosättande av klagandens rätt till försvar med hänsyn till skillnaden mellan uppgifterna om kostnader som angavs i meddelandet om invändningar respektive de uppgifter om kostnader som angavs i det omtvistade beslutet.

91 Det framgår av punkterna 187, 190 och 192 i den överklagade domen att skillnaderna mellan kostnaderna och marginalerna som angavs i meddelandet om invändningar respektive de som angavs i det omtvistade beslutet är en följd av att kommissionen beaktat vissa justeringar som klaganden själv föreslagit för att iaktta dess rätt till försvar. Såsom framgår av punkt 83 i förevarande dom innebär principen om iakttagande av rätten till försvar inte endast att kommissionen ska höra mottagarna av ett meddelande om invändningar, utan även, i förekommande fall, beakta deras yttranden som framförts i som svar på kommissionens anmärkningar genom att ändra sin bedömning, just för att iaktta deras rätt till försvar. De skillnader som klaganden har åberopat i förevarande fall kan således inte påvisa att dess rätt till försvar har åsidosatts.

92 Den omständigheten att kommissionen gjorde dessa justeringar vid beräkningen av klagandens marginaler utan att på nytt ha hört klaganden utgör inte ett åsidosättande av dennes rätt till försvar. Justeringarna gjordes nämligen på grundval av de uppgifter som klaganden själv hade tillhandahållit med tillämpning av principerna och metoden baserade på långsiktiga genomsnittliga marginalkostnader, på det sätt som kommissionen hade tillkännagett under det administrativa förfarandet.

93 Vad för det tredje gäller den kritik som riktats mot punkt 209 i den överklagade domen angående ”avstämningsmötet” rörande ärendets utveckling den 16 september 2014, konstaterar domstolen att tribunalen inte gjorde en felaktig rättstillämpning när den i nämnda punkt slog fast att principen om iakttagande av rätten till försvar inte innebar någon skyldighet för kommissionen att lämna ut sina slutliga beräkningar av marginalerna innan den riktade det omtvistade beslutet till klaganden. Denna princip innebär endast en skyldighet för kommissionen att ge klaganden möjlighet att på ett ändamålsenligt sätt ta ställning till de faktiska och rättsliga omständigheter som den kommer att beakta när den antar sitt beslut. Klaganden har emellertid inte visat att de uppgifter som lämnades ut vid detta möte hänförde sig till faktiska eller rättsliga omständigheter som klaganden inte hade kunnat ta ställning till under det administrativa förfarande som föregick detta möte.

94 Tribunalen gjorde följaktligen inte någon felaktig rättstillämpning när den i punkt 209 i den överklagade domen fann att klaganden hade underrättats om alla relevanta omständigheter rörande kommissionens beräkning av marginalerna och hade getts möjlighet att yttra sig innan det omtvistade beslutet antogs.

95 Mot bakgrund av det ovan anförda kan överklagandet inte vinna bifall såvitt avser klagandens andra grund.

Den tredje grunden

Upptagande till prövning

– Parternas argument

96 Kommissionen har gjort gällande att klagandens tredje grund inte kan tas upp till sakprövning. Klaganden har i denna grund gjort gällande att kommissionen gjorde ett väsentligt bedömningsfel genom att inte samla in uppgifter från tredje part eller genom att inte utarbeta sin egen beräkning av den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden för tillämpningen av kriteriet ”lika effektiv aktör”. Denna anmärkning framställdes emellertid inte vid tribunalen.

97 Klaganden har bestritt att talan inte kan tas upp till sakprövning. Klaganden anser att den i sin replik vid tribunalen kritiserade kommissionen för att inte i sin helhet ha redogjort för den metod, de principer och de uppgifter som tillämpats för beräkning av den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden som den hade för avsikt att stödja sig på.

– Domstolens bedömning

98 Det ska erinras om att det av artikel 170.1 i domstolens rättegångsregler följer att överklagandet inte får ändra saken i målet vid tribunalen. I mål om överklagande är domstolen endast behörig att pröva den rättsliga bedömningen av de grunder som åberopats i den lägre instansen.

99 En part får följaktligen inte, inom ramen för ett överklagande, vid domstolen åberopa en ny grund som denne inte har åberopat vid tribunalen, eftersom detta skulle innebära att vederbörande vid domstolen, vilken har en begränsad behörighet i mål om överklagande, kunde anhängiggöra en mer omfattande tvist än den som tribunalen har prövat (dom av den 11 november 2004, Ramondín m.fl./kommissionen, C-186/02 P och C-188/02 P, EU:C:2004:702, punkt 60).

100 Domstolen erinrar även om att det vid prövningen av huruvida en prissättning som leder till marginalpress utgör missbruk i princip och i första hand är det berörda företagets priser och kostnader på detaljistmarknaden som ska beaktas. Det är endast när det med hänsyn till omständigheterna inte är möjligt att hänvisa till dessa priser och kostnader som konkurrenternas priser och kostnader ska bedömas (domen i målet TeliaSonera, punkt 46).

101 Klaganden har som tredje grund gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning när den underkände klagandens argument att kommissionen felaktigt hade avslagit klagandens begäran om optimeringsjusteringar. Klaganden har bland annat hävdat att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning genom att inte besluta att kommissionen borde ha samlat in uppgifter från klagandens konkurrenter eller skapat en egen koherent databas för att utarbeta en modell baserad på den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden, eftersom strukturen på klagandens långsiktiga genomsnittliga marginalkostnader av objektiva skäl inte gick att fastställa på ett precist sätt.

102 Klaganden har emellertid inte visat att den gjorde en sådan anmärkning vid tribunalen. När klaganden vid tribunalen klandrade kommissionen för att inte i sin helhet ha redogjort för den metod, de principer och de uppgifter som används för beräkning av den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden som den hade för avsikt att lägga till grund för sin bedömning av huruvida marginalpress förelåg i förevarande fall, åberopade klaganden endast ett åsidosättande av sina processuella rättigheter. Klaganden har inte hävdat att det i detta avseende var fel att grunda sig på dess kostnader. Klaganden har inte heller i övrigt påstått att tribunalen i punkt 231 i den överklagade domen missuppfattade klagandens argument. I nämnda punkt konstaterade tribunalen emellertid

uttryckligen att klaganden inte hade hävdat att konkurrenternas priser och kostnader borde undersökas i förevarande fall på grund av att det inte var möjligt att hänvisa till klagandens egna priser och kostnader.

103 Det har således inte visats att klaganden vid tribunalen har påstått att kommissionen inte kunde grunda sig på dess uppgifter för att fastställa de relevanta kostnaderna eller att endast uppgifter från klagandens konkurrenter eller helt konstruerade uppgifter skulle ha gjort det möjligt att fastställa nämnda kostnader.

104 Såsom framgår av punkt 98 i förevarande dom kan följaktligen den anmärkning som klaganden har anfört till stöd för sin tredje grund inte tas upp till sakprövning. Genom denna anmärkning har klaganden gjort gällande att kommissionen gjorde en väsentlig felbedömning genom att inte samla in uppgifter från tredje part eller genom att inte utarbeta sin egen beräkning av den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden vid tillämpningen av kriteriet ”lika effektiv aktör”.

Prövning i sak

– Parternas argument

105 Klaganden anser att tribunalen vid bedömningen av huruvida det förelåg missbruk i form av marginalpress gjorde en felaktig tillämpning av kriteriet ”lika effektiv aktör” när den underkände klagandens optimeringsjusteringar.

106 Även om kommissionen godtog dess siffror avseende den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden vid omvärderingen och avskrivningarna av tillgångarna, fanns det enligt klaganden ingen anledning att avslå optimeringsjusteringarna, eftersom de också grundade sig på de kostnader som ett nät som byggts vid tidpunkten för det omtvistade beslutet skulle medföra. Det rör sig om en fråga om enhetlighet eller likabehandling.

107 Klaganden anser att det, i avsaknad av en kostnadsmodell som kommissionen fastställt på grundval av långsiktiga genomsnittliga marginalkostnader och den omständigheten att klagandens långsiktiga genomsnittliga marginalkostnader för perioden 2005–2010 byggde på förhållanden som följde av analysen av dess långsiktiga genomsnittliga marginalkostnader för år 2011, inte fanns något giltigt skäl för att avslå optimeringsjusteringarna. Tribunalen borde således inte, utan att göra en felaktig rättstillämpning, i punkt 233 i den överklagade domen ha slagit fast att optimeringsjusteringarna skulle ha medfört en ”avvikelse” från klagandens kostnader under överträdelseperioden, och borde inte heller angett att optimeringsjusteringarna innebar att ett modernt nät beaktades. På samma sätt är påståendet i punkt 226 i den överklagade domen, att frågorna om omvärdering och avskrivning av tillgångar, å ena sidan, och optimeringsjusteringarna, å andra sidan, hade ett ”annat syfte”, utan relevans i avsaknad av en modell som kommissionen har utarbetat och felaktiga eftersom dessa två frågor rör beräkningen av den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden. Klaganden har vidare gjort gällande att kommissionen, när det gäller de justeringar som gjorts för att kostnaderna för tillgångar och avskrivningar ska grundas på principerna om redovisning av aktuella kostnader (justeringar för aktuella kostnader), godtog principen om att hänsyn ska tas till en uppdatering av kostnaderna för utrustning och drift som innefattar byggandet av ett nät vid tidpunkten för beräkningen på grundval av dessa kostnader, medan den inte godtog optimeringsjusteringarna, vilka emellertid grundade sig på samma princip. Klaganden har även bestritt uppgiften i punkt 234 i den överklagade domen att optimeringsjusteringarna grundade sig på en ”fullt effektiv aktör”, eftersom de grundades på en lika effektiv aktör som bygger ett nät år 2011 och dess långsiktiga genomsnittliga marginalkostnader för år 2011, vilka var de enda som fanns tillgängliga. De sålunda erhållna kostnaderna motsvarar de kostnader som klaganden skulle slippa om den inte erbjöd de berörda bredbandstjänsterna.

108 Kommissionen anser att tribunalen inte gjorde en felaktig rättstillämpning i punkterna 233–235 i den överklagade domen, eftersom klagandens ståndpunkt varken beaktar arten och verkningarna av varje typ av justering eller skälen till att kommissionen godtog eller underkände dem.

– Domstolens bedömning

109 Det ska erinras om att ett dominerande företags tillämpning av en prissättning som leder till marginalpress för konkurrenter som är lika effektiva som det dominerande företaget utgör missbruk i den mening som avses i artikel 102 FEUF, eftersom den kan medföra utestängningseffekter för dessa konkurrenter genom att försvåra eller till och med omöjliggöra konkurrenternas tillträde till den berörda marknaden (se, för ett liknande resonemang, domen i målet TeliaSonera, punkterna 63–65 och där angiven rättspraxis).

110 För att bedöma huruvida den prispolitik som tillämpas av ett dominerande företag är tillåten ska man i princip hänvisa till priskriterier som grundar sig på de kostnader som det dominerande företaget självt har och på företagets strategi. När det gäller en prissättning som leder till marginalpress för konkurrenterna gör användningen av sådana bedömningskriterier det möjligt att kontrollera huruvida det dominerande företaget självt skulle ha varit tillräckligt effektivt för att kunna erbjuda sina tjänster till slutkunderna utan att göra förlust om det hade varit tvunget att betala sina egna grossistpriser för accesstjänsterna (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 oktober 2010, Deutsche Telekom/kommissionen, C-280/08 P, EU:C:2010:603, punkt 201 och domen i målet TeliaSonera, punkterna 41 och 42 och där angiven rättspraxis).

111 I förevarande fall framgår det av punkterna 186, 187 och 217 i den överklagade domen att kommissionen, vid bedömningen av kostnaderna för en konkurrent som är åtminstone lika effektiv som klaganden som erbjuder bredbandsaccess via sitt eget nät, beaktade kostnaderna för de tillgångar som ingår i detta nät. Såsom framgår av punkt 70 ovan begärde nämligen klaganden, genom att redovisa dessa kostnader för kommissionen, att kommissionen dels skulle göra en ny utvärdering av tillgångarna, dels beakta bristerna i dess nät genom optimeringsjusteringar. Kommissionen godtog att bland annat inkludera omvärderingen av klagandens tillgångar i sin analys av marginalpressen och att dra av de anknutna och gemensamma kostnaderna för de specifika fasta kostnaderna. Kommissionen godtog däremot inte optimeringsjusteringarna.

112 I punkterna 222–239 i den överklagade domen slog tribunalen fast att kommissionen med rätta hade vägrat att beakta optimeringsjusteringarna. Tribunalen motiverade detta beslut, i punkt 225 i den överklagade domen, bland annat med att dessa justeringar bestod i att korrigera tillgångarna till den ungefärliga nivå som skulle gälla för en effektiv aktör som byggde ett optimalt nät som är anpassat för att tillmötesgå en framtida efterfrågan grundad på uppgifter som föreligger ”i dag” och förväntad efterfrågan. Tribunalen fann därför att optimeringsjusteringarna grundade sig på en prognos och en optimal nätmodell och inte på en uppskattning som återspeglade marginalkostnaderna för klagandens befintliga tillgångar.

113 Tribunalen drog härav, i punkt 226 i den överklagade domen, slutsatsen att optimeringsjusteringarna i allmänhet och ersättandet av befintliga tillgångar mot likvärdiga modernare tillgångar i synnerhet, hade ett annat syfte än den omvärdering av tillgångarna som föreslagits av klaganden. Tribunalen ansåg vidare att kommissionens beaktande av den omvärdering av befintliga tillgångar som föreslagits av klaganden på grund av att det saknades andra mer tillförlitliga uppgifter om dess långsiktiga genomsnittliga marginalkostnader inte på något sätt innebar att kommissionen av denna anledning nödvändigtvis hade godtagit optimeringsjusteringarna, varför kommissionen hade fog för att behandla dels ersättandet av befintliga tillgångar mot modernare likvärdiga tillgångar, dels den omvärdering av tillgångarna som föreslagits av klaganden, på olika sätt.

114 I punkterna 227–235 i den överklagade domen bekräftade tribunalen dessutom kommissionens slutsats att optimeringsjusteringarna inte skulle leda till att den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden beräknades på grundval av en hypotetisk konkurrents tillgångar i stället för på grundval av klagandens tillgångar. I punkt 232 i den överklagade domen fann tribunalen dels att ersättandet av befintliga tillgångar med likvärdiga modernare tillgångar syftade till att justera kostnaderna för tillgångarna genom att beakta värdet på de ”aktuella” tillgångarna, dock utan att göra adekvata justeringar av avskrivningarna, dels att beaktandet av nätens överskottskapacitet på grundval av den kapacitet som ”för närvarande” användes skulle leda till ett uteslutande av klagandens tillgångar som inte var i produktivt bruk. Tribunalen drog härav, i punkt 233 i den överklagade domen, slutsatsen att kommissionen inte begick något fel när den fann att ett beaktande av optimeringsjusteringarna skulle ha lett till ett avsteg från de kostnader klaganden haft mellan den 12 augusti 2005 och den 31 december 2010. Slutligen fann tribunalen, i punkt 234 i den överklagade domen, att kommissionen inte hade åsidosatt principen att prövningen av huruvida det föreligger marginalpress ska grundas på kriteriet ”lika effektiv aktör” när den i huvudsak påpekade att det är oundvikligt att viss kapacitet ibland förblir outnyttjad. Tribunalen fann nämligen att om kommissionen hade godtagit de optimeringsjusteringar som berodde på klagandens överskjutande kapacitet, skulle beräkningarna av klagandens långsiktiga genomsnittliga marginalkostnader ha återspeglat kostnaderna i samband med ett optimalt nät som motsvarar efterfrågan och inte har de brister som finns i denna operatörs nät.

115 Klaganden har hävdat att tribunalen gjorde en felaktig tillämpning av kriteriet ”lika effektiv aktör” och åsidosatte principen om likabehandling när den godkände kommissionens underkännande av optimeringsjusteringarna. Till stöd för denna anmärkning har klaganden i huvudsak anfört att justeringarna endast avsåg de befintliga uppgifterna om den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden, det vill säga klagandens uppgifter från år 2011, vilka användes som vägledning för perioden 2005–2011. Klaganden har dessutom hävdat att justeringarna var avsedda att återspegla de aktuella kostnaderna för utrustning och drift avseende ett nät som byggts vid tidpunkten för det omtvistade beslutet (”i dag”), på samma sätt som justeringarna för aktuella kostnader som kommissionen hade godtagit att beakta.

116 Den omständigheten att den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden som kommissionen beaktade för perioden 2005–2010 hade uppskattats på grundval av klagandens uppgifter från år 2011 och att optimeringsjusteringarna var avsedda att uppdatera kostnaderna för utrustning och drift i förhållande till ett byggt nät vid tidpunkten för det omtvistade beslutet, räcker emellertid inte för att visa att tribunalen gjorde en felaktig rättslig bedömning i punkterna 225 och 232 i den överklagade domen. Tribunalen fann där att dessa justeringar avsåg att göra en uppskattning av kostnaderna för befintliga tillgångar genom att ersätta dem med motsvarande modernare tillgångar, vilket innebär att de inte längre återger kostnaderna för en konkurrent som är lika effektiv som klaganden. Tribunalen gjorde således inte någon felaktig rättstillämpning när den, i punkterna 226 och 233 i den överklagade domen, fann att beaktandet av optimeringsjusteringarna hade ett annat syfte än omvärderingen av tillgångarna och hade lett till ett avsteg från de kostnader klaganden haft mellan den 12 augusti 2005 och den 31 december 2010.

117 Den omständigheten att de enda uppgifter som kommissionen beaktade vid beräkningen av den långsiktiga genomsnittliga marginalkostnaden var klagandens uppgifter avseende år 2011 och att optimeringsjusteringarna var avsedda att uppdatera kostnaderna för utrustning och drift i förhållande till ett nät som byggts vid tidpunkten för det omtvistade beslutet räcker inte för att visa att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning eller en felaktig rättslig kvalificering av de faktiska omständigheterna på grund av det sätt som den tillämpade kriteriet ”lika effektiv aktör” på omständigheterna i förevarande fall genom att i punkt 234 i den överklagade domen göra bedömningen att beaktandet av optimeringsjusteringarna kopplade till överskjutande kapacitet hade återspeglat kostnaderna för ett optimalt nät som motsvarar efterfrågan och som inte har de brister som finns i klagandens nät.

118 Eftersom det inte har visats att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning när den fastställde att det var riktigt av kommissionen att utesluta de optimeringsjusteringar som klaganden föreslagit med tillämpning av kriteriet ”lika effektiv aktör”, saknar det relevans att dessa justeringar gjordes på grundval av samma uppgifter som de som varit föremål för andra justeringar som kommissionen beaktat, såsom klagandens justeringar för aktuella kostnader. Beaktandet av kostnader och justeringar av dessa kostnader vid prövningen av en prissättning som leder till marginalpress för det dominerande företagets konkurrenter ska nämligen inte bedömas med hänsyn till att kommissionen redan godtagit andra justeringar av dessa kostnader, utan utifrån kriteriet avseende en konkurrent som är åtminstone lika effektiv som företaget i dominerande ställning.

119 Under alla omständigheter kan en felaktig tillämpning av detta kriterium på grund av att vissa kostnadsjusteringar beaktats inte i sig motivera att även andra justeringar beaktas med hänsyn till likabehandlingsprincipen. Principen om likabehandling ska nämligen tillämpas på ett sätt som är förenligt med legalitetsprincipen, vilket innebär att ingen till sin egen fördel får åberopa en rättsstridig handling (dom av den 13 september 2017, Pappalardo m.fl./kommissionen, C-350/16 P, EU:C:2017:672, punkt 52 och där angiven rättspraxis).

120 Tribunalen gjorde följaktligen inte någon felaktig rättstillämpning eller någon felaktig rättslig kvalificering av de faktiska omständigheterna när den fastställde att kommissionen hade fog för sin vägran att beakta optimeringsjusteringarna.

121 Överklagandet kan således inte vinna bifall såvitt avser den tredje grunden, eftersom den i vissa delar inte kan tas upp till sakprövning och i övriga delar inte kan leda till bifall för överklagandet.

Ansökan om att få komma i åtnjutande av en gynnande dom

122 Klaganden har yrkat att få komma i åtnjutande av ett eventuellt godtagande av den grund som anförts av Deutsche Telekom till stöd för överklagandet i mål C-152/19 P av tribunalens dom av den 13 december 2018, Deutsche Telekom/kommissionen (T-827/14, EU:T:2018:930), i vilken Deutsche Telekom har kritiserat nämnda dom i den del det slås fast att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den fann att klaganden och Deutsche Telekom utgjorde ett enda företag och att båda bolagen var ansvariga för den överträdelse som konstaterats i det omtvistade beslutet. Klaganden har till stöd för detta yrkande gjort gällande att denna grund har samma föremål som den fjärde grund som åberopades vid tribunalen.

123 Kommissionen har hävdat att ett sådant yrkande ska ogillas, eftersom det inte rör sig om en grund för överklagandet, eftersom klagandens ansvar inte har sitt ursprung i Deutsche Telekoms beteende och Deutsche Telekoms överklagande i mål C-152/19 P under alla omständigheter ska ogillas.

124 I detta avseende räcker det att konstatera att domstolen, genom dom av samma dag, Deutsche Telekom/kommissionen (C-152/19 P), ogillade Deutsche Telekoms överklagande i det målet, varför klagandens yrkande är verkningslöst, eftersom det saknar föremål.

125 Följaktligen ska överklagandet ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

126 Enligt artikel 184.2 i rättegångsreglerna ska domstolen besluta om rättegångskostnaderna när överklagandet ogillas.

127 Enligt artikel 138.1 i rättegångsreglerna, som enligt artikel 184.1 ska tillämpas i mål om överklagande, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.

128 Kommissionen har yrkat att klaganden ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom klaganden har tappat målet, ska klaganden bära sina egna rättegångskostnader och ersätta kommissionens rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

1) Överklagandet ogillas.

2) Slovak Telekom a.s. ska förutom att bära sina egna rättegångskostnader ersätta Europeiska kommissionens rättegångskostnader.

Underskrifter