

YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO
(laajennettu viides jaosto)

30 päivänä tammikuuta 2007^{*}

Asiassa T-340/03,

France Télécom SA, aiemmin Wanadoo Interactive SA, kotipaikka Pariisi (Ranska),
edustajinaan asianajajat O. Brouwer, H. Calvet, M. Pittie, J. Philippe ja T. Janssens,

kantajana,

vastaan

Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehinään aluksi S. Rating ja É. Gippini
Fournier, sittemmin É. Gippini Fournier,

vastaajana,

jossa vaaditaan [EY 82 artiklan] mukaisesta menettelystä (asia COMP/38.233 –
Wanadoo Interactive) 16.7.2003 tehdyn komission päätöksen kumoamista tai
toissijaisesti kantajalle määrätyn sakon kumoamista tai sen määrän alentamista,

^{*} Oikeudenkäyntikieli: ranska.

EUROOPAN YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN
(laajennettu viides jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja M. Vilaras sekä tuomarit M. E. Martins Ribeiro, F. Dehousse, D. Šváby ja K. Jürimäe,

kirjaaja: johtava hallintovirkamies J. Palacio González,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 26.4.2005 pidetyssä istunnossa esitetyn,

on antanut seuraavan

tuomion

Tosiseikat ja asian käsittelyn vaiheet

- ¹ Nopeiden Internet-yhteyksien kehittyessä komissio päätti heinäkuussa 1999 aloittaa Euroopan unionissa alakohtaisen tutkimuksen, joka koski muun muassa tilaajayhteyksien käyttöön liittyvien palveluiden tarjoamista ja koteihin ulottuvien tilaajayhteyksien käyttöä, sille 6.2.1962 annetun neuvoston asetuksen N:o 17 (perustamissopimuksen [81] ja [82] ensimmäinen täytäntöönpanoasetus) (EYVL 1962, 13, s. 204) 12 artiklan 1 kohdassa myönnetyn toimivallan nojalla. Tässä yhteydessä komissio ryhtyi keräämiensä tietojen johdosta tarkastelemaan yksityiskohtaisesti

Wanadoo Interactive SA:n (jäljempänä WIN) Ranskassa asuville yksityisasiakkaille tarjoamien nopeiden Internet-yhteyksien hintaehtoja. Syyskuussa 2001 komissio aloitti viran puolesta tätä koskevan menettelyn.

- 2 Riita-asian tapahtumien ajankohtana WIN oli France Télécom -konserniin kuuluva yhtiö. Wanadoo SA omisti 99,9 prosenttia sen osakepääomasta. France Télécomin omistama osuus Wanadoon pääomasta vaihteli riita-asian tapahtumien ajanjakson aikana 70 ja 72,2 prosentin välillä. Wanadoon ja sen tytäryhtiöiden muodostama konserni (jäljempänä Wanadoo-konserni) vastasi kaikista France Télécom -konsernin Internetiin liittyvistä toiminnoista sekä puhelinluetteloiden kustantamiseen liittyvistä toiminnoista. WIN oli Wanadoo-konsernin sisällä vastuussa Ranskan alueella tarjottaviin Internet-yhteyspalveluihin liittyvästä toiminnasta ja tekniikasta, ADSL-palvelut (Asymmetric Digital Subscriber Line, epäsymmetrinen digitaalinen tilaajayhteys) mukaan lukien.
- 3 Komissio osoitti WIN:lle 19.12.2001 ensimmäisen väitetiedoksiannon (jäljempänä ensimmäinen väitetiedoksianto) ja 9.8.2002 täydentävän väitetiedoksiannon (jäljempänä täydentävä väitetiedoksianto), joihin WIN vastasi 4.3.2001 ja 23.10.2002.
- 4 Komissio osoitti WIN:lle 16.1.2003 "tosiseikkoja koskevaksi kirjeeksi" määritellyn kirjeen (jäljempänä tosiseikkoja koskeva kirje) ja myönsi tälle mahdollisuuden tutustua tämän kirjeen laatimisessa käytettyyn asiakirja-aineistoon. WIN tutustui asiakirja-aineistoon 23.1. ja 27.1.2003. WIN pyysi komissiota 26.2.2003 päivätyllä kirjeellä toimittamaan sille selvennyksiä usean tosiseikkoja koskevaan kirjeeseen sisältyvän seikan osalta. Komissio vastasi 28.2.2003 päivätyllä kirjeellä, ja WIN esitti 4.3.2003 muistion vastauksena tosiseikkoja koskevaan kirjeeseen.

- 5 Komissio totesi [EY 82 artiklan] mukaisesta menettelystä (asia COMP/38.233 – Wanadoo Interactive) 16.7.2003 tehdyllä päätöksellä (jäljempänä päätös), että "[WIN] on rikkonut [EY] 82 artiklaa soveltamalla eXtense- ja Wanadoo ADSL -palveluihinsa saalistushintoja, jotka eivät kattaneet sen muuttuvia kustannuksia elokuuhun 2001 saakka ja sen kokonaiskustannuksia elokuusta 2001 lähtien sellaisen suunnitelman yhteydessä, jolla pyrittiin hallitsemaan nopeiden Internet-yhteyksien markkinoita niiden tärkeässä kehitysvaiheessa" (1 artikla). Komissio määräsi WIN:n lopettamaan tämän kilpailusääntöjen rikkomisen (2 artikla) ja määräsi tälle 10 350 000 euron sakon (4 artikla).

- 6 Päätöksessä määritellään merkitykselliset markkinat Ranskan yksityisasiakkaille tarjottavien nopeiden Internet-yhteyksien markkinoiksi. Tuotteet, joita kilpailusääntöjen rikkominen koskee, ovat ADSL-tekniikan avulla tarjottavat nopeat Internet-yhteyksipalvelut (Wanadoo ADSL ja eXtense).

- 7 Päätöksessä todetaan, että Wanadoo ADSL -palvelun tilaajan oli riita-asian tapahtumien ajankohtana maksettava joka kuukausi France Télécomille maksu palvelun tarjoamisesta, France Télécomille vuokra siltä vuokratusta ADSL-modeemista ja WIN:lle maksu, koska se tarjosi Internet-yhteyden. eXtense-palvelun käyttäjä osti modeemin ja maksoi WIN:lle vain yhden kuukausimaksun, joka kattoi France Télécomin tarjoaman palvelun ja rajattoman Internet-yhteyden.

- 8 Eri seikkoja, kuten markkinaosuuksia (päätöksen 211–222 perustelukappale) ja France Télécomiin "nojautumisen" vaikutuksia (päätöksen 223–228 perustelukappale) tutkittuaan komissio päätteli, että WIN:llä on määräävä markkina-asema merkityksellisillä markkinoilla. Tämän jälkeen komissio osoitti, että WIN:n hinnoittelukäytäntö, joka alitti sen todelliset kustannukset, oli osa tahallista saalistusstrategiaa, jolla pyrittiin "hallitsemaan" markkinoita, ja että tämä hinnoittelukäytäntö on näin ollen EY 82 artiklassa tarkoitettua määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä (päätöksen 254 perustelukappale).

- 9 Päätöksen mukaan kilpailusääntöjen rikkominen alkoi 1.3.2001 ja päättyi 15.10.2002, jolloin France Télécomin maaliskuussa 2002 esittelemät korjaustoimenpiteet tulivat voimaan. Hinnoittelulla ei katettu muuttuvia kustannuksia vuoden 2001 maaliskuusta elokuuhun eikä kokonaiskustannuksia elokuusta 2001 alkaen (päätöksen 1 artikla, ks. edellä 5 kohta).
- 10 Tämä päätös annettiin WIN:lle tiedoksi 23.7.2003, ja WIN vaati sen kumoamista ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjaamoon 2.10.2003 toimittamallaan kannekirjelmällä.
- 11 WIN:n oikeudet siirtyivät France Télécomille 1.9.2004 tapahtuneen sulautumisen johdosta.

Asianosaisten vaatimukset

- 12 Kantaja vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin
- kumoaa päätöksen
 - toissijaisesti kumoaa sakon tai alentaa sen määrää
 - velvoittaa vastaajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

13 Komissio vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

- hylkää kanteen
- velvoittaa kantajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Oikeudellinen arviointi

I Päätöksen kumoamista koskevat vaatimukset

14 Kumoamisvaatimustensa tueksi kantaja on esittänyt useita menettelymääräyksiä koskevia kanneperusteita, minkä lisäksi se väittää, että seuraamusten yksilökohtaisuuden periaatetta on loukattu ja että EY 82 artiklaa on rikottu.

A Kanneperuste, joka koskee puolustautumisoikeuksien loukkaamista ja olennaisten menettelymääräysten rikkomista

1. Asianosaisten lausumat

15 WIN katsoo, että asiassa, jossa on kyse saalistushinnoista, kustannusten laskemisesta on pidettävä kyseessä olevan väitteen keskeisenä seikkana. WIN kuitenkin väittää, että sillä oli vaikeuksia päästä tutustumaan asiakirja-aineistoon ja että lisäksi muuttuvien kustannusten ja kokonaiskustannusten laskemisessa tärkeistä seikoista,

joita päätökseen sisältyi, ei ole koskaan tehty väitetiedoksiantoa ja että niistä on ilmoitettu vain tosiseikkoja koskevassa kirjeessä. WIN:n mukaan sen puolustautumisoikeuksia on näin ollen loukattu ja olennaisia menettelymääräyksiä on rikottu. WIN väittää, että se ei voinut tietää, kuinka suuri merkitys ja minkälainen asema näillä seikoilla oli komission päättelytoiminnassa ja väitteissä ja että se ei voinut näin ollen asianmukaisesti käyttää puolustautumisoikeuksiaan niiden osalta.

- 16 Lisäksi WIN väittää, että komissio käytti päätöksessä laskutoimituksia, jotka sekä käytetyn menetelmän osalta että tulosten osalta olivat erilaiset kuin täydentävässä väitetiedoksiannossa käytetyt laskutoimitukset. WIN:n mukaan komissio muutti väitteitään muuttaessaan kustannusten kattamistestiä. Lisäksi päätöksessä todettu kilpailusääntöjen rikkomisen kesto on pidempi kuin väitetiedoksiannossa todettu kesto, eikä asianosaisilla ole ollut mahdollisuutta ilmaista siitä kantaansa.
- 17 Komissio katsoo, että WIN:n väitteet ovat tosiseikkojen osalta virheelliset ja oikeudellisesti perusteettomat. Komissio katsoo, että tosiseikkoja koskevassa kirjeessä se vain korjasi laskuvirheet, joita WIN toi esille täydentävään väitetiedoksiantoon antamassaan vastauksessa, tekemättä testiin tai väitteisiin muutoksia. Lisäksi komissio korostaa, että WIN:ä kuultiin tosiseikkoja koskevan kirjeen sisällöstä. Tämän kirjeen tarkoitus oli nimenomaan tarjota tälle yritykselle mahdollisuus tuoda tehokkaasti esiin näkökantaansa niiden tosiseikkojen paikkansapitävyydestä ja asianmukaisuudesta, joihin on vedottu, minkä WIN komission mukaan tekikin. Komission mukaan WIN pyysi siltä 26.2.2003 päivätyssä kirjeessään lisätietoja useiden tosiseikkoja koskevaan kirjeeseen sisältyvien seikkojen osalta. Komissio toteaa vastanneensa 28.2.2003 päivätyllä kirjeellä, minkä seurauksena WIN kykeni antamaan 4.3.2003 päivätyin vastauksensa tosiseikkoja koskevaan kirjeeseen. Komissio väittää, että tosiseikkoja koskevan kirjeen lähettämisen yhteydessä se tarjosi WIN:lle mahdollisuuden tutustua koko asiakirja-aineistoon, jota kirjeen laatimisessa oli käytetty. WIN tutustui asiakirja-aineistoon 23.1. ja 27.1.2003. Kilpailusääntöjen rikkomisen keston osalta komissio katsoo, että koska se jatkui vielä väitetiedoksiannon lähettämisen ajankohtana, se pystyi määrittelemään vain kilpailusääntöjen rikkomisen alkamisajankohdan.

2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

18 Aluksi on muistutettava, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan väitetiedoksiannossa on esiteltävä väitteet riittävän selkein sanamuodoin ja ainakin pääpiirteittäin, jotta ne, joita asia koskee, voivat saada tiedon siitä, mistä toiminnasta komissio niitä moittii. Vain tämän edellytyksen täytyessä väitetiedoksianto täyttää sille yhteisön asetuksissa annetun tehtävänsä, joka on kaikkien tarpeellisten seikkojen ilmoittaminen yrityksille ja yritysten yhteenliittymille, jotta nämä voivat puolustautua tehokkaasti ennen kuin komissio tekee lopullisen päätöksen. Lisäksi vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan tätä edellytystä on noudatettu, kun päätöksessä ei syytetä asianomaisia muista kuin niistä kilpailusääntöjen rikkomisista, joista väitetiedoksiannossa on kyse, ja kun siinä otetaan huomioon vain sellaiset tosiseikat, joiden osalta asianomaiset henkilöt ovat voineet ilmaista kantansa. Komission lopullisen päätöksen ei kuitenkaan tarvitse välttämättä täydellisesti vastata väitetiedoksiantoa (asia T-86/95, *Compagnie générale matitime* ym. v. komissio, tuomio 28.2.2002, Kok. 2002, s. II-1011, 442 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Väitetiedoksiantoa voidaan näin ollen täydentää osapuolten antaman vastineen perusteella, jossa esitetyt argumentit osoittavat, että osapuolet ovat todella voineet käyttää puolustautumisoikeuksiaan. Komissio voi myös hallinnollisen menettelyn huomioon ottaen muuttaa tai täydentää sekä tosiseikkojen että oikeudellisten seikkojen osalta esittämiensä väitteiden tukena olevia perusteluja (ks. asia T-310/01, *Schneider Electric* v. komissio, tuomio 22.10.2002, Kok. 2002, s. II-4071, 438 kohta).

19 Tätä kanneperustetta on tarkasteltava edellä todetun valossa.

20 On todettava, että tutkinnan päätyttyä komissio osoitti 19.12.2001 WIN:lle ensimmäisen väitetiedoksiannon. WIN esitti huomautuksensa 4.3.2002 antamassaan vastauksessa ja 18.3.2002 pidetyn kuulemisen yhteydessä (pätöksen 153 perustelukappale). Komissio osoitti WIN:lle 9.8.2002 täydentävän väitetiedoksiannon. WIN toimitti siitä huomautuksensa 23.10.2002 eikä pyytänyt kuulemistä (pätöksen

157 perustelukappale). Näin ollen WIN:llä oli mahdollisuus käyttää puolustautumisoikeuksiaan komission väitetiedoksiannoissa esittämistä väitteistä sekä näihin väitetiedoksiantoihin antamissaan vastauksissa että kuulemisensa yhteydessä.

21 Komission päätöksessään esittämät väitteet eivät eroa väitetiedoksiannoissa esitetyistä väitteistä.

22 Komissio esitti 19.12.2001 päivätyn väitetiedoksiannon johdannossa seuraavaa:

”Tässä väitetiedoksiannossa on kyse [WIN]:n, joka on yksi France Télécom -konsernin yrityksistä, Wanadoo ADSL- ja Pack [eXtense] -nimisten nopeiden Internet-yhteydyspalveluiden hinnoittelukäytännöistä vuonna 2001.

--

Tutkinnan yhteydessä on käynyt ilmi, että [WIN] on harjoittanut alkuvuodesta 2001 lähtien kyseessä olevien palveluiden hinnoittelua, joka alitti kustannukset, joka voidaan määritellä saalistustoiminnaksi ja joka voi olla [EY] 82 artiklan vastaista.”

- 23 Tässä samassa väitetiedoksiannossa komissio tekee arviointinsa päätteeksi seuraavan päätelmän:

”[Tässä vaiheessa] [WIN]:n alkuvuodesta 2001 lähtien harjoittamat saalistushinnat ovat [EY] 82 artiklan a ja b [kohdassa] [tarkoitettua] määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Kyseessä olevat käytännöt ilmenivät yksityisasiakkaille tarjottavien nopeiden Internet-yhteyksien markkinoiden kehityksen kriittisessä vaiheessa, joka toteutui samaan aikaan kuin ADSL levisi Ranskassa. [WIN] sai näiden käytäntöjen avulla huomattavan etumatkan kilpailijoihinsa, tai niillä estettiin kilpailijoiden saapuminen markkinoille tai niillä pysyminen.”

- 24 Päätöksen 1 artiklassa säädetään seuraavaa:

”[WIN] rikkoi [EY] 82 artiklaa maaliskuusta 2001 lokakuuhun 2002, koska se käytti eXtense- ja Wanadoo ADSL -palveluissaan saalistushintoja, jotka eivät kattaneet sen muuttuvia kustannuksia elokuuhun 2001 asti ja sen kokonaiskustannuksia elokuusta 2001 alkaen, sellaisen suunnitelman yhteydessä, jolla pyrittiin hallitsemaan nopeiden Internet-yhteyksien markkinoita niiden tärkeässä kehitysvaiheessa.”

- 25 Kun ensimmäistä väitetiedoksiantoa vertaillaan päätöksen kanssa, voidaan todeta, että yhtiö, merkitykselliset markkinat ja kyseessä olevat tuotteet ovat niissä samat, kuten myös väitetty kilpailusääntöjen rikkominen, toisin sanoen EY 82 artiklan vastainen saalistushinnoittelu.

- 26 Päätös on tosin paljon täsmällisempi kustannusten kattamisen osalta. Päätöksessä viitataan muuttuviin kustannuksiin ja kokonaiskustannuksiin ja siinä erotellaan tältä osin huomioon otetut ajanjaksot, mitä ensimmäisessä väitetiedoksiannossa ei tehdä.

- 27 Tämä täsmennys on kuitenkin lisätty täydentävään väitetiedoksiantoon, jonka 5.4 kohdan otsikko on "Väärinkäytös: muuttuvien kustannusten ja kokonaiskustannusten kattamatta jättäminen markkinoiden hallitsemisstrategian yhteydessä". Komissio täsmentää kahdessa alaviitteessä, joihin tässä otsikossa viitataan, että "tällä väitetiedoksiannolla täydennetään tältä osin ensimmäisen väitetiedoksiannon 3.4 [kohtaa]" ja että "kokonaiskustannusten kattamisen tarkastelu on uusi seikka ensimmäiseen väitetiedoksiantoon nähden". Käytetty menetelmä oli siis tässä vaiheessa WIN:n tiedossa ja sillä oli mahdollisuus esittää näkemyksensä.
- 28 Tosiseikkoja koskevan kirjeen tarkoitus on siinä käytetyn sanamuodon mukaan "tiettyjen sellaisten tosideikkojen esittäminen, joita ei ole nimenomaisesti mainittu väitetiedoksiannoissa ja joihin komissio voi viitata tällaisen päätöksen tekstissä[;] nämä seikat ovat osittain tosideikkoja, joita komissio on kuvaillut sen asiakirja-aineiston asiakirjoissa, johon asianajajat ovat jo voineet tutustua, ja osittain seikkoja, jotka on kerätty sen tutkimuksen aikana, joka jatkui 9.8.2002 jälkeen".
- 29 WIN väittää, että tällä kirjeellä muutetaan kustannusten kattamistestiä ja siis sitä vastaavaa väitettä, minkä vuoksi siitä olisi pitänyt tehdä väitetiedoksianto.
- 30 Aluksi on korostettava, että sitä lukuun ottamatta, että WIN vain mainitsi arvioitujen ajanjaksojen erilaisesta jaottelusta, WIN ei täsmentänyt kannekirjelmässään, miltä osin menetelmät tai tulokset olivat erilaiset tai mitä uusia seikkoja tosideikkoja koskevaan kirjeeseen sisältyi. WIN tyytyi viittaamaan ensimmäiseen väitetiedoksiantoon, täydentävään väitetiedoksiantoon ja tosideikkoja koskevaan kirjeeseen, jotka se liitti kanteeseen. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle ei kuitenkaan kuulu sellaisten seikkojen etsiminen ja tunnistaminen näistä liitteistä, jotka voisivat olla kanteen perustana. Vaikka kannekirjelmän tekstiä voidaan tukea ja täydentää tiettyjen kohtien osalta viittaamalla sen liitteinä olevien asiakirjojen tiettyihin kohtiin, yleisluonteisella viittauksella joihinkin asiakirjoihin, vaikka ne

olisivatkin kannekirjelmän liitteenä, ei voida korjata sitä, että kannekirjelmässä ei ole mainittu keskeisiä seikkoja (asia T-31/99, ABB Asea Brown Boveri v. komissio, tuomio 20.3.2002, Kok. 2002, s. II-1881, 113 kohta). Näin ollen ei ole aiheellista vertailla yksityiskohtaisesti väitetiedoksiantoja ja tosiseikkoja koskevaa kirjettä, jotka ovat kannekirjelmän liitteenä, menetelmiin liittyvien erojen tai uusien seikkojen etsimiseksi tosiseikkoja koskevasta kirjeestä. Täydennyksenä on kuitenkin huomautettava, että tähän tosiseikkoja koskevaan kirjeeseen ei sisälly yhtäkään väitettä eikä siinä ilmoiteta mistään menetelmän muutoksesta kustannusten kattamisen osuuden laskemista varten tai tehdä sellaista. Tosiseikkoja koskevassa kirjeessä päivitetään, täsmennetään tai korjataan, useilta osin vastauksena WIN:n esittämiin huomautuksiin, väitetiedoksiannoissa jo esiintyviä seikkoja. Siinä ei siis muuteta näissä viimeksi mainituissa esitetyjä väitteitä.

31 Arvioitujen ajanjaksojen erilaisen jaottelun osalta, joka on ainoa kannekirjelmässä sen väitteen tueksi esitetty seikka, jonka mukaan kustannusten kattamistestiä muutettiin, päätöksessä tosiasiaa lyhennettiin sitä ajanjaksoa, jonka osalta muuttuvia kustannuksia ei katettu, ja jatkettiin sitä ajanjaksoa, jonka osalta kokonaiskustannuksia ei katettu. Väitetiedoksiannossa kuitenkin väite, jonka mukaan kustannuksia ei katettu, koskee kilpailusääntöjen rikkomisen koko kesto. Lisäksi WIN:n kannalta oli edullista, että päätöksessä todettiin, että kilpailusääntöjen rikkominen alkoi maaliskuussa 2001 väitetiedoksiannossa mainitun tammikuun 2001 sijaan. Lisäksi komissiota ei voida moittia siitä, että se otti huomioon WIN:n täydentävään väitetiedoksiantoon antamassaan vastauksessa esittämät huomautukset. Näiden huomautusten mukaan komissio saattoi vain laskuvirheen takia tehdä päätelmän, että vuoden 2001 elokuun ja lokakuun välisiä kustannuksia ei katettu. Päätöksessä komissio siis lopulta totesi, että ajanjakso, jonka osalta muuttuvia kustannuksia ei katettu, päättyi elokuussa 2001.

32 Jos oletetaan, että kantaja viittaa tällä väitteellä muuttuvien kustannusten osalta arvioitujen ajanjaksojen jaotteluun tehtyyn muutokseen, on todettava, että päätöksen mukaan kolmas ajanjakso ei päättynyt 31.12.2001 vaan jatkui 15.2.2002 asti. Komission mukaan tämä muutos on lähtöisin halusta saada jaksotus vastaamaan paremmin WIN:n kustannusten muuttumista. Komissio toteaa, että tämä muutos johti vain laskutoimitusten yksinkertaistamiseen mutta ei komission täydentävässä väitetiedoksiannossa tekemien yleisten päätelmien muutoksiin.

- 33 On huomautettava, että WIN ei ole riitauttanut näitä perusteluita eikä se ole selittänyt, miltä osin tästä kolmannen ajanjakson pidentämisestä on aiheutunut sille vahinkoa.
- 34 Lisäksi tosiseikkoja koskevassa kirjeessä WIN:ä kehoitetaan esittämään niistä huomautuksensa ja sille tarjotaan mahdollisuus tutustua kaikkiin asiakirja-aineiston sisältämiin asiakirjoihin.
- 35 On korostettava, että kannekirjelmänsä johdannossa WIN vain mainitsee vaikeuksista päästä tutustumaan asiakirja-aineistoon, mutta se ei esitä sitä kanneperusteena. Lisäksi WIN väittää, että se ei päässyt tutustumaan pyytämiinsä asiakirjoihin vaan että se joutui esittämään jatkuvia pyyntöjä ja että "vain äärimmäisen tarkkaavaisuutensa ja sitkeytensä ansiosta se kykeni mahdollisuuksiensa mukaan vetoamaan oikeuteensa saada tutustua asiakirja-aineistoon". Tästä on pääteltävä, että mahdollisesti kohtaamistaan vaikeuksista huolimatta WIN pääsi tutustumaan asiakirja-aineistoon.
- 36 Näin ollen sen oikeuskäytännön mukaisesti, johon edellä 18 kohdassa viitataan, kantajalle annettiin tiedoksi keskeiset tosiseikat ja sille tarjottiin mahdollisuus tuoda näkökantansa tehokkaasti esiin. Kantajaa oli jo kuultu 18.3.2002, eikä uusi kuuleminen ollut välttämätön. Lisäksi WIN ei sitä vaatinut täydentävän väitetiedoksiannon lähettämisen jälkeen eikä tosiseikkoja koskevan kirjeen lähettämisen jälkeen.
- 37 Edellä todetusta käy ilmi, että väitettä, jonka mukaan kolmas tiedoksianto olisi ollut tarpeellinen, ei voida hyväksyä. Lisäksi WIN:llä oli mahdollisuus käyttää puolustautumisoikeuksiaan tältä osin, eikä se jättänyt tätä mahdollisuutta käyttämättä. WIN nimittäin pyysi komissiolta 26.2.2003 päivätyllä kirjeellä selvennyksiä useista tosiseikkoja koskevan kirjeen seikoista. Komissio vastasi tähän pyyntöön 28.2.2003 päivätyllä kirjeellä. Tämän jälkeen kantaja osoitti komissiolle kirjelmän vastauksena tosiseikkoja koskevaan kirjeeseen. Lisäksi WIN pääsi tutustumaan asiakirja-aineistoon 23.1. ja 27.1.2003. WIN ei siis ole osoittanut, että tosiseikkoja koskevan kirjeen lähettämällä rikottiin olennaisia menettelymääräyksiä ja loukattiin puolustautumisoikeuksia.

38 Jos katsotaan, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen on itse suoritettava tosiseikkoja koskevan kirjeen ja väitetiedoksiannon yksityiskohtainen vertailu ja etsittävä niistä seikkoja, joilla kannetta voidaan tukea, on täydennyksenä huomautettava, että tosiseikkoja koskevassa kirjeessä yksityiskohtaisesti esitellyillä seikoilla täydennettiin väitetiedoksiantoon jo sisältyviä tietoja. Tosiseikkoja koskevassa kirjeessä suoritettu alkuvuoden 2002 todellisen keskituoton ja teoreettisen keskituoton tarkastelu on jatkoa täydentävässä väitetiedoksiannossa tehdyille laskutoimituksille siten, että siinä otetaan huomioon WIN:n 13.12.2002 päivätty kirje. Lisäksi jo ensimmäisessä väitetiedoksiannossa ja täydentävässä väitetiedoksiannossa mainittiin France Télécomin laskuttamasta päästökaistasta liityntäpalvelun yhteydessä. Tosiseikkoja koskevassa kirjeessä otetaan tältä osin huomioon France Télécomin 3.5.2002 ja 21.11.2002 toimittamat tiedot. Samalla tavoin kansainvälinen liitettävyys mainittiin ensimmäisessä väitetiedoksiannossa. Tosiseikkoja koskevassa kirjeessä pyrittiin ottamaan huomioon France Télécomin 13.11.2002 päivätystä kirjeestä tältä osin toimittamat tiedot. Lopuksi täydentävässä väitetiedoksiannossa oli jo esitelty uusien tilaajien ennakoitavien kustannusten ensimmäinen arvio ja kokonaiskustannusten arvio.

39 Lisäksi tietyt tosiseikkoja koskevan kirjeen seikat on selvästi esitetty WIN:n esittämiin huomautuksiin annetussa vastauksessa. Näin ollen WIN:n 27.9.2002 päivätyn kirjeen johdosta komissio viittasi tosiseikkoja koskevassa kirjeessä tilaajien muuttoihin liittyviin kustannuksiin ja korosti, ettei se aio sisällyttää näitä kustannuksia laskuihinsa. Myynnin kehityksen vaikutuksen osalta komissio korostaa tosiseikkoja koskevassa kirjeessä, että tämän seikan perusteella ei voida päätellä, että hinnat ovat saalistushintoja, mutta sitä voidaan käyttää sitä ehdotusta koskevassa keskustelussa, jonka WIN teki 23.10.2002 päivätystä vastauskirjelmässään ja jonka mukaan jokaista uutta tilaajien sukupolvea on tarkasteltava erikseen, aikaisemmista tai tulevista sukupolvista riippumatta. Tosiseikkoja koskevassa kirjeessä esitetyt täsmennykset WIN:n mainos- tai tarjouskustannuksista pyrkivät vahvistamaan sitä, että nämä kustannukset otettiin huomioon täydentävässä väitetiedoksiannossa osana muuttuvia kustannuksia, minkä WIN riitautti tähän viimeksi mainittuun antamasaan vastauksessa.

- 40 Ainoat seikat, joiden osalta voidaan katsoa, että niillä muutetaan komission valitseman menetelmän soveltamista, ovat yhtäältä arvioitujen ajanjaksojen erilainen jaottelu ja toisaalta kustannusten kattamisen painotettujen keskiarvojen laskeminen kyseessä olevien kahden palvelun tilaajien tuomien tulojen mukaan.
- 41 Arvioitujen ajanjaksojen jaottelun osalta on aiheellista viitata edellä 31–33 kohdassa esitettyyn.
- 42 Siltä osin kuin on kyse kustannusten kattamisen painotettujen keskiarvojen laskemisesta kyseessä olevien kahden palvelun tilaajien tuomien tulojen mukaan, komissio esittää, että ”tämä muutos on tehtävä puhtaasti aritmeettisista syistä, kun otetaan huomioon yhtäältä eXtense-palvelun kustannusten ja tulojen [ja] toisaalta Wanadoo ADSL -palvelun kustannusten ja tulojen huomattava ero, koska tämän viimeksi mainitun kustannukset ja tulot ovat kaksi kertaa eXtensen kustannuksia ja tuloja alhaisemmat”. Päätöksen alaviitteessä 77 komissio lisää, että ”se katsoo, ettei se voi olla sidottu menettelyn aikaisemmassa vaiheessa tapahtuneeseen laskuvirheeseen, kun se on tarjonnut yritykselle tilaisuuden esittää puolustautumisoikeuksiansa mukaisesti huomautuksensa virheen korjaamisesta, kuten se on tässä tapauksessa tehnyt [tosiseikkoja koskevassa kirjeessä]”.
- 43 Virheiden korjaamisen osalta on todettava, että WIN hyväksyy sen täysin kun se on sen kannalta hyödyllistä. Täydentävään väitetiedoksiantoon antamassaan vastauksessa WIN pyysi komissiota kiinnittämään huomiota virheisiin, joita WIN katsoo komission tehneen laskutoimituksissaan. Komissio oikaisi nämä virheet tosiseikkoja koskevassa kirjeessä ilman, että WIN kiisti tätä, tai kun komissio on kieltäytynyt tästä, se on antanut siihen syyt. WIN katsoo, että komissio ei kuitenkaan voi oikaista tosiseikkoja koskevassa kirjeessä virhettä WIN:n kannalta epäedullisesti, jos tämä merkitsee, että WIN:ä vastaan esitettyä väitettä muutetaan.

- 44 On siis tarkastettava, merkitseekö tämä oikaisu käytetyn menetelmän muuttamista, joka merkitsee uutta väitettä.
- 45 On todettava, että menetelmä on edelleen se, jossa lasketaan oikaistujen muuttuvien kustannusten ja kokonaiskustannusten kattamisen aste, ja että painotetun keskiarvon laskutoimitukseen tehty oikaisu tai muutos ei muuta millään tavoin väitettä, joka koskee saalistushintojen harjoittamista vuoden 2001 alusta ja joka on esitetty molemmissa väitetiedoksiannoissa. Se, että ensimmäisessä väitetiedoksiannossa ei laskettu keskiarvoa, ei estä komissiota tekemästä sitä päätelmää, että kustannuksia ei katettu, koska kustannusten kattamisen aste lasketaan ensin tuotekohtaisesti (eXtense tai Wanadoo ADSL).
- 46 Lisäksi WIN väittää tosiseikkoja koskevaan kirjeeseen antamassaan vastauksessa, että koska komission tässä kirjeessä huomioon ottamat uudet seikat johtavat tulokseen, jonka mukaan oikaistujen muuttuvien kustannusten kattamisen aste on yli 100 prosenttia 1.8.2001 alkaen, komissio muutti laskentamenetelmäänsä saadakseen tämän luvun alhaisemmaksi ja pysyttääkseen väitteensä, jonka mukaan muuttuvia kustannuksia ei katettu 1.8.2001 ja 15.10.2001 välisenä ajanjaksona. Tällainen tavoite ei kuitenkaan ole sovitettavissa yhteen sen seikan kanssa, että päätöksessä komissio päätti lopullisesti, että jakso, jonka aikana oikaistuja muuttuvia kustannuksia ei katettu, päättyi 31.7.2001. Näin ollen tämä väite ei voi menestyä. WIN ei siis ole osoittanut, että laskentamenetelmää muutettiin tosiseikkoja koskevassa kirjeessä.
- 47 WIN väittää myös, että päätöksessä kilpailusääntöjen rikkomisen todetaan kestäneen kauemmin kuin väitetiedoksiannossa on mainittu, ilman, että asianosaisilla on ollut mahdollisuutta esittää tästä huomautuksensa.
- 48 Ensin on todettava, että WIN ei ole riitauttanut kilpailusääntöjen rikkomisen alkamisen ajankohtaa ja sitä, että komissio siirsi sitä väitetiedoksiannon ja päätöksen välillä vuoden 2001 tammikuusta maaliskuuhun.

49 Siltä osin kuin on kyse toteamuksesta, jonka mukaan kilpailusääntöjen rikkominen ei päättynyt heinäkuussa 2002 vaan 15.10.2002, on todettava, että vaikka molemmissa väitetiedoksiannoissa kilpailusääntöjen rikkomisen todettiin alkaneen tammikuussa 2001, kummassakaan ei mainittu, että se olisi päättynyt. Päinvastoin molemmissa ilmoitettiin, että komissio aikoi tehdä sellaisen päätöksen, jossa WIN:ä kehoitetaan ”lopettamaan kilpailusääntöjen rikkominen”. Tällainen tapa ilmoittaa asiasta merkitsi selvästi, että kyseinen kilpailusääntöjen rikkominen ei ollut komission mukaan vielä päättynyt. Ensimmäisessä väitetiedoksiannossa tosin viitattiin tosiseikkoihin, jotka kattavat 12 kuukauden keston, ja täydentävässä väitetiedoksiannossa viitattiin 18 kuukauden keston. Tämä todisteiden, eikä kilpailusääntöjen rikkomisen keston, rajoittaminen ajallisesti jo päättyneeseen ajanjaksoon ei aseta kyseenalaiseksi nimenomaista päätelmää, joka kummassakin asiakirjassa tehdään. Selvyiden vuoksi täydentävässä väitetiedoksiannossa todetaan seuraavaa:

”Arviointinsa päätteeksi komissio katsoo tässä vaiheessa, että [WIN]:n vuoden 2001 alusta alkaen harjoittamat saalistushinnat ovat määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. – – Edellä mainituista syistä komissio aikoo tehdä sellaisen päätöksen, jossa [– – WIN]:ä kehoitetaan lopettamaan kilpailusääntöjen rikkominen. – –”

50 Tästä seuraa selvästi, että kummassakin väitetiedoksiannossa ilmoitettiin komission niiden tietojen perusteella toteama kesto, jotka sillä oli hallussaan kummankin väitetiedoksiannon laatimisen ajankohtana (ks. tältä osin yhdistetyt asiat 100/80–103/80, *Musique diffusion française* ym. v. komissio, tuomio 7.6.1983, Kok. 1983, s. 1825, Kok. Ep. VII, s. 133, 15 kohta), koska kilpailusääntöjen rikkominen ei ollut päättynyt. Lisäksi WIN ei väittänyt toteuttaneensa erityisiä toimenpiteitä, joilla väitetty kilpailusääntöjen rikkominen olisi lopetettu. Komissio toteaa vasta päätöksessä, että ”väärinkäytös päättyi 15.10.2002, kun France Télécomin maaliskuussa 2002 esittelemä oikaisutoimenpide tuli voimaan”.

51 Tosiseikkoja koskevan kirjeen lause, jonka mukaan ”nämä tosiseikat eivät millään tavoin johda väitetiedoksiannoissa tarkoitetun ajanjakson pidentämiseen”, on ymmärrettävä sitä edeltäneiden toteamusten valossa. Se, että tosiseikkoja koskevassa kirjeessä viitataan ”vuoden 2002 oikaistuihin kokonaiskustannuksiin” (ks. s. 6) ja että

useat tiedot kattavat vuoden 2002 yhdeksän ensimmäistä kuukautta tai jopa koko vuoden (ks. mm. liitteet 15.1, 15.2, 20, 21 ja 22), viittaa kilpailusääntöjen rikkomisen jatkumiseen. Lisäksi WIN:n tosiseikkoja koskevaan kirjeeseen antamasta vastauksesta käy ilmi, että se saattoi ymmärtää, että kilpailusääntöjen rikkominen jatkui. Useissa WIN:n vastauksen seikoissa nimittäin viitataan vuoden 2002 yhdeksään ensimmäiseen kuukauteen tai jopa koko vuoteen. WIN nimittäin esitti taulukon, jonka otsikko on ”Mainostaminen/ADSL-liittymien määrän kasvu” ja joka koski joulukuussa 2002 päättynyttä jaksoa; se esitti saman otsikon alla kaaviokuvan, joka kattaa tammikuun 2001 ja syyskuun 2002 välisen jakson. Lisäksi WIN toi tässä vastauksessa esiin kantansa muuttuvien kustannusten kattamisen asteesta 30.9.2002 asti. Lopuksi WIN riitauttaa tässä samassa vastauksessa sen 37,03 euron liittymäkohtaisen tulon, jonka komissio otti huomioon 15.2.2002 alkaneen ja syyskuussa 2002 päättyneen jakson osalta. WIN ei siis voi väittää, että puolustautumisoikeuksia on loukattu (ks. tältä osin yhdistetyt asiat T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 ja T-104/95, Cimenteries CBR ym. v. komissio, tuomio 15.3.2000, Kok. 2000, s. II-491, 576 kohta).

- 52 Kantajan väite, jonka mukaan kilpailusääntöjen rikkomista pidennettiin, on siis hylättävä.
- 53 Koska puolustautumisoikeuksien loukkaamista ei ole näytetty toteen, tämä kanneperuste on hylättävä.

B Puutteellisia perusteluita koskeva kanneperuste

1. Asianosaisten lausumat

- 54 Olennaisten menettelymääräysten rikkomista koskevan väitteensä yhteydessä WIN väittää myös, että komissio on kyseenalaistanut ilman minkäänlaisia perusteluita

yrityksien oikeuden mukautua vilpittömin mielin kilpailijoidensa hintoihin. WIN:n mukaan tämä oikeus vahvistetaan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä ja komission aikaisemmassa päätöskäytännössä. WIN lisää, että kun päätöksessä mennään huomattavasti pidemmälle kuin aikaisemmissa päätöksissä, komission on esitettävä nimenomaisesti päätelmänsä.

- 55 Komissio puolestaan katsoo, että riittää, kun viitataan päätöksen 314–331 kohtaan sen toteamiseksi, että kanneperuste, jonka mukaan perustelut ovat tämän seikan osalta puutteelliset, on ilmeisen perusteeton.

2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

- 56 On todettava, että päätöksessä on käytetty 18 perustelukappaletta (314–331 perustelukappale) väitteelle, joka koskee mukautumista kilpailijoiden hintoihin. Komissio tarkastelee ensin hintoihin mukautumista periaatteelliselta kannalta, seuraavaksi kyseessä olevien kilpailijoiden tosiasiallista asemaa markkinoilla ja lopuksi tosiseikkoja, joiden perusteella se katsoo WIN:n väitteen olevan perusteeton.

- 57 Komissio on siis noudattanut sillä tässä asiassa olevaa perusteluvollisuuttaan. Sen oikeuskäytännön mukaisesti, johon WIN viittaa, komissio perusteli päätöstään esittämällä tosiseikat, joiden perusteella toimenpide on oikeudellisesti perusteltu, ja toteamukset, joiden perusteella se teki päätöksensä (asia 73/74, *Fabricants de papiers peints v. komissio*, tuomio 26.11.1975, Kok. 1975, s. 1491, Kok. Ep. II, s. 535, 30 kohta).

58 Vaikka nyt esillä olevassa asiassa katsottaisiin, että komissiolla oli velvollisuus esittää nimenomaisesti päätelmänsä, komissio ei missään tapauksessa laiminlyönyt tätä velvollisuutta.

59 Toisin kuin WIN väittää, komissio ei esittänyt vain yhteenvedonomaaisia perusteluita toteamalla vain, että määräävässä markkina-asemassa oleva toimija ei voi mukautua kilpailijoidensa hintoihin silloin, kun sen hinnat alittavat sen kustannukset. Komissio täsmentää kantaansa päätöksen 315 perustelukappaleessa, jonka alaviitteessä on useita oikeuskäytäntöviittauksia. Tässä perustelukappaleessa todetaan siis seuraavaa:

”Ensimmäiseksi periaatteelliselta kannalta pitää paikkansa, että uusilla toimijoilla tai yrityksillä, joilla ei ole määräävää markkina-asemaa, on oikeus harjoittaa tarjous-hintoja rajoitetun ajan. Niiden ainoa tarkoitus on kiinnittää kuluttajan huomio tuotteen olemassaoloon pelkkää mainosta vakuuttavammalla tavalla, eikä näillä tarjouksilla ole kielteisiä vaikutuksia markkinoihin. Sen sijaan se, että määräävässä asemassa oleva toimija mukautuu sellaisen toimijan tarjoushintoihin, jolla ei ole määräävää asemaa, ei ole perusteltua. Vaikka on totta, että määräävässä asemassa olevaa toimijaa ei sinänsä kielletä mukauttamasta hintojaan kilpailijoidensa hintoihin, siltä on kuitenkin evättävä tämä mahdollisuus, kun se merkitsee, että määräävässä asemassa oleva toimija ei kata kyseessä olevan palvelun kustannuksia. Vaikka määräävässä asemassa olevalta yritykseltä ei voida tämän aseman vuoksi evätä oikeutta liiketoiminnallisten intressiensä puolustamiseen niiden ollessa uhattuina, tällaista toimintaa ei voida hyväksyä, kun sen tarkoitus on nimenomaan tämän määräävän aseman vahvistaminen ja väärinkäyttö. Näin ollen määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on erityinen vastuu siltä osin, ettei se saa haitata toiminnallaan tehokasta ja vääristymätöntä kilpailua yhteismarkkinoilla.”

60 Puutteellisia perusteluita koskevaa kanneperustetta ei siis myöskään voida hyväksyä, ja näin ollen kaikki menettelymääräyksiä koskevat perusteet on hylättävä.

C Seuraamusten yksilökohtaisuuden periaatteen loukkaamista koskeva kanneperuste

1. Asianosaisten lausumat

- 61 WIN:n mukaan komissio loukkasi ilmeisellä tavalla seuraamusten yksilökohtaisuuden periaatetta lukiessaan kantajan syyksi seikkoja, joista France Télécom -konserni on komission mukaan vastuussa ja joiden osalta WIN ja France Télécom eivät ole voineet esittää huomautuksiaan. WIN katsoo, että komissio sekoitti keskenään toiminnan, josta se syyttää WIN:ä, ja France Télécomin toiminnan. Komission määritelmän mukaan kyseessä oli France Télécom -konsernin määrittelemän yhdenmukaistetun toiminnan tai yhtenäisen strategian toteuttaminen. Menettelyssä on kuitenkin kyse vain WIN:stä. Näin ollen WIN katsoo, että kyseessä on ”vakava menettelyllinen häiriö”.
- 62 Väitteensä tueksi WIN lainaa kannekirjelmässään useita päätöksen ja täydentävän väitetiedoksiannon kohtia.
- 63 WIN väittää täten, että komissio moitti päätöksen 145 perustelukappaleessa kantajan ja sen pääasiallisen osakkeenomistajan toteuttamia toimenpiteitä, joilla komission mukaan pyrittiin estämään kilpailijoiden kehitys ja ohjaamaan kantajan eduksi nopeiden Internet-yhteyksien markkinoiden kasvu. WIN lainaa myös päätöksen 285 perustelukappaletta, jossa mainitaan ”kokonaissuunnitelmasta” ja korostetaan, että ”tytäryhtiön strategiaa ei voida täysin erotella emoyhtiön tavoitteista,” ja päätöksen 286 perustelukappaletta, jossa komissio katsoo, että on ”mielenkiintoista viitata France Télécomin toimintaan tukkumarkkinoilla”.
- 64 WIN:n mukaan komissio väitti täydentävässä väitetiedoksiannossa samalla tavoin, että osa sen esittämistä tosiseikoista oli ”luettavissa France Télécomin syyksi”, mutta

totesi kuitenkin, että "[WIN]:n ja France Télécomin väliset suhteet olivat niin läheiset, että – [oli] mahdotonta katsoa, etteivät näiden kahden yhtiön strategiat [olleet] kiinteästi yhteydessä toisiinsa". Komissio totesi myös, että WIN:n hinnoittelupolitiikka oli seurausta sen ja France Télécomin välisestä "yhdenmukais-tetusta toiminnasta".

- 65 Komissio vastaa, että riittää, kun viitataan päätöksen päätösosaan, sen toteamiseksi, että WIN on ainoa yritys, josta siinä on kyse. Päätöstä ei osoitettu France Télécomille, koska sitä ei moitittu minkäänlaisesta määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä. Komissio myöntää sen sijaan, että päätöksessä on useita viittauksia France Télécomiin sen vuoksi, että sillä on keskeinen asema puhelinverkoston operaattorina, ja sen vuoksi, että se omistaa enemmistön WIN:n osakkeista. Komission mukaan nämä seikat ovat olennaiset kilpailusääntöjen rikkomisen ajan markkinoilla vallinneen tilanteen ymmärtämiseksi.

2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

- 66 On aiheellista muistuttaa, että sen periaatteen nojalla, jonka mukaan rangaistukset ja seuraamukset on määrättävä yksilökohtaisesti, yritykselle voidaan määrätä seuraamus vain seikoista, joihin sen itsensä katsotaan syyllistyneen, ja että tätä periaatetta sovelletaan kaikissa hallinnollisissa menettelyissä, jotka saattavat johtaa seuraamusten määräämiseen yhteisön kilpailusääntöjen nojalla (ks. vastaavasti yhdistetyt asiat T-45/98 ja T-47/98, Krupp Thyssen Stainless ja Acciai speciali Terni v. komissio, tuomio 13.12.2001, Kok. 2001, s. II-3757, 63 kohta).
- 67 On todettava, että päätöksestä ei seuraa, että komissio moittii WIN:ä France Télécomin tekemistä ja sen syyksi luettavista kilpailusääntöjen rikkomisista. Päätöksen ne kohdat, joiden osalta WIN väittää, että niissä moititaan France Télécomin toimintaa, ovat kaikki päätöksen kahdessa alakohdassa (I osan G luvun

4 kohta ja II osan D luvun 3 kohdan c alakohta), jotka liittyvät kilpailusääntöjen rikkomisen asiayhteyteen ja joissa pyritään selvästi kuvailemaan sitä tilannetta, jossa WIN:n moitittu toiminta tapahtui.

68 France Télécomiin tehtyjä viittauksia voidaan siis perustella merkityksellisten markkinoiden asiayhteyden kuvailulla. France Télécom oli nimittäin erityisasemassa merkityksellisillä markkinoilla, koska se oli välttämätön puhelinoperaattori suurimmalle osalle Internet-yhteyksien tarjoajista. France Télécom on Ranskan perinteinen puhelinoperaattori. Se hallinnoi Ranskan alueella sijaitsevien kaukoverkostojen toimintaa, joita käytetään Internet-liikennettä varten. Se omistaa paikallisliittymäverkoston, johon kaikki puhelinliittymät kuuluvat. Kyseessä olleena ajankohtana France Télécomin paikallisliittymäverkon käyttäminen oli välttämätöntä ADSL-palvelun toimittamista varten (päätöksen 231 perustelukappale). France Télécom laskuttaa palvelunsa asiakkailtaan, joihin muun muassa WIN kuuluu (päätöksen 42–59 perustelukappale). France Télécomin hintojen lasku vaikuttaa täten WIN:n kustannuksiin. France Télécom osallistui hallinnolliseen menettelyyn tämän keskeisen asemansa vuoksi ja sen vuoksi, että se omistaa enemmistön WIN:n osakkeista.

69 Lisäksi komissio täsmentää, että näillä asiayhteyttä koskevilla seikoilla, ”vaikka ne voidaan vain osittain laskea [WIN]:n syyksi ja vaikka ne eivät ole WIN:ä vastaan esitettyjä väitteitä”, on merkitystä asian ymmärtämisen kannalta (päätöksen 145 perustelukappale); komissio täsmentää lisäksi, että ”jotta voidaan paremmin arvioida [WIN]:n politiikan ulottuvuutta ja sen kuulumista kokonaissuunnitelmaan, on hyödyllistä tarkastella tytäryhtiön toimintaa France Télécom -konsernin problematiikan yhteydessä” (päätöksen 285 perustelukappale), ja lisää vielä, että 286–290 perustelukappaleessa kuvaillut seikat ”eivät ole [WIN]:ä vastaan esitettyjä väitteitä” mutta että ”tytäryhtiön strategiaa ei voida täysin erotella emoyhtiön tavoitteista”.

70 Päätöksestä, jossa komissio jatkuvasti täsmentää, että asiayhteyteen liittyvät seikat eivät ole kantajaa vastaan esitettyjä väitteitä, seuraa siis, että komissio ei lukenut WIN:n syyksi France Télécomin toimintaa.

- 71 Näin ollen tämä kanneperuste, joka koskee seuraamusten yksilökohtaisuuden periaatteen loukkaamista, on hylättävä.

D EY 82 artiklan rikkominen

- 72 WIN katsoo, että komissio rikkoi EY 82 artiklaa useilta osin. Määräävän markkina-aseman osalta se katsoo, että komissio määritteli markkinat väärin ja katsoi virheellisesti, että WIN:llä oli näillä markkinoilla määräävä asema. Määräävän markkina-aseman väärinkäytön osalta komissio sovelsi EY 82 artiklan vastaista kustannusten kattamistestiä sekä huomioon otettujen kustannusten että sovelletun menetelmän osalta; lisäksi komissio teki tökeröitä laskuvirheitä. Saalistustestin yhteydessä komissio eväsi WIN:ltä sillä olevan perustavanlaatuisen oikeuden mukauttaa hintansa kilpailijoidensa hintoihin. Lisäksi komissio teki WIN:n mukaan oikeudellisen virheen ja ilmeisen arviointivirheen päätellessään, että saalistus-suunnitelma oli olemassa, ja väittäessään, että tappioiden takaisinsaamista ei ollut tarpeen osoittaa.

1. Määräävä markkina-asema

a) Markkinoiden virheellinen määrittely

Asianosaisten lausumat

- 73 WIN katsoo, että komission tekemä erottelu yksityisasiakkaille tarjottavien hitaiden Internet-yhteyksien ja nopeiden Internet-yhteyksien välillä perustuu arviointiin,

jossa on vakavia puutteita ja ristiriitaisuuksia. WIN:n mukaan on olemassa vain yhdet Internet-yhteyksien markkinat, jotka ovat yhtenäiset kattaen hitaat ja nopeat yhteydet. Tämä käy ilmi keskinopeita ADSL-yhteyksiä koskevien tarjousten kehittämisestä.

- 74 WIN väittää, että komissio on tunnustanut nopeiden Internet-yhteyksien ja hitaiden Internet-yhteyksien yhteiset käytännöt ja tietynasteisen keskinäisen korvattavuuden mutta että komissio kieltäytyi tekemästä tästä siitä seuraavia ilmeisiä päätelmiä.
- 75 Lisäksi WIN katsoo, että nopeiden ja hitaiden Internet-yhteyksien välillä on olemassa todellista kilpailua, joka perustuu siihen, että kumpakin Internet-yhteystyyppiä koskevat tarjoukset koskevat rajatonta yhteyttä ja että käyttäjät eivät kiinnitä paljoakaan huomiota yhteyksien ominaisuuksiin.
- 76 WIN väittää lopuksi, että komission vakiintuneen päätöskäytännön mukaan vain sen perusteella, että mukavuustasossa tai laadussa on eroa, ei voida erotella erillisiä merkityksellisiä markkinoita, kun käyttö on samankaltaista. WIN:n toteuttamasta kyselystä käy ilmi, että 80 prosentissa tapauksista käyttäjät käyttävät samantyyppisiä sovelluksia ja toimintoja.
- 77 Komissio puolestaan viittaa siihen, mitä se on päätöksessä (169–204 perustelukappale) todennut nopeiden ja hitaiden yhteyksien välisestä erottelusta. Komissio katsoo tuoneensa siinä esiin eroja käyttötarkoituksissa, teknisissä ominaisuuksissa ja suorituskyvyssä sekä palveluiden hinnoissa ja tilaajakohtaisessa tulossa, minkä vuoksi markkinat on eroteltava toisistaan. Korvattavuuden asteen osalta komissio väittää, että ainoa todettu korvattavuus on täysin epäsymmetrinen, koska se toimii vain yhteen suuntaan, siis hitaasta yhteydestä siirrytään nopeaan yhteyteen. Lisäksi komissio katsoo, että nopeiden ja hitaiden yhteyksien välinen erottelu on nykyään yleisesti tunnettu.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

78 On muistutettava, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan (asia 322/81, *Michelin v. komissio*, tuomio 9.11.1983, Kok. 1983, s. 3461, Kok. Ep. VII, s. 339, 37 kohta; asia T-65/96, *Kish Glass v. komissio*, tuomio 30.3.2000, Kok. 2000, s. II-1885, 62 kohta ja asia T-219/99, *British Airways v. komissio*, tuomio 17.12.2003, Kok. 2003, s. II-5917, 91 kohta) tutkittaessa, onko yrityksellä mahdollisesti määräävää asemaa tietyillä markkinoilla, kilpailun mahdollisuuksia on arvioitava sellaisilla markkinoilla, jotka kattavat kaikki tuotteet tai palvelut, jotka ominaisuuksiensa perusteella soveltuvat erityisesti tyydyttämään muuttumattoman tarpeen ja jotka ovat vain vähäisessä määrin vaihdettavissa muihin tuotteisiin tai palveluihin. Koska lisäksi merkityksellisten markkinoiden määrittämisen tarkoituksena on arvioida tietyn yrityksen mahdollisuutta estää toimivan kilpailun säilyttämistä sekä toimia huomattavan itsenäisesti suhteessa kilpailijoihinsa ja tässä tapauksessa suhteessa palvelujen tarjoajiin, tältä osin pelkkä palvelujen objektiivisten ominaisuuksien tutkiminen ei ole riittävää, vaan on otettava huomioon myös markkinoiden kilpailuolosuhteet sekä kysynnän ja tarjonnan rakenne.

79 Kun tuotetta voidaan käyttää eri tarkoituksiin ja kun nämä eri käyttötarkoitukset vastaavat taloudellisiin tarpeisiin, jotka nekin ovat erilaisia, on katsottava, että kyseinen tuote voi tilanteen mukaan kuulua erillisiin markkinoihin, joilla voi sekä rakenteellisesti että kilpailuolosuhteiden osalta olla erilaisia ominaispiirteitä. Mainitun toteamuksen perusteella ei kuitenkaan voida päätellä, että tällainen tuote muodostaa yhden ja samat markkinat kaikkien muiden sellaisten tuotteiden kanssa, joilla se voidaan korvata sen mahdollisten eri käyttötarkoitusten osalta ja joiden kanssa se voi kilpailla.

80 Merkityksellisten markkinoiden (relevant market) käsitteeseen kuuluuakin, että siihen kuuluvien tuotteiden välillä voi olla toimivaa kilpailua; tämä edellyttää, että

kaikki samoihin markkinoihin kuuluvat tuotteet ovat riittävästi keskenään vaihdettavissa, kun kyse on samasta käyttötarkoituksesta (asia 85/76, Hoffmann-La Roche v. komissio, tuomio 13.2.1979, Kok. 1979, s. 461, Kok. Ep. IV, s. 341, 28 kohta).

- 81 Myös komission tiedonannosta merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta (EYVL 1997, C 372, s. 5, 7 kohta) käy ilmi, että ”kyseisiin tuotemarkkinoihin kuuluvat kaikki tuotteet ja/tai palvelut, joita kuluttaja pitää keskenään vaihdettavissa tai korvattavissa olevina niiden ominaisuuksien, hintojen ja käyttötarkoituksen vuoksi”.
- 82 On todettava, että nopeiden ja hitaiden yhteyksien välillä ei ole vain mukavuus- tai laatueroa. Komission esittämistä seikoista (päättöksen 175 perustelukappale) käy ilmi, eikä WIN ole kiistänyt tätä, että tiettyjä nopean yhteyden kanssa mahdollisia sovelluksia ei ole mahdollista käyttää hitaan yhteyden kanssa, kuten esimerkiksi hyvin laajojen tiedostojen lataamista ja interaktiivisia verkkopelejä. WIN on lisäksi vahvistanut väitetiedoksiintoon 4.3.2002 antamassaan vastauksessa, että on olemassa ”audiovisuaalisia toimintoja tai multimediatoimintoja, jotka ovat pikemminkin ADSL:lle ominaisia”. Lisäksi Centre de recherche pour l’étude et l’observation des conditions de vie (Crédoc) (elinolojen tutkimuskeskus) WIN:lle toteuttamassa tutkimuksessa, jonka WIN esittää kannekirjelmänsä liitteenä, mainitaan myös eXtense-palvelulla kehittyneet uudet Internetin käyttötavat, jotka ovat nopeille yhteyksille ominaiset ja joita ovat verkkopelien pelaaminen sekä radion kuuntelu, videoiden katselu ja ostosten tekeminen verkossa. Lisäksi tämän saman tutkimuksen mukaan nopean yhteyden tilaaja käyttää yhteyttään paljon useammin ja keskimäärin paljon kauemmin kuin hitaan yhteyden käyttäjä.
- 83 Teknisten ominaisuuksien ja suorituskyvyn erojen osalta komission toteamuksista (päättöksen 181–187 perustelukappale), joita kantaja ei ole riitauttanut, käy ilmi, että nopean Internet-yhteyden käytön merkittävä tekninen ominaisuus liittyy käytössä olevien modeemien ominaisuuksiin. Nopeassa Internet-yhteydessä käytettävää

modeemia ei voida käyttää hitaassa yhteydessä ja päinvastoin (päättöksen 181 perustelukappale). Lisäksi nopeiden yhteyksien tapauksessa yhteys on jatkuvasti auki ja puhelinlinja on vapaana.

84 Lisäksi Ranskan markkinoiden tapauksessa on havaittava, että tarkastelun kohteena olevana jaksona nopeita yhteyksiä koskevissa tarjouksissa oli kyse ”downlink-suuntaisista” yhteyksistä, joiden nopeus on 512 kbit/s (päättöksen 185 perustelukappale). Perinteiset hitaat yhteydet (joiden nopeus on vain 56 kbit/s) ja ISDN (Integrated Services Digital Network) (joiden nopeus on 64 tai 128 kbit/s) mahdollistivat vain sellaisen yhteyden, joka on neljästä kymmeneen kertaa hitaampi. Downlink-suuntaiset ADSL-yhteydet, joiden nopeus on 128 kbit/s ja jotka kantajan mukaan ovat esimerkki hitaiden ja nopeiden yhteyksien välisestä jatkuvuudesta, tulivat markkinoille vasta päätöksessä tarkoitetun ajanjakson lopulla. Lisäksi myös silloin, kun yhteyden nopeus on 128 kbit/s, hitaan ja nopean yhteyden välinen ero on huomattava. Suorituskykyjen väliset erot olivat siis merkittävät tarkastelun kohteena olleen ajanjakson aikana.

85 Näihin käyttöön, ominaisuuksiin ja suorituskykyyn liittyviin eroihin on lisättävä hitaiden ja nopeiden yhteyksien välinen huomattava hintaero (päättöksen 188–192 perustelukappale).

86 Keskinäisen korvattavuuden osalta on aiheellista muistuttaa edellä 78 kohdassa mainitun oikeuskäytännön lisäksi niistä arvioinnissa käytettävistä seikoista, joista komissio ilmoitti merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta antamassaan tiedonannossa (ks. edellä 81 kohta).

87 Tämän tiedonannon mukaan kysynnän korvattavuuden arviointi johtaa niiden tuotteiden määrittelemiseen, joita kuluttaja pitää korvaavina tuotteina. Yksi mahdollinen tapa tehdä tämä määritelmä on olettaa, että suhteellisissa hinnoissa tapahtuu pieni mutta pysyvä muutos, ja arvioida asiakkaiden todennäköisiä

reaktioita tähän hinnannousuun. Tämän tiedonannon 17 kohdassa komissio täsmentää, että ”kysymys kuuluu, vaihtaisivatko osapuolten asiakkaat helposti saatavilla oleviin korvaaviin tuotteisiin – – vastatakseen oletettuun pieneen (5–10 prosentin), mutta pysyvään hinnanmuutokseen kyseisten tuotteiden” hinnoissa kyseisillä alueilla.

88 Päätöksen 193 perustelukappaleessa komissio katsoo, että hitaat yhteydet ja nopeat yhteydet ovat tietysti joiltakin osin korvattavissa keskenään. Komissio kuitenkin lisää 194 perustelukappaleessa, että tämä korvattavuus toimii hyvin epäsymmetrisesti, koska vain häviävä osa asiakkaista siirtyy nopeasta yhteydestä hitaaseen yhteyteen toiseen suuntaan tapahtuviin siirtymisiin verrattuna. Komissio katsoo, että jos tuotteet olisivat täysin korvattavissa kysynnän kannalta, siirtyvien asiakkaiden määrrien olisi oltava ainakin suuruusluokaltaan keskenään rinnastettavia, jos ei identtisiä.

89 Tältä osin on todettava ensin, että WIN:lta kerätyistä tiedoista, jotka esitetään päätöksen taulukossa 7, käy ilmi, että kyseessä olevana ajanjaksona niiden tilaajien määrät, jotka siirtyivät nopeasta yhteydestä hitaan yhteyden sisältävään kokonais-tarjoukseen, olivat hyvin pienet näiden palveluiden hintaeroista huolimatta, vaikka hintaeron olisi pitänyt kannustaa useita Internetin käyttäjiä siirtymään hitaaseen yhteyteen. Tämä huomattava epäsuhteisuus nopeista yhteyksistä hitaisiin yhteyksiin siirtyvien asiakkaiden ja hitaista yhteyksistä nopeisiin yhteyksiin siirtyvien asiakkaiden välillä ei tue väitettä, jonka mukaan nämä palvelut ovat kuluttajien silmissä keskenään vaihdettavissa. Lisäksi WIN ei ole esittänyt kannekirjelmässään yhtäkään täsmällistä seikkaa, jolla tämä arvio asetettaisiin kyseenalaiseksi.

90 On käynyt myös ilmi, että komission teettämässä kyselyssä, jonka WIN on liittänyt kannekirjelmäänsä, osoitetaan, että jos nopeiden yhteyksien hinnat nousisivat viidestä kymmeneen prosenttia, 80 prosenttia nopean yhteyden tilaajista jatkaisi tilaustaan. Komission merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta tekemän tiedonannon 17 kohdan mukaisesti (ks. edellä

87 kohta) tämä sellaisten tilaajien korkea prosenttimäärä, jotka eivät vaihtaisi pois nopeaa yhteyttä, jos sen hinta nousisi viidestä kymmeneen prosenttia, viittaa vahvasti siihen, että kysyntä ei ole korvattavissa.

- 91 Näin ollen kaiken edellä todetun perusteella on katsottava, että komissio päätteli aivan oikein, että nopeiden yhteyksien ja hitaiden yhteyksien välillä ei ole riittävää keskinäistä vaihdettavuutta, ja että komissio määritteli aivan oikein merkitykselliset markkinat yksityisasiakkaille tarjottavien nopeiden Internet-yhteyksien markkinoiksi.

b) Määräävän markkina-aseman puutteellinen tarkastelu

Asianosaisten lausumat

- 92 WIN väittää, että komissio katsoi virheellisesti, että sen markkina-asema on määräävä. Komission arvioinnissa on nimittäin vakavia puutteita.
- 93 Markkina-asemaa ei WIN:n mukaan voida missään tapauksessa arvioida syntymässä olevien markkinoiden markkinaosuuksien kannalta. Tällaisia markkinoita on tarkasteltava dynaamisesta näkökulmasta ja arvioitava paitsi tämänhetkistä kilpailua myös potentiaalista kilpailua. WIN katsoo, että potentiaalisten tilaajien lukumäärä on hyvin suuri ranskalaisten kotitalouksien heikon varustetason vuoksi. WIN katsoo osoittaneensa uusien toimijoiden saapumisen näille markkinoille ja tarjoustensa lisääntymisen, minkä yhteydessä hinnat ovat laskeneet.

- 94 WIN katsoo, että nämä seikat osoittavat kilpailun olevan voimakasta esteettömillä markkinoilla, joilla WIN:llä ei näin ollen ole määräävää asemaa.
- 95 WIN moittii komissiota siitä, ettei se ole ottanut tätä mitenkään huomioon ja että se on vain arvioinut WIN:n osuutta nopeiden yhteyksien markkinoilla 31.12.2000 ja 31.8.2002 välisenä aikana. Siitä, että WIN:n markkinaosuus laski yli 10 prosenttiyksikköä elokuun 2002 ja maaliskuun 2003 välisenä aikana, käy ilmi markkinoiden kilpailuhenkinen ja muuttuva luonne.
- 96 Lisäksi WIN väittää, että sitä, että se on osa konsernia, jolla on huomattavat taloudelliset resurssit ja laaja jakeluverkosto, ei voida arvioida tarkastelematta kilpailijoiden tilannetta. Sen mukaan komissio ei kuitenkaan suorittanut minkäänlaista syventävää arviota AOL-, T-Online/Club-Internet- ja Tiscali-nimisten sellaisten yhtiöiden tilanteesta, jotka "nojautuvat" suuriin konserneihin, joilla on poikkeuksellista taloudellista valtaa sekä myös suuri jakeluverkosto.
- 97 Lopuksi WIN väittää, ettei voida katsoa, että sen puhelinluetteloiden kustannustoiminnan ja Internet-yhteyksien tarjoamiseen liittyvien toimintojen yhdistäminen antaa sille taloudellista valtaa, joka on omiaan vahvistamaan sen määräävää asemaa Ranskan nopeiden Internet-yhteyksien markkinoilla. WIN väittää, että muilla kilpailijoilla, kuten T-Onlinella, on myös tällainen mahdollisuus ja että Wanadoo-konserni pystyi varsin hyvin vastaamaan Internet-yhteyksien tarjoamista koskevan toimintansa tarpeisiin käyttämättä puhelinluettelon keltaisten sivujen julkaisun tuomia tuloja.
- 98 Komissio kiistää sen, että merkitykselliset markkinat olivat tarkastelun kohteena olevan jakson aikana syntymässä. Se väittää, että WIN:n markkinaosuus kasvoi

jatkuvasti riita-asian tapahtumien ajanjakson ajan. Komissio katsoo, että WIN ei millään tavoin asettanut kyseenalaiseksi päätöksessä tehtyä arviota, joka koskee yhteisvaikutuksia ja etuja, jotka WIN:n sai siitä, että se ”nojautui” teknisesti, logistisesti ja kaupallisesti France Télécom -konserniin.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

99 Alustavana huomautuksena on muistutettava, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan määräävän markkina-aseman osoittaa se, että asianomaisella yrityksellä on taloudellinen valta-asema, jonka perusteella se voi estää toimivan kilpailun merkityksellisillä markkinoilla, koska tällainen asema antaa sille mahdollisuuden toimia huomattavan itsenäisesti suhteessa kilpailijoihinsa, asiakkaihinsa ja lopulta kuluttajiin (ks. edellä 78 kohdassa mainitussa asiassa *Michelin v. komissio* annetun tuomion 30 kohta ja asia T-65/98, *Van den Bergh Foods v. komissio*, tuomio 23.10.2003, Kok. 2003, s. II-4653, 154 kohta). On heti aluksi todettava, että komission ei tarvitse osoittaa, että yrityksen kilpailijat suljettaisiin pitkälläkään aikavälillä markkinoiden ulkopuolelle, jotta määräävä markkina-asema voitaisiin todeta.

100 Vaikka markkinaosuuksien merkitys voi vaihdella markkinoittain, erittäin suuret markkina-osuudet ovat itsessään – poikkeustapauksia lukuun ottamatta – todiste määräävästä markkina-asemasta (edellä 80 kohdassa mainitussa asiassa *Hoffmann-La Roche v. komissio* annetun tuomion 41 kohta ja asia T-221/95, *Endemol v. komissio*, tuomio 28.4.1999, Kok. 1999, s. II-1299, 134 kohta). Yhteisöjen tuomioistuin on katsonut asiassa C-62/86, *AKZO vastaan komissio*, 3.7.1991 antamassaan tuomiossa (Kok. 1991, s. I-3359, Kok. Ep. XI, s. I-261, 60 kohta), että 50 prosentin markkinaosuus oli tällainen osuus.

101 Kiivaankaan kilpailun olemassaolo tietyillä markkinoilla ei sulje pois määräävän aseman olemassaoloa samoilla markkinoilla, sillä määräävän aseman ominaispiir-

teitä ovat ennen kaikkea mahdollisuus toimia niin, ettei markkinastrategiassa tarvitse ottaa huomioon tätä kilpailua, ilman että tästä asenteesta kuitenkaan aiheutuisi vahingollisia vaikutuksia (edellä 80 kohdassa mainitussa asiassa Hoffmann-La Roche v. komissio annetun tuomion 70 kohta ja asia 27/76, United Brands v. komissio, tuomio 14.2.1978, Kok. 1978, s. 207, Kok. Ep. IV, s. 9, 108–129 kohta). Näin ollen kilpailun mahdollinen olemassaolo markkinoilla on kyllä merkityksellinen seikka esimerkiksi arvioitaessa määräävän aseman olemassaoloa, mutta se ei ole sinänsä tältä osin ratkaiseva seikka.

102 On aiheellista arvioida näiden arviointiperusteiden mukaan, onko WIN:llä komission väitteiden mukaisesti määräävä markkina-asema merkityksellisillä markkinoilla.

103 Markkinaosuuksien osalta on todettava, että päätöksen taulukon 8 mukaan WIN:n osuus nopeiden yhteyksien markkinoilla saavutti 50 prosenttia 31.3.2001, nousi 72 prosenttiin 31.3.2002 ja pysyi tällä tasolla elokuuhun 2002 asti. Asianosaisten ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämiin kysymyksiin antamista vastauksista käy ilmi, että WIN:n mukaan tämä markkinaosuus laski tämän jälkeen lokakuussa 2002 63,6 prosenttiin ja komission mukaan prosenttimäärään, joka lähteiden mukaan sijoittuu 63,4 ja 71 prosentin välille. WIN:n markkinaosuus oli siis hyvin merkittävä koko kyseessä olevan ajanjakson ajan, ja poikkeustapauksia lukuun ottamatta tämä on todiste määräävästä markkina-asemasta edellä mainitussa oikeuskäytännössä tarkoitettulla tavalla.

104 Siltä osin kuin on kyse vuoden 2002 elokuun ja lokakuun välillä tapahtuneesta laskusta, yhä huomattavien markkinaosuuksien pientyminen ei sinänsä ole todiste määräävän aseman puuttumisesta (ks. vastaavasti yhdistetyt asiat T-24/93–T-26/93 ja T-28/93, Compagnie maritime belge transports ym. v. komissio, tuomio 8.10.1996, Kok. 1996, s. II-1201, 77 kohta). Vaikka lähtökohtana käytetään WIN:n esittämää lukua, sen markkinaosuus oli edelleen huomattava sen jakson lopussa, jona kilpailusääntöjen rikkominen tapahtui.

- 105 WIN väittää kuitenkin, että markkinaosuudet eivät ole kovin luotettava merkki sellaisten syntymässä olevien markkinoiden yhteydessä, joille on luonteenomaista vielä rajallinen asiakaskunta.
- 106 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, että päätöksen 218 perustelukappaleessa esitettyjen, markkinoiden tilannetta koskevien tietojen mukaan, joita WIN ei ole riitauttanut, merkitykselliset markkinat olivat varmuudella ohittaneet maaliskuussa 2001, kun kilpailusääntöjen rikkominen komission mukaan alkoi, aloitus- tai kokeiluvaiheen. Nopeiden Internet-yhteyksien markkinat alkoivat kehittyä Ranskassa vuodesta 1997 alkaen. WIN:n ADSL-palvelut ja sen kilpailijoiden ensimmäiset tarjoukset saatettiin myyntiin jo loppuvuodesta 1999. Kesäkuun 2000 lopussa yksityisasiakkaille tarjottavien nopeiden Internet-yhteyksien markkinoilla oli jo 100 000 tilaajaa, ja loppuvuonna 2000 Ranskassa oli jo yli 180 000 tilaajaa. Vuoden 2001 ensimmäisen neljänneksen aikana markkinoille tuli yli 5 000 uutta tilaajaa viikossa. Tarkastellessaan kilpailusääntöjen rikkomista vasta maaliskuusta 2001 lähtien, kuten päätöksen 71 perustelukappaleesta käy ilmi, koska markkinat eivät olleet komission mukaan siihen asti ”saavuttaneet riittävää kehityksen vaihetta, jotta ’saalistustestillä’ olisi merkitystä”, komissio sulki asianmukaisesti arviostaan pois aloitusvaiheen.
- 107 Kyseessä olivat tosin voimakkaassa kasvuvaiheessa olevat markkinat, mutta tämän seikan perusteella ei voida sulkea pois kilpailusääntöjen ja muun muassa EY 82 artiklan soveltamista.
- 108 Näille voimakkaassa kasvuvaiheessa olleille markkinoille ei ollut kyseessä olevan ajanjakson aikana ominaista voimakas epävarmuus. Sitä vastoin on käynyt ilmi, että markkinoilla oli melko pysyvä hierarkia, jossa WIN oli johtavassa asemassa.
- 109 Tältä osin on todettava, että päätöksen 213–215 perustelukappaleessa komissio täydentää WIN:n määräävästä markkina-asemasta tekemäänsä arviota vertailemalla WIN:n ja sen kilpailijoiden markkinaosuuksia kyseessä olevan ajanjakson aikana.

Tämän arvion mukaan, jota kantaja ei ole riitauttanut, WIN:llä on ollut jatkuvasti yli kahdeksan kertaa enemmän ADSL-tilaajia kuin sen pahimmalla kilpailijalla. Oikeuskäytännön mukaan asianomaisen yrityksen markkinaosuus sen kilpailijoihin nähden muodostaa luotettavan indision määräävästä markkina-asemasta (ks. edellä 80 kohdassa mainitussa asiassa Hoffmann-La Roche v. komissio annetun tuomion 48 kohta).

- 110 WIN on kuitenkin väittänyt, että tällaisia markkinoita oli tarkasteltava dynaamisesta näkökulmasta arvioimalla paitsi senhetkistä kilpailua myös potentiaalista kilpailua.
- 111 Tältä osin riittää kun todetaan, että maaliskuussa 2001 tehtyjen WIN:n omien tulevaisuutta koskevien arviointien mukaan vuoden 2004 lopussa WIN tulisi säilyttämään itsellään 55 prosenttia koko markkinoista. Kesäkuussa 2001 WIN itse arvioi näitä markkinaosuuksia uudelleen. Silloin se katsoi, että sen hallussa olisi vuoden 2004 lopussa yli kolme neljännestä ADSL-markkinoista ja ainakin 60 prosenttia yksityiskäyttäjien nopeista yhteyksistä (päätöksen 220 perustelukappale ja alaviite 255). Tällaiset seikat osoittavat, että WIN itse piti potentiaalista kilpailua rajallisena. Näin ollen merkityksellisten markkinoiden tilanteen vuoksi ei voida katsoa, että markkinaosuudet eivät ole kovin luotettava indisio.
- 112 Lisäksi komissio on ottanut huomioon WIN:n markkina-asemasta tekemänsä tutkimuksen yhteydessä päätöksen 223–246 perustelukappaleessa myös sen seikan, että WIN hyötyi France Télécom -konserniin ”nojautumisestaan” huomattavalla tavalla, mikä myötävaikutti sen määräävään markkina-asemaan.
- 113 Tältä osin on todettava, että toisin kuin WIN väittää, komissio arvioi päätöksen 226–228 perustelukappaleessa WIN:n mainitsemien kilpailijoiden AOL:n, T-Onlinen ja Tiscalin tilannetta. Komissio päätteli 228 perustelukappaleessa, että oli kyseessä olevien yritysryhmien valmius tukea ranskalaisten tytäryhtiöidensä

investointeja ja liiketoiminnallisia aloitteita miten suuri hyvänsä, yksikään niistä ei voinut antaa näille tytäryhtiöille yhtä ratkaisevaa teknistä ja logistista tukea ja Ranskassa toimivaa liiketoiminnallista verkostoa koskevaa tukea kuin France Télécom antoi WIN:lle.

- 114 Siltä osin kuin on kyse laajasta jakeluverkostosta, joka kilpailevilla yritysryhmillä oli WIN:n mukaan käytössään, on korostettava, että Ranskan alueella, joka on ainoa alue, josta päätöksessä on kyse, tämä jakeluverkko ei missään tapauksessa saavuta likimainkaan France Télécomin, Ranskan perinteisen puhelinoperaattorin, jakeluverkoston merkitystä.
- 115 WIN:n saamista liiketoiminnallisista eduista, joita WIN ei ole kiistänyt, on mainittava lähinnä France Télécomin toimistojen verkosto, joka vastasi WIN:n tuotteiden jakelusta koko Ranskan alueella.
- 116 Toiseksi WIN ei myöskään kiistänyt teknisiä etuja, joita se komission mukaan sai siitä, että se ”nojautui” France Télécomiin. Komissio väittää, mitä WIN ei ole kiistänyt, että WIN sai etuuskohtelua koko vuoden 2000 ajan ja vuoden 2001 seitsemän ensimmäisen kuukauden ajan, mikä ilmeni sen kilpailijoiden tarjouksiin nähden paljon joustavampina räätälöityinä tarjouksina ja reaaliaikaisena pääsynä muunnettavien linjojen tiedostoihin.
- 117 Ranskan Conseil de la concurrence (kilpailuviranomainen) on korostanut näitä etuja 27.2.2002 tekemässään päätöksessä 02-MC-03, joka koskee T-Online-yhtiön kantelua ja turvaamistoimenpiteitä koskevaa hakemusta ja joka on vastineen liitteenä. Conseil de la concurrence määräsi, että France Télécomin on asetettava kaikkien Internet-yhteyksien tarjoajien käyttöön Extranet-palvelin, jonka avulla ne saavat samat tiedot, jotka WIN:illä oli käytössään, ja että France Télécomin

erikoistuneiden yksiköiden on suoritettava ADSL-liittymän avaaminen yhtä tehokkaasti kuin WIN:lle. Tämän järjestelmän käyttöön ottamista odotettaessa Conseil de la concurrence asetti France Télécomille velvollisuuden keskeyttää WIN:n ADSL-palveluiden markkinointi France Télécomin toimistoissa. Kuten päätöksen 146 perustelukappaleessa korostetaan, Cour d'appel de Paris (Ranska) vahvisti Conseil de la concurrence'n päätöksen 9.4.2002 antamassaan tuomiossa.

118 On siis todettava, että komissio katsoi aivan oikein, että WIN sai France Télécomiin "nojautumisestaan" sellaisia etuja kilpailijoihinsa nähden, jotka myötävaikuttivat WIN:n määräävään markkina-asemaan.

119 Viimeinen seikka, jonka komissio on tuonut esiin tarkastellessaan WIN:n asemaa merkityksellisillä markkinoilla, on etu, jonka Wanadoo-konserni sai toiminnastaan puhelinluettelomarkkinoilla. Komissio korostaa, että erittäin kannattava toiminta näillä markkinoilla on omiaan vähentämään huomattavasti WIN:n nopeiden Internet-yhteyksien markkinoilla harjoittaman tappiollisen myynnin vaikutuksia konserniin.

120 Tältä osin on todettava, että komission tämä toteamus liittyy muihin kuin nopeiden Internet-yhteyksien markkinoihin. Tältä osin, kuten WIN väittää, Wanadoo-konsernin läsnäolo puhelinluetteloiden markkinoilla ei ole seikka, joka tukee ratkaisevalla tavalla WIN:n määräävää asemaa merkityksellisillä markkinoilla.

121 Näin ollen kaiken edellä todetun valossa on katsottava, että komissio katsoi aivan oikein, että WIN:llä oli määräävä asema merkityksellisillä markkinoilla kyseessä olevan jakson ajan.

2. Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö

a) Kustannusten kattamistestiä koskevat väitteet

- ¹²² Tältä osin riita-asia koskee kustannusten kattamisen asteen laskemisessa käytettyä menetelmää ja laskuvirheitä, joita komission väitetään tehneen laskentamenetelmän soveltamisessa.

Kustannusten kattamisen asteen laskemisessa käytetyssä menetelmässä oleva virhe

– Asianosaisten lausumat

- ¹²³ WIN väittää, että komissio teki oikeudellisen virheen käyttäessään staattista kustannusten kattamistestiä, joka ei missään tapauksessa kuvasta WIN:n tilaajien kannattavuuden taloudellista todellisuutta. Sen mukaan tilausten osalta osa kustannuksista ja kaikki tulot jakautuvat pitkälle aikavälille ja kustannukset vaihtelevat ajan myötä. Komission menetelmässä hankintakustannuksiin lisätään toistuvat kuukausikustannukset kerrottuna 48:lla, sellaisena kuin nämä toistuvat kuukausikustannukset olivat tilauksen tekemisen ajankohtana, ja täten saatua summaa verrataan toistuviin kuukausituloihin 48:lla kerrottuna, sellaisena kuin ne olivat samana päivänä, ilman että otetaan huomioon toistuvien kuukausikustannusten mukautuminen ajan myötä.

- ¹²⁴ Huomioon otettavien kustannusten osalta WIN väittää, että kustannusten tosiasiallisen kattamisen arvioimisessa komissiolla on velvollisuus tutkia kaikki tiedot, jotka sillä on hallussaan päätöksen tekemisen ajankohtana, jos se katsoo näiden tietojen olevan päteviä. WIN kuitenkin katsoo, että komissio jätti ottamatta huomioon kaikki tilauksen tekemisen ja lokakuun 2002 välisenä aikana ilmenneet ja

hyväksytyt kustannusten alenemiset, tai täsmällisemmin komissio otti huomioon kustannusten alenemisen kaikkien niiden tilaajien osalta, jotka tekivät tilauksen tämän päivän jälkeen, mutta se ei saattanut ajan tasalle niiden tilaajien toistuvia kustannuksia, jotka tekivät tilauksen ennen tätä päivää. WIN käyttää esimerkkinä asiakasta, joka tilasi WIN:ltä liittymän 1.6.2001, ja väittää, että komissio katsoo alkuperäisten toistuvien kustannusten olleen 54,39 euroa kuussa vuoden 2005 toukokuun loppuun asti (siis 48 kuukauden ajan), vaikka tämä ei vastaa todellisia kustannuksia elokuusta 2001 alkaen, koska päätöksen liitteen 3 mukaan kustannukset olivat tästä ajankohdasta lähtien vain 34,72 euroa kuukaudessa.

125 WIN esitteli komissiolle tuloksia, jotka perustuivat diskontattujen kassavirtojen menetelmään, jonka avulla lasketaan nettona tilaajien nykyarvo. Tämän menetelmän mukaisesti jokaisen tilaajan osalta luetteloidaan kaikki tilaajasta aiheutuvat kustannukset ja saatavat tulot, joiden nykyarvo lasketaan siten, että niihin sovelletaan rahoitusmarkkinoiden diskonttauskorkoa, ja täten saadut diskonttatut kassavirrat lasketaan yhteen. Tuotteen hinta muodostuu aluksi maksetusta hankintahinnasta, johon lisätään toistuvat kuukausikustannukset. WIN katsoo, että tämä menetelmä, joka on taloudelliselta kannalta ainoa luotettava menetelmä, on yleisesti tunnustettu ja taloustieteessä ja rahoitusmarkkinoilla käytettyjen investointeista tehtyjen taloudellisten laskutoimitusten mukainen. WIN väittää, että Ranskan Conseil de la concurrence käytti tätä menetelmää ja että sen pätevyys todetaan Ozeran Office of Fair Tradingille (OFT, Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistyneen kuningaskunnan kilpailuviranomainen) laatimassa kertomuksessa. Tällä menetelmällä osoitetaan WIN:n mukaan, että WIN:n kokonaiskustannukset – maaliskuun 2001 niitä kokonaiskustannuksia lukuun ottamatta, joista tuotteen mukaan katettiin vain 98 tai 99 prosenttia – ja sitä suuremmalla syyllä sen muuttuvat kustannukset katettiin koko ajanjakson osalta.

126 Komissio on WIN:n kanssa samalla kannalla siltä osin, että on tarpeellista jakaa tiettyjä kustannuksia, mutta se on eri mieltä käytettävästä menetelmästä. Komissio toteaa valinneensa WIN:n tarjoamien palveluiden taloudellisen tasapainon arvioimista varten dynaamisen menetelmän, jossa otetaan huomioon se seikka, että tietyt muuttuvat kustannukset ja muun muassa ne, jotka liittyvät tilaajan hankkimiseen, kompensoidaan tuloilla, joita yritys aikoo saada tältä tilaajalta asiakassuhteen aikana.

Jakamalla ei-toistuvat muuttuvat kustannukset 48 kuukaudelle komissio otti täten huomioon tilauksen tavanomaisen keston, jota voidaan käyttää viitteenä sellaista yritystä varten, joka tavoittelee investoinnista saatavia tuottoja kohtuullisen ajan kuluessa.

127 Komissio väittää, että soveltaessaan menetelmäänsä se otti kaikki käyttämänsä luvut WIN:n toimittamista tiedoista. Kyseessä ovat siis jälkikäteen todetut luvut. Yksikään kustannuksia koskeva kohta ei ole komission mukaan fiktiivinen. Komissio vakuuttaa ottaneensa täysin huomioon kustannusten alenemiset kaikkien tilaajien osalta silloin, kun ne ilmenivät.

128 Lisäksi komissio katsoi, että esillä olevassa asiassa ei ollut perusteltua käyttää WIN:n suosittellemaa diskontattujen kassavirtojen menetelmää. Komission mukaan tämän menetelmän perusteella ei voida tehdä päätelmiä saalistuksen osalta. Lisäksi WIN jätti miltei laskematta nettomääräiset nykyarvot tosiseikkojen tapahtuman aikaan kyseessä olevia tuotteita varten. Diskontattujen kassavirtojen menetelmän käyttämisestä ei myöskään voitu perustella esillä olevassa asiassa millään tavoin yhteisöjen tuomioistuinten oikeuskäytännöllä tai komission päätöskäytännöllä. Missään tapauksessa kantajan ehdottama menetelmä ei ole perinteinen menetelmä, koska WIN ehdottaa, että uusien asiakkaiden tuomat kassavirrat jaetaan yhtä moneen ryhmään ja että jokaisen osalta arvioidaan, onko diskontattu kassavirta positiivinen viiden vuoden jakson osalta. Lisäksi WIN sisällyttää arvioonsa kasvaneen tuottavuuden, joka johtuu kilpailusääntöjen rikkomisen päättymisestä.

– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

129 Alustavasti on muistutettava, että siltä osin kuin kustannusten kattamisen asteen laskemisessa käytettävän menetelmän valinta merkitsee komission osalta monita-
hoista taloudellista arviointia, sille on myönnettävä laaja harkintavalta (ks.

vastaavasti asia C-7/95 P, tuomio 28.5.1998, Kok. 1998, s. I-3111, 34 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Tuomioistuimen valvonta kohdistuu siis ainoastaan siihen, että menettelyä ja perusteluvollisuutta koskevia sääntöjä on noudatettu, että tosiseikat pitävät asiallisesti paikkansa, että näitä tosiseikkoja ei ole arvioitu ilmeisen virheellisesti ja ettei harkintavaltaa ole käytetty väärin.

130 Saalistushintoja koskevasta oikeuskäytännöstä johtuu, että kun hinnat alittavat muuttuvien kustannusten keskiarvon, voidaan olettaa, että hinnoittelukäytäntöön liittyy syrjäytystarkoitus; tästä oikeuskäytännöstä johtuu myös, että kokonaiskustannusten keskiarvon alittavia mutta muuttuvien kustannusten keskiarvon ylittäviä hintoja on pidettävä väärinkäyttönä, kun ne on vahvistettu sellaisen suunnitelman yhteydessä, jonka tarkoitus on kilpailijan syrjäyttäminen (edellä 100 kohdassa mainitussa asiassa AKZO v. komissio annetun tuomion 71 ja 72 kohta; asia T-83/91, Tetra Pak v. komissio, tuomio 6.10.1994, Kok. 1994, s. II-755, Kok. Ep. XVI, s. II-1, 148 ja 149 kohta, joka on vahvistettu asiassa C-333/94 P, Tetra Pak v. komissio, 14.11.1996 annetulla tuomiolla, Kok. 1996, s. I-5951, 41 kohta).

131 Komissio esitti päätöksessä kolme erilaista arviointia toimintaansa selventääkseen. Ensimmäinen, joka on esitelty päätöksen 73–75 perustelukappaleessa, on yksinkertaisen kirjanpidon perusteella tehty arviointi, johon on sisällytetty välittömästi sekä tulot että kustannukset. WIN:n itsensä mukaan kyseessä on sen kirjanpitoon merkittyjen tulojen ja menojen laskeminen sellaisenaan. Molemmat asianosaiset katsovat, että tämä menetelmä on soveltumaton. Vaikka WIN kiistää tältä ensimmäiseltä arvioinnilta kaiken merkityksen, se ei riitauta huomioon otettuja lukuja. Yleisellä tasolla se myöntää, että ”lähes kaikki kustannuksiin liittyvät tiedot ovat peräisin WIN:ltä ja että harvat tiedot ovat peräisin France Télécomilta”.

132 Päätöksen 76–86 perustelukappaleessa kuvattu toinen arviointi koskee oikaistujen kustannusten todellista kattamista. Käyttöomaisuuden hankintamenojen poistojen tekemisen periaatteen mukaisesti komissio jakoi asiakkaiden hankkimisesta aiheutuneet kustannukset 48 kuukaudelle. Tämän perusteella se arvioi erikseen oikaistujen muuttuvien kustannusten kattamista ja oikaistujen kokonaiskustannus-

ten kattamista ja totesi, että yhteisöjen tuomioistuimella on kaksi kustannusten kattamistestiä sen mukaan, liittyykö määräävässä asemassa olevan yrityksen toiminta kilpailijoiden syrjäyttämiseen pyrkivään suunnitelmaan vai ei. Komission päätös perustuu tähän arviointiin.

133 Lisäksi komissio on suorittanut päätöksen 97–106 perustelukappaleessa kolmannen, täydentävän arvioinnin ennalta arvioitavien oikaistujen kustannusten kattamisesta. Kuten WIN toteaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämiin kysymyksiin antamissaan vastauksissa, tämä kolmas arviointi kertoo hyvin erilaisesta lähestymistavasta, koska komissio ei pyri jäljittämään todellisia kustannuksia ja tuloja. Tällä arvioinnilla pyritään päätöksen mukaan vain "tarjoamaan lisäselvityksiä". Komissio toteaa nimenomaisesti päätöksen 72 perustelukappaleessa, että "vain oikaistuille kustannuksille perustuvan lähestymistavan avulla voidaan tehdä päätelmiä". Komissio on siis käyttänyt toiseksi mainittua, oikaistujen kustannusten menetelmää ja todennut, että kustannuksia ei katettu. Näin ollen on aiheellista tarkistaa sen lainmukaisuus ilman, että on tarpeen lausua ennalta arvioitavien oikaistujen kustannusten kattamista koskevan täydentävän arvion lainmukaisuudesta.

134 Päätöksen 73–75 perustelukappaleesta käy selvästi ilmi, että sen kirjanpitoimenetelmän käyttäminen, jota käytettiin asioissa, jotka johtivat edellä 100 kohdassa mainitussa asiassa AKZO vastaan komissio annettuun tuomioon ja edellä 130 kohdassa mainitussa asiassa Tetra Pak vastaan komissio 6.10.1994 ja 14.11.1996 annettuihin tuomioihin, ja jossa otetaan huomioon kustannukset puhtaasti ja yksinkertaisesti sellaisena kuin ne käyvät ilmi yrityksen kirjanpidosta, johtaa nyt käsiteltävänä olevassa asiassa hyvin alhaisiin lukuihin kustannusten kattamisen asteen osalta, toisin sanoen 30 prosenttia vuoden 2001 tammikuun ja heinäkuun välisenä aikana, 60 prosenttia vuoden 2001 elokuun ja joulukuun välisenä aikana ja 83 prosenttia vuoden 2002 tammikuusta kesäkuuhun (pätöksen taulukko 2).

135 Komissio on kuitenkin katsonut päätöksen 75 perustelukappaleessa, että kasvuvaiheessa olevilla markkinoilla asiakkaiden hankkimisen kustannukset ovat huomattava osa kuluista siten, että "taulukossa 2 ilmoitettu kustannusten kattamisen aste ei siis voinut sellaisenaan olla ratkaiseva luokiteltaessa hintoja saalistushinnoiksi".

136 Kuten komissio on todennut päätöksen 76 perustelukappaleessa, se on katsonut, että tässä asiayhteydessä ”yrityksen tavoite ei ollut saavuttaa välittömästi positiivinen kirjanpidollinen tulos” vaan ”saavuttaa toistuvien kustannusten (verkoston kustannukset ja tuotantokustannukset) kattamisen aste, joka on riittävä, jotta näistä toistuvista kustannuksista saatavalla katteella katetaan kohtuullisen ajan kuluessa muuttuvat ei-toistuvat kustannukset, jotka on sijoitettu kyseessä olevien tuotteiden kaupalliseen kehittämiseen”. Komissio päätti siis oikaista ei-toistuvat muuttuvat kustannukset jakamalla ne tietylle ajalle poistojen tekemistä koskevan periaatteen mukaisesti.

137 Komissio päätti täten jakaa asiakkaiden hankkimisen kustannukset 48 kuukaudelle, mitä lähestymistapaa WIN kannattaa osoittaen kuitenkin, että tilausten keskimääräinen kesto on tällä hetkellä noin viisi vuotta ja että neljä vuotta on vähimmäisarvio. On kuitenkin todettava, että WIN ei tee tällaisia poistoja ja että kyseessä olevat kustannukset merkitään tavanomaisten juoksevien kustannusten tavoin kirjanpitoon silloin, kun ne syntyvät. Lisäksi tietyt WIN:n kilpailijat jakavat toimintasuunnitelmissaan ajallisesti toistuvia muuttumattomia kustannuksia, mutta lyhyemmälle ajalle kuin komissio on tässä asiassa tehnyt (pätöksen 79 perustelukappale ja alaviitteet 70 ja 71). Kustannusten jakamiselle valittu ajanjakso ei siis ole virheellinen.

138 Tätä menetelmää soveltaessaan komissio katsoi, että WIN ei voinut soveltamillaan hinnoilla kattaa muuttuvia kustannuksiaan elokuuhun 2001 asti eikä kokonaiskustannuksiaan tammikuusta 2001 lokakuuhun 2002 (pätöksen taulukot 3 ja 4) ja että oli selvää, että kokonaiskustannukset jäivät kattamatta elokuuhun 2001 asti, kun otetaan huomioon muuttuvien kustannusten kattamisen aste.

139 On siis aiheellista arvioida komission käyttämää menetelmää asetettuun tavoitteeseen nähden, joka on kustannusten kattamistesti sovellettaessa EY 82 artiklaa, ja WIN:n esittämiin moitteisiin nähden.

- 140 Ensimmäiseksi on todettava, että toisin kuin WIN väittää, komissio ei käyttänyt staattista kustannusten kattamistestiä, joka olisi lisäksi ollut WIN:lle paljon epäedullisempi (ks. edellä 134 kohta).
- 141 Päätöksestä (76 ja 77 perustelukappale) käy selvästi ilmi, että sen seikan huomioon ottamiseksi, että tilausten osalta tilaajasta aiheutuvat kustannukset ja saatavat tulot jaetaan pitkälle aikavälille, komissio päätti oikaista asiakkaiden hankkimisen kustannukset jakamalla ne 48 kuukaudelle.
- 142 Toisin kuin WIN väittää, tämä menetelmä ei mitenkään tarkoita sitä, että hankintakustannukset lisätään 48:lla kerrottuihin toistuviin kuukausittaisiin kustannuksiin, sellaisina kuin ne olivat olemassa tilauspäivänä, ja että tätä määrää verrataan 48:lla kerrottuihin kuukausituloihin, sellaisina kuin ne olivat kyseisenä päivänä.
- 143 Kun luetaan päätöstä ja sen liitteitä, on päinvastoin todettava, että komissio sisällytti jokaiseen tarkastelun kohteena olleeseen kilpailusääntöjen rikkomisen ajanjaksoon kaikkien tilaajien osalta kyseessä olevan ajanjakson aikana toteutuneet peräkkäiset hinnanlaskut. Komissio jopa jäsenteli arvionsa näiden hinnanlaskujen mukaan.
- 144 Komission oikaistujen muuttuvien kustannusten arviointia varten (päätöksen taulukko 3) huomioon ottaman ensimmäisen jakson päättymisen 31.7.2001 vastaa kansalliseen ja alueelliseen verkkoon liittymisen hintojen laskua. Toisessa ajanjaksoissa on otettu huomioon tämä kustannusten lasku soveltamalla uusia hintoja. Toisen jakson päättymisen 15.10.2001 vastaa sellaisen jakson alkua, jonka aikana France Télécomin tavallisesti palvelun tarjoajilta laskuttamia käyttöön ottamisen kustannuksia ei peritty. Tässä yhteydessä on jälleen otettu huomioon näin ollen

tapahtunut kustannusten lasku. Lopuksi kolmannen ja neljännen jakson raja 15.2.2002 merkitsee kansainvälisen ”liitettävyyden” palvelun hinnoittelun muuttumista ja sitä, että France Télécom alkoi jälleen laskuttaa käyttöön ottamisen kustannukset.

¹⁴⁵ Näin ollen, toisin kuin WIN väittää, on selvää, että eri ajanjaksojen huomioon ottamisella pyrittiin nimenomaan ottamaan huomioon kustannusten lasku, johon on vedottu.

¹⁴⁶ Lisäksi muun muassa päätöksen liitteiden 1, 3, 5 ja 7 vertailusta eXtense-palvelun osalta ja liitteiden 2, 4, 6 ja 8 vertailusta Wanadoo ADSL -palvelun osalta käy ilmi, että jokaisen huomioon otetun jakson aikana ilmenneitä uusia hintoja ja muita seikkoja, joista kustannukset muodostuvat, on sovellettu kilpailusääntöjen rikkomista koskevan ajanjakson alusta alkaen tehtyihin tilauksiin, mutta ne vaikuttavat koko tilauskantaan.

¹⁴⁷ Jos vertaillaan esimerkiksi toistuvia muuttuvia kustannuksia, jotka on merkitty päätöksen liitteeseen 1 liitettyyn eXtense-palvelua koskevaan taulukkoon, joka koskee 8.1.2001 ja 31.7.2001 välistä ajanjaksoa, ja niitä toistuvia muuttuvia kustannuksia, jotka on merkitty liitteeseen 3 mutta jotka kattavat 1.8.2001 ja 15.10.2001 välisen ajanjakson, käy ilmi, että näiden ajanjaksojen välillä kansalliseen tai alueelliseen verkkoon liittymisen hinta muuttui 151 Ranskan frangista (FRF) 52,43 FRF:iin ja ADSL-yhteyspalvelun hinta laski 185 FRF:sta 140 FRF:iin. Nämä hintojen laskut otettiin huomioon paitsi kilpailusääntöjen rikkomista koskevan jakson alusta tehtyjä tilauksia varten (pätöksen liitteessä 3 oleva taulukko 3.2), myös koko tilauskantaa varten (samassa liitteessä oleva taulukko 3.1).

¹⁴⁸ Samalla tavoin päätöksen liitteiden 2 ja 4 vertailusta, joka koskee Wanadoo ADSL:n oikaistuja muuttuvia kustannuksia, käy ilmi, että kansalliseen tai alueelliseen verkkoon liittymisen hinta laski koko tilauskannan osalta 151 FRF:sta 52 FRF:iin.

- 149 Lisäksi käyttöönottomaksun poistuminen eXtense-palvelun uusilta tilaajilta (pää-
töksen liitteessä 5 oleva taulukko 5.2) 15.10.2001 alkaen laski käyttöönoton
kustannuksia koko tilauskannan osalta (tämän saman liitteen taulukko 5.1) 53,4
eurosta 27,16 euroon. Nämä viimeksi mainitut kustannukset nousivat 32,37 euroon
(pääтöksen liitteessä 7 oleva taulukko 7.1), kun eXtense-palvelun uusien tilaajien
käyttöönottomaksut otettiin jälleen käyttöön 15.2.2002 alkaen (tämän saman liitteen
taulukko 7.2).
- 150 Siltä osin kuin on kyse kansainvälisen ”liitettävyyden” kustannuksista päätöksen
liitteiden 5 ja 7 vertailu eXtense-palvelun osalta ja liitteiden 6 ja 8 vertailu Wanadoo
ADSL -palvelun osalta osoittavat, että hinnan lasku 3,19 eurosta 1,62 euroon, mikä
tapahtui kolmannen ja neljännen ajanjakson välillä, vyörytettiin paitsi uusille
tilaajille myös koko tilauskannalle (tuotteen mukaan liitteessä 7 oleva taulukko 7.1
tai liitteessä 8 oleva taulukko 8.1).
- 151 Komissio otti näin ollen huomioon eri hinnanmuutokset kustannuksista suoritta-
massaan arvioissa.
- 152 Tältä osin on korostettava, että komissio katsoo aivan oikein, että kilpailusääntöjen
rikkomisen jälkeisillä tuloilla ja kustannuksilla ei saa olla merkitystä arvioitaessa
kustannusten kattamisen astetta tarkastelun kohteena olleen jakson aikana.
Oikeuskäytännön mukaan EY 82 artiklassa tarkoitetaan asianomaisen yrityksen
asemaa yhteismarkkinoilla silloin, kun väärinkäytöksi väitetty kilpailusääntöjen
rikkominen tapahtui (yhdistetyt asiat 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73,
113/73 ja 114/73, Suiker Unie ym. v. komissio, tuomio 16.12.1975, Kok. 1975,
s. 1663, 450 kohta). WIN ei siis voi laskea laskuihinsa mukaan lokakuun 2002
jälkeisiä hintoja ja kustannuksia. Näin ollen kantajan väitteillä, joiden perustana on
käytetty lokakuun 2002 jälkeisiä hintoja ja kustannuksia, ei voida kyseenalaistaa
komission arviota.

- 153 Lopuksi siltä osin kuin on kyse WIN:n väitteestä, jonka mukaan vain diskontattujen kassavirtojen menetelmä on merkityksellinen kustannusten kattamisen asteiden laskemisessa nyt käsiteltävänä olevassa asiassa, on aiheellista huomioda, että vaikka WIN osoittaisi, että sen kannattama menetelmä on tietyiltä osin soveltuva, tämä ei riitä osoittamaan, että komission tässä asiassa käyttämä menetelmä on lainvastainen. Kantajalle kuuluu tämän lainvastaisuuden toteennäyttäminen. Edellä esitetystä tarkastelusta on kuitenkin käynyt ilmi, että komissio ei tehnyt ilmeistä arviointi-
virhettä valitessaan tämän menetelmän.
- 154 Voidaan siis päätellä, että WIN ei ole osoittanut komission soveltaneen esillä olevassa asiassa lainvastaista kustannusten kattamistestiä, kun komissio on käyttänyt WIN:n kirjanpitoon merkittyjä tietoja korjaamalla niitä WIN:n kannalta edullisella tavalla, jotta merkityksellisten markkinoiden erityinen tilanne otetaan huomioon, ja noudattanut kuitenkin EY 82 artiklassa tarkastelua varten asetettuja vaatimuksia.
- 155 Täydennyksenä on todettava yhtäältä, että oikeuskäytännöstä ei käy ilmi, että diskontattujen kassavirtojen menetelmän käyttäminen oli esillä olevassa asiassa välttämätöntä, ja toisaalta, että WIN ei esittänyt yhtäkään perustetta, jolla osoitetaan, että komissio teki tältä osin ilmeisen arviointivirheen.
- 156 Näin ollen kustannusten kattamisen asteen laskennassa käytettyä menetelmää koskevat väitteet on hylättävä.

Valitun laskentamenetelmän soveltamisessa tapahtuneet laskuvirheet

– Asianosaisten lausumat

- 157 WIN:n mukaan komissio teki virheitä oman laskentamenetelmänsä soveltamisessa, muun muassa muuttumattomien ja muuttuvien kustannusten laskemisessa. Sen

mukaan komissio valitsi erilaisia lukuja edustamaan samoja kustannuksia WIN:n kannalta järjestelmällisesti epäedullisella tavalla. Komissio myös teki mielivaltaisia poikkeamia, joiden oli määrä kuvastaa asiakkaille tarjottuja maksuttomia tilauskautuksia. WIN väittää, että näillä virheillä voidaan selittää suurelta osin, minkä vuoksi komissio totesi, että kustannuksia ei katettu. Näitä laskuvirheitä koskevia pidempiä selityksiä varten WIN viittaa yhteen sen kannekirjelmän liitteeseen.

158 Komissio katsoo, että kannekirjelmässä itsessään ei identifioida päätöksen väitettyjä laskuvirheitä, koska viittaus kannekirjelmän liitteenä olevaan asiakirjaan on luonteeltaan yleinen. Tätä toissijaista kanneperustetta ei siis voida ottaa tutkittavaksi.

159 Lisäksi komissio katsoo, että WIN ei väitä, että näiden virheiden korjaaminen olisi johtanut erilaiseen lopputulokseen, koska kattamisen aste on edelleen alle 100 prosenttia. Näin ollen tämä kanneperuste on joka tapauksessa tehoton.

160 WIN vastasi vastauskirjelmässään, että koska liitteeseen sisältyi vain laskuvirheiden erittely, kanneperuste, joka esitettiin kannekirjelmässä täsmällisesti, on otettava tutkittavaksi. WIN:n mukaan kanneperuste ei myöskään ole tehoton. Sen mukaan siitä nimittäin käy ilmi, että kokonaiskustannusten kattamisen aste nousi 90–91 prosentin haarukasta 98–99 prosentin haarukkaan. Komissio katsoo sen mukaan, että 99,7 prosentin kattamisen aste ei muodosta kilpailusääntöjen rikkomista.

161 WIN riitautti vastauskirjelmässään mainoskulujen liittämisen muuttuviin kustannuksiin ja kahden kyseessä olevan palvelun keskimääräisen kustannusten kattamisen asteen laskemisen.

– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

- 162 Alustavasti on eroteltava kustannusten kattamisen asteen määrittelyssä käytettävän menetelmän soveltaminen varsinaisista laskuista, jotka ovat pelkkiä matemaattisia laskutoimituksia. WIN:n kirjelmistä käy ilmi, että se ei aseta kyseenalaiseksi aritmeettisia laskutoimituksia sellaisenaan vaan sen, että niissä otettiin huomioon tiettyjä virheellisiä seikkoja.
- 163 Kustannusten kattamisen asteen määrittelemisessä käytettävän menetelmän soveltaminen merkitsee, toisin kuin itse laskutoimitukset, että komission on suoritettava monitahoinen taloudellinen arvio, ja sille on aiheellista myöntää laaja harkintavalta (ks. vastaavasti edellä 129 kohdassa mainitussa asiassa *Deere v. komissio* annetun tuomion 34 kohta). Tuomioistuimen valvonta kohdistuu siis ainoastaan siihen, että menettelyä ja perusteluvollisuutta koskevia sääntöjä on noudatettu, että tosiseikat pitävät asiallisesti paikkansa, että näitä tosiseikkoja ei ole arvioitu ilmeisen virheellisesti ja ettei harkintavaltaa ole käytetty väärin.
- 164 Tämän kanneperusteen tutkittavaksi ottamisesta riippumatta on aiheellista todeta, että kuten komissio on katsonut, vaikka kaikki väitetyt virheet otettaisiin huomioon ja niistä esitettäisiin näyttöä, kokonaiskustannusten kattamisen aste, johon WIN päätyy, on kuitenkin sen itsensä mukaan alle 99 prosenttia ja eXtense-palvelun osalta jopa alle 98 prosenttia. Näin ollen jäljelle jää väite, jonka mukaan kokonaiskustannuksia ei katettu tarkastelun kohteena olevan koko jakson aikana.
- 165 Tältä osin se seikka, että komissio olisi voinut harkintavaltaansa käyttäen todeta, että se, että muuttuvista kustannuksista katettiin 99,7 prosenttia, ei muodostanut kilpailusääntöjen rikkomista, ei velvoita komissiota tekemään samaa toteamusta kokonaiskustannusten osalta, kun niistä katettiin tapauksen mukaan 98 tai 99 prosenttia. Näin ollen tämä kanneperuste on hylättävä tehottomana.

- 166 Täydennyksenä on todettava siltä osin kuin on kyse väitteestä, jonka mukaan tätä kanneperustetta ei voida ottaa tutkittavaksi, että yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 21 artiklan ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 44 artiklan 1 kohdan c alakohdan mukaan kanteessa on mainittava riidan kohde ja yhteenveto seikoista, joihin kanne perustuu. Tämä on tehtävä riittävän selvästi ja täsmällisesti, jotta vastaaja voi valmistella puolustuksensa ja jotta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin voi tarvittaessa antaa asiassa ratkaisun ilman täydentäviä tietoja (asia T-56/92, Koelman v. komissio, määräys 29.11.1993, Kok. 1993, s. II-1267, 21 kohta).
- 167 On myös muistutettava, että vaikka kannekirjelmää voidaan tukea ja täydentää tietyiltä osin viittaamalla kannekirjelmän liitteenä olevien asiakirjojen kohtiin, liitteillä on puhtaasti todistuksellinen ja täydentävä tehtävä (asia T-84/96, Cipeke v. komissio, tuomio 7.11.1997, Kok. 1997, s. II-2081, 34 kohta). Liitteitä ei siis voida käyttää kannekirjelmässä pääpiirteittäin esitetyn kanneperusteen kehittämiseen esittämällä väitteitä tai perusteluita, joita kannekirjelmässä ei ole esitetty. Kantajan on esitettävä kannekirjelmässä täsmälliset väitteet, joista ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta pyydetään lausumaan, sekä vähintään pääpiirteittäin oikeudelliset seikat ja tosiseikat, joihin nämä väitteet perustuvat (asia C-52/90, komissio v. Tanska, tuomio 31.3.1992, Kok. 1992, s. I-2187, 17 kohta ja asia T-85/92, De Hoe v. komissio, määräys 28.4.1993, Kok. 1993, s. II-523, 20 kohta).
- 168 Näin ollen tämä kanneperuste on otettava tutkittavaksi vain kannekirjelmässä selvästi täsmennettyjen virheiden osalta, toisin sanoen siltä osin kuin se koskee eri lukuja, jotka on valittu kuvaamaan samoja kustannuksia, ja niiden poikkeamien vähentämistä, joiden on tarkoitus edustaa asiakkaille tarjottuja maksuttomia tilauskuukausia. Kanneperustetta ei sen sijaan voida ottaa tutkittavaksi siltä osin kuin on kyse mainoskultujen sisällyttämisestä muuttuviin kustannuksiin ja kahden tarkastellun palvelun kustannusten kattamisen keskimääräisen asteen laskemisesta, koska nämä seikat mainitaan ja niitä täsmennetään vain yhdessä kannekirjelmän liitteessä.
- 169 Näin ollen tämä kanneperuste on hylättävä, koska se ei täytä kaikilta osin tutkittavaksi ottamisen edellytyksiä ja koska se on joka tapauksessa tehoton, kuten edellä 165 kohdassa todetaan.

b) Saalistustestiä koskevat väitteet

- ¹⁷⁰ WIN väittää, että komissio teki saalistustestin soveltamisessa oikeudellisen virheen ja ilmeisiä arviointivirheitä, joiden vuoksi päätös on kumottava EY 82 artiklan vastaisena. WIN esittää perustelun, joka koskee sen oikeutta mukauttaa hintansa kilpailijoiden hintoihin, saalistussuunnitelman ja kilpailun vähentämistä koskevan suunnitelman puuttumista ja tarvetta esittää näyttöä tappioiden takaisin saamisesta.

Peruste, joka koskee WIN:n oikeutta mukauttaa hintansa kilpailijoiden hintoihin

– Asianosaisten lausumat

- ¹⁷¹ WIN väittää, että kaikilla toimijoilla oleva oikeus mukauttaa hintansa vilpittömin mielin kilpailijan aikaisempaan hintaan, on olennainen osa kilpailua. Sen mukaan tämä oikeus on hyväksytty komission itsensä päätöskäytännössä, oikeuskäytännössä sekä oikeuskirjallisuudessa ja taloudellisissa analyyseissä, joiden välillä asiassa vallitsee yksimielisyys. WIN:n mukaan sillä seikalla ei ole tältä osin merkitystä, että kilpailijoiden hinnat ovat asianomaisen yrityksen kustannuksia alhaisemmat.
- ¹⁷² WIN katsoo, että tästä syystä komissio itse salli nimenomaisesti [EY 82] artiklan mukaisen menettelyn soveltamisesta 29.7.1983 tehdystä päätöksessä 83/462/ETY (IV/30.698 – ECS/Akzo – Välitoimet, EYVL L 252, s. 13) asianomaiselle määräävässä asemassa olevalle yritykselle kustannuksia alhaisempien hintojen veloittamisen, jotta tämä yritys voi mukautua vilpittömin mielin kilpailijoiden

aikaisempiin hintoihin. WIN:n mukaan tästä päätöksestä nostetun kanteen yhteydessä yhteisöjen tuomioistuin puolestaan totesi, että komissio ei asettanut kyseenalaiseksi periaatetta, jonka mukaan määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on oikeus mukauttaa hintansa kilpailijoiden hintoihin, ja se itse vahvisti hyvin selvästi tämän periaatteen.

173 Lisäksi komissio väärästi täydentävissä toteamuksissaan tosiseikkoja kiistäessään virheellisesti WIN:n kilpailijoidensa hintoihin mukautumisen.

174 Komissio katsoo, että vaikka kilpailijoiden hintoihin mukautuminen ei ole ehdottomasti kielletty määräävässä asemassa olevalta yritykseltä, se ei voi käyttää tätä mahdollisuutta, jos se merkitsee kyseessä olevan palvelun kustannuksia alhaisempia hintoja. Komissio katsoo, että koska nyt esillä olevassa asiassa määräävässä asemassa oleva yritys ei kattanut hinnoittelukäytäntönsä vuoksi kustannuksiaan, toisen, ei-määräävässä asemassa olevan toimijan tarjoushintoihin mukautuminen ei ollut perusteltua. Lisäksi komissio katsoi, että WIN:n kilpailijat eivät olleet määräävässä asemassa, ja kiisti täydentävissä huomautuksissaan WIN:n niiden toteamusten paikkansapitävyyden, joiden mukaan se vain mukautti hintansa kilpailijoidensa hintoihin hinnoittelukäytännöillään.

175 Joka tapauksessa hintojen mukauttamista koskeva näkemystenvaihto ei komission mukaan johda mihinkään. Päätöksessä vain moititaan WIN:ä siitä, että se jatkoi tätä hinnoittelua maaliskuun 2001 jälkeen, kun Noos- ja Mangoosta-yhtiöt olivat nostaneet hintojaan yli 20 prosenttia ja kun kyseessä ei enää voinut olla hintojen mukauttaminen. Komissio viittaa tältä osin päätöksen 331 perustelukappaleeseen.

– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

176 Ensin on todettava, että komissio ei mitenkään kiistä toimijalla olevaa oikeutta mukauttaa hintansa kilpailijan aikaisempaan hintaan. Komissio toteaa päätöksen 315

perustelukappaleessa, että ”vaikka kilpailijoiden hintoihin mukautuminen ei ole ehdottomasti kielletty määräävässä asemassa olevalta toimijalta, siltä on kuitenkin kiellettävä tämä mahdollisuus, kun se merkitsee, että määräävässä asemassa oleva yritys ei kata kyseessä olevasta palvelusta aiheutuvia kustannuksia”.

177 WIN kuitenkin katsoo, että komissio on täten toiminut vastoin omaa päätöskäytäntöään ja yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöä.

178 Tältä osin on todettava, että aiemmissa tapauksissa, joihin WIN on vedonnut, määräävässä asemassa olevalle yritykselle myönnetty oikeus mukauttaa hintoja oli rajoitettu. Tämä huomautus koskee yhtä lailla päätöstä 83/462, jossa määrätään välitoimista, kuin sitä seurannutta yhteisöjen tuomioistuimen tuomiota (edellä 100 kohdassa mainitussa asiassa AKZO v. komissio annetun tuomion 134 kohta).

179 Komissio ei nimittäin sallinut päätöksessä 83/462 sitä, että AKZO mukauttaa hintansa yleisesti kilpailijoidensa hintoihin, vaan se salli hintojen mukauttamisen tietyn asiakkaan osalta sellaisen toisen tuottajan hintoihin, joka kykeni toimittamaan sille tavaraa. Lisäksi tätä lupaa mukauttaa hinnat kilpailijan hintoihin hyvin täsmällisin edellytyksin ei mainittu samassa asiassa tehdyssä lopullisessa päätöksessä ([EY 82] artiklan mukaisen menettelyn soveltamisesta 14.12.1985 tehty komission päätös 85/609/ETY (IV/30.698 – ECS/AKZO Chemie), EYVL L 374, s. 1).

180 WIN ei siis voi vain tämän perusteella väittää, että komissio on myöntänyt päätöskäytännössään määräävässä asemassa oleville yrityksille oikeuden mukautua kilpailijoidensa hintoihin, kun tästä on seurauksena niiden kustannuksia alaisemmat hinnat.

- 181 Edellä 100 kohdassa mainitussa asiassa AKZO vastaan komissio annetussa tuomiossa, joka on ainoa tuomio, johon WIN viittaa väitteensä tueksi, yhteisöjen tuomioistuimien ei tosin asettanut periaatteelliselta kannalta kyseenalaiseksi sitä, että määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on oikeus mukauttaa hintansa kilpailijoidensa hintoihin. Todettuaan, että komissio oli aivan oikein todennut, että kilpailevia tarjouksia ei ollut, yhteisöjen tuomioistuimella ei kuitenkaan ollut tarvetta lausua siitä, voiko määräävässä asemassa oleva yritys mukautua lainmukaisesti kilpailijoidensa hintoihin tapauksessa, jossa tällainen hintoihin mukautuminen merkitsi kustannuksia alhaisempia hintoja.
- 182 Ei siis voida todeta, että määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on ehdoton oikeus mukauttaa hintansa kilpailijoiden hintoihin ja että tämä oikeus on tunnustettu sellaisenaan komission päätöskäytännössä ja oikeuskäytännössä, erityisesti kun tämä oikeus johtaisi perustamissopimuksessa kiellettyjen saalistushintojen sallimiseen.
- 183 Nyt esillä olevassa asiassa komissio katsoo, että määräävässä asemassa olevalta yritykseltä on kiellettävä tämä mahdollisuus mukauttaa hintansa kilpailijoiden hintoihin, kun tämä merkitsee, että määräävässä asemassa oleva yritys ei kata kyseessä olevan palvelun kustannuksia.
- 184 On siis aiheellista tarkastaa, onko tämä rajoitus yhteensopiva yhteisön oikeuden kanssa.
- 185 On muistutettava, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan on niin, että vaikka määräävässä asemassa olevalta yritykseltä ei voida kyseisen aseman perusteella evätä oikeutta suojella liiketoiminnallisia intressejään silloin, kun niitä uhataan, ja vaikka tällaiselle yritykselle on kohtuullisessa määrin myönnettävä mahdollisuus toteuttaa kyseisten intressien suojaamiseksi aiheelliseksi katsomiaan toimenpiteitä, tällaista käyttäytymistä ei kuitenkaan voida hyväksyä silloin, kun sen nimenomaisena tarkoituksena on tämän määräävän aseman vahvistaminen ja sen väärinkäyttö

(edellä 101 kohdassa mainitussa asiassa *United Brands v. komissio* annetun tuomion 189 kohta; asia T-65/89, *BPB Industries ja British Gypsum v. komissio*, tuomio 1.4.1993, Kok. 1993, s. II-389, Kok. Ep. XIV, s. II-1, 117 kohta ja edellä 104 kohdassa mainituissa yhdistetyissä asioissa *Compagnie maritime belge transports ym. v. komissio* annetun tuomion 146 kohta).

186 Määräävässä asemassa oleville yrityksille asetetut erityiset velvollisuudet on vahvistettu oikeuskäytännössä useaan kertaan. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimien totesi asiassa T-111/96, *ITT Promedia vastaan komissio*, 17.7.1998 antamassaan tuomiossa (Kok. 1998, s. II-2937, 139 kohta), että EY 82 artiklasta johtuvien velvoitteiden luonteesta seuraa, että määräävässä markkina-asemassa olevilla yrityksillä ei erityisissä olosuhteissa ole oikeutta toimia sellaisella tavalla tai toteuttaa sellaisia toimia, jotka itsessään eivät ole väärinkäyttöä ja jotka eivät olisi tuomittavia, jos niitä toteuttaisi yritys, joka ei ole määräävässä markkina-asemassa.

187 Perustellakseen toimintaansa WIN ei voi vedota ehdottomaan oikeuteen mukauttaa hintansa kilpailijoiden hintoihin. Vaikka pitääkin paikkansa, että se, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys mukauttaa hintansa kilpailijoidensa hintoihin, ei sellaisenaan ole väärinkäyttöä tai ole tuomittavaa, ei voida sulkea pois sitä, että hintoihin mukautuminen on väärinkäyttöä tai että se on tuomittavaa, kun sen tarkoitus ei ole vain yrityksen omien etujen suojaaminen vaan tämän määräävän markkina-aseman vahvistaminen ja sen väärinkäyttö.

Saalistussuunnitelman ja kilpailun vähentämistä koskevan suunnitelman puuttumista koskeva väite

– Asianosaisten lausumat

188 WIN:n mukaan saalistus merkitsee kilpailun huomattavaa vähenemistä. Sen mukaan saalistusstrategiaa ei voida missään tapauksessa pitää järkevänä, jos ei ole olemassa mitään mahdollisuutta, että kilpailijat syrjäytetään tai että niitä ainakin jarrutetaan tai estetään toiminnassaan. Näin ollen komissio rikkoi EY 82 artiklaa vakavalla

tavalla, koska se määräsi WIN:lle seuraamuksia, vaikka se myöntää, että WIN:n markkinaosuus laski huomattavasti väitetyn kilpailusääntöjen rikkomisen jakson ajan ja että kilpailu oli voimakasta kyseessä olevan jakson päättyessä. WIN:llä ei ollut omasta mielestään mitään mahdollisuutta syrjäyttää kilpailijoitaan markkinoilla veloittamalla liian alhaisia hintoja. Koska lisäksi näille markkinoille pääsylle ei ole juurikaan esteitä, olisi erityisen järjetöntä pyrkiä syrjäyttämään kilpailijoita tämäntyyppisellä markkinoiden osa-alueella, koska tämä merkitsisi, että vaikka kilpailijoita syrjäytettäisiin, on varauduttava jatkuvasti mahdollisuuteen, että uusia kilpailijoita ilmaantuu, mikä WIN:n mukaan kumoaa mahdollisen intressin kilpailijoiden syrjäyttämiseen.

189 WIN:n mukaan komissio teki vakavan arviointivirheen väittäessään, että WIN syrjäytti Mangoosta-yhtiön. Tämän yrityksen konkurssi johtui WIN:n mukaan erityisen riskialttiista strategiasta eikä missään tapauksessa WIN:n hinnoittelusta.

190 Lisäksi WIN riitauttaa sen seikan, että komission mukaan joidenkin kilpailijoiden kehityksen hitaus johtui siitä, etteivät ne voineet mukautua WIN:n hintoihin. Komissio ei sen mukaan ottanut huomioon WIN:n kilpailijoiden tahtoa keskittyä hitaiden yhteyksien eikä tuottamattomana pidetyn ADSL:n kehittämiseen.

191 Komissio teki myös ilmeisen arviointivirheen pitäessään saalistushintoina hintoja, jotka ovat voimakkaan kilpailun tilanteessa täysin järkeviä, jotka myötävaikuttivat markkinoiden kehitykseen ja jotka ovat syynä nykyiseen voimakkaaseen kilpailuun. Joka tapauksessa kuluttajille ei missään vaiheessa aiheutunut vahinkoa, koska he hyötyivät alhaisista hinnoista.

192 Lopuksi WIN katsoo, että sen omaksumasta strategiasta ei missään tapauksessa voida katsoa paljastuvan minkäänlaista aikomusta saalistukseen. Sen mukaan

komissio tyytyi paljastamaan seikkoja, joilla pyritään osoittamaan WIN:n oletettu aikomus syrjäyttää kilpailijansa, mutta komissio ei tuonut esiin objektiivista syrjäyttämissuunnitelmaa. Olennainen osa komission perusteluita, jotka koskevat väitettyä aikomusta syrjäyttämiseen, perustuu WIN:n mukaan sen toimitiloista takavarikoitujen sisäisten asiakirjojen mielivaltaiseen ja vääristyneeseen valintaan.

193 Komissio puolestaan katsoo, että WIN:n harjoittamien saalistushintojen konkreettisten vaikutusten osoittaminen ei ole ratkaisevaa kyseessä olevan kilpailusääntöjen rikkomisen toteamista varten. Komissio väittää, että EY 82 artiklaa on sovellettava heti, kun kilpailu on vaarassa estyä, ilman että on tarpeellista odottaa, että syrjäyttämisen tavoitteeseen on päästy.

194 Saalistussuunnitelman osalta komissio esittää, että oikeuskäytännöstä seuraa, että tahallisuus oletetaan, kun hinnat ovat keskimääräisiä muuttuvia kustannuksia alhaisemmat, ja että tahallisuus on osoitettava luotettavien ja yhtäpitävien seikkojen avulla, kun hinnat ovat keskimääräisiä kokonaiskustannuksia alhaisemmat mutta keskimääräisiä muuttuvia kustannuksia korkeammat. Komissio katsoo esittäneensä päätöksessä luotettavia seikkoja, joilla todistetaan, että yritys ryhtyi tahallisesti noudattamaan markkinoiden "hallitsemiseen" ja kilpailun estämiseen tähtäävää strategiaa.

– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

195 EY 82 artiklan soveltamisedellytysten ja väärinkäytön kohteen ja vaikutuksen erottelun osalta on korostettava, että kyseisen artiklan soveltamista varten kilpailuvastaisen tavoitteen ja vaikutusten toteennäyttäminen voivat toisinaan olla limittäiset. Jos nimittäin osoitetaan, että määräävässä asemassa olevan yrityksen menettelytavalla pyrittiin rajoittamaan kilpailua, kyseinen menettelytapa on myös omiaan vaikuttamaan tällä tavoin. Näin ollen hintaa koskevien menettelytapojen

osalta yhteisöjen tuomioistuin on katsonut edellä 100 kohdassa mainitussa asiassa AKZO vastaan komissio antamassaan tuomiossa, että määräävässä asemassa olevan yrityksen keskimääräisiä muuttuvia kustannuksia alhaisempien hintojen on katsottava jo sellaisenaan merkitsevän väärinkäyttöä, koska ainoa etu, joka yritykselle voi koitua sellaisten hintojen käyttämisestä, on kilpailijan syrjäyttäminen, ja että keskimääräisiä kokonaiskustannuksia alhaisempien mutta keskimääräisiä muuttuvia kustannuksia korkeampien hintojen on katsottava merkitsevän väärinkäyttöä, jos ne on määritetty osana sellaista suunnitelmaa, jonka tarkoituksena on kilpailijan syrjäyttäminen. Yhteisöjen tuomioistuin ei kyseisessä asiassa edellyttänyt riidanalaisten menettelytapojen todellisten vaikutusten toteen näyttämistä (ks. vastaavasti asia T-203/01, Michelin v. komissio, tuomio 30.9.2003, Kok. 2003, s. II-4071, 241 ja 242 kohta).

¹⁹⁶ Lisäksi on aiheellista lisätä, että kun määräävässä markkina-asemassa oleva yritys tosiasiallisesti harjoittaa käytäntöä, jonka tarkoitus on kilpailijan syrjäyttäminen, se seikka, että odotettu tulos ei toteudu, ei ole riittävä estämään luokittelemista EY 82 artiklan mukaiseksi määräävän markkina-aseman väärinkäytöksi (edellä 104 kohdassa mainituissa yhdistetyissä asioissa Compagnie maritime belge transports ym. v. komissio annetun tuomion 149 kohta ja asia T-228/97, Irish Sugar v. komissio, tuomio 7.10.1999, Kok. 1999, s. II-2969, 191 kohta).

¹⁹⁷ Tästä seuraa selvästi, että kun on kyse saalistushinnoista, määräävässä asemassa olevan yrityksen toteuttaman väärinkäytön ensimmäinen seikka on kustannusten kattamatta jättäminen. Kun muuttuvat kustannukset jäävät kattamatta, toinen seikka, siis saalistusaikomus, oletetaan, kun taas silloin, kun on kyse keskimääräisiä kokonaiskustannuksia alhaisemmista hinnoista, on esitettävä näyttöä kilpailun poistamiseen tähtäävästä suunnitelmasta. Asiassa Tetra Pak vastaan komissio 6.10.1994 annetun tuomion (joka on mainittu edellä 130 kohdassa, tuomion 151 kohta) mukaan tämä aikomus poistaa kilpailu on osoitettava luotettavien ja yhtäpitävien seikkojen avulla.

¹⁹⁸ Esillä olevassa asiassa komissio on esittänyt näyttöä WIN:n määräävästä markkina-asemasta ja todennut päätöksen 1 artiklassa, että sen muuttuvia kustannuksia ei

katettu elokuuhun 2001 asti ja että sen kokonaiskustannuksia ei katettu tästä ajankohdasta alkaen lokakuuhun 2002 asti. Sen ajanjakson osalta, jonka aikana kokonaiskustannuksia ei katettu, komission oli siis osoitettava, että kilpailusääntöjä rikottiin, esitettävä luotettavia seikkoja markkinoiden "hallitsemiseen" tähtäävän strategian olemassaolosta.

¹⁹⁹ Päätöksen 110 perustelukappaleessa otetaan huomioon useita asiakirjoja, jotka koskevat koko kyseessä olevaa ajanjaksoa, joissa osoitetaan WIN:n nopeiden Internet-yhteyksien markkinoiden "hallitsemiseen" tähtäävä strategia ja joita ovat erityisesti

- heinäkuulta 2000 oleva asiakirja, jossa ilmoitetaan vuoden 2000 toiselle puolikkaalle ja vuodelle 2001 seuraava tavoite: "ADSL-markkinoiden hallitseminen täyden palvelun paketilla ja sijoitusten lisääminen vuonna 2001 mutta negatiivinen tase"
- heinäkuussa 2000 lähetetty sähköposti, joka liittyy sopivasta hintatasosta käytyyn keskusteluun ja jossa todetaan seuraavaa: "näiden markkinoiden hallitseminen tulee olemaan vaikeaa liian korkeilla hinnoilla"
- tavoitekirje vuodelle 2001, jossa todetaan seuraavaa: "meidän on välttämätöntä hallita ADSL-markkinoita"
- 28.2.2001 pidetty esitys, jossa viitataan "[WIN]:n nopeiden yhteyksien markkinoiden hallitsemiseen tähtäävään kampanjaan"
- strateginen suunnitelma vuosille 2002–2004, jossa muistutetaan vuosien 2001–2003 nopeiden yhteyksien voimakkaasta kehityksestä ja tavoitteesta "hallita markkinoita, joiden katsotaan olevan tuottoisat".

- 200 Lisäksi WIN:n asiakirjat osoittavat, että se pyrki saavuttamaan ja tämän jälkeen pitämään itsellään hyvin merkittävät markkinaosuudet. Vuotta 2001 koskevassa tavoitekirjeessä todetaan esimerkiksi, että "[WIN]:n on saatava itselleen 70–80 prosenttia ADSL-markkinoista". WIN:n toimitusjohtajan France Télécomin johdolle kesäkuussa 2001 pitämässä esittelyssä viitataan 80 prosentin markkinaosuuteen koko vuodet 2001–2004 kattavan jakson ajalle "Wanadoo ADSL:n tyyppisten 'eriteltyjen' palveluiden osalta" ja markkinaosuuteen, jonka oli tarkoitus nousta vuoden 2001 keskimääräisestä 50 prosentista 72 prosenttiin vuonna 2004, "eXtense-tyyppisten pakettien osalta".
- 201 WIN tosin on kiistänyt näiden asiakirjojen ulottuvuuden ja muun muassa niissä käytetyn "hallita"-verbin merkityksen. WIN:n mukaan tällaiset epäviralliset ja spontaanit, jopa ajattelemattomat toteamukset vain kuvastavat päätöksentekomenettelyn yhteydessä käytyä väittelyä. Ne sitovat vain tekijöitään eivätkä yritystä.
- 202 On kuitenkin korostettava, että yrityksen johtoon kuuluvat ylemmät toimihenkilöt ovat tehneet nämä toteamukset ja että tietyt niistä on tehty päätöksenteosta vastaaville yksiköille tehtyjen virallisten esittelyiden yhteydessä tai hyvin yksityiskohtaisten tavoitekirjeiden yhteydessä. Niiden spontaani ja ajattelematon luonne vaikuttaa siis epätodennäköiseltä.
- 203 Lisäksi WIN on väittänyt kannekirjelmässään ja erityisesti tietyissä sen liitteissä, että suuri osa asiakirjoista ja toteamuksista, joiden väitetään puhuvan sitä vastaan, on esitetty niiden asiayhteyden ulkopuolella ja että komissio jätti tietoisesti ottamatta huomioon useita toteamuksia, jotka puhuvat WIN:n puolesta.
- 204 On todettava, että WIN tyytyi väittämään kannekirjelmässään, että komissio käyttää useita sisäisten asiakirjojen otteita, jotka se jättää sijoittamatta todelliseen asiayhteyteensä. Vastaaja ei voi näin epämääräisen toteamuksen perusteella

valmistella puolustustaan eikä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuim voi antaa asiassa ratkaisua tarvittaessa ilman täydentäviä tietoja (edellä 166 kohdassa mainitussa asiassa Koelman v. komissio annetun määräyksen 21 kohta). Olisi liitteiden puhtaasti todistuksellisen ja täydentävän tehtävän vastaista, että niiden avulla voitaisiin esitellä yksityiskohtaisesti kannekirjelmässä riittämättömän selvästi ja täsmällisesti esitettyä väitettä.

205 On siis aiheellista hylätä tämä väite, jonka WIN on esittänyt sen perusteella, että asiakirjat, joiden väitetään puhuvan WIN:ä vastaan, on otettu huomioon niiden asiayhteyden ulkopuolella ja että useita toteamuksia, jotka puhuvat sen puolesta, on jätetty ottamatta huomioon.

206 Täydentävästi on todettava, että vaikka toteamusta, jonka mukaan ”näiden markkinoiden hallitseminen tulee olemaan vaikeaa liian korkeilla hinnoilla”, tarkastellaan asiayhteydessä, jossa se esitettiin, toisin sanoen sitä edeltäneen sen toteamuksen kanssa, jonka mukaan ”meidän hintamme ovat liian korkeat”, ja sitä seuranneen toteamuksen kanssa, jonka mukaan ”kilpailijoidemme hinnat tulevat olemaan alhaisemmat”, ajatus aikomuksesta poistaa kilpailu ei katoa.

207 Samalla tavoin toteamus, jonka mukaan ”meidän on välttämätöntä hallita ADSL-markkinoita”, voidaan ymmärtää vain siten, että siinä ilmaistaan aikomus markkinoiden ”hallitsemiseen”, vaikka se sijoitetaan WIN:n esittämään yleistyneen kilpailun asiayhteyteen. Se seikka, että komission tarkoittaman toteamuksen jälkeen ilmoitettiin, että ”ADSL:ää koskevan kilpailu johtaa Netissimon (vähittäis- ja tukku-) hintojen laskuun heti vuoden 2001 alusta” ja että ”tilaajayhteyksien uudelleenjärjestelyn hintaehtojen vahvistaminen [tulee] epäilemättä myös vaikuttamaan osaltaan ADSL:n hintojen laskuun”, ei kumoa WIN:n esiin tuomaa tarvetta ”hallita” markkinoita.

208 Siltä osin kuin on kyse kohdasta, jossa todetaan, että ”Wanadoon on saatava 70–80 prosenttia ADSL-markkinoista”, sitä ei varsinaisesti riitauteta. WIN vain toteaa, että

mahdollisista alhaisista hinnoista ei mainita mitään ja että näin ollen vahvistettujen hintojen ja WIN:n markkinaosuuksia koskevien tavoitteiden välillä ei ole yhteyttä. Kuitenkin se seikka, että sitä ei mainita, miten ADSL-markkinoilla saadaan 70–80 prosentin markkinaosuus, ei millään tavoin kumoa asetettua tavoitetta.

- 209 Joka tapauksessa nämä yhtiön sisäisissä asiakirjoissa esitetyt toteamukset viittaavat saalistussuunnitelman olemassaoloon, mitä muut seikat vahvistavat.
- 210 Päätöksen 279 perustelukappaleen ja sitä seuraavien perustelukappaleiden mukaan aikomus estää kilpailu käy ilmi myös siitä seikasta, että WIN tiesi, että sen kilpailijat eivät kyenneet vastaamaan taloudellisesti siihen, että sillä oli kannattamaton hinnoittelukäytäntö ja huomattava myynnin määrä.
- 211 WIN:n toimitusjohtajalle osoitetussa sähköpostissa, joka on päivätty huhtikuun 2001 lopulla (päätöksen 279 perustelukappale ja alaviite 319), ADSL-palveluista vastaava henkilö viittaa kilpailijoihin, jotka joko eivät hyväksy France Télécomin tukipalveluja koskevaa tarjousta tai ovat "tukehtumisasteessa".
- 212 WIN tiesi myös, että AOL:n aloittamista nopeiden yhteyksien markkinoilla pidätteli se, että sillä ei ollut mahdollisuutta seurata WIN:n vähittäishintoja kärsimättä tappioita. France Télécomin WIN:n strategisen markkinoinnin johtajalle 29.6.2001 osoittamassa sähköpostissa oli liitteenä AOL Francen toimitusjohtajan käyttämä puheenvuoro, jossa todetaan seuraavaa (päätöksen alaviite 321):

"Silloin kun Cégétel oli osakkeenomistajamme, toimme markkinoille Monaco Telecomin kanssa tehdyn tarjouksen ja meillä oli 500 tilaajaa. Emme ole saattaneet

tätä tarjousta markkinoille Ranskassa, koska emme voi päästä taloudellisesti voitolle France Télécomin ADSL-tarjouksen takia. Teknisesti meillä olisi valmius, mutta tarkoituksemme ei ole rahan menettäminen.”

- 213 Asiakirjasta, jonka otsikko on ”Analyysi – Televiestintä – Internetiä koskevat säädökset Ranskassa”, joka on päivätty 20.7.2001, käy myös ilmi, että WIN arvioi yksityiskohtaisesti edut, joita se sai markkinoiden johtavan toimijan asemastaan (päätoksen 280 perustelukappale ja alaviite 322). Tässä asiakirjassa tuotiin esiin, että kilpailija, jonka liikenne on WIN:n liikennettä vähäisempää, saisi verkoston kustannuksista useita prosenttiyksiköitä alhaisemman tuoton kuin WIN.
- 214 Edellä todetusta seuraa, että sen vaikutuksena, että WIN ilmoitti vuonna 2001 ja vuoden 2002 alussa melko kunnianhimoisista liiketoiminnan tavoitteista, joita yrityksen, jolla ei ole määräävää markkina-asemaa, saattoi olla vaikea toteuttaa kyseisen ajankohdan heikon kannattavuuden takia, oli kilpailevien yritysten lannistaminen. Tämä oli seurausta yrityksen tavoitteesta syrjäyttää kilpailu.
- 215 Kaiken edellä todetun perusteella on todettava, että komissio esitti luotettavia ja yhtäpitäviä seikkoja siitä, että saalistussuunnitelma oli olemassa koko kilpailusääntöjen rikkomisen ajan. Logiikka, jota tämä strategia noudattaa, käy selvästi ilmi WIN:n strategisen johdon joulukuussa 2001 laatimasta muistiosta, jossa todetaan seuraavaa:

”Nopeat yhteydet ja ADSL-markkinat tulevat vielä muutaman vuoden ajan toimimaan markkinoiden valloitukseen tähtäävän logiikan mukaisesti siten, että strateginen tavoite on markkinaosuuksilla mitattavan määräävän markkina-aseman saavuttaminen ja että vaihe, jossa toiminta on kannattavaa, seuraa vasta myöhemmin.”

- 216 Edellä 100 kohdassa mainitussa asiassa AKZO vastaan komissio annetun tuomion mukaisesti ja edellä 130 kohdassa mainittujen asiassa Tetra Pak vastaan komissio 6.10.1994 ja 14.11.1996 annettujen tuomioiden mukaisesti komissio on siis esittänyt näyttöä niistä kahdesta seikasta, joita määräävässä asemassa olevan yrityksen kokonaiskustannuksia alhaisempia saalistushintoja koskevaa käytäntöä osoittavalta näytöltä edellytetään.
- 217 WIN:n esittämät väitteet, jotka koskevat suurtuotannon etuja ja oppimisen vaikutuksia, joilla nyt esillä olevassa asiassa voidaan sen mukaan perustella kustannuksia alhaisempaa hinnoittelua, eivät ole luonteeltaan sellaisia, että niillä voidaan asettaa kyseenalaiseksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tekemä päätelmä. Yritys, joka harjoittaa saalistushintoja, voi nimittäin hyötymä suurtuotannon eduista ja oppimisen vaikutuksista juuri tämän hinnoittelukäytännön avulla lisääntyneen tuotannon vuoksi. Saavutetut suurtuotannon edut ja oppimisen vaikutukset eivät siis voi vapauttaa yritystä EY 82 artiklan mukaisesta vastuustaan.
- 218 Tästä seuraa, että väitettä, joka koskee saalistussuunnitelman puuttumista, ei voida hyväksyä.

Tappioiden takaisin saaminen

– Asianosaisten lausumat

- 219 WIN esittää, että tappioiden takaisin saaminen on erillinen osa saalistustestiä ja että komission on esitettävä siitä näyttöä. Se katsoo, että jos määräävässä asemassa oleva yritys ei voi erityisesti sen vuoksi, että kyseisille markkinoille on helppo päästä, kohtuullisesti odottaa vähentävänsä kilpailua pitkällä aikavälillä saadakseen tappionsa takaisin, sen kannalta ei ole järkevää ryhtyä harjoittamaan saalistushintoja.

Tässä tapauksessa yrityksen harjoittamien alhaisten hintojen käytäntö on välttämättä selitettävä jollakin muulla syyllä kuin saalistusstrategialla.

- 220 WIN:n mukaan taloustieteellinen kirjallisuus ja oikeuskirjallisuus sekä useat tuomioistuimet ja kilpailuviranomaiset, myös Yhdysvalloissa ja useissa Euroopan unionin jäsenvaltioissa, ovat tällä kannalla. WIN:n mukaan yhteisöjen tuomioistuinten oikeuskäytännössä itsessään ei koskaan ole suljettu pois sitä, että tällainen näyttö on esitettävä.
- 221 Nopeiden Internet-yhteyksien markkinoiden kilpailuolosuhteet ovat WIN:n mukaan kuitenkin täysin erilaiset kuin ne, joita ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ja yhteisöjen tuomioistuin ovat tarkastelleet aikaisemmissa saalistustapauksissa. WIN:n mukaan markkinoille pääsyle on vähän esteitä, markkinoiden kasvu on voimakasta, kilpailutilanne ei ole vakiintunut ja uusia ja potentiaalisia toimijoita on paljon. Komissio on siis tehnyt vakavan oikeudellisen virheen katsoessaan, ettei ollut tarpeellista osoittaa, että tappiot saadaan takaisin.
- 222 Lisäksi WIN katsoo, että komissio teki toisen ilmeisen arviointivirheen ja lisäksi oikeudellisen virheen katsoessaan, että se on esittänyt näyttöä mahdollisuudesta saada tappiot takaisin.
- 223 Komissio toteaa, että tappioiden takaisin saamisen osoittaminen ei ole ennakkotedellytys EY 82 artiklan vastaisten saalistushintojen toteamiselle. Se katsoo, että oikeuskäytäntö on tältä osin selkeä. Toissijaisesti komissio toteaa, että tappioiden takaisin saaminen on esillä olevassa asiassa todennäköistä markkinoiden rakenteen vuoksi ja siihen liittyvien tuotto-odotusten vuoksi.

– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

224 Edellä 100 kohdassa mainitussa asiassa AKZO vastaan komissio annetussa tuomiossa (tuomion 71 ja 72 kohta) yhteisöjen tuomioistuin on vahvistanut kaksi erilaista arviointimenetelmää, kun on arvioitava, onko jokin yritys harjoittanut saalistushinnoittelua. Ensimmäiseksi keskimääräiset muuttuvat kustannukset alittavia hintoja on aina pidettävä väärinkäyttönä. Tässä tapauksessa muu taloudellinen tavoite kuin kilpailijan syrjäyttäminen ei ole mahdollinen, koska jokainen tuotettu ja myyty yksikkö aiheuttaa yritykselle tappiota. Toiseksi hintoja, jotka ovat keskimääräisiä kokonaiskustannuksia alhaisemmat mutta keskimääräisiä muuttuvia kustannuksia korkeammat, on pidettävä väärinkäyttönä vain silloin, kun syrjäytys-suunnitelman olemassaolo voidaan näyttää toteen (edellä 130 kohdassa mainitussa asiassa Tetra Pak v. komissio 14.10.1996 annetun tuomion 41 kohta).

225 Yhteisöjen tuomioistuin totesi edellä 130 kohdassa mainitussa asiassa Tetra Pak vastaan komissio 14.10.1996 annetussa tuomiossa (tuomion 42 ja 43 kohta), että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin esitti valituksenalaisessa tuomiossa samat perustelut, jotka yhteisöjen tuomioistuin myöhemmin vahvisti. Yhteisöjen tuomioistuin totesi seuraavaa:

”42 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi, että ei-aseptisten pahvipakkausten myynnissä Italiassa vuosina 1976–1981 käytetyt hinnat olivat huomattavasti muuttuvien kustannusten keskiarvoa alhaisempia. Näin ollen ei ollut välttämättöntä esittää näyttöä yrityksen tarkoituksesta syrjäyttää kilpailijat markkinoilta. Vuonna 1982 näiden pahvipakkausten hinnat vaihtelivat muuttuvien kustannusten keskiarvon ja kokonaiskustannusten keskiarvon välillä. Juuri tästä syystä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on valituksenalaisen tuomion 151 kohdassa pyrkinyt osoittamaan, että Tetra Pakin tarkoituksena oli kilpailijan syrjäyttäminen markkinoilta.

43 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on myös valituksenalaisen tuomion 189–191 kohdassa aiheellisesti seurannut täysin samaa päättelyä ei-aseptiseen pakkaamiseen käytettävien koneiden myynnin osalta Yhdistyneessä kuningaskunnassa vuosina 1981–1984.”

226 Tappioiden takaisin saamisen osalta yhteisöjen tuomioistuin lisäsi edellä mainitun tuomion 44 kohdassa seuraavaa:

”Tähän tapaukseen liittyvissä olosuhteissa ei ole tarkoituksenmukaista vaatia lisänäyttöä sen osoittamista, että Tetra Pakilla oli todellinen mahdollisuus saada tappionsa takaisin. Saalistushinnoittelu on voitava sanktoida heti, kun on olemassa kilpailijoiden syrjäyttämisen vaara. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on valituksenalaisen tuomion 151 ja 191 kohdassa todennut, että tässä tapauksessa tällainen vaara oli olemassa. Tavoitellun päämäärän eli vääristymättömän kilpailun ylläpitämisen vuoksi ei voida odottaa, että tällainen toimintatapa todella johtaa kilpailijoiden todelliseen syrjäyttämiseen.”

227 Noudattamalla yhteisöjen tuomioistuinten oikeuskäytäntöä komissio saattoi siis todeta, että keskimääräisiä muuttuvia kustannuksia alhaisemmat hinnat ovat väärinkäyttöä. Tässä tapauksessa tällaisen hinnoittelukäytännön oletetaan olevan syrjäyttävä (ks. vastaavasti edellä 130 kohdassa mainitussa asiassa Tetra Pak v. komissio 6.10.1994 annetun tuomion 148 kohta). Kokonaiskustannusten osalta komission oli lisäksi esitettävä näyttö siitä, että WIN:n saalistushinnoittelukäytäntö oli osa suunnitelmaa, jolla pyrittiin ”hallitsemaan” markkinoita. Kummassakaan tapauksessa ei ollut tarpeellista esittää lisäksi näyttöä siitä, että WIN:llä oli todellinen mahdollisuus saada tappionsa takaisin.

228 Näin ollen komissio katsoi aivan oikein, että tappioiden takaisin saamisen osoittaminen ei ollut ennakoedellytys saalistushinnoittelun toteamiselle.

229 Sen sijaan edellä 130 kohdassa mainituissa, asiassa Tetra Pak vastaan komissio 6.10.1994 ja 14.11.1996 annettujen tuomioiden ja edellä 100 kohdassa mainitussa asiassa AKZO vastaan komissio annetun tuomion mukaan on aiheellista tarkastaa,

jos hinnat ovat kokonaiskustannuksia alhaisemmat mutta muuttuvia kustannuksia korkeammat, ovatko ne osa kilpailun syrjäyttämiseen tähtäävää suunnitelmaa. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuim on kuitenkin todennut edellä 215 kohdassa, että komissio on esittänyt luotettavia ja yhtäpitäviä seikkoja saalistussuunnitelman olemassaolosta koko kilpailusääntöjen rikkomisen ajan.

- 230 Näin ollen kaikki päätöksen kumoamisvaatimuksen tueksi esitetyt kanneperusteet on hylättävä.

II Toissijaiset vaatimukset, jotka koskevat sakon kumoamista tai sen määrän alentamista

- 231 Toissijaisesti WIN riitauttaa sille määrätyn sakon määrän ja vaatii, että tämä seuraamus kumotaan tai että sen määrää alennetaan huomattavasti. Näiden vaatimusten tueksi WIN vetoaa siihen, että seuraamusten yksilökohtaisuuden ja laillisuuden periaatteita on loukattu, että kyseessä olevilla käytännöillä ei ole minkäänlaisia vaikutuksia, että kilpailusääntöjen rikkomisen kesto on vahvistettu virheellisesti ja että suhteellisuusperiaatetta on loukattu.

A Seuraamusten yksilökohtaisuuden ja laillisuuden periaatteiden loukkaaminen

1. Seuraamusten yksilökohtaisuuden periaatteen loukkaaminen

a) Asianosaisten lausumat

- 232 WIN katsoo, että komissio rikkoi seuraamusten yksilökohtaisuuden periaatetta, koska se määräsi sille seuraamuksen France Télécomin toiminnan perusteella.

Yhtäältä komissio myönsi, että kilpailusääntöjen rikkominen päättyi France Télécomin toiminnan vuoksi. Toisaalta komissio otti huomioon France Télécomin toiminnan arvioidessaan sen kilpailusääntöjen rikkomisen tahallista luonnetta, johon WIN:n väitetään syyllistyneen.

- 233 Komissio kiistää tämän kanneperusteen ja viittaa pääasiallisesti vastaukseen, jonka se antoi tämän saman kanneperusteen osalta, jonka WIN esitti ensisijaisten vaatimustensa yhteydessä. Komissio lisää, että WIN:n aikomus syrjäyttää kilpailijat käy selvästi ilmi yrityksen sisäisistä asiakirjoista ja että satunnaiset viittaukset France Télécomiin eivät ole millään tavoin ratkaisevia.

b) Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

- 234 Tämä kanneperuste vastaa suurelta osin WIN:n kumoamisvaatimustensa yhteydessä ensisijaisesti esittämää kanneperustetta. On siis aiheellista viitata edellä 66–71 kohdassa todettuun.

- 235 Lisäksi se, että WIN:n kilpailusääntöjen rikkomisen päättymispäiväksi vahvistettiin päivä, jona France Télécomin hinnat laskivat, ei merkitse, että WIN:lle olisi määrätty seuraamus France Télécomin toiminnan perusteella. Kyseessä oleva kilpailusääntöjen rikkominen on hyvin selkeästi luettu WIN:n eikä France Télécomin syyksi. WIN olisi voinut itse lopettaa kilpailusääntöjen rikkomisen ennen France Télécomin toimintaa ja ilman tätä toimintaa. Se seikka, että kilpailusääntöjen rikkomisen päättymisen ei johtunut WIN:n toiminnasta, ei mitenkään tee tyhjäksi sen kilpailusääntöjen rikkomista. Rikkominen liittyy suoraan kustannusten tasoon. Koska osa näistä kustannuksista on suoraan seurausta toimittavien yritysten vahvistamista hinnoista, kilpailusääntöjen rikkomisen päättymisen voi johdonmukaisesti olla tietyissä tapauksissa seurausta näiden yritysten toiminnasta.

236 Tämä peruste, joka liittyy seuraamusten yksilökohtaisuuden periaatteen loukkamiseen, on siis hylättävä.

2. Rangaistusten laillisuuden periaatteen loukkaamista koskeva kanneperuste

a) Asianosaisten lausumat

237 WIN:n mukaan päätöksessä määrätään sille seuraamus kahden uuden oikeussäännön perusteella. Yhtäältä hintojen mukauttamista koskevan kysymyksen osalta WIN katsoo, että komissio muutti täysin aikaisempaa päätöskäytäntöään. Toisaalta WIN väittää, että komissio käytti saalistustestiiä, jota ei ole aikaisemmin käytetty ja joka oli arvaamaton.

238 WIN väittää, että aiemmin ei ole tehty päätöstä saalistushinnoista syntymässä olevilla markkinoilla. Sen mukaan komissio sovelsi ensimmäistä kertaa esillä olevassa asiassa käyttämäänsä laskentamenetelmää määrittelemällä sen menettelyn aikana. WIN katsoo, että useiden kansallisten kilpailuviranomaisten omaksuman menetelmän mukaisesti se saattoi perustellusti katsoa, että sen hinnat eivät olleet saalistushintoja.

239 Komissio puolestaan väittää, että EY 82 artikla ja asetuksen N:o 17/15 artiklan 2 kohta ovat ainoat oikeudelliset perustat sakon määräämiselle nyt esillä olevassa asiassa ja että tämä määräys ja tämä säännös eivät ole millään tavoin uusia. Komissio vetoaa vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön, jonka mukaan sen aiempi päätöskäytäntö ei itsessään muodosta sakkojen määräämistä koskevaa oikeudellista kehystä kilpailuoikeuden alalla.

240 Täydentävänä huomautuksena komissio lisää, että oikeuskäytännössä on jo todettu, että saalistushinnoittelukäytännöllä rikotaan EY 82 artiklaa.

b) Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

241 WIN ei voi väittää, että toiminnalla, josta seuraamus määrättiin, ei rikottu kilpailusääntöjä silloin, kun se toteutettiin. EY 82 artiklaa rikotaan, kun yritys käyttää määräävää markkina-asemaansa väärin yhteismarkkinoilla tai niiden merkittävällä osalla.

242 Lisäksi vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan EY 82 artiklassa olevassa määräävän aseman väärinkäyttöä koskevassa luettelossa ei luetella tyhjentävästi perustamisso-pimuksella kiellettyjä määräävän aseman väärinkäyttömuotoja (asia 6/72, Europem-ballage ja Continental Can v. komissio, tuomio 21.2.1973, Kok. 1973, s. 215, Kok. Ep. II, s. 89, 26 kohta ja yhdistetyt asiat C-395/96 P ja C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports ym. v. komissio, tuomio 16.3.2000, Kok. 2000, s. I-1365, 112 kohta).

243 Lisäksi saalistushinnoittelu on jo määritelty EY 82 artiklan rikkomiseksi. Komissio on määrännyt siitä seuraamuksen ja se johti edellä 100 kohdassa mainitussa asiassa AKZO vastaan komissio annettuun tuomioon ja edellä 130 kohdassa mainittuihin, asiassa Tetra Pak vastaan komissio 6.10.1994 ja 14.11.1996 annettuihin tuomioihin, joissa sovellettiin saalistustestiä, joka perustui muuttuvien kustannusten ja kokonaiskustannusten erotteluun nyt esillä olevassa asiassa tehdyn testin tavoin.

244 Nyt esillä olevassa asiassa komissio kuitenkin mukautti tätä testiä jakamalla asiakkaiden hankkimisen kustannukset WIN:lle edullisella tavalla siten, että se otti huomioon kyseessä olevien markkinoiden ominaisuudet.

- 245 Tältä osin on todettava, että näissä asioissa käytetyn menetelmän soveltaminen mahdollisti joka tapauksessa WIN:lle sen ennakoimisen, että sille mahdollisesti määrätään seuraamus EY 82 artiklan rikkomisesta. WIN ei voi vedota siihen, ettei se voinut ennakoida, että tätä menetelmää mukautettiin tavalla, joka oli sen kannalta edullinen.
- 246 Myöskään komission päätöskäytännöstä tai oikeuskäytännöstä ei seuraa, että WIN saattoi perustellusti odottaa, että sillä katsotaan yksittäistapauksen olosuhteissa olevan oikeus mukauttaa hintansa kilpailijoiden hintoihin (ks. edellä 176–187 kohta) tai että sovelletaan diskontattujen kassavirtojen menetelmää (ks. edellä 153 ja 156 kohta) ja että otetaan huomioon kilpailusääntöjen rikkomisen päättymisen jälkeen saatu tuotto (ks. edellä 152 kohta). Lisäksi markkinat eivät enää olleet aloitusvaiheessa tarkastelun kohteena olleen jakson aikana (ks. edellä 106 kohta).
- 247 WIN vetosi kuitenkin [EY] 82 artiklan soveltamisesta 20.3.2001 tehtyyn komission päätökseen 2001/354/EY (Asia COMP/35.141 – Deutsche Post AG) (EYVL L 125, s. 27, 47 perustelukappale), jossa komissio ei määrännyt sakkoja lisäkustannusten puutteellisesta kattamisesta, koska siihen mennessä ei ollut selvitetty, mitä kustannusten kattamisen arviointiperustetta oli sovellettava varatulla alalla toimivan monituote- tai monipalveluyrityksen kilpailluilla markkinoilla tarjoamiin palveluihin.
- 248 Tässä asiassa kantelija väitti, että Deutsche Post AG käytti kannattavasta kirjemonopolista saamia tuloja rahoittaakseen pakettipalvelujen myynnin yrityksille kustannukset alittavaan hintaan syrjäyttääkseen kilpailijansa tällä alalla. Päätöksessään komissio määräsi seuraamuksen siitä, että Deutsche Post myönsi uskollisuusalennuksia, ja määräsi tästä 24 000 000 euron suuruisen sakon. Sakko ei kuitenkaan koskenut pakettipalveluita, jotka tarjottiin palvelukohtaisia lisäkustannuksia alhaisempaan hintaan.

249 On korostettava, että Deutsche Postin tilanteeseen liittyi kyseisessä asiassa hyvin erityisiä ominaispiirteitä. Yritys harjoitti toimintaa, joka kuului tapauskohtaisesti sen yleisen edun mukaiseen monopoliin tai joka kuului kilpaillulle alalle. Tässä asiassa nousi siis esille kysymys, joka koski sitä, mitä kustannusten kattamisen arviointiperustetta oli sovellettava varatulla alalla toimivaan yritykseen, joka mahdollisesti käyttää varatulla alalla saamaansa tuottoa kattamaan toisella, kilpaillulla alalla kärsimänsä tappiot. Tällaisessa tilanteessa oli mahdollista, että yritykselle oli epäselvää, mitä sääntöjä on sovellettava. WIN:n, joka toimi vain kilpailluilla markkinoilla, tilannetta ei siis voida rinnastaa Deutsche Postin tilanteeseen, ja se on tältä osin lähempänä AKZOn ja Tetra Pakin tapauksissa kyseessä olleita tilanteita.

250 Lisäksi on korostettava, että vaikka päätöksessä 2001/354 ei tästä syystä määrätty sakkoja, sen 2 artiklassa kuitenkin todetaan, että Deutsche Post on rikkonut EY 82 artiklaa tarjoamalla postimyyntiyrityksille pakettipalveluita palvelukohtaisia lisäkustannuksia alempaan hintaan. Koska tämä päätös tehtiin 20.3.2001 ja se julkaistiin virallisessa lehdessä 5.5.2001, WIN:llä oli riidanalaisten tapahtumien ajankohtana – maaliskuusta 2001 lokakuuhun 2002 – tiedossaan, että tällaisella toiminnalla rikotaan kilpailusääntöjä. Todettakoon myös, että nyt esillä olevan asian yhteydessä WIN itse kiisti palvelukohtaisiin lisäkustannuksiin turvautumisen ja ilmaisi täydentävään väitetiedoksiantoon antamassaan vastauksessa olevansa tyytyväinen siihen, että komissio luopui tästä menetelmästä. WIN ei siis voi nyt arvostella komissiota tästä muutoksesta.

251 Jos oletetaan, että – vaikka saalistushinnoittelu ei ole uudenlainen kilpailusääntöjen rikkominen – nopeiden Internet-yhteyksien markkinoiden erityiset ominaisuudet on otettava huomioon, komission aikaisemmalla päätöksellä olla määräämättä sakkoja sillä perusteella, että todetut kilpailusääntöjen rikkomiset olivat luonteeltaan melko uusia, ei missään tapauksessa myönnetä immuniteettia sakoista yrityksille, jotka ovat syyllistyneet sellaiseen kilpailusääntöjen rikkomiseen, josta komissio ei ole aikaisemmin määrännyt seuraamuksia. Komissiolla on harkintavaltaa päättää kunkin tapauksen erityisten seikkojen perusteella siitä, onko sen toteaman kilpailusääntöjen

rikkomisen seuraamukseksi ja kilpailuoikeuden tehokkaan vaikutuksen säilyttämiseksi tarpeen määrätä sakkoja (yhdistetyt asiat T-213/95 ja T-18/96, SCK ja FNK v. komissio, tuomio 22.10.1997, Kok. 1997, s. II-1739, 239 kohta).

252 Tästä seuraa, että komissio ei loukannut käsiteltävänä olevassa asiassa seuraamusten laillisuuden periaatetta.

B Kyseessä olevien käytäntöjen vaikutusten puuttuminen

1. Asianosaisten lausumat

253 WIN:n mukaan komissio ei kyennyt esittämään näyttöä siitä, että WIN:n väitetyllä toiminnalla oli minkäänlaisia vaikutuksia markkinoille. Sakon määrää olisi siis tämän vuoksi alennettava.

254 Markkinaosuutensa osalta WIN väittää, että komissio itse totesi päätöksessään, että tämä markkinaosuus tulee pysymään noin 50 prosentissa, vaikka se oli 72 prosenttia lokakuussa 2002, jolloin kilpailusääntöjen rikkominen päättyi, toisin sanoen se oli laskenut yhden kolmasosan vain yhdeksässä kuukaudessa. WIN:n mukaan tämä on riittävä osoitus siitä, että sen väitetyllä kilpailunvastaisella toiminnalla ei ollut pysyviä vaikutuksia markkinoiden rakenteisiin.

255 Lisäksi kilpailu Internet-yhteyksien markkinoilla oli WIN:n mukaan hyvin voimakasta jopa kyseessä olevan ajanjakson aikana. Sen mukaan syyskuussa 2002

oli voimassa yli 70 kuluttajille tarkoitettua tarjousta. Uusia Internet-yhteyksien tarjoajia ilmaantui markkinoille, kun taas tarjousten hinnat laskivat kilpailijoiden vaikutuksesta. Kilpailijoiden kehittymistä ei WIN:n mukaan estetty, eikä WIN:n voida katsoa olevan vastuussa Mangoosta-yhtiön poistumisesta.

256 WIN katsoo tältä osin, että komission toteamus, jonka mukaan WIN:n väitetyllä toiminnalla oli huomattava vaikutus markkinoiden rakenteeseen, on pelkkä oletama, jota ei tue yksikään konkreettinen tosiseikka, joka osoittaisi WIN:n kilpailijoiden tosiasialliset vaikeudet.

257 Komissio kiistää WIN:n esittämät tiedot ja väittää, että ne koskevat joko kaikkea Internet-yhteyksien tarjoamiseen liittyvää toimintaa, nopeat ja hitaat yhteydet yhdistettyinä, tai nopeiden ADSL-yhteyksien tarjoamista, sen mukaan mikä on WIN:n väitteiden kannalta suotuisampi.

258 Komissio toteaa, että kun vertaillaan markkinoiden eri toimijoiden myynnin kasvua vuoden 2001 aikana syksyyn 2002 asti, voidaan selvästi todeta, että WIN pystyi strategiansa avulla estämään kilpailua ja vahvistamaan asemaansa. Kyseessä olevana ajanjaksona markkinoille ei esimerkiksi ilmaantunut merkittävässä määrin uusia toimijoita.

2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

259 Asetuksen N:o 17/15 artiklan 2 kohdan ja EHTY:n perustamissopimuksen 65 artiklan 5 kohdan mukaisesti määrättävien sakkojen laskennassa sovellettavien suuntaviivojen (EYVL 1998, C 9, s. 3) mukaisesti kilpailusääntöjen rikkomisen vakavuuden

arvioinnissa on otettava huomioon sen laatu, sen todellinen vaikutus markkinoihin ja asian kannalta merkityksellisten maantieteellisten markkinoiden laajuus.

- 260 WIN on kuitenkin kiistänyt, että kyseessä olevalla kilpailusääntöjen rikkomisella olisi ollut vaikutusta markkinoihin. Eri seikat osoittavat kuitenkin aivan muuta.
- 261 Ensimmäiseksi WIN:n osuus nopeiden yhteyksien markkinoilla kasvoi ensin 50 prosentista 72 prosenttiin (päätöksen 400 perustelukappale ja taulukko 8) kilpailusääntöjen rikkomisen alkamisen ja elokuun 2002 välillä, vaikka WIN:n ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämiin kirjallisiin kysymyksiin antamassa vastauksessa esittämien tietojen mukaan markkinaosuus laski tämän jälkeen 63,6 prosenttiin lokakuussa 2002. Lisäksi on korostettava, että WIN:n pahimman kilpailijan markkinaosuus oli 8 prosenttia ja että kaikkien muiden kilpailijoiden markkinaosuudet olivat alle 2,5 prosenttia (päätöksen 376 perustelukappale). Päätöksen taulukosta 9, jota WIN ei ole riitauttanut, käy ilmi, että koko jakson ajan WIN kasvatti merkittäväällä tavalla eroaan pahimpaan kilpailijaansa.
- 262 Toiseksi yksi kilpailija, Mangoosta-yhtiö, jäi pois markkinoilta (päätöksen 400 perustelukappale). WIN katsoo, että Mangoostan konkurssi johtui vain erittäin riskialttiista strategisesta toiminnasta eikä missään tapauksessa WIN:n hinnoittelusta. On kuitenkin huomautettava, että koska Mangoosta saattoi tuotteensa markkinoille WIN:n hintoja hieman korkeampaan hintaan, se kärsi niin voimakkaita tappioita, että se nosti lopuksi hintojaan 20 prosentilla maaliskuussa 2001, mikä ei kuitenkaan estänyt sen joutumista pakkosaneeraukseen 2.8.2001 (päätöksen 384 perustelukappale). Se, että hyvin toisarvoinen kilpailija, joka harjoitti kustannuksiaan alhaisempaa mutta WIN:n hintoja hieman korkeampaa hinnoittelua, jäi pois markkinoilta, on nyt esillä olevassa asiassa ainakin osoitus siitä, että markkinoille oli vaikea päästä.
- 263 Kolmanneksi tarkastelun kohteena olevan jakson aikana todettiin kilpailevien kaapelioperaattoreiden markkinaosuuksien laskeneen voimakkaasti (päätöksen taulukko 14), kun taas ADSL-markkinoiden kilpailijoiden markkinoille tunkeutu-

minen jäi hyvin vähäiseksi. WIN ei kiistä kaapelioperaattoreiden markkinaosuuksien laskua ja katsoo, että se ei johdu sen hinnoittelukäytännöstä vaan ADSL:n kehityksestä kaapeliyhteyksien kustannuksella. On kuitenkin korostettava, että WIN katsoi syyskuussa 2001, että kaapelioperaattorit olivat ainoat todelliset kilpailijat nopeiden Internet-yhteyksien markkinoilla (päättöksen alaviite 444) ja että ADSL muodosti ”markkinat, joita [se] hallitsi vuoden 2001 lopulla mutta jotka eivät olleet kokonaisuudessaan kovin aktiiviset”.

264 Neljänneksi WIN:n toiminnalla oli ehkäisevä vaikutus kilpailijoiden markkinoille pääsyyn tai niiden kehittymiseen. Useat näistä kilpailijoista ovat nimittäin vahvistaneet, että niiden oli mahdotonta mukautua WIN:n hintoihin kärsimättä tappioita, kun otetaan huomioon kustannukset, joista niiden oli vastattava (ks. päättöksen 379 perustelukappale ja alaviite 451). Uusien toimijoiden saapuminen markkinoille oli kaiken lisäksi vähäistä. WIN on viitannut Dixinet- ja Net pratique -yhtiöiden tapauksiin. Dixinetillä oli kuitenkin elokuun 2002 lopulla vain kymmenen ADSL- ja puhelinpalveluiden tilaajaa, kun taas Net pratique -yhtiöllä, joka saattoi palvelunsa markkinoille vasta kesällä 2002, siis kilpailusääntöjen rikkomisen loppuvaiheessa, oli kuuden kuukauden kuluttua vain 1 400 tilaajaa.

265 Tältä osin WIN:n väite, jonka mukaan tiettyjen kilpailijoiden hidas kehitys johtuu strategisesta valinnasta ja tahdosta keskittyä hitaiden yhteyksien tarjoamiseen tuottamattomana pidetyn ADSL:n kustannuksella, ei ole vakuuttava. Vaikka pitääkin paikkansa, että jotkin kilpailijat saattoivat alussa epäillä nopeiden yhteyksien kehittymistä, ei voida olettaa, että ne pysyivät tässä kannassaan näiden markkinoiden kehittyessä voimakkaasti. T-Online-yhtiön, joka tarjoaa Internet-yhteyksiä nimellä Club Internet, Ranskan kilpailuviranomaisille tekemän kantelun perusteella voidaan olettaa asian laidan olevan päinvastoin. Samalla tavoin AOL France -yhtiön toimitusjohtajan toteamus, jota on lainattu edellä 212 kohdassa, viittaa siihen, että tämän yrityksen jääminen pois nopeiden yhteyksien markkinoilta liittyi tuolloin tappioihin, joita se oli kärsinyt WIN:n suuren tarjonnan vuoksi, eikä sen omaan tahtoon keskittyä hitaisiin yhteyksiin.

266 WIN:n sen väitteen osalta, jonka mukaan kuluttajille ei aiheutunut sen hinnoittelukäytännöstä haittaa vaan päinvastoin hyötyä, on aiheellista muistuttaa, että

yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että EY 82 artiklassa tarkoitetaan paitsi sellaisia menettelytapoja, jotka ovat omiaan aiheuttamaan välitöntä vahinkoa kuluttajille, myös sellaisia menettelytapoja, jotka aiheuttavat kuluttajille vahinkoa vaikuttamalla haitallisesti toimivan kilpailun rakenteeseen (edellä 242 kohdassa mainitussa asiassa Europemballage ja asiassa Continental Can v. komissio annetun tuomion 26 kohta).

²⁶⁷ Tämä kanneperuste, jonka mukaan kyseessä olevalla toiminnalla ei ollut vaikutuksia, on siis aiheellista hylätä.

C Kilpailusääntöjen rikkomisen keston virheellinen vahvistaminen

1. Asianosaisten lausumat

²⁶⁸ Yhtäältä WIN katsoo, että kilpailusääntöjen rikkomisen, josta sitä moititaan, päättymisen johtui komission mukaan siitä, että France Télécomin hinnat laskivat 15.10.2002. France Télécom kuitenkin ilmoitti tästä hintojen laskusta jo huhtikuussa 2002, mutta sen soveltaminen viivästyi WIN:n mukaan Autorité de régulation des télécommunicationsin (televiestintäalan sääntelystä vastaava viranomainen, jäljempänä ART) vahvistusmenettelyn vuoksi. WIN:n ei siis voida missään tapauksessa katsoa olevan vastuussa kilpailusääntöjen rikkomisen jatkumisesta maaliskuun 2002 jälkeen, joten kilpailusääntöjen rikkomisen kesto oli vain 13 kuukautta.

²⁶⁹ Toisaalta WIN katsoo, että komissio vahvisti päätöksessään kilpailusääntöjen rikkomisen keston, joka on pidempi kuin väitetiedoksiannossa tarkoitettu kilpailusääntöjen rikkomisen kesto. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen on siis todettava, että WIN:n syyksi laskettavan kilpailusääntöjen rikkomisen kesto on enintään 17 kuukautta, ja alennettava sakon määrää vastaavasti.

270 Komissio on vastannut tähän viimeksi mainittuun väitteeseen, että väitetiedoksiantoja ei voitu tulkita siten, että niissä ilmoitettiin kilpailusääntöjen rikkomisen kesto, koska rikkominen jatkui.

271 Sen väitteen osalta, joka koskee France Télécomin hinnanlaskun viivästymistä ART:n vahvistusmenettelyn takia, komissio katsoo, että WIN ei voi vedota siihen.

2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

272 Sen väitteen osalta, jonka mukaan kilpailusääntöjen rikkomisen kestoja pidennettiin väitetiedoksiannossa ilmoitettuun keston nähden, on aiheellista viitata edellä 49–52 kohdassa esitettyyn, josta seuraa, että väite on hylättävä.

273 Siltä osin kuin on kyse France Télécomin jo huhtikuussa 2002 tekemästä ilmoituksesta, että sen tukkuhinnat laskevat, on korostettava, että kilpailusääntöjen rikkominen ei päättynyt huhtikuussa 2002 vaan tämän hinnanlaskun tosiasiallisen toteuttamisen yhteydessä. Tämä France Télécomin hintojen lasku johti kustannusten laskuun. WIN:n hinnat lakkasivat alittamasta kokonaiskustannukset ja kilpailusääntöjen rikkominen päättyi. Sen sijaan, että WIN jäi odottamaan tätä France Télécomin hintojen laskua, se olisi voinut lopettaa kilpailusääntöjen rikkomisen missä hyvänsä vaiheessa, esimerkiksi nostamalla hintojaan tai alentamalla muita kustannuksiaan. Se ei kuitenkaan toteuttanut yhtäkään tämänsuuntaista toimenpidettä.

274 Tästä seuraa, että kilpailusääntöjen rikkomisen keston perusteella määrätyn sakon määrää ei ole syytä alentaa.

D *Suhteellisuusperiaatteen loukkaaminen*

1. Asianosaisten lausumat

²⁷⁵ WIN väittää ensimmäiseksi, että sakon määrän määrittämisessä ei otettu huomioon sen yhteistyöhalukkuutta ja avoimuutta. Toiseksi WIN arvostelee sitä, ettei komissio ottanut huomioon kilpailusääntöjen rikkomisen asteittaista lopettamista sakon perusmäärän vahvistamisen yhteydessä eikä lieventävänä olosuhteena. WIN:n mukaan kilpailusääntöjen rikkomisen laajuus väheni elokuusta 2001 alkaen France Télécomin tukkuhintojen laskun johdosta, ennen kuin France Télécomille ilmoitettiin komission tutkimuksesta. France Télécom toi jatkuvasti esiin haluaan ratkaista komission esilletuoma ongelma mahdollisimman pian.

²⁷⁶ Komissio katsoo, että esillä olevaan asiaan ei liity lieventäviä tai raskauttavia olosuhteita.

2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

²⁷⁷ Siltä osin kuin ensimmäiseksi on kyse väitetystä yhteistyöstä, vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan sellainen tutkimuksessa tehty yhteistyö, joka ei ylitä sitä, mikä perustuu asetuksen N:o 17/11 artiklan 4 ja 5 kohdan nojalla yrityksille kuuluviin velvollisuuksiin, ei oikeuta sakon määrän alentamiseen (ks. vastaavasti asia T-12/89, Solvay v. komissio, tuomio 10.3.1992, Kok. 1992, s. II-907, 341 ja 342 kohta ja asia T-317/94, Weig v. komissio, tuomio 14.5.1998, Kok. 1998, s. II-1235, 283 kohta).

278 Komissio mainitsee päätöksen 412 perustelukappaleessa, että WIN vetosi lieventävänä olosuhteena avoimuuteensa ja tämän menettelyn aikana kaikilta osin tekemäänsä yhteistyöhön. Komissio kuitenkin toteaa, että ”yritys vain noudatti tavalliseen tapaan sille asetuksen N:o 17 mukaisesti kuuluvia velvollisuuksia antaa komissiolle tietoja”.

279 WIN väittää kannekirjelmässään, että komissio ei ottanut huomioon sitä seikkaa, että se on tehnyt kaikilta osin yhteistyötä menettelyn ajan ja on toiminut täysin avoimesti. WIN lisää, että komissio kävi sen toimitiloissa ja teki jäljennöksiä kustannuksia ja kaupallisten tarjousten laatimista koskevista asiakirjoista WIN:n itsensä esittämästä kutsusta. WIN:n kannekirjelmässä tai sen vastauskirjelmässä ei esitetä muita täsmennyksiä tästä yhteistyöstä.

280 On todettava, että WIN ei esittänyt yhtäkään seikkaa, joka heikentäisi toteamusta, että se vain noudatti asetuksen N:o 17 mukaisia velvollisuuksiaan. Erityisesti WIN ei ole osoittanut, että se itse kutsui komission toimitiloihinsa ennen tutkimuksen aloittamista. Komissio nimittäin toteaa vastineessaan, että kantaja ei voi esittää lieventävänä olosuhteena sitä, että komissio suoritti asetuksen N:o 17 14 artiklan 2 kohdan mukaiset paikan päällä tehtävät tarkastukset siten, että ”se sopi yrityksen kanssa tapaamisesta sen toimitiloissa”.

281 Täydennyksenä on todettava, että se seikka, vaikka sen katsottaisiin olevan toteen näytetty, että WIN itse esitti komissiolle kutsun tulla käymään sen toimitiloissa eikä jäänyt odottamaan, että komissio määräisi tarkastuksista päätöksellä, ei ole riittävä osoitus sellaisesta tiiviistä yhteistyöstä, joka voidaan ottaa huomioon lieventävänä olosuhteena. On todettava, että asetuksen N:o 17 14 artiklassa säädetään, että komissio voi EY 81 artiklaan perustuvien tehtäviensä suorittamiseksi ryhtyä kaikkiin tarpeellisiin yrityksiä koskeviin tutkimuksiin. Sen valtuuttamalla virkamiehillä on muun muassa oikeus päästä yrityksen kaikkiin tiloihin ja ottaa jäljennöksiä liikeasiakirjoista. Komission tutkimukset voidaan tehdä pelkällä valtuutuksella (14 artiklan 2 kohta), tai niistä voidaan määrätä päätöksellä (14 artiklan 3 kohta).

Se seikka, että komissio ei nyt esillä olevassa asiassa määrännyt tutkimuksista päätöksellä, ei sellaisenaan merkitse ”yrityksen todellista yhteistyötä menettelyssä” asetuksen N:o 17/15 artiklan 2 kohdan ja EHTY:n perustamissopimuksen 65 artiklan 5 kohdan mukaisesti määrättävien sakkojen laskennassa sovellettavissa suuntaviivoissa tarkoitettulla tavalla.

282 Siltä osin kuin toiseksi on kyse väitteistä, jotka liittyvät kilpailusääntöjen rikkomisen asteittaiseen poistamiseen, on korostettava yhtäältä, että WIN ei itse toteuttanut yhtäkään tämänsuuntaista toimenpidettä. Se ei voi vastuusta vapautuakseen vedota France Télécomin toimintaan. Toisaalta vaikka tämän viimeksi mainitun toiminnalla on saattanut olla positiivinen vaikutus markkinoihin ennen kilpailusääntöjen rikkomisen päättymistä, niiden perusteella ei voida muuttaa WIN:n kilpailusääntöjen rikkomisen oikeudellista luonnehdintaa lieventämällä sitä. WIN:n saalistushinnoittelu merkityksellisillä markkinoilla on vakava kilpailusääntöjen rikkominen. Se seikka, että tiettyjen väärinkäytön muodostavien seikkojen voimakkuus vaihteli kyseessä olevan ajanjakson aikana, ei muuta tätä luonnehdintaa (ks. vastaavasti edellä 195 kohdassa mainitussa asiassa Michelin v. komissio annetun tuomion 278 kohta).

283 Edellä todetusta seuraa, että ei voida hyväksyä kanneperustetta, jossa WIN väittää, että suhteellisuusperiaatetta on loukattu, minkä vuoksi sakon kumoamista tai sen määrän alentamista koskevat vaatimukset on hylättävä.

284 Kaiken edellä todetun perusteella kanne on siis hylättävä.

Oikeudenkäyntikulut

285 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 87 artiklan 2 kohdan mukaan asianosainen, joka häviää asian, veloitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Koska kantaja on hävinnyt asian ja komissio on vaatinut oikeudenkäyntikulujensa korvaamista, kantaja on veloitettava korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Näillä perusteilla

YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN (laajennettu viides jaosto)

on ratkaissut asian seuraavasti:

1) Kanne hylätään.

2) Kantaja veloitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Vilaras

Martins Ribeiro

Dehousse

Šváby

Jürimäe

Julistettiin Luxemburgissa 30 päivänä tammikuuta 2007.

E. Coulon

M. Vilaras

kirjaaja

jaoston puheenjohtaja

Sisällys

Tosiseikat ja asian käsittelyn vaiheet	II - 118
Asianosaisten vaatimukset	II - 121
Oikeudellinen arviointi	II - 122
I Päätöksen kumoamista koskevat vaatimukset	II - 122
A Kanneperuste, joka koskee puolustautumisoikeuksien loukkaamista ja olennaisten menettelymääräysten rikkomista	II - 122
1. Asianosaisten lausumat	II - 122
2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta	II - 124
B Puutteellisia perusteluita koskeva kanneperuste	II - 134
1. Asianosaisten lausumat	II - 134
2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta	II - 135
C Seuraamusten yksilökohtaisuuden periaatteen loukkaamista koskeva kan- neperuste	II - 137
1. Asianosaisten lausumat	II - 137
2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta	II - 138
D EY 82 artiklan rikkominen	II - 140
1. Määrävä markkina-asema	II - 140
a) Markkinoiden virheellinen määrittely	II - 140
Asianosaisten lausumat	II - 140
Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta	II - 142
b) Määrävän markkina-aseman puutteellinen tarkastelu	II - 146
Asianosaisten lausumat	II - 146
Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta	II - 148

2. Määrävän markkina-aseman väärinkäyttö	II - 154
a) Kustannusten kattamistestiä koskevat väitteet	II - 154
Kustannusten kattamisen asteen laskemisessa käytetyssä menetelmässä oleva virhe	II - 154
– Asianosaisten lausumat	II - 154
– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta	II - 156
Valitun laskentamenetelmän soveltamisessa tapahtuneet laskuvirheet	II - 163
– Asianosaisten lausumat	II - 163
– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta	II - 165
b) Saalistustestiä koskevat väitteet	II - 167
Peruste, joka koskee WIN:n oikeutta mukauttaa hintansa kilpailijoiden hintoihin	II - 167
– Asianosaisten lausumat	II - 167
– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta	II - 168
Saalistussuunnitelman ja kilpailun vähentämistä koskevan suunnitelman puuttumista koskeva väite	II - 171
– Asianosaisten lausumat	II - 171
– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta	II - 173
Tappioiden takaisin saaminen	II - 180
– Asianosaisten lausumat	II - 180
– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta	II - 182
II Toissijaiset vaatimukset, jotka koskevat sakon kumoamista tai sen määrän alentamista	II - 184
A Seuraamusten yksilökohtaisuuden ja laillisuuden periaatteiden loukkaaminen	II - 184
1. Seuraamusten yksilökohtaisuuden periaatteen loukkaaminen	II - 184
a) Asianosaisten lausumat	II - 184
b) Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta	II - 185
	II - 201

2. Rangaistusten laillisuuden periaatteen loukkaamista koskeva kanneperuste	II - 186
a) Asianosaisten lausumat	II - 186
b) Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta	II - 187
B Kyseessä olevien käytäntöjen vaikutusten puuttuminen	II - 190
1. Asianosaisten lausumat	II - 190
2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta	II - 191
C Kilpailusääntöjen rikkomisen keston virheellinen vahvistaminen	II - 194
1. Asianosaisten lausumat	II - 194
2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta	II - 195
D Suhteellisuusperiaatteen loukkaaminen	II - 196
1. Asianosaisten lausumat	II - 196
2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta	II - 196
Oikeudenkäyntikulut	II - 199