

ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΠΡΩΤΟΔΙΚΕΙΟΥ (πέμπτο πενταμελές τμήμα)  
της 30ής Ιανουαρίου 2007\*

Στην υπόθεση T-340/03,

**France Télécom SA**, πρώην Wanadoo Interactive SA, με έδρα στο Παρίσι (Γαλλία), εκπροσωπούμενη από τους O. Brouwer, H. Calvet, M. Pittie, J. Philippe και T. Janssens, δικηγόρους,

προσφεύγουσα,

κατά

**Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων**, εκπροσωπούμενης αρχικώς από τους S. Rating και É. Gippini Fournier, στη συνέχεια, από τον M. Gippini Fournier,

καθής,

που έχει ως αντικείμενο αίτημα ακυρώσεως της αποφάσεως της Επιτροπής της 16ης Ιουλίου 2003 σχετικά με διαδικασία εφαρμογής του άρθρου [82 ΕΚ] (υπόθεση COMP/38.233 — Wanadoo Interactive) ή, επικουρικώς, αίτημα ακυρώσεως του επιβληθέντος στην προσφεύγουσα προστίμου ή μειώσεως του ποσού του,

\* Γλώσσα διαδικασίας: η γαλλική.

ΤΟ ΠΡΩΤΟΔΙΚΕΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ  
(πέμπτο πενταμελές τμήμα),

συγκείμενο από τους Μ. Βηλαρά, πρόεδρο, Μ. Ε. Martins Ribeiro, F. Dehousse, D. Šnáby και Κ. Jürimäe, δικαστές,  
γραμματέας: J. Palacio González, κύριος υπάλληλος διοικήσεως,

έχοντας υπόψη την έγγραφη διαδικασία και κατόπιν της επ' ακροατηρίου συζητήσεως της 26ης Απριλίου 2005,

εκδίδει την ακόλουθη

### Απόφαση

#### Πραγματικά περιστατικά και διαδικασία

- <sup>1</sup> Στο πλαίσιο της αναπτύξεως της υψηλής ταχύτητας προσβάσεως στο Διαδίκτυο, η Επιτροπή αποφάσισε, τον Ιούλιο του 1999, να κινήσει εντός της Ευρωπαϊκής Ενώσεως τομεακή έρευνα βάσει των εξουσιών που της απονέμει το άρθρο 12, παράγραφος 1, του κανονισμού 17 του Συμβουλίου, της 16ης Φεβρουαρίου 1962, πρώτου κανονισμού εφαρμογής των άρθρων [81] και [82] της Συνθήκης (ΕΕ ειδ. έκδ. 08/001, σ. 25), όσον αφορά, μεταξύ άλλων, την παροχή υπηρεσιών προσβάσεως σε τοπικό βρόχο και τη χρήση του οικιακού τοπικού βρόχου. Βάσει των στοιχείων που συγκεντρώθηκαν στο πλαίσιο αυτό, η Επιτροπή αποφάσισε να εξετάσει

λεπτομερώς τους όρους τιμολογήσεως της παροχής υπηρεσιών υψηλής ταχύτητας προσβάσεως στο Διαδίκτυο από τη Wanadoo Interactive SA (στο εξής: WIN) στους πελάτες που διαμένουν στη Γαλλία. Προς τούτο, κίνησε αυτεπαγγέλτως διαδικασία τον Σεπτέμβριο του 2001.

- 2 Η WIN, κατά την επίμαχη περίοδο, αποτελούσε εταιρία του ομίλου France Télécom. Το κεφάλαιό της ανήκε κατά το 99,9 % στη Wanadoo SA. Η συμμετοχή της France Télécom στο κεφάλαιο της Wanadoo κυμαινόταν μεταξύ 70 και 72,2 % κατά την επίμαχη περίοδο. Ο όμιλος της Wanadoo και των θυγατρικών της (στο εξής: όμιλος Wanadoo) ασκούσε όλες τις σχετικές με το Διαδίκτυο δραστηριότητες του ομίλου France Télécom καθώς και τις δραστηριότητες εκδόσεως τηλεφωνικών καταλόγων. Στον όμιλο Wanadoo, η WIN ήταν επιφορτισμένη με τα λειτουργικά και τεχνικά καθήκοντα σχετικά με τις υπηρεσίες προσβάσεως στο Διαδίκτυο εντός του γαλλικού εδάφους, περιλαμβανομένων των υπηρεσιών ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line, ψηφιακή ασυμμετρική σύνδεση).
- 3 Η Επιτροπή απηύθυνε στη WIN μια πρώτη ανακοίνωση αιτιάσεων στις 19 Δεκεμβρίου 2001 (στο εξής: πρώτη ανακοίνωση αιτιάσεων) και μια συμπληρωματική ανακοίνωση αιτιάσεων στις 9 Αυγούστου 2002 (στο εξής: συμπληρωματική ανακοίνωση αιτιάσεων), στις οποίες η WIN απάντησε στις 4 Μαρτίου και στις 23 Οκτωβρίου 2002, αντιστοίχως.
- 4 Στις 16 Ιανουαρίου 2003, η Επιτροπή απηύθυνε στη WIN έγγραφο το οποίο χαρακτήρισε ως «έγγραφο οχλήσεως» (στο εξής: έγγραφο οχλήσεως), επιτρέποντάς της συγχρόνως την πρόσβαση στον φάκελο στον οποίο στηρίχθηκε το εν λόγω έγγραφο. Η WIN πράγματι έλαβε γνώση των στοιχείων του φακέλου στις 23 και 27 Ιανουαρίου 2003. Με έγγραφο της 26ης Φεβρουαρίου 2003, η WIN ζήτησε από την Επιτροπή διευκρινίσεις επί διαφόρων σημείων του εγγράφου οχλήσεως. Η Επιτροπή απάντησε με έγγραφο της 28ης Φεβρουαρίου 2003, οπότε η WIN υπέβαλε υπόμνημα προς απάντηση στο έγγραφο οχλήσεως στις 4 Μαρτίου 2003.

- 5 Με απόφαση της 16ης Ιουλίου 2003, σχετικά με διαδικασία εφαρμογής του άρθρου [82 ΕΚ] (υπόθεση COMP/38.233 — Wanadoo Interactive) (στο εξής: απόφαση), η Επιτροπή διαπίστωσε ότι «η [WIN] παρέβη το άρθρο 82 [ΕΚ] εφαρμόζοντας για τις υπηρεσίες της eXtense και Wanadoo ADSL επιθετικές τιμές οι οποίες δεν της παρέχουν τη δυνατότητα να καλύψει τα κυμαινόμενα έξοδά της μέχρι τον Αύγουστο του 2001 και τα συνολικά έξοδά της από τον Αύγουστο του 2001, στο πλαίσιο σχεδίου προληπτικής καταλήψεως της αγοράς υψηλής ταχύτητας προσβάσεως στο Διαδίκτυο σε πολύ σημαντικό στάδιο της αναπτύξεώς της» (άρθρο 1). Η Επιτροπή τη διέταξε να παύσει την εν λόγω παράβαση (άρθρο 2) και της επέβαλε πρόστιμο 10,35 εκατομμυρίων ευρώ (άρθρο 4).
  
- 6 Η απόφαση ορίζει ως επίμαχη αγορά τη γαλλική αγορά υψηλής ταχύτητας προσβάσεως στο Διαδίκτυο για τους ιδιώτες πελάτες. Τα προϊόντα που αφορά η παράβαση είναι οι υπηρεσίες υψηλής ταχύτητας προσβάσεως στο Διαδίκτυο μέσω της τεχνολογίας ADSL (Wanadoo ADSL και eXtense).
  
- 7 Κατά την απόφαση, στην περίπτωση της Wanadoo ADSL, ο συνδρομητής όφειλε, κατά την επίμαχη περίοδο, να καταβάλλει μηνιαία συνδρομή στη France Télécom για την παροχή υπηρεσίας και τη μίσθωση διαμορφωτή-αποδιαμορφωτή (modem) ADSL από τη France Télécom, καθώς και συνδρομή στη WIN λόγω της ιδιότητάς της ως παρέχουσα πρόσβαση στο Διαδίκτυο. Στο πλαίσιο της υπηρεσίας eXtense, ο διαμορφωτής-αποδιαμορφωτής αγοράστηκε από τον χρήστη, ο οποίος κατέβαλλε απλώς μηνιαία συνδρομή στη WIN αντιστοιχούσα στην παρεχόμενη από τη France Télécom υπηρεσία και στην απεριόριστη πρόσβαση στο Διαδίκτυο με κατ' αποκοπή τέλος.
  
- 8 Κατόπιν εξετάσεως διαφόρων στοιχείων, μεταξύ των οποίων τα μερίδια αγοράς (211η έως 222η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως) και τις συνέπειες της «συνδέσεως» με τη France Télécom (223η έως 228η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως), η Επιτροπή διαπίστωσε ότι η WIN κατέχει δεσπόζουσα θέση στην επίμαχη αγορά. Κατόπιν αυτού, επιδίωξε να αποδείξει ότι η πρακτική τιμών κατώτερων του κόστους την οποία εφαρμόζει η WIN εμπίπτει στο πλαίσιο ηθελημένης επιθετικής στρατηγικής με σκοπό να «αποκλείσει προληπτικώς» την αγορά και, ως εκ τούτου, αποτελεί κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως κατά την έννοια του άρθρου 82 ΕΚ (254η αιτιολογική σκέψη).

- 9 Η απόφαση καθορίζει ως αφετηρία της περιόδου παραβάσεως την 1η Μαρτίου 2001 και ως τέλος τη 15η Οκτωβρίου 2002, ημερομηνία θέσεως σε ισχύ του μέτρου που πρότεινε η France Télécom τον Μάρτιο του 2002. Τα κυμαινόμενα έξοδα δεν καλύφθηκαν από τις τιμές που ίσχυσαν από τον Μάρτιο μέχρι τον Αύγουστο του 2001 και τα συνολικά έξοδα δεν καλύφθηκαν από της τελευταίας αυτής ημερομηνίας (άρθρο 1 της αποφάσεως, βλ. ανωτέρω σκέψη 5).
- 10 Η απόφαση αυτή κοινοποιήθηκε στις 23 Ιουλίου 2003 στη WIN, η οποία ζήτησε την ακύρωσή της με δικόγραφο που κατατέθηκε στη Γραμματεία του Πρωτοδικείου στις 2 Οκτωβρίου 2003.
- 11 Κατόπιν συγχωνεύσεως πραγματοποιηθείσας την 1η Σεπτεμβρίου 2004, η France Télécom SA υπεισήλθε στα δικαιώματα της WIN.

### **Αιτήματα των διαδίκων**

- 12 Η προσφεύγουσα ζητεί από το Πρωτοδικείο:

- να ακυρώσει την απόφαση·
  
- επικουρικώς, να εξαφανίσει το πρόστιμο ή να μειώσει το ποσό του·
  
- να καταδικάσει την καθής στα δικαστικά έξοδα.

13 Η Επιτροπή ζητεί από το Πρωτοδικείο:

- να απορρίψει την προσφυγή·
- να καταδικάσει την προσφεύγουσα στα δικαστικά έξοδα.

### Σκεπτικό

*I — Επί των αιτημάτων ακυρώσεως της αποφάσεως*

14 Προς στήριξη των αιτημάτων της ακυρώσεως, η προσφεύγουσα προέβαλε σειρά τυπικών λόγων ακυρώσεως, παραβίαση της αρχής του προσωποπαγούς χαρακτήρα των ποινών και παράβαση του άρθρου 82 ΕΚ.

*A — Επί του λόγου ακυρώσεως που αντλείται από προσβολή των δικαιωμάτων άμυνας και παράβαση ουσιώδους τύπου*

1. Επιχειρήματα των διαδίκων

15 Κατά τη WIN, στο πλαίσιο υποθέσεως με αντικείμενο την εφαρμογή επιθετικών τιμών, ο υπολογισμός των εξόδων πρέπει να θεωρείται πρωταρχικό στοιχείο της επίμαχης αιτιάσεως. Κατά την άποψή της, δεν αντιμετώπισε απλώς δυσκολίες

προσβάσεως στον φάκελο, αλλά, επιπλέον, σημαντικά στοιχεία του υπολογισμού των κυμαινόμενων και συνολικών εξόδων που περιέχονται στην απόφαση ουδέποτε αποτέλεσαν αντικείμενο ανακοινώσεως αιτιάσεων και κοινοποιήθηκαν μόνο με το έγγραφο οχλήσεως. Πρόκειται περί προσβολής των δικαιωμάτων άμυνας της WIN και περί παραβάσεως ουσιώδους τύπου. Συγκεκριμένα, η WIN υποστηρίζει ότι δεν ήταν σε θέση να γνωρίζει ούτε τη σπουδαιότητα των εν λόγω στοιχείων ούτε τη θέση που κατέλαβαν στη συλλογιστική και στις αιτιάσεις της Επιτροπής και, συνεπώς, δεν μπορούσε να ασκήσει καθώς πρέπει τα σχετικά δικαιώματά της άμυνας.

- 16 Επιπλέον, η Επιτροπή προέβη, στο πλαίσιο της αποφάσεως, σε υπολογισμούς οι οποίοι, τόσο ως προς τη μέθοδο που χρησιμοποιήθηκε όσο και ως προς τα αποτελέσματά τους, διαφέρουν από εκείνους που περιλαμβάνονται στη συμπληρωματική ανακοίνωση αιτιάσεων. Μεταβάλλοντας τον εκ μέρους της έλεγχο καλύψεως των εξόδων, η Επιτροπή μετέβαλε την αιτίασή της. Εξάλλου, η απόφαση δέχεται μεγαλύτερη διάρκεια παραβάσεως από εκείνη που αναφέρει η ανακοίνωση αιτιάσεων, ενώ οι διάδικοι δεν μπόρεσαν να διατυπώσουν τις σχετικές παρατηρήσεις τους.
- 17 Η Επιτροπή φρονεί ότι τα επιχειρήματα της WIN δεν ανταποκρίνονται στα πραγματικά περιστατικά και είναι νόμω αβάσιμα. Αναφέρει ότι, με το έγγραφο οχλήσεως, απλώς διόρθωσε τα σφάλματα υπολογισμού που είχε επισημάνει η WIN με την απάντησή της στη συμπληρωματική ανακοίνωση αιτιάσεων, χωρίς να μεταβάλει ούτε τον έλεγχο ούτε τις αιτιάσεις. Τονίζει, εξάλλου, ότι η WIN διατύπωσε τις παρατηρήσεις της επί του περιεχομένου του εγγράφου οχλήσεως. Το έγγραφο αυτό είχε ακριβώς ως σκοπό να παράσχει στην επιχείρηση τη δυνατότητα να γνωστοποιήσει την άποψή της όσον αφορά το υποστατό και την κρισιμότητα των προβαλλόμενων πραγματικών περιστατικών, πράγμα που δεν παρέλειψε να πράξει η WIN. Πράγματι, με έγγραφο της 26ης Φεβρουαρίου 2003, η WIN ζήτησε από την Επιτροπή ορισμένες διευκρινίσεις ως προς διάφορες πτυχές του εγγράφου οχλήσεως. Η Επιτροπή αναφέρει ότι απάντησε με έγγραφο της 28ης Φεβρουαρίου 2003, παρέχοντας με τον τρόπο αυτό στη WIN τη δυνατότητα να απαντήσει και εκείνη στο έγγραφο οχλήσεως στις 4 Μαρτίου 2003. Κατά την αποστολή του εγγράφου οχλήσεως, η Επιτροπή ισχυρίζεται ότι παρέσχε στη WIN πρόσβαση στο σύνολο των στοιχείων του φακέλου επί των οποίων στηρίζεται το έγγραφο αυτό. Η WIN πράγματι έλαβε γνώση των στοιχείων του φακέλου στις 23 και 27 Ιανουαρίου 2003. Όσον αφορά τη διάρκεια της παραβάσεως, το ότι η παράβαση εξακολούθησε να υφίσταται κατά την αποστολή της κοινοποιήσεως των αιτιάσεων δεν επιτρέπει στην Επιτροπή να βαινει πέραν του καθορισμού της χρονικής αφετηρίας της παραβάσεως.

## 2. Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

- 18 Υπενθυμίζεται ευθύς εξαρχής ότι η ανακοίνωση αιτιάσεων πρέπει, κατά πάγια νομολογία, να περιλαμβάνει συνοπτική έκθεση των προβληθεισών αιτιάσεων με επαρκώς σαφή και περιληπτικό τρόπο, προκειμένου να παράσχει στους ενδιαφερομένους τη δυνατότητα να λάβουν γνώση των επικρινόμενων συμπεριφορών της Επιτροπής. Πράγματι, μόνον υπό την προϋπόθεση αυτή μπορεί η ανακοίνωση των αιτιάσεων να εκπληρώσει τη λειτουργία που της αναγνωρίζουν οι κοινοτικοί κανονισμοί και που συνίσταται στην παροχή όλων των στοιχείων που είναι αναγκαία για να μπορούν οι επιχειρήσεις και οι ενώσεις επιχειρήσεων να ασκήσουν λυσιτελώς τα δικαιώματά τους άμυνας πριν από την έκδοση οριστικής απόφασης εκ μέρους της Επιτροπής. Εξάλλου, κατά πάγια νομολογία, η επιταγή αυτή τηρείται εφόσον η απόφαση δεν προσάπτει στους ενδιαφερομένους διαφορετικές παραβάσεις από εκείνες που αναφέρει η συνοπτική έκθεση των αιτιάσεων και δέχεται μόνον τα πραγματικά περιστατικά επί των οποίων οι ενδιαφερόμενοι είχαν την ευκαιρία να υποβάλουν παρατηρήσεις. Η οριστική απόφαση της Επιτροπής, ωστόσο, δεν πρέπει κατ' ανάγκη να αποτελεί αντίγραφο της συνοπτικής εκθέσεως των αιτιάσεων (απόφαση του Πρωτοδικείου της 22ας Οκτωβρίου 2002, T-310/01, *Compagnie générale maritime* κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή 2002, σ. II-1011, σκέψη 442 και η εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Ως εκ τούτου, είναι παραδεκτές προσθήκες στην ανακοίνωση των αιτιάσεων οι οποίες πραγματοποιούνται υπό το πρίσμα του υπομνήματος απαντήσεως των διαδίκων, των οποίων τα επιχειρήματα αποδεικνύουν ότι όντως άσκησαν τα δικαιώματά τους άμυνας. Η Επιτροπή μπορεί επίσης, ενόψει της διοικητικής διαδικασίας, να αναθεωρήσει ή να προσθέσει πραγματικά ή νομικά επιχειρήματα προς στήριξη των αιτιάσεων που διατύπωσε (απόφαση του Πρωτοδικείου της 22ας Οκτωβρίου 2002, T-310/01, *Schneider Electric* κατά Επιτροπής, Συλλογή 2002, σ. II-4071, σκέψη 438).
- 19 Ο υπό κρίση λόγος ακυρώσεως πρέπει να εξετασθεί υπό το πρίσμα των ανωτέρω σκέψεων.
- 20 Επιβάλλεται η διαπίστωση ότι, μετά το πέρας του σταδίου των ανακρίσεων, η Επιτροπή απηύθυνε στη WIN, στις 19 Δεκεμβρίου 2001, την πρώτη ανακοίνωση αιτιάσεων. Η WIN διατύπωσε τις παρατηρήσεις της με την από 4 Μαρτίου 2002 απάντησή της, επ' ευκαιρία ακροάσεως διεξαχθείσας στις 18 Μαρτίου 2002 (153η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως). Στις 9 Αυγούστου 2002, η Επιτροπή απηύθυνε



στη WIN τη συμπληρωματική ανακοίνωση αιτιάσεων. Η WIN υπέβαλε τις παρατηρήσεις της επί της ανακοίνωσης αυτής στις 23 Οκτωβρίου 2002 και δεν ζήτησε τη διεξαγωγή ακροάσεως (157η αιτιολογική σκέψη της απόφασης). Η WIN μπόρεσε, συνεπώς, να ασκήσει τα δικαιώματά της άμυνας ως προς τις αιτιάσεις που προέβαλε η Επιτροπή με τις ανακοινώσεις των αιτιάσεων, τόσο στο πλαίσιο των απαντήσεών της στις ανακοινώσεις αυτές, όσο και κατά την ακρόασή της.

- 21 Οι αιτιάσεις που δέχθηκε η Επιτροπή με την απόφασή της δεν διαφέρουν από εκείνες που περιλαμβάνουν οι ανακοινώσεις αιτιάσεων.
- 22 Συγκεκριμένα, με την από 19 Δεκεμβρίου 2001 ανακοίνωση αιτιάσεων, η Επιτροπή αναφέρει, εισαγωγικώς, τα εξής:

«Η παρούσα ανακοίνωση αιτιάσεων αφορά τις πρακτικές τιμολογήσεως που εφαρμόζει η [WIN], μία από τις εταιρίες του ομίλου France Télécom, για τις υπηρεσίες υψηλής ταχύτητας προσβάσεως στο Διαδίκτυο Wanadoo ADSL και Pack [eXtense] κατά το 2001.

[...]

Από τις ανακρίσεις προέκυψε ότι η [WIN] εφαρμόζει από τις αρχές του 2001 πρακτικές τιμολογήσεως των επίμαχων υπηρεσιών κατώτερης των εξόδων, οι οποίες μπορούν να χαρακτηρισθούν ως επιθετικές συμπεριφορές και να αποτελέσουν προσβολή του άρθρου 82 [ΕΚ].»

- 23 Με την ίδια αυτή ανακοίνωση αιτιάσεων, η Επιτροπή καταλήγει, κατόπιν της αναλύσεώς της, ως εξής:

«[Στο στάδιο αυτό], η πολιτική επιθετικών τιμών που εφαρμόζει [WIN] από την αρχή του 2001 αποτελεί κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως [κατά την έννοια] του άρθρου 82[, στοιχεία] α' και β', [ΕΚ]. Οι επίμαχες πρακτικές εφαρμόστηκαν σε κρίσιμο στάδιο της αναπτύξεως της αγοράς υψηλής ταχύτητας προσβάσεως στο Διαδίκτυο για τους πελάτες που κατοικούν στην ημεδαπή, συγχρόνως με την εξέλιξη του ADSL στη Γαλλία. Εξασφάλισαν στη [WIN] σημαντικό προβάδισμα έναντι των ανταγωνιστών της ή εμπόδισαν την είσοδο ή τη διατήρησή τους στην εν λόγω αγορά.»

- 24 Το άρθρο 1 της αποφάσεως έχει ως εξής:

«Από τον Μάρτιο μέχρι τον Οκτώβριο του 2002, η [WIN] παρέβη το άρθρο 82 [ΕΚ] εφαρμόζοντας για τις υπηρεσίες της eXtense και Wanadoo ADSL επιθετικές τιμές οι οποίες δεν της παρείχαν δυνατότητα καλύψεως των κυμαινόμενων εξόδων της μέχρι τον Αύγουστο του 2001 και των συνολικών εξόδων της από τον Αύγουστο του 2001 και εφεξής, στο πλαίσιο σχεδίου προληπτικού αποκλεισμού της αγοράς υψηλής ταχύτητας προσβάσεως στο Διαδίκτυο σε σημαντικό στάδιο της αναπτύξεώς της.»

- 25 Από τη σύγκριση της πρώτης ανακοινώσεως αιτιάσεων και της αποφάσεως προκύπτει ότι η εταιρία, η αγορά και τα οικεία προϊόντα συμπίπτουν, όπως και η προσαπτόμενη παράβαση, ήτοι η αντίθετη προς το άρθρο 82 ΕΚ πρακτική επιθετικών τιμών.
- 26 Η απόφαση είναι, βεβαίως, σαφώς ακριβέστερη όσον αφορά την κάλυψη των εξόδων. Αντιθέτως προς την πρώτη ανακοίνωση αιτιάσεων, η απόφαση αναφέρεται στα κυμαινόμενα και συνολικά έξοδα και διακρίνει τις εξεταζόμενες υπό το πρίσμα αυτό περιόδους.

- 27 Ωστόσο, η διευκρίνιση αυτή εισήχθη με τη συμπληρωματική ανακοίνωση αιτιάσεων, της οποίας το σημείο 5.4 έχει τίτλο «Η ουσία της καταχρήσεως: μη κάλυψη των κυμαινόμενων και συνολικών εξόδων στο πλαίσιο στρατηγικής προληπτικού αποκλεισμού της αγοράς». Με τις δύο υποσημειώσεις στις οποίες παραπέμπει ο τίτλος αυτός, η Επιτροπή διευκρινίζει ότι, «[σ]υναφώς, η παρούσα ανακοίνωση αιτιάσεων συμπληρώνει [το σημείο] 3.4 της πρώτης ανακοίνωσης αιτιάσεων» και ότι «[η] εξέταση της καλύψεως των συνολικών εξόδων αποτελεί νέο στοιχείο σε σχέση με την πρώτη ανακοίνωση αιτιάσεων». Συνεπώς, η μέθοδος που χρησιμοποιήθηκε ήταν ήδη γνωστή, κατά το στάδιο αυτό, στη WIN, η οποία είχε τη δυνατότητα να διατυπώσει την άποψή της.
- 28 Όσον αφορά το έγγραφο οχλήσεως, σκοπός του, σύμφωνα με τη διατύπωσή του, είναι να «επισημάνει ορισμένα πραγματικά περιστατικά που δεν αναφέρθηκαν ρητώς στις ανακοινώσεις αιτιάσεων, στα οποία θα μπορούσε να παραπέμπει η Επιτροπή με την απόφαση αυτή[· τ]α στοιχεία αυτά αποτελούνται εν μέρει από πραγματικά περιστατικά διασκορπισμένα στα έγγραφα του φακέλου της Επιτροπής, στα οποία είχαν ήδη πρόσβαση οι δικηγόροι, και εν μέρει από στοιχεία τα οποία συγκεντρώθηκαν κατά τις ανακρίσεις που διενεργήθηκαν μετά τις 9 Αυγούστου 2002».
- 29 Κατά τη WIN, το έγγραφο αυτό μεταβάλλει τον έλεγχο καλύψεως των εξόδων και, επομένως, την αντίστοιχη αιτίαση, οπότε θα έπρεπε να αποτελέσει αντικείμενο ανακοινώσεως αιτιάσεων.
- 30 Πρέπει, καταρχάς, να επισημανθεί ότι, πέραν της απλής αναφοράς στη διαφορετική κατάτμηση των περιόδων αναλύσεως, η WIN δεν διευκρίνισε, με το δικόγραφο της προσφυγής της, ούτε τις διαφορές στη μέθοδο ή στα αποτελέσματα, ούτε τα νέα στοιχεία που περιελήφθησαν στο έγγραφο οχλήσεως. Περιορίστηκε σε μια παραπομπή στην πρώτη ανακοίνωση αιτιάσεων, στη συμπληρωματική ανακοίνωση αιτιάσεων και στο έγγραφο οχλήσεως, τα οποία προσάρτησε σε παράρτημα. Δεν απόκειται στο Πρωτοδικείο να αναζητήσει και να προσδιορίσει με τα παραρτήματα αυτά τα στοιχεία στα οποία θα μπορούσε να στηριχθεί η προσφυγή. Μολονότι το δικόγραφο της προσφυγής μπορεί να διευκρινισθεί και να συμπληρωθεί, σε συγκεκριμένα σημεία, με παραπομπές σε καθορισμένα χωρία εγγράφων του παραρτήματός του, η συνολική παραπομπή σε άλλα έγγραφα, ακόμη και

προσαρτημένα στο δικόγραφο της προσφυγής, δεν μπορεί να θεραπεύσει την απουσία ουσιωδών στοιχείων του (απόφαση του Πρωτοδικείου της 20ής Μαρτίου 2002, T-31/99, ABB Asea Brown Boveri κατά Επιτροπής, Συλλογή 2002, σ. II-1881, σκέψη 113). Συνεπώς, δεν είναι απαραίτητη, για την αναζήτηση στο έγγραφο οχλήσεως διαφορών μεθοδολογίας ή νέων στοιχείων, η λεπτομερής σύγκριση των ανακοινώσεων αιτιάσεων και του εγγράφου οχλήσεως, τα οποία έχουν προσαρτηθεί ως παράρτημα στο δικόγραφο της προσφυγής. Ως εκ περισπού, επιβάλλεται πάντως η επισήμανση ότι το εν λόγω έγγραφο οχλήσεως δεν περιλαμβάνει καμία αιτίαση και δεν αναγγέλλει ούτε εισάγει κάποια μεταβολή στη μέθοδο υπολογισμού του ποσοστού καλύψεως των εξόδων. Συχνά, κατόπιν παρατηρήσεων της WIN, το έγγραφο αυτό ενημερώνει, συμπτύσσει ή διορθώνει στοιχεία που υπάρχουν ήδη στις ανακοινώσεις αιτιάσεων. Επομένως, δεν μεταβάλλει τις αιτιάσεις που περιλαμβάνουν οι ανακοινώσεις αυτές.

31 Όσον αφορά τη διαφορετική κατάτμηση των περιόδων αναλύσεως, το μοναδικό στοιχείο που προβάλλεται με το δικόγραφο της προσφυγής προς στήριξη του ισχυρισμού περί μεταβολής του ελέγχου καλύψεως των εξόδων, η απόφαση πράγματι συνέπτυξε την περίοδο μη καλύψεως των κυμαινόμενων εξόδων και παρέτεινε την περίοδο μη καλύψεως των συνολικών εξόδων. Εντούτοις, η αιτίαση περί μη καλύψεως των εξόδων καταλαμβάνει, όπως και η ανακοίνωση των αιτιάσεων, σε ολόκληρη την αναφερόμενη περίοδο παραβάσεως. Εξάλλου, η αναστολή της ενάρξεως της παραβάσεως από τον Ιανουάριο του 2001, όπως ανέφεραν οι ανακοινώσεις αιτιάσεων, για τον Μάρτιο του 2001, όπως προβλέπει η απόφαση, ευνοεί τη WIN. Δεν μπορεί, εξάλλου, να προσαφθεί στην Επιτροπή ότι έλαβε υπόψη τις παρατηρήσεις που διατύπωσε η WIN με την απάντησή της στη συμπληρωματική ανακοίνωση αιτιάσεων. Σύμφωνα με τις παρατηρήσεις αυτές, η Επιτροπή διαπίστωσε τη μη κάλυψη των κυμαινόμενων εξόδων μεταξύ Αυγούστου και Οκτωβρίου του 2001 μόνο λόγω εσφαλμένου υπολογισμού. Με την απόφαση, επομένως, η Επιτροπή καθόρισε εν τέλει την περίοδο μη καλύψεως των κυμαινόμενων εξόδων τον Αύγουστο του 2001.

32 Ακόμη και αν γίνει δεκτό ότι, με το επιχείρημα αυτό, η προσφεύγουσα επικαλείται τη μεταβολή της κατατμήσεως των περιόδων αναλύσεως των κυμαινόμενων εξόδων, πρέπει να επισημανθεί ότι, πράγματι, στην απόφαση, η τρίτη περίοδος δεν λήγει πλέον στις 31 Δεκεμβρίου 2001, αλλά εκτείνεται μέχρι τις 15 Φεβρουαρίου 2002. Κατά την Επιτροπή, αιτία της μεταβολής αυτής ήταν η μέριμνα να συμπέσει η κατάτμηση των περιόδων που έγινε δεκτή με την εξέλιξη των εξόδων της WIN. Όπως επισημαίνει, η μεταβολή αυτή συνεπάγεται απλούστευση των υπολογισμών, χωρίς να μεταβάλλει τα γενικά συμπεράσματα στα οποία κατέληξε η Επιτροπή με τη συμπληρωματική ανακοίνωση αιτιάσεων.

- 33 Πρέπει να επισημανθεί ότι η WIN δεν αμφισβήτησε αυτή τη δικαιολόγηση και δεν διευκρίνισε τους λόγους για τους οποίους είναι βλαπτική γι' αυτήν η παράταση της τρίτης περιόδου.
- 34 Εξάλλου, με το έγγραφο οχλήσεως η WIN καλείται να υποβάλει τις παρατηρήσεις της σχετικά με τα εν λόγω στοιχεία επί των πραγματικών περιστατικών, ενώ συγχρόνως της παρέχεται δυνατότητα προσβάσεως σε όλα τα έγγραφα του φακέλου.
- 35 Πρέπει να τονιστεί ότι η WIN, με το εισαγωγικό μέρος του δικογράφου της προσφυγής της, περιορίζεται στην επισήμανση των δυσκολιών προσβάσεως στον φάκελο, αλλά δεν χρησιμοποιεί τις δυσκολίες αυτές ως λόγο ακυρώσεως. Εξάλλου, δεν ισχυρίζεται ότι δεν της γνωστοποιήθηκαν τα έγγραφα που ζήτησε, αλλά ότι χρειάστηκε να υποβάλει κατ' επανάληψη αιτήσεις και ότι μόνο «με την εξαιρετική προσοχή και επιμονή της μπόρεσε, με τα μέσα που διέθετε, να ασκήσει το δικαίωμά της προσβάσεως στον φάκελο». Συνάγεται, επομένως, το συμπέρασμα ότι, παρά τις δυσκολίες που αντιμετώπισε, η WIN είχε πρόσβαση στον φάκελο.
- 36 Συνεπώς, σύμφωνα με την προαναφερθείσα στη σκέψη 18 νομολογία, η προσφεύγουσα έλαβε γνώση των ουσιωδών στοιχείων επί των πραγματικών περιστατικών και ήταν σε θέση να γνωστοποιήσει λυσιτελώς την άποψή της. Ακρόαση πραγματοποιήθηκε στις 18 Μαρτίου 2002, οπότε δεν ήταν απαραίτητη η διενέργεια νέας ακροάσεως. Η WIN δεν ζήτησε, εξάλλου, νέα ακρόαση ούτε μετά την αποστολή της συμπληρωματικής ανακοινώσεως αιτιάσεων ούτε μετά την αποστολή του εγγράφου οχλήσεως.
- 37 Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι το επιχείρημα περί ανάγκης υποβολής τρίτης ανακοινώσεως αιτιάσεων δεν μπορεί να γίνει δεκτό. Επιπλέον, η WIN είχε τη δυνατότητα να ασκήσει τα δικαιώματά της άμυνας επί του σημείου αυτού και δεν παρέλειψε να το πράξει. Συγκεκριμένα, με έγγραφο της 26ης Φεβρουαρίου 2003, ζήτησε από την Επιτροπή διευκρινίσεις επί ορισμένων πτυχών του εγγράφου οχλήσεως. Η Επιτροπή απάντησε με έγγραφο της 28ης Φεβρουαρίου 2003. Η προσφεύγουσα απέστειλε, ως εκ τούτου, υπόμνημα στην Επιτροπή προς απάντηση στο έγγραφο οχλήσεως. Επιπλέον, η WIN είχε πράγματι πρόσβαση στον φάκελο στις 23 και 27 Ιανουαρίου 2003. Συνεπώς, η WIN δεν απέδειξε ότι η αποστολή του εγγράφου οχλήσεως είχε ως συνέπεια την παράβαση ουσιώδους τύπου και την προσβολή των δικαιωμάτων άμυνας.

38 Ως εκ περισσού, αν γίνει δεκτό ότι στο Πρωτοδικείο απόκειται να προβαίνει σε λεπτομερή σύγκριση του εγγράφου οχλήσεως και των ανακοινώσεων αιτιάσεων, αναζητώντας τα στοιχεία στα οποία μπορεί να στηριχθεί η προσφυγή, πρέπει να επισημανθεί ότι τα λεπτομερή στοιχεία επί των πραγματικών περιστατικών που περιλαμβάνει το έγγραφο οχλήσεως συμπλήρωναν ή ανέπτυσαν πληροφορίες περιληφθείσες ήδη στις ανακοινώσεις αιτιάσεων. Συγκεκριμένα, η εξέταση, στο έγγραφο οχλήσεως, του μέσου πραγματικού εισοδήματος και του θεωρητικού εισοδήματος στις αρχές του 2002 επεκτείνει τους υπολογισμούς που περιλαμβάνει η συμπληρωματική ανακοίνωση αιτιάσεων, λαμβάνοντας υπόψη το από 13 Δεκεμβρίου 2002 έγγραφο της WIN. Επιπλέον, είχε ήδη τεθεί το ζήτημα του εύρους ζώνης που χρεώνει η France Télécom στο πλαίσιο της υπηρεσίας συλλογής με την πρώτη ανακοίνωση αιτιάσεων και με τη συμπληρωματική ανακοίνωση αιτιάσεων. Το έγγραφο οχλήσεως λαμβάνει υπόψη, επί του σημείου αυτού, τα στοιχεία που παρέσχε η France Télécom στις 3 Μαΐου και στις 21 Νοεμβρίου 2002. Ομοίως, στο κόστος της διεθνούς «διασυνδέσεως» είχε αναφερθεί η πρώτη ανακοίνωση αιτιάσεων. Το έγγραφο οχλήσεως έχει ως σκοπό να ληφθούν υπόψη οι εξηγήσεις που παρέσχε η France Télécom επί του σημείου αυτού με έγγραφο της 13ης Νοεμβρίου 2002. Τέλος, η συμπληρωματική ανακοίνωση αιτιάσεων περιελάμβανε ήδη μια πρώτη εκτίμηση του προβλεπόμενου κόστους για τους νέους συνδρομητές, καθώς και μια εκτίμηση των συνολικών εξόδων.

39 Εξάλλου, ορισμένα ενημερωτικού χαρακτήρα στοιχεία του εγγράφου οχλήσεως υποβλήθηκαν σαφώς προς απάντηση σε παρατηρήσεις της WIN. Συγκεκριμένα, κατόπιν του από 27 Σεπτεμβρίου 2002 εγγράφου της WIN, η Επιτροπή αναφέρθηκε, με το έγγραφο οχλήσεως, στα έξοδα μετακομίσεως των συνδρομητών, επισημαίνοντας ότι δεν προτίθεται να ενσωματώσει τα έξοδα αυτά στους υπολογισμούς της. Όσον αφορά το αποτέλεσμα της δυναμικής των πωλήσεων, η Επιτροπή τόνισε, με το έγγραφο οχλήσεως, ότι το στοιχείο αυτό δεν μαρτυρεί επιθετική στρατηγική, αλλά μπορεί να χρησιμοποιηθεί στο πλαίσιο της συζητήσεως της προτάσεως της WIN, την οποία υπέβαλε με το από 23 Οκτωβρίου 2002 υπόμνημά της απαντήσεως, να εξετασθεί χωριστά κάθε νέα γενεά συνδρομητών, ανεξαρτήτως των προγενέστερων ή μεταγενέστερων γενεών. Οι αναφερόμενες στο έγγραφο οχλήσεως εξελίξεις όσον αφορά τις δαπάνες διαφημίσεως ή προώθησεως των πωλήσεων της WIN επιβεβαιώνουν ότι συνεκτιμήθηκαν στα κυμαινόμενα έξοδα στο πλαίσιο της συμπληρωματικής ανακοινώσεως αιτιάσεων, γεγονός που είχε αμφισβητήσει η WIN με την απάντησή της στην εν λόγω ανακοίνωση αιτιάσεων.

- 40 Τα μοναδικά στοιχεία για τα οποία μπορεί να γίνει δεκτό ότι επέφεραν μεταβολή στο επίπεδο της εφαρμογής της μεθόδου που εφάρμοσε η Επιτροπή είναι, αφενός, η διαφορετική κατάτμηση των περιόδων αναλύσεως και, αφετέρου, ο υπολογισμός του σταθμισμένου μέσου όρου καλύψεως των εξόδων ανάλογα με τα έσοδα που απέφεραν οι συνδρομητές των δύο επίμαχων υπηρεσιών.
- 41 Το ζήτημα της κατατμήσεως των περιόδων αναλύσεως εξετάστηκε στις ανωτέρω σκέψεις 31 έως 33.
- 42 Όσον αφορά τον υπολογισμό του σταθμισμένου μέσου όρου καλύψεως των εξόδων ανάλογα με τα έσοδα που απέφεραν οι συνδρομητές, η Επιτροπή επισημαίνει ότι «η μεταβολή αυτή επιβάλλεται αφ' εαυτής από απλής μαθηματικής απόψεως, λαμβανομένης υπόψη της σημαντικής διαφοράς μεταξύ εξόδων και εσόδων της υπηρεσίας eXtense, αφενός, και εξόδων και εσόδων της υπηρεσίας Wanadoo ADSL, αφετέρου, που είναι δύο φορές κατώτερα από εκείνα της eXtense». Με την υποσημείωση 77 της αποφάσεως, η Επιτροπή προσθέτει ότι «φρονεί ότι δεν μπορεί να δεσμευθεί από έναν εσφαλμένο υπολογισμό σε προγενέστερο της διαδικασίας στάδιο, εφόσον παρέχει στην επιχείρηση τη δυνατότητα να υποβάλει τις παρατηρήσεις της σχετικά με τη διόρθωση του σφάλματος στο πλαίσιο της ασκήσεως των δικαιωμάτων άμυνας, όπως έπραξε εν προκειμένω με το [έγγραφο οχλήσεως]».
- 43 Όσον αφορά τη διόρθωση των σφαλμάτων, επιβάλλεται η επισήμανση ότι η WIN τη δέχεται απολύτως όταν είναι ευνοϊκή για την ίδια. Με την απάντησή της στη συμπληρωματική ανακοίνωση αιτιάσεων, η WIN επιστά την προσοχή της Επιτροπής σε σφάλματα στα οποία η ίδια υπέπεσε κατά τους υπολογισμούς της. Με το έγγραφο οχλήσεως, η Επιτροπή διορθώνει τα σφάλματα αυτά, χωρίς αμφισβήτηση εκ μέρους της WIN, ή, όταν η Επιτροπή αρνείται να το πράξει, εξηγεί τους λόγους. Αντιθέτως, η Επιτροπή δεν θα μπορούσε, κατά τη WIN, να διορθώσει, με έγγραφο που αφορά στοιχεία επί των πραγματικών περιστατικών, σφάλμα δίδοντας του έννοια μη ευνοϊκή για εκείνη, εφόσον αυτό θα μετέβαλλε τη σχετική αιτίαση.

- 44 Συνεπώς, πρέπει να εξακριβωθεί αν αυτή η διόρθωση ισοδυναμεί με μεταβολή μεθοδολογίας προς νέα αιτίαση.
- 45 Επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η μέθοδος εξακολουθεί να είναι εκείνη του υπολογισμού του ποσοστού καλύψεως των επανεκτιμώμενων κυμαινόμενων και συνολικών εξόδων και ότι η διόρθωση ή μεταβολή που επήλθε στον υπολογισμό του σταθμισμένου μέσου όρου ουδόλως μεταβάλλει την αιτίαση περί της πρακτικής επιθετικών τιμών από την αρχή του 2001, όπως αναφέρουν οι δύο ανακοινώσεις αιτιάσεων. Η έλλειψη υπολογισμού του μέσου όρου στην πρώτη ανακοίνωση αιτιάσεων δεν εμποδίζει την Επιτροπή να διαπιστώσει τη μη κάλυψη των εξόδων, λαμβανομένου υπόψη ότι ο υπολογισμός του ποσοστού καλύψεως των εξόδων πραγματοποιείται καταρχάς ανά προϊόν (eXtense ή Wanadoo ADSL).
- 46 Επιπλέον, από την απάντηση της WIN στο έγγραφο οχλήσεως προκύπτει ότι, εφόσον τα νέα στοιχεία που έλαβε υπόψη η Επιτροπή με το έγγραφο οχλήσεως οδηγούν σε ποσοστό καλύψεως των επανεκτιμώμενων κυμαινόμενων ανώτερο του 100 % από 1ης Αυγούστου 2001, η Επιτροπή μετέβαλε τη μέθοδό της υπολογισμού για να μειώσει το ποσοστό και να διατηρήσει την αιτίαση περί μη καλύψεως των κυμαινόμενων εξόδων για την περίοδο από 1ης Αυγούστου μέχρι 15ης Οκτωβρίου 2001. Ο στόχος αυτός, ωστόσο, δεν συνάδει με το γεγονός ότι, με την απόφαση, η Επιτροπή έθεσε ως οριστικό τέλος της περιόδου μη καλύψεως των επανεκτιμώμενων κυμαινόμενων εξόδων την 31η Ιουλίου 2001. Ως εκ τούτου, το επιχείρημα αυτό δεν μπορεί να τελεσφορήσει. Η WIN, συνεπώς, δεν απέδειξε, με το έγγραφο οχλήσεως, μεταβολή μεθοδολογίας.
- 47 Η WIN υποστήριξε επίσης ότι η απόφαση δέχεται διάρκεια παραβάσεως ανώτερη από την αναφερόμενη στην ανακοίνωση αιτιάσεων, χωρίς οι διάδικοι να έχουν τη δυνατότητα να διατυπώσουν παρατηρήσεις επ' αυτού.
- 48 Πρέπει, καταρχάς, να επισημανθεί ότι η WIN δεν αμφισβήτησε τη χρονική αφετηρία της παραβάσεως και την εκ μέρους της Επιτροπής μετάθεσή της από τον Ιανουάριο στον Μάρτιο του 2001, μεταξύ της ανακοινώσεως των αιτιάσεων και της αποφάσεως.



49 Όσον αφορά την παράταση της διάρκειας της παραβάσεως από τον Ιούλιο μέχρι τις 15 Οκτωβρίου 2002, διαπιστώνεται ότι, μολοντί οι δύο ανακοινώσεις αιτιάσεων καθόριζαν ως χρονική αφετηρία της παραβάσεως τον Ιανουάριο του 2001, καμία από τις δύο δεν προσδιόριζε την ημερομηνία παύσεώς της. Αντιθέτως, αμφοτέρες επισήμαιναν ότι η Επιτροπή πρότεινε να λάβει απόφαση καλώντας τη WIN να «παύσει την παράβαση». Με παρόμοια διατύπωση η Επιτροπή ανέφερε, άνευ αμφισημίας, ότι η επίμαχη παράβαση δεν είχε ακόμη παύσει. Βεβαίως, η πρώτη ανακοίνωση αιτιάσεων αναφερόταν σε πραγματικά περιστατικά τα οποία κάλυπταν περίοδο δώδεκα μηνών και η συμπληρωματική ανακοίνωση αιτιάσεων περίοδο δεκαοκτώ μηνών. Αυτός ο χρονικός περιορισμός των αποδεικτικών στοιχείων, και όχι της διάρκειας της παραβάσεως, σε διανυθείσα περίοδο δεν αναιρεί το σαφές συμπέρασμα των δύο εγγράφων. Ενδεικτικώς, η συμπληρωματική ανακοίνωση αιτιάσεων αναφέρει τα εξής:

«Κατόπιν της αναλύσεώς της, η Επιτροπή κρίνει, στο στάδιο αυτό, ότι η πολιτική επιθετικών τιμών που εφαρμόζει η [WIN] από τις αρχές του 2001 αποτελεί κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως [...]. Για τους προαναφερθέντες λόγους, η Επιτροπή προτείνει τη λήψη αποφάσεως διατάσσουσας την εκ μέρους της [... WIN] παύση της παραβάσεως [...].»

50 Προκύπτει σαφώς ότι κάθε ανακοίνωση αιτιάσεων προσδιόριζε τη διάρκεια που δέχθηκε η Επιτροπή βάσει των πληροφοριών που διέθετε κατά τον χρόνο συντάξεώς της (βλ., υπό την έννοια αυτή, απόφαση του Δικαστηρίου της 7ης Ιουνίου 1983, 100/80 έως 103/80, *Musique diffusion française* κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή 1983, σ. 1825, σκέψη 15), ενόσω δεν είχε παύσει η παράβαση. Η WIN, εξάλλου, δεν ισχυρίστηκε ότι έλαβε ιδιαίτερα μέτρα για την παύση της φερόμενης παραβάσεως. Μόνο στην απόφαση η Επιτροπή αναφέρει ότι «η κατάχρηση έπαυσε στις 15 Οκτωβρίου 2002, ημερομηνία θέσεως σε ισχύ του πρώτου μέτρου που πρότεινε η France Télécom τον Μάρτιο του 2002».

51 Η φράση του εγγράφου οχλήσεως σύμφωνα με την οποία «από τα πραγματικά αυτά περιστατικά ουδώς προκύπτει ότι πρέπει να παραταθεί η περίοδος στην οποία αναφέρονται οι ανακοινώσεις αιτιάσεων» πρέπει να ερμηνευθεί υπό το πρίσμα των ανωτέρω σκέψεων. Το γεγονός ότι το έγγραφο οχλήσεως κάνει λόγο για «τα

συνολικά επανεκτιμώμενα έξοδα το 2002» (βλ. σημείο 6) και ότι πολλά στοιχεία καλύπτουν τους εννέα πρώτους μήνες, ενδεχομένως και τους δώδεκα μήνες του 2002 (βλ., μεταξύ άλλων, τα παραρτήματα 15.1 και 15.2, 20, 21 και 22), εντάσσεται στην προοπτική εξακολουθήσεως της παραβάσεως. Από την απάντηση, εξάλλου, της WIN στο έγγραφο οχλήσεως προκύπτει ότι ήταν σε θέση να αντιληφθεί ότι η παράβαση δεν είχε παύσει. Πολλά από αυτά τα στοιχεία απαντήσεως αναφέρονται πράγματι στους εννέα πρώτους μήνες, ή ακόμη και στους δώδεκα μήνες του 2002. Συγκεκριμένα, η εταιρία αυτή προσκόμισε πίνακα με τίτλο «Διαφήμιση/Ανάπτυξη του τομέα ADSL» που αφορά περίοδο μέχρι τον Δεκέμβριο του 2002 και, με τον ίδιο τίτλο, γραφική παράσταση καλύπτουσα την περίοδο από τον Ιανουάριο του 2001 έως τον Σεπτέμβριο του 2002. Επιπλέον, πάντα στην εν λόγω απάντηση, η WIN διατύπωσε την άποψή της επί των ποσοστών καλύψεως των κυμαινόμενων εξόδων μέχρι τις 30 Σεπτεμβρίου 2002. Τέλος, με την ίδια αυτή απάντηση, η WIN βάλλει κατά της εισφοράς 37,03 ευρώ ανά συνδρομή που η Επιτροπή έλαβε υπόψη για την περίοδο από 15 Φεβρουαρίου 2002 μέχρι τον Σεπτέμβριο του 2002. Η WIN, συνεπώς, δεν μπορεί να ισχυρισθεί ότι προσβλήθηκαν τα δικαιώματά της άμυνας (βλ., υπό την έννοια αυτή, απόφαση του Πρωτοδικείου της 15ης Μαρτίου 2000, T-25/95, T-26/95, T-30/95 έως T-32/95, T-34/95 έως T-39/95, T-42/95 έως T-46/95, T-48/95, T-50/95 έως T-65/95, T-68/95 έως T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 και T-104/95, Cimenteries CBR κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή 2000, σ. II-491, σκέψη 576).

- 52 Συνεπώς, το επιχείρημα της προσφεύγουσας περί της παρατάσεως της διάρκειας της παραβάσεως είναι απορριπτό.
- 53 Δεδομένου ότι δεν αποδείχθηκε καμία προσβολή των δικαιωμάτων άμυνας, ο υπό κρίση λόγος ακυρώσεως πρέπει να απορριφθεί.

*B — Επί του λόγου ακυρώσεως που αντλείται από ελλιπή αιτιολογία*

### 1. Επιχειρήματα των διαδίκων

- 54 Στο πλαίσιο του ισχυρισμού της περί παραβάσεως ουσιώδους τύπου, η WIN υποστηρίζει επίσης ότι η Επιτροπή αμφισβητεί, χωρίς καμία αιτιολογία, το

αναγνωρισμένο σε κάθε επιχείρηση δικαίωμα καλόπιστης εναρμονίσεως με τις τιμές των ανταγωνιστών της. Το δικαίωμα αυτό έχει καθιερωθεί από τη νομολογία του Δικαστηρίου και από την προγενέστερη πρακτική λήψεως αποφάσεων της Επιτροπής. Η WIN προσθέτει ότι, όταν η απόφαση βαίνει αισθητά πέραν των προγενέστερων αποφάσεων, στην Επιτροπή απόκειται να αναπτύξει ρητώς τη συλλογιστική της.

- 55 Η Επιτροπή φρονεί ότι αρκεί η παραπομπή στις αιτιολογικές σκέψεις 314 έως 331 της απόφασης για να διαπιστωθεί ότι ο λόγος ακυρώσεως που αντλείται από πλημμελή αιτιολογία επί του σημείου αυτού είναι προδήλως αβάσιμος.

## 2. Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

- 56 Επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η απόφαση εκθέτει σε 18 αιτιολογικές σκέψεις (314 έως 331) το επιχείρημα περί ευθυγραμμίσεως με τις τιμές των ανταγωνιστών. Η Επιτροπή εξετάζει, καταρχάς, την ευθυγράμμιση από απόψεως αρχών, ακολούθως την πραγματική θέση που κατέχουν στην αγορά οι οικείοι ανταγωνιστές και καταλήγει με στοιχεία επί των πραγματικών περιστατικών τα οποία αντικρούουν, κατά την άποψή της, τη θέση της WIN.
- 57 Η Επιτροπή, επομένως, εκπλήρωσε την υποχρέωσή της αιτιολογήσεως εν προκειμένω. Σύμφωνα με τη νομολογία που παραθέτει η WIN, η Επιτροπή αιτιολόγησε την απόφασή της αναφέροντας τα επί των πραγματικών περιστατικών στοιχεία από τα οποία εξαρτάται η νομική δικαιολόγηση του μέτρου και τις εκτιμήσεις στις οποίες στηρίχθηκε η απόφασή της (απόφαση του Δικαστηρίου της 26ης Νοεμβρίου 1975, *Fabricants de papiers peints* κατά Επιτροπής, 73/74, Συλλογή τόμος 1975, σ. 457, σκέψη 30).

58 Εν πάση περιπτώσει, ακόμη και αν γινόταν δεκτό, εν προκειμένω, ότι η Επιτροπή υπέχει υποχρέωση ευρύτερης αναπτύξεως της συλλογιστικής της, δεν παρέβη την υποχρέωση αυτή.

59 Συγκεκριμένα, αντιθέτως προς τους ισχυρισμούς της WIN, η Επιτροπή δεν περιορίζεται σε συνοπτική αιτιολογία, αναφέροντας απλώς και μόνον ότι μια κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση δεν μπορεί να ευθυγραμμιστεί με τις τιμές των ανταγωνιστών της, όταν η τιμή της υπολείπεται των εξόδων της. Εξειδικεύει την άποψή της με την 315η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως, συνοδεύοντάς τη με υποσημείωση περιέχουσα σειρά νομολογιακών παραπομπών. Η εν λόγω αιτιολογική σκέψη έχει ως εξής:

«Πρώτον, από πλευράς αρχών, είναι γεγονός ότι νέοι φορείς ή επιχειρήσεις που δεν κατέχουν δεσπόζουσα θέση δικαιούνται να εφαρμόζουν τιμές προσφοράς για περιορισμένη διάρκεια. Μοναδικός σκοπός τους είναι να επιστήσουν την προσοχή του καταναλωτή στην ύπαρξη καθαυτή του προϊόντος με πιο πειστικό τρόπο από ένα απλό διαφημιστικό μήνυμα, οι δε προσφορές αυτές δεν έχουν αρνητικές συνέπειες στην αγορά. Αντιθέτως, η ευθυγράμμιση της κατέχουσας δεσπόζουσα θέση επιχείρησης με τις τιμές προσφοράς της επιχείρησης που δεν κατέχει δεσπόζουσα θέση δεν δικαιολογείται. Μολονότι είναι γεγονός ότι δεν απαγορεύει, άνευ ετέρου, στην κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση να ευθυγραμμιστεί με τις τιμές των ανταγωνιστών της, εντούτοις η δυνατότητα αυτή δεν πρέπει να της παρέχεται, όταν συνεπάγεται τη μη κάλυψη των εξόδων της επίμαχης υπηρεσίας από την κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση. Μολονότι μια δεσπόζουσα θέση δεν μπορεί να στερήσει από μια κατέχουσα τέτοια θέση επιχείρηση το δικαίωμα διασφάλισης των εμπορικών συμφερόντων της, όταν αυτά απειλούνται, δεν μπορεί να γίνει δεκτές οι συμπεριφορές αυτές, όταν σκοπούν ακριβώς στην ενίσχυση αυτής της δεσπόζουσα θέσεως και στην κατάχρησή της. Στην κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση απόκειται να μη θίξει με τη συμπεριφορά της τον ουσιαστικό και μη νοθευμένο ανταγωνισμό στην κοινή αγορά.»

60 Επομένως, ο σχετικός λόγος ακυρώσεως που αντλείται από πλημμελή αιτιολογία δεν μπορεί, επίσης, να γίνει δεκτός, οπότε είναι απορριπτέοι όλοι οι τυπικοί λόγοι ακυρώσεως.

Γ — Επί του λόγου ακυρώσεως που αντλείται από παραβίαση της αρχής του προσωποπαγούς χαρακτήρα των ποινών

## 1. Επιχειρήματα των διαδίκων

- 61 Κατά τη WIN, η Επιτροπή προδήλως παραβίασε την αρχή του προσωποπαγούς χαρακτήρα των ποινών, καθόσον δέχθηκε σε βάρος της στοιχεία τα οποία προσάπτει στον όμιλο France Télécom και επί των οποίων ούτε η WIN ούτε η France Télécom ήταν σε θέση να υποβάλουν τις παρατηρήσεις τους. Η Επιτροπή συγχέει τις πρακτικές που προσάπτονται στη WIN με εκείνες της France Télécom. Τις περιγράφει ως εφαρμογή συμπράξεως ή ως ενιαία στρατηγική του ομίλου France Télécom. Η διαδικασία όμως αφορά μόνον τη WIN. Συνεπώς, πρόκειται για «σοβαρή δικονομική πλημμέλεια».
- 62 Προς στήριξη της απόψεώς της, η WIN παραθέτει, με το δικόγραφο της προσφυγής, σειρά αποσπασμάτων της αποφάσεως και της συμπληρωματικής ανακοινώσεως αιτιάσεων.
- 63 Η WIN υποστηρίζει με τον τρόπο αυτό ότι η Επιτροπή, με την 145η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως, επικρίνει όλα τα μέσα που εφάρμοσε η ίδια και ο κύριος μέτοχός της για να καταστείλει την ανάπτυξη των ανταγωνιστών και να επωφεληθεί από την ανάπτυξη της αγοράς υψηλής ταχύτητας προσβάσεως στο Διαδίκτυο. Η WIN παραθέτει επίσης την 285η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως, η οποία κάνει λόγο για «συνολικό σχέδιο» και τονίζει ότι η «στρατηγική της θυγατρικής δεν είναι πλήρως ανεξάρτητη από τους σκοπούς της μητρικής εταιρίας», καθώς και την 286η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως, με την οποία η Επιτροπή έκρινε «σκόπιμη την αναφορά στη συμπεριφορά της France Télécom στην αγορά χονδρικής».
- 64 Ομοίως, κατά τη WIN, η Επιτροπή υποστήριξε, με τη συμπληρωματική ανακοίνωση αιτιάσεων, ότι μέρος των πραγματικών περιστατικών που είχε επικαλεστεί

«προσάπτονται στη France Télécom», επισημαίνοντας, εντούτοις, ότι «η ένταση στις σχέσεις μεταξύ της [WIN] και της France Télécom [ήταν] τέτοια ώστε [δεν μπορούσε] να γίνει δεκτό ότι οι στρατηγικές των επιχειρήσεων αυτών δεν [συνδέονταν] στενά». Η Επιτροπή επισήμανε επίσης ότι η πολιτική τιμών της WIN απέρρεε από «εναρμονισμένη πρακτική» μεταξύ εκείνης και της France Télécom.

- 65 Η Επιτροπή απαντά ότι αρκεί η αναφορά στο διατακτικό της απόφασης για να διαπιστωθεί ότι η μοναδική επιχείρηση την οποία αφορά είναι σαφώς η WIN. Η απόφαση δεν απευθύνθηκε στη France Télécom, διότι δεν της έχει προσαφθεί καμία κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως. Η Επιτροπή δέχεται, αντιθέτως, ότι η απόφαση περιλαμβάνει συχνές αναφορές στη France Télécom λόγω της κεντρικής θέσεώς της ως φορέα του τηλεφωνικού δικτύου και της ιδιότητάς της του πλειοψηφικού μετόχου της WIN. Τα στοιχεία αυτά είναι κρίσιμα για την κατανόηση του περιεχομένου της αγοράς κατά τον χρόνο τελέσεως της παραβάσεως.

## 2. Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

- 66 Υπενθυμίζεται ότι, βάσει της αρχής της εξατομικεύσεως των ποινών και κυρώσεων, σε μια επιχείρηση μπορούν να επιβληθούν κυρώσεις μόνο για τα γεγονότα που της προσάπτονται ατομικώς, η δε αρχή αυτή εφαρμόζεται σε κάθε διοικητική διαδικασία που μπορεί να καταλήξει στην επιβολή κυρώσεως δυνάμει των κοινοτικών κανόνων ανταγωνισμού (βλ., υπό την έννοια αυτή, απόφαση του Πρωτοδικείου της 13ης Δεκεμβρίου 2001, T-45/98 και T-47/98, Krupp Thyssen Stainless και Acciai speciali Terni κατά Επιτροπής, Συλλογή 2001, σ. II-3757, σκέψη 63).
- 67 Διαπιστώνεται ότι από την απόφαση δεν προκύπτει ότι η Επιτροπή προσάπτει στη WIN παραβάσεις οι οποίες, ενώ διαπράχθηκαν από τη France Télécom, έχουν προσαφθεί στην ίδια. Συγκεκριμένα, όλα τα αποσπάσματα της απόφασης που κατά τη WIN στοιχειοθετούν την παραβατική συμπεριφορά της France Télécom

βρίσκονται σε δύο ενότητες της αποφάσεως [τμήμα I, G, σημείο 4, και τμήμα II, D, σημείο 3, υπό γ΄], οι οποίες αφορούν στοιχεία του περιεχομένου της παραβάσεως και αποβλέπουν στην περιγραφή του πλαισίου στο οποίο εντάσσεται η επικρινόμενη συμπεριφορά της WIN.

- 68 Οι αναφορές στη France Télécom δικαιολογούνται, συνεπώς, από την περιγραφή του περιεχομένου της οικείας αγοράς. Συγκεκριμένα, η France Télécom κατελάμβανε ιδιαίτερη θέση στην επίμαχη αγορά ως αδιαφιλονίκητος φορέας του τηλεφωνικού δικτύου για την πλειονότητα των παρεχόντων υπηρεσίες προσβάσεως στο Διαδίκτυο. Η France Télécom είναι ο ιστορικός τηλεπικοινωνιακός φορέας στη Γαλλία. Εκμεταλλεύεται τα απομακρυσμένα δίκτυα στο γαλλικό έδαφος τα οποία χρησιμοποιούνται για την κίνηση στο Διαδίκτυο. Είναι κάτοχος του τοπικού δικτύου προσβάσεως στις τηλεπικοινωνίες το οποίο συνδέει με το δίκτυο της όλους τους συνδρομητές τηλεφώνου. Την εποχή εκείνη, η χρήση του τοπικού δικτύου προσβάσεως της France Télécom ήταν απαραίτητη για την παροχή υπηρεσίας ADSL (231η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως). Η France Télécom χρεώνει τις υπηρεσίες της στους πελάτες της, στους οποίους συγκαταλέγεται η WIN (42η έως 59η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως). Η μείωση των τιμών της France Télécom έχει, επομένως, επιπτώσεις στα έξοδα της WIN. Η κεντρική αυτή θέση της France Télécom και η ιδιότητά της του πλειοψηφικού μετόχου της WIN είχαν ως συνέπεια τη συμμετοχή της στη διοικητική διαδικασία.
- 69 Εξάλλου, η Επιτροπή διευκρινίζει ότι αυτά τα στοιχεία του περιεχομένου, «μολονότι εν μέρει προσάπτονται στη [WIN] και δεν αποτελούν αιτιάσεις ως προς αυτή», είναι σημαντικά για την κατανόηση της υποθέσεως (145η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως) ή, ακόμη, ότι, «[γ]ια να εκτιμηθεί καλύτερα το περιεχόμενο της πολιτικής της [WIN] και η ένταξή της στο συνολικό σχέδιο, πρέπει να ληφθεί υπόψη η συμπεριφορά της θυγατρικής εντός του ομίλου France Télécom» (285η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως), προσθέτοντας ότι τα στοιχεία που περιγράφονται στις αιτιολογικές σκέψεις 286 έως 290 «δεν αποτελούν αιτιάσεις κατά της [WIN]», αλλά «η στρατηγική που εφαρμόζει η θυγατρική δεν είναι απολύτως ανεξάρτητη από τους σκοπούς της μητρικής εταιρίας».
- 70 Συνεπώς, από την απόφαση με την οποία η Επιτροπή διευκρίνισε ότι τα στοιχεία του περιεχομένου δεν αποτελούσαν αιτιάσεις κατά της προσφεύγουσας προκύπτει ότι η Επιτροπή δεν προσήψε στη WIN παραβατικές ενέργειες στις οποίες είχε προβεί η France Télécom.

- 71 Συνεπώς, αυτός ο λόγος ακυρώσεως που αντλείται από παραβίαση της αρχής του προσωποπαγούς χαρακτήρα των ποινών πρέπει να απορριφθεί.

*Δ — Επί της παραβάσεως του άρθρου 82 ΕΚ*

- 72 Κατά τη WIN, η Επιτροπή παρέβη πολλαπλώς το άρθρο 82 ΕΚ. Όσον αφορά τη δεσπόζουσα θέση, η Επιτροπή δέχθηκε έναν ανακριβή ορισμό της αγοράς και κακώς έκρινε ότι η WIN κατείχε δεσπόζουσα θέση στην αγορά αυτή. Όσον αφορά την κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως, η Επιτροπή κακώς εφάρμοσε έλεγχο καλύψεως των εξόδων αντίθετο προς το άρθρο 82 ΕΚ, τόσο από πλευράς των εξόδων που ελήφθησαν υπόψη, όσο και από πλευράς της μεθόδου που εφαρμόστηκε· επιπλέον, διέπραξε σημαντικά σφάλματα υπολογισμού. Στο πλαίσιο του ελέγχου εφαρμογής επιθετικών τιμών, η Επιτροπή αρνήθηκε στη WIN το θεμελιώδες δικαίωμα ευθυγραμμίσεως με τους ανταγωνιστές της. Επίσης, υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο και συγχρόνως σε πρόδηλο σφάλμα εκτιμήσεως διαπιστώνοντας την ύπαρξη σχεδίου επιθετικής στρατηγικής και υποστηρίζοντας ότι δεν ήταν αναγκαία η απόδειξη της αποκαταστάσεως των απωλειών.

1. Επί της δεσπόζουσας θέσεως

α) Επί του εσφαλμένου ορισμού της αγοράς

Επιχειρήματα των διαδίκων

- 73 Κατά τη WIN, η εκ μέρους της Επιτροπής διάκριση μεταξύ της χαμηλής ταχύτητας προσβάσεως στο Διαδίκτυο και της υψηλής ταχύτητας προσβάσεως για τους



ημεδαπούς πελάτες στηρίζεται σε ανάλυση η οποία παρουσιάζει σοβαρές ελλείψεις και αντιφάσεις. Κατά την άποψή της, υφίσταται μία μόνον αγορά προσβάσεως στο Διαδίκτυο, η οποία χαρακτηρίζεται από συνέχεια τόσο στη χαμηλή όσο και στην υψηλή ταχύτητα. Τούτο αποδεικνύεται από την ύπαρξη προσφορών ADSL μέσης ταχύτητας.

- 74 Η Επιτροπή αναγνωρίζει την ύπαρξη κοινής πρακτικής και ορισμένου βαθμού υποκαταστάσεως μεταξύ της προσβάσεως στο Διαδίκτυο με υψηλή ταχύτητα και της προσβάσεως με χαμηλή ταχύτητα, αλλά αρνείται να αντλήσει τα συμπεράσματα που επιβάλλονται.
- 75 Επιπλέον, υφίσταται ουσιαστικός ανταγωνισμός μεταξύ της υψηλής και της χαμηλής ταχύτητας, ο οποίος οφείλεται στον απεριόριστο χαρακτήρα των προσφορών των δύο ειδών προσβάσεως στο Διαδίκτυο, δεδομένου ότι οι χρήστες δεν επιδεικνύουν ιδιαίτερη προσοχή στα χαρακτηριστικά τους.
- 76 Τέλος, κατά την πάγια πρακτική λήψεως αποφάσεων της Επιτροπής, μια απλή διαφορά στον βαθμό άνεσης ή ποιότητας δεν αρκεί για να διαφοροποιηθούν οι σχετικές αγορές, εφόσον η χρήση είναι παρεμφερής. Από δημοσκόπηση που πραγματοποίησε η WIN προκύπτει ότι, στο 80 % των περιπτώσεων, οι συνδρομητές χρησιμοποιούν το ίδιο είδος εφαρμογών και λειτουργιών.
- 77 Η Επιτροπή παραπέμπει στις εκτιμήσεις στις οποίες προέβη με την απόφαση (αιτιολογικές σκέψεις 169 έως 204) όσον αφορά τη διάκριση μεταξύ υψηλής και χαμηλής ταχύτητας. Υποστηρίζει ότι επισήμανε διαφορές ως προς τη χρήση, τις τεχνικές προδιαγραφές και τις επιδόσεις, καθώς και διαφορές στις τιμές των υπηρεσιών και του εσόδου εισφοράς ανά συνδρομητή, που καθιστούν υποχρεωτική τη διάκριση των δύο αγορών. Όσον αφορά τον βαθμό υποκαταστάσεως, η Επιτροπή υποστηρίζει ότι η μοναδική διαπιστωθείσα υποκατάσταση παρουσιάζει πλήρη ασυμμετρία, καθόσον εφαρμόζεται σε μία μόνον περίπτωση, ήτοι στη μετάβαση από τη χαμηλή προς την υψηλή ταχύτητα. Η Επιτροπή φρονεί, εξάλλου, ότι η διάκριση μεταξύ υψηλής και χαμηλής ταχύτητας είναι σήμερα παγκοσμίως γνωστή.

## Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

- 78 Πρέπει να υπομνηστεί ότι, κατά πάγια νομολογία (απόφαση του Δικαστηρίου της 9ης Νοεμβρίου 1983, 322/81, Michelin κατά Επιτροπής, Συλλογή 1983, σ. 3461, σκέψη 37· αποφάσεις του Πρωτοδικείου της 30ής Μαρτίου 2000, T-65/96, Kish Glass κατά Επιτροπής, Συλλογή 2000, σ. II-1885, σκέψη 62, και της 17ης Δεκεμβρίου 2003, T-219/99, British Airways κατά Επιτροπής, Συλλογή 2003, σ. II-5917, σκέψη 91), για να εξετασθεί η τυχόν δεσπόζουσα θέση μιας επιχειρήσεως σε συγκεκριμένη αγορά, οι δυνατότητες ανταγωνισμού πρέπει να αξιολογούνται στο πλαίσιο της αγοράς που περιλαμβάνει όλα τα προϊόντα ή υπηρεσίες που, λόγω των χαρακτηριστικών τους, μπορούν κάλλιστα να ικανοποιούν διαρκείς ανάγκες και είναι σε μικρό βαθμό εναλλάξιμα με άλλα προϊόντα ή υπηρεσίες. Επιπλέον, εφόσον ο καθορισμός της σχετικής αγοράς χρησιμεύει για να κριθεί αν η οικεία επιχείρηση έχει τη δυνατότητα να εμποδίσει τη διατήρηση πραγματικού ανταγωνισμού και να ενεργεί αισθητώς, ανεξάρτητα από τους ανταγωνιστές της και, στην προκειμένη περίπτωση, από τους παρέχοντες σ' αυτήν υπηρεσίες, δεν είναι δυνατόν προς τούτο να περιοριστεί κανείς στην εξέταση μόνον των αντικειμενικών χαρακτηριστικών των σχετικών υπηρεσιών, αλλά πρέπει και να λάβει υπόψη τις συνθήκες ανταγωνισμού και τη διάρθρωση της ζήτησεως και προσφοράς στην αγορά.
- 79 Όταν ένα προϊόν μπορεί να χρησιμοποιηθεί με διαφορετικούς τρόπους και όταν οι διαφορετικές αυτές χρήσεις ανταποκρίνονται σε οικονομικές ανάγκες, επίσης διαφόρων ειδών, πρέπει να γίνει δεκτό ότι το εν λόγω προϊόν μπορεί να ανήκει, αναλόγως της περιπτώσεως, σε χωριστές αγορές, οι οποίες ενδεχομένως παρουσιάζουν διαφορετικά χαρακτηριστικά τόσο από απόψεως δομής όσο και από απόψεως όρων ανταγωνισμού. Η διαπίστωση αυτή δεν δικαιολογεί, ωστόσο, το συμπέρασμα ότι ένα τέτοιο προϊόν αποτελεί ενιαία αγορά με όλες τις άλλες οι οποίες, με τις διαφορετικές χρήσεις του ίδιου προϊόντος, μπορούν να την υποκαταστήσουν και με τις οποίες βρίσκεται, αναλόγως της περιπτώσεως, σε ανταγωνισμό.
- 80 Η έννοια της σχετικής αγοράς (relevant market) σημαίνει, συγκεκριμένα, ότι είναι δυνατόν να υφίσταται ουσιαστικός ανταγωνισμός μεταξύ των προϊόντων που

αποτελούν μέρος της, πράγμα που προϋποθέτει επαρκή βαθμό εναλλαξιμότητας προκειμένου όλα τα προϊόντα που αποτελούν μέρος της ίδιας αγοράς να τυγχάνουν της ίδιας χρήσεως (απόφαση του Δικαστηρίου της 13ης Φεβρουαρίου 1979, 85/76, Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής, Συλλογή τόμος 1979, σ. 215, σκέψη 28).

- 81 Από την ανακοίνωση της Επιτροπής περί του ορισμού της επίμαχης αγοράς για το κοινοτικό δίκαιο του ανταγωνισμού (ΕΕ 1997, C 372, σ. 5, σημείο 7) προκύπτει επίσης ότι «[η] αγορά του σχετικού προϊόντος περιλαμβάνει όλα τα προϊόντα ή και τις υπηρεσίες που είναι δυνατόν να εναλλάσσονται ή να υποκαθίστανται αμοιβαία από τον καταναλωτή λόγω των χαρακτηριστικών, των τιμών και τις χρήσεις για την οποία προορίζονται».
- 82 Διαπιστώνεται ότι δεν πρόκειται περί απλής διαφοράς από απόψεως ανέσεως ή ποιότητας μεταξύ της υψηλής και της χαμηλής ταχύτητας. Από τα στοιχεία που παρέσχε η Επιτροπή (175η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως) προκύπτει, χωρίς αυτό να διαψεύδεται από τη WIN, ότι ορισμένες διαθέσιμες με υψηλή ταχύτητα πρόσβαση λειτουργίες δεν μπορούν να χρησιμοποιηθούν με τη χαμηλή ταχύτητα, στις οποίες συγκαταλέγεται, για παράδειγμα, η μεταφόρτωση-μετάδοση πολύ μεγάλων αρχείων και τα αμφίδρομα παιχνίδια δικτύου. Η WIN, εξάλλου, επιβεβαίωσε, με την από 4 Μαρτίου 2002 απάντησή της στην ανακοίνωση αιτιάσεων, ότι υφίσταντο «ειδικότερες οπτικοακουστικές δραστηριότητες/πολυμέσα στο ADSL». Επιπλέον, η έρευνα που διενεργήθηκε από το Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie (Crédoc) για λογαριασμό της WIN και την οποία επισύναψε η εταιρία αυτή ως παράρτημα στο δικόγραφο της προσφυγής της κάνει επίσης λόγο για νέες χρήσεις που αναπτύσσει στο Διαδίκτυο η υπηρεσία eXtense και οι οποίες προβλέπονται μόνο με την υψηλή ταχύτητα, ήτοι η δυνατότητα παιχνιδιών δικτύου, ακροάσεως ραδιοφώνου στο πλαίσιο συνδέσεως, παρακολούθησεως βιντεοταινίας και πραγματοποιήσεως αγορών μέσω Διαδικτύου. Εξάλλου, σύμφωνα με την ίδια έρευνα, ο συνδρομητής υψηλής ταχύτητας προσβάσεως είναι συνδεδεμένος συχνότερα και κατά μέσον όρο για μεγαλύτερη διάρκεια απ' ό,τι ο χρήστης της χαμηλής ταχύτητας.
- 83 Όσον αφορά τις διαφορές από πλευράς τεχνικών προδιαγραφών και επιδόσεων, από τις εκτιμήσεις της Επιτροπής (αιτιολογικές σκέψεις 181 έως 187 της αποφάσεως), οι οποίες δεν διαψεύστηκαν από την προσφεύγουσα, προκύπτει ότι μια σημαντική τεχνική προδιαγραφή της υψηλής ταχύτητας προσβάσεως στο

Διαδίκτυο έγκειται στην ιδιαιτερότητα των χρησιμοποιούμενων διαμορφωτών-αποδιαμορφωτών. Ένας διαμορφωτής-αποδιαμορφωτής για την πρόσβαση στο Διαδίκτυο με υψηλή ταχύτητα δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί για τη χαμηλής ταχύτητας πρόσβαση και αντιστρόφως (181η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως). Εξάλλου, στην περίπτωση της υψηλής ταχύτητας, η σύνδεση είναι μόνιμη και η τηλεφωνική γραμμή ελεύθερη.

- 84 Επιπλέον, στην περίπτωση της γαλλικής αγοράς, πρέπει να επισημανθεί ότι, για την εξεταζόμενη περίοδο, οι προσφορές υψηλής ταχύτητας προσβάσεως προέβλεπαν πτωτικής τάσεως ταχύτητες της τάξεως των 512 kbits/s (185η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως). Οι προσφορές παραδοσιακής χαμηλής ταχύτητας (μόνο 56 kbits/s) και οι προσφορές RNIS (ψηφιακό δίκτυο ενσωματώσεως υπηρεσιών) ή ISDN (Integrated Services Digital Network) (64 ή 128 kbits/s) καθιστούσαν δυνατές ταχύτητες μόνον τέσσερις έως δέκα φορές μικρότερες. Οι προσφορές ADSL στα 128 kbits/s με πτωτική τάση, που, κατά την προσφεύγουσα, αποδεικνύουν τη συνέχεια μεταξύ της χαμηλής και της υψηλής ταχύτητας, εμφανίστηκαν μόλις κατά το πέρας της περιόδου που αφορά η απόφαση. Επιπλέον, ακόμη και στην περίπτωση προσφοράς στα 128 kbits/s, η διαφορά μεταξύ της χαμηλής και της υψηλής ταχύτητας εξακολουθεί να είναι πολύ σημαντική. Η διαφορά στις επιδόσεις ήταν, συνεπώς, σημαντική κατά την εξεταζόμενη περίοδο.
- 85 Στις ως άνω διαφορές χρήσεων, τεχνικών προδιαγραφών και επιδόσεων προστίθεται η σημαντική διαφορά τιμής μεταξύ της χαμηλής και της υψηλής ταχύτητας (αιτιολογικές σκέψεις 188 έως 192 της αποφάσεως).
- 86 Όσον αφορά τον βαθμό υποκαταστάσεως, υπενθυμίζονται, πέραν της νομολογίας που παρατέθηκε στην ανωτέρω σκέψη 78, τα στοιχεία εκτιμήσεως που ανέφερε η Επιτροπή με την ανακοίνωσή της περί του ορισμού της επίμαχης αγοράς για το κοινοτικό δίκαιο του ανταγωνισμού (βλ. ανωτέρω σκέψη 81).
- 87 Σύμφωνα με την ανακοίνωση αυτή, η εκτίμηση της δυνατότητας υποκαταστάσεως της ζήτησεως προϋποθέτει τον καθορισμό του φάσματος των προϊόντων που ο καταναλωτής μπορεί να υποκαταστήσει. Ένας τρόπος καθορισμού των προϊόντων αυτών μπορεί να θεωρηθεί ως διανοητική άσκηση η οποία προϋποθέτει μικρή αλλά

διαρκή διαφοροποίηση των σχετικών τιμών και αξιολογεί τις πιθανές αντιδράσεις των πελατών. Με το σημείο 17 της ανακοινώσεως αυτής, η Επιτροπή διευκρινίζει ότι «[τ]ο ζήτημα που τίθεται είναι το αν οι πελάτες των μερών θα στρέφονταν σε προϊόντα υποκαταστάσεως στα οποία έχουν εύκολη πρόσβαση [...] σε περίπτωση μικρής αυξήσεως (από 5 έως 10 %), αλλά μόνιμης, των σχετικών τιμών των εξεταζόμενων προϊόντων στις οικείες περιοχές».

- 88 Με την 193η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως, η Επιτροπή δέχεται βεβαίως ότι η χαμηλή και η υψηλή ταχύτητα παρουσιάζουν κάποιο βαθμό υποκαταστάσεως. Προσθέτει, ωστόσο, με την 194η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως, ότι η λειτουργία της χαρακτηρίζεται από εξαιρετική ασυμμετρία και ότι η μετάβαση των πελατών από προσφορές υψηλής ταχύτητας σε προσφορές χαμηλής ταχύτητας είναι ελάχιστη σε σχέση με την αντίστροφη μετάβαση. Κατά την Επιτροπή, αν τα προϊόντα μπορούσαν να υποκατασταθούν πλήρως από πλευράς της ζήτησεως, τα ποσοστά μεταβάσεως θα έπρεπε να είναι όμοια ή τουλάχιστον παρεμφερούς μεγέθους.
- 89 Συναφώς, διαπιστώνεται, πρώτον, ότι από τα σχετικά με τη WIN στοιχεία που συνελέγησαν και περιλαμβάνονται στον πίνακα 7 της αποφάσεως προκύπτει ότι τα ποσοστά μεταβάσεως των συνδρομητών υψηλής ταχύτητας προς τις πλήρεις προσφορές χαμηλής ταχύτητας ήταν πολύ μικρά κατά την εξεταζόμενη περίοδο, παρά τη διαφορά τιμής μεταξύ των υπηρεσιών αυτών, οι οποίες θα έπρεπε να ωθήσουν πολλούς χρήστες του Διαδικτύου να στραφούν στη χαμηλή ταχύτητα. Αυτή η έντονη δυσαναλογία στα ποσοστά μεταβάσεως μεταξύ της υψηλής και της χαμηλής ταχύτητας και αντίστροφως δεν ενισχύει την άποψη περί εναλλαξιμότητας των υπηρεσιών αυτών για τους καταναλωτές. Με το δικόγραφο της προσφυγής, η WIN δεν προέβαλε, επιπλέον, κανένα συγκεκριμένο στοιχείο προς αντίκρουση της αναλύσεως αυτής.
- 90 Δεύτερον, από δημοσκόπηση που διενεργήθηκε για λογαριασμό της Επιτροπής και υποβλήθηκε από τη WIN ως παράρτημα στο δικόγραφο της προσφυγής προκύπτει ότι, σε περίπτωση αυξήσεως της τιμής της υψηλής ταχύτητας μεταξύ 5 και 10 %, το 80 % των συνδρομητών στην υψηλή ταχύτητα θα διατηρούσαν τη συνδρομή τους. Κατ' εφαρμογήν του σημείου 17 της ανακοινώσεως της Επιτροπής περί του ορισμού

της αγοράς για το κοινοτικό δίκαιο του ανταγωνισμού (βλ. ανωτέρω σημείο 87), το υψηλό αυτό ποσοστό συνδρομητών που δεν θα εγκατέλειπαν την υψηλή ταχύτητα σε περίπτωση αυξήσεως της τιμής από 5 έως 10 % αποτελεί σημαντική ένδειξη ελλείψεως υποκαταστάσεως από πλευράς ζητήσεως.

- 91 Συνεπώς, βάσει του συνόλου των προαναφερθέντων στοιχείων, πρέπει να γίνει δεκτό ότι ορθώς η Επιτροπή κατέληξε ότι δεν υφίσταται επαρκής βαθμός εναλλαξιμότητας μεταξύ της υψηλής και της χαμηλής ταχύτητας και καθόρισε την επίμαχη αγορά ως αγορά υψηλής ταχύτητας προσβάσεως στο Διαδίκτυο για τους πελάτες που κατοικούν στην ημεδαπή.

β) Επί της πλημμελούς εξετάσεως της δεσπόζουσας θέσεως

#### Επιχειρήματα των διαδίκων

- 92 Κατά τη WIN, κακώς η Επιτροπή θεώρησε δεσπόζουσα τη θέση της. Συγκεκριμένα, η ανάλυση της Επιτροπής ενέχει σοβαρές παραλείψεις.
- 93 Η ισχύς της αγοράς επ' ουδενί μπορεί να εκτιμηθεί σε σχέση με τα μερίδια αγοράς που κατέχει σε μια αναδυόμενη αγορά. Σε μια τέτοια αγορά, επιβάλλεται δυναμική προσέγγιση και εκτίμηση τόσο του πραγματικού όσο και του δυνητικού ανταγωνισμού. Κατά τη WIN, ο αριθμός των δυνητικών συνδρομητών είναι πολύ σημαντικός, δεδομένου του μειωμένου εξοπλισμού των γαλλικών νοικοκυριών. Η WIN φρονεί ότι απέδειξε την είσοδο νέων επιχειρήσεων στην αγορά αυτή και τον πολλαπλασιασμό των προσφορών, που συνοδεύεται από μείωση των τιμών.

- 94 Τα στοιχεία αυτά μαρτυρούν το κύρος του ανταγωνισμού σε αγορά άνευ συνόρων στην οποία η WIN δεν μπορεί, ως εκ τούτου, να κατέχει δεσπόμενη θέση.
- 95 Η WIN προσάπτει στην Επιτροπή ότι δεν έλαβε υπόψη και δεν περιορίστηκε στην ανάλυση του μεριδίου της αγοράς στον τομέα της υψηλής ταχύτητας μεταξύ 31ης Δεκεμβρίου 2000 και 31ης Αυγούστου 2002. Η μείωση του μεριδίου της αγοράς κατά δέκα μονάδες μεταξύ Αυγούστου του 2002 και Μαρτίου του 2003 αποδεικνύει τον ανταγωνιστικό και εξελικτικό χαρακτήρα της αγοράς.
- 96 Εξάλλου, πάντα σύμφωνα με τη WIN, η συμμετοχή σε όμιλο με σημαντικά κεφάλαια και εκτεταμένο δίκτυο διανομής δεν μπορεί να εκτιμηθεί χωρίς να ληφθεί υπόψη η κατάσταση των ανταγωνιστών. Η Επιτροπή όμως δεν προέβη σε ενδελεχή εξέταση της καταστάσεως των εταιριών AOL, T-Online/Club-Internet και Tiscali, οι οποίες «συνδέονται» με μεγάλους ομίλους με εξαιρετική οικονομική ισχύ και διαθέτουν επίσης ευρύ δίκτυο διανομής.
- 97 Τέλος, η WIN υποστηρίζει ότι η συγκέντρωση των δραστηριοτήτων της εκδόσεως καταλόγων και προσβάσεως στο Διαδίκτυο δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι της εξασφαλίζει οικονομική ισχύ ικανή να καθιερώσει τη δεσπόμενη θέση της στη γαλλική αγορά υψηλής ταχύτητας προσβάσεως στο Διαδίκτυο. Πράγματι, αφενός, άλλοι ανταγωνιστές, όπως η T-Online, έχουν επίσης τη δυνατότητα αυτή και, αφετέρου, ο όμιλος Wanadoo μπορεί να καλύψει πλήρως τις ανάγκες της δραστηριότητά της παροχής προσβάσεως στο Διαδίκτυο χωρίς να προσφύγει στα έσοδα που αποφέρει η έκδοση επαγγελματικών καταλόγων.
- 98 Η Επιτροπή αμφισβητεί ότι η αγορά ήταν αναδυόμενη κατά την υπό κρίση περίοδο. Υποστηρίζει ότι η επίμαχη αγορά της WIN εξελισσόταν διαρκώς κατά την επίμαχη

περίοδο. Κατά την άποψή της, η WIN ουδόλως αμφισβήτησε την περιλαμβανόμενη στην απόφαση ανάλυση των συμπράξεων και προνομίων που απορρέουν για τη WIN από την τεχνική, λογιστική και εμπορική «σύνδεσή» της με τον όμιλο France Télécom.

### Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

- 99 Καταρχάς, πρέπει να υπομνησθεί ότι, κατά πάγια νομολογία, η δεσπόζουσα θέση συνάγεται από το γεγονός ότι η οικεία επιχείρηση διαθέτει οικονομική ισχύ, πράγμα που της επιτρέπει να εμποδίζει τη διατήρηση αποτελεσματικού ανταγωνισμού στην επίμαχη αγορά και της προσφέρει, σε σημαντικό βαθμό, τη δυνατότητα ανεξάρτητης συμπεριφοράς έναντι των ανταγωνιστών της, των πελατών της και, σε τελική ανάλυση, των καταναλωτών (προαναφερθείσα στη σκέψη 78 απόφαση Michelin κατά Επιτροπής, σκέψη 30, και απόφαση του Πρωτοδικείου της 23ης Οκτωβρίου 2003, T-65/98, Van den Bergh Foods κατά Επιτροπής, Συλλογή 2003, σ. II-4653, σκέψη 154). Επισημαίνεται εκ προοιμίου ότι η Επιτροπή δεν χρειάζεται να αποδείξει ότι οι ανταγωνιστές επιχειρήσεως θα αποκλειστούν από την αγορά, έστω και μακροπροθέσμως, προκειμένου να αποδειχθεί η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσεως.
- 100 Άλλωστε, μολονότι η σημασία των μεριδίων αγοράς μπορεί να διαφέρει από τη μια αγορά στην άλλη, ιδιαίτερα σημαντικά μερίδια αγοράς συνιστούν αφ' εαυτών, και πλην εξαιρετικών περιστάσεων, απόδειξη της υπάρξεως δεσπόζουσας θέσεως (προαναφερθείσα στη σκέψη 80 απόφαση Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής, σκέψη 41, και απόφαση του Πρωτοδικείου της 28ης Απριλίου 1999, T- 221/95, Endemol κατά Επιτροπής, Συλλογή 1999, σ. II-1299, σκέψη 134). Το Δικαστήριο έκρινε, με την απόφαση της 3ης Ιουλίου 1991, C-62/86, AKZO κατά Επιτροπής (Συλλογή 1991, σ. I-3359, σκέψη 60), ότι αυτό συνέβαινε στην περίπτωση μεριδίου αγοράς 50 %.
- 101 Η ύπαρξη ανταγωνισμού, έστω και έντονου, σε συγκεκριμένη αγορά δεν αποκλείει την ύπαρξη δεσπόζουσας θέσεως στην ίδια αυτή αγορά, εφόσον η εν λόγω θέση



χαρακτηρίζεται κυρίως από την ικανότητα της επιχειρήσεως να συμπεριφέρεται χωρίς να λαμβάνει υπόψη τον ανταγωνισμό αυτό στη στρατηγική αγοράς που υιοθετεί και χωρίς, ωστόσο, να υφίσταται επιζήμιες συνέπειες από τη στάση της αυτή (προαναφερθείσα στη σκέψη 80 απόφαση Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής, σκέψη 70· βλ. επίσης, υπό την έννοια αυτή, απόφαση του Δικαστηρίου της 14ης Φεβρουαρίου 1978, 27/76, United Brands κατά Επιτροπής, Συλλογή τόμος 1978, σ. 75, σκέψεις 108 έως 129). Επομένως, η ενδεχόμενη ύπαρξη ανταγωνισμού στην αγορά είναι, βεβαίως, κρίσιμο στοιχείο, μεταξύ άλλων, για την εκτίμηση της υπάρξεως δεσπόζουσας θέσεως, αλλά δεν είναι, αφ' εαυτής, καθοριστικό επί του σημείου αυτού στοιχείο.

- 102 Πρέπει να εξακριβωθεί, βάσει των κριτηρίων αυτών, αν η WIN κατέχει, όπως υποστηρίζει η Επιτροπή, δεσπόζουσα θέση στην επίμαχη αγορά.
- 103 Όσον αφορά τα μερίδια αγοράς, διαπιστώνεται ότι, σύμφωνα με τον πίνακα 8 της αποφάσεως, το μερίδιο της WIN στην αγορά υψηλής ταχύτητας προσβάσεως ανήλθε σε 50 % στις 31 Μαρτίου 2001, σε 72 % στις 31 Μαρτίου 2002 και έμεινε σταθερό στο επίπεδο αυτό μέχρι τον Αύγουστο του 2002. Από τις απαντήσεις των διαδικιών στις ερωτήσεις του Πρωτοδικείου προκύπτει ότι το μερίδιο αυτό μειώθηκε εν συνεχεία τον Οκτώβριο του 2002 σε 63,6 % κατά τη WIN και σε αριθμό που κυμαίνεται, κατά την Επιτροπή, μεταξύ 63,4 και 71 % αναλόγως της πηγής. Η WIN, συνεπώς, κατείχε, καθόλη την επίμαχη περίοδο, εξαιρετικά σημαντικό μερίδιο αγοράς, το οποίο αποτελεί, πλην εξαιρετικών περιστάσεων, απόδειξη της υπάρξεως δεσπόζουσας θέσεως κατά την έννοια της προαναφερθείσας νομολογίας.
- 104 Όσον αφορά τη μείωση που σημειώθηκε μεταξύ Αυγούστου και Οκτωβρίου του 2002, η μείωση μεριδίων αγοράς που εξακολουθούν να είναι πολύ σημαντικά δεν μπορεί να αποτελέσει, αφ' εαυτής, απόδειξη της ελλείψεως δεσπόζουσας θέσεως (βλ., υπό την έννοια αυτή, απόφαση του Πρωτοδικείου της 8ης Οκτωβρίου 1996, T-24/93 έως T-26/93 και T-28/93, Compagnie maritime belge transports κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή 1996, σ. II-1201, σκέψη 77). Ακόμη και αν εκκινεί από τον αριθμό που αναφέρει η WIN, το μερίδιο αγοράς της WIN εξακολουθούσε πράγματι να είναι σημαντικό κατά το πέρασ της περιόδου παραβάσεως.

- 105 Η WIN υποστηρίζει πάντως ότι τα μερίδια αγοράς δεν αποτελούν αξιόπιστη ένδειξη στο πλαίσιο αναδυόμενης αγοράς η οποία χαρακτηρίζεται από περιορισμένα ακόμη πελατεία.
- 106 Το Πρωτοδικείο κρίνει ότι, σύμφωνα με τις πληροφορίες περί της καταστάσεως της αγοράς που περιλαμβάνονται στην 218η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως και δεν αμφισβητήθηκαν από τη WIN, η επίμαχη αγορά είχε βεβαίως υπερβεί, τον Μάρτιο του 2001, χρονική αφετηρία της παραβάσεως κατά την Επιτροπή, το στάδιο της ενάρξεως ή πειραματισμού. Πράγματι, η αγορά υψηλής ταχύτητας αναπτύχθηκε στη Γαλλία από το 1997. Οι υπηρεσίες ADSL και WIN και οι πρώτες προσφορές των ανταγωνιστών της εισήχθησαν σε εμπορική βάση από το τέλος του 1999. Στο τέλος Ιουνίου του 2000, η αγορά της υψηλής ταχύτητας προσβάσεως στο Διαδίκτυο για τους πελάτες που κατοικούν στην ημεδαπή περιελάμβανε ήδη περίπου 100 000 συνδρομητές και, στο τέλος του 2000, υπερέβαινε τους 180 000 συνδρομητές στη Γαλλία. Κατά το πρώτο τρίμηνο του 2001, η αγορά αυξανόταν κατά τουλάχιστον 5 000 νέους συνδρομητές εβδομαδιαίως. Παρατείνοντας την παράβαση μέχρι τον Μάρτιο του 2001, όπως επισημαίνει η 71η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως, διότι έκρινε ότι η αγορά δεν είχε μέχρι τότε «[...] φθάσει σε στάδιο αναπτύξεως αρκετό ώστε να είναι σημαντικός ένας “έλεγχος επιθετικών τιμών”», η Επιτροπή απέκλεισε δεόντως από την ανάλυσή της το στάδιο της ενάρξεως της παραβάσεως.
- 107 Επρόκειτο, βεβαίως για αγορά υπό μεγάλη ανάπτυξη, αλλά το στοιχείο αυτό δεν μπορεί να αποκλείσει την εφαρμογή των κανόνων του ανταγωνισμού και ιδίως αυτών του άρθρου 82 ΕΚ.
- 108 Αυτή η υπό μεγάλη ανάπτυξη αγορά δεν χαρακτηρίστηκε από σοβαρή έλλειψη σταθερότητας κατά την επίμαχη περίοδο. Αντιθέτως, καθιερώθηκε αρκετά σταθερή ιεραρχία με επικεφαλής τη WIN.
- 109 Συναφώς, πρέπει να επισημανθεί ότι, με τις αιτιολογικές σκέψεις 213 έως 215 της αποφάσεως, η Επιτροπή συμπληρώνει την ανάλυσή της περί δεσπόζουσας θέσεως της WIN με τη συγκριτική εξέταση των μεριδίων αγοράς που κατείχαν, κατά την

επίμαχη περίοδο, η WIN και οι ανταγωνιστές της. Σύμφωνα με την ανάλυση αυτή, την οποία δεν αμφισβητεί η προσφεύγουσα, ο αριθμός συνδρομητών ADSL της WIN ήταν πάντα τουλάχιστον κατά οκτώ φορές ανώτερος του αριθμού των συνδρομητών της πρώτης από τους ανταγωνιστές της. Κατά τη νομολογία, τα μερίδια αγοράς που κατέχει η οικεία επιχείρηση σε σχέση με εκείνα των ανταγωνιστών της αποτελούν βάσιμες ενδείξεις δεσπόζουσας θέσεως (προαναφερθείσα στη σκέψη 80 απόφαση Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής, σκέψη 48).

- 110 Η WIN υποστηρίζει, ωστόσο, ότι, στην αγορά αυτή, έπρεπε να ακολουθήσει δυναμική προσέγγιση και να εκτιμήσει τόσο τον πραγματικό όσο και τον δυνητικό ανταγωνισμό.
- 111 Συναφώς, αρκεί η διαπίστωση ότι, σύμφωνα με τις αναλύσεις της προοπτικής του Μαρτίου του 2001, η WIN διατηρούσε μερίδιο 55 % του συνόλου της αγοράς κατά το τέλος του 2004. Τον Ιούνιο του 2001, η WIN επανεκτίμησε τις προβλέψεις της περί διεισδύσεως στην αγορά. Όπως εκτιμούσε, είχε στην κατοχή της τουλάχιστον τα τρία τέταρτα του τομέα ADSL κατά το τέλος του 2004 και τουλάχιστον 60 % της αγοράς οικιακής προσβάσεως με υψηλή ταχύτητα (220η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως και υποσημείωση 255 της αποφάσεως). Από παρόμοια στοιχεία προκύπτει ότι η WIN θεωρούσε περιορισμένο τον δυνητικό ανταγωνισμό. Συνεπώς, η κατάσταση της επίμαχης αγοράς δεν δικαιολογεί το συμπέρασμα ότι τα μερίδια αγοράς δεν αποτελούν αξιόπιστη ένδειξη.
- 112 Εξάλλου, στο πλαίσιο της εκ μέρους της εξετάσεως της θέσεως της WIN στην αγορά, η Επιτροπή έλαβε επίσης υπόψη, με τις αιτιολογικές σκέψεις 223 έως 246 της αποφάσεως, το γεγονός ότι η WIN είχε, λόγω της «συνδέσεως» της με τον όμιλο France Télécom, πολύ σημαντικά προνόμια, τα οποία συνέβαλαν στη δεσπόζουσα θέση της.
- 113 Συναφώς, διαπιστώνεται ότι, αντιθέτως προς τους ισχυρισμούς της WIN, η Επιτροπή εξέτασε προσηκόντως, με τις αιτιολογικές σκέψεις 226 έως 228 της αποφάσεως, την κατάσταση των ανταγωνιστών τους οποίους αναφέρει η WIN, ήτοι της AOL, της T-Online και της Tiscali. Με την 228η αιτιολογική σκέψη της

αποφάσεως, κατέληξε ότι, ανεξαρτήτως της προθέσεως των επίμαχων ομίλων να ενισχύσουν επενδύσεις και εμπορικές πρωτοβουλίες των γαλλικών θυγατρικών τους, κανένας από τους ομίλους αυτούς δεν μπορούσε να ισχυρισθεί ότι εξασφαλίζει στις εν λόγω θυγατρικές τεχνική «σύνδεση», λογιστική «σύνδεση» και «σύνδεση» από απόψεως εμπορικού δικτύου στη Γαλλία εξίσου καθοριστική με όσα προσέφερε η France Télécom στη WIN.

- 114 Πρώτον, όσον αφορά το ευρύ δίκτυο διανομής που, κατά τη WIN, διέθεταν επίσης οι ανταγωνιστικοί όμιλοι, πρέπει να τονιστεί ότι, στο γαλλικό έδαφος, ήτοι το μοναδικό που αφορά η απόφαση, δεν αντιστοιχεί, εν πάση περιπτώσει, ούτε κατά το ελάχιστο στον βαθμό σπουδαιότητας του δικτύου της France Télécom, του ιστορικού τηλεπικοινωνιακού φορέα στη Γαλλία.
- 115 Μεταξύ των εμπορικών προνομίων των οποίων απολαύει η WIN, χωρίς να το αμφισβητεί κατά τα λοιπά, πρέπει να αναφερθεί κυρίως το δίκτυο των καταστημάτων της France Télécom, τα οποία εξασφάλισαν τη διανομή των προϊόντων της WIN σε ολόκληρο το γαλλικό έδαφος.
- 116 Δεύτερον, η WIN δεν αμφισβήτησε περαιτέρω τα τεχνικά προνόμια που, κατά την Επιτροπή, απορρέουν από τη «σύνδεση» με τη France Télécom. Η Επιτροπή προέβαλε, χωρίς να διαψευσθεί από τη WIN, ότι αυτή η τελευταία ετύγχανε προτιμησιακής μεταχειρίσεως καθόλη τη διάρκεια του 2000 και των επτά πρώτων μηνών του 2001, η οποία αντιστοιχεί σε προσαρμοσμένη προσφορά λιγότερο δεσμευτική από εκείνη που προτείνουν οι ανταγωνιστές της και σε πρόσβαση σε πραγματικό χρόνο στα αρχεία των μετατρέψιμων γραμμών.
- 117 Τα προνόμια αυτά επισημάνθηκαν, εξάλλου, από το γαλλικό Conseil de la concurrence με την απόφαση 02-MC-03, της 27ης Φεβρουαρίου 2002, επί της αγωγής και αιτήσεως λήψεως συντηρητικών μέτρων που υπέβαλε η εταιρία T-Online, που περιλαμβάνονται στο παράρτημα του υπομνήματος αντικρούσεως. Το Conseil de la concurrence διέταξε τη France Télécom να θέσει στη διάθεση όλων των παρεχόντων πρόσβαση στο Διαδίκτυο διακομιστή Extranet, ο οποίος παρέχει

τη δυνατότητα προσβάσεως στις ίδιες πληροφορίες με εκείνες που διέθετε η WIN και να παραγγείλει στις ειδικευμένες υπηρεσίες της France Télécom την πραγματοποίηση συνδέσεως ADSL υπό τους ίδιους όρους αποτελεσματικότητας με εκείνες που αναγνωρίστηκαν στη WIN. Εν αναμονή της καθιέρωσης του συστήματος αυτού, το Conseil de la concurrence ανέθεσε στη France Télécom να αναστείλει τη διάθεση στο εμπόριο των υπηρεσιών ADSL της WIN στα εμπορικά καταστήματά της. Όπως επισημαίνει η 146η αιτιολογική σκέψη της απόφασης, η απόφαση του Conseil de la concurrence επικυρώθηκε από το cour d'appel de Paris (Γαλλία) με την από 9 Απριλίου 2002 απόφασή του.

- 118 Διαπιστώνεται ότι ορθώς η Επιτροπή έκρινε ότι η «σύνδεση» της WIN με τη France Télécom της χορήγησε προνόμια έναντι των ανταγωνιστών της ικανά να συμβάλουν στη δεσπόζουσα θέση της.
- 119 Το τελευταίο στοιχείο που προέβαλε η Επιτροπή με την εξέταση της απόψεως της WIN στην επίμαχη αγορά είναι το προνόμιο που απορρέει για τον όμιλο Wanadoo από την παρουσία του στην αγορά των καταλόγων. Υποστηρίζει ότι οι πολύ προσοδοφόρες δραστηριότητές της στην αγορά αυτή είναι ικανές να περιορίσουν σημαντικά τις συνέπειες για τον όμιλο της πωλήσεως επί ζημία που εφαρμόζει η WIN στην αγορά της προσβάσεως υψηλής ταχύτητας.
- 120 Επισημαίνεται, συναφώς, ότι αυτή η εκτίμηση της Επιτροπής αφορά διαφορετική αγορά από εκείνη της προμήθειας προσβάσεως υψηλής ταχύτητας στο Διαδίκτυο. Στο πλαίσιο αυτό, όπως υποστηρίζει η WIN, η παρουσία του ομίλου Wanadoo στην αγορά των καταλόγων δεν αποτελεί στοιχείο το οποίο συμβάλλει αποφασιστικά στη δεσπόζουσα θέση της WIN στην επίμαχη αγορά.
- 121 Συνεπώς, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω σκέψεων, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η Επιτροπή ορθώς έκρινε ότι η WIN κατείχε δεσπόζουσα θέση στην επίμαχη αγορά κατά την κρίσιμη περίοδο.

## 2. Επί της καταχρήσεως της δεσπόζουσας θέσεως

### α) Επί των αιτιάσεων περί του ελέγχου καλύψεως των εξόδων

- <sup>122</sup> Η διαφορά αφορά, επί του σημείου αυτού, τη μέθοδο υπολογισμού του ποσοστού καλύψεως των εξόδων και τα σφάλματα υπολογισμού που διέπραξε η Επιτροπή κατά την εφαρμογή της.

Επί της εσφαλμένης μεθόδου υπολογισμού του ποσοστού καλύψεως των εξόδων

#### — Επιχειρήματα των διαδίκων

- <sup>123</sup> Κατά τη WIN, η Επιτροπή υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο όταν δέχθηκε ένα στατικό έλεγχο καλύψεως των εξόδων που ουδόλως ανταποκρίνεται στην οικονομική πραγματικότητα της αποδοτικότητας των συνδρομητών της WIN. Πράγματι, στην περίπτωση των συνδρομών, μέρος των εξόδων και του συνόλου των εσόδων παρατάθηκε για μεγάλο διάστημα και τα έξοδα κυμαίνονταν στον χρόνο. Η μέθοδος της Επιτροπής συνεπαγόταν ότι στα έξοδα αγοράς προσετίθετο το 48πλάσιο του ποσού των μηνιαίων επαναλαμβανόμενων εξόδων, ως είχαν κατά την ημερομηνία υπογραφής της συμβάσεως, και το συνολικό αυτό ποσό συγκρινόταν με το 48πλάσιο των μηνιαίων επαναλαμβανόμενων εξόδων, ως είχαν κατά την ίδια ημερομηνία, χωρίς να ληφθεί υπόψη η προσαρμογή των μηνιαίων επαναλαμβανόμενων εξόδων στον χρόνο.

- <sup>124</sup> Όσον αφορά τα έξοδα που πρέπει να ληφθούν υπόψη, η WIN υποστηρίζει ότι, για να εξακριβωθεί αν τα έξοδα όντως καλύπτονται, η Επιτροπή υποχρεούται να εξετάσει κάθε πληροφορία που διαθέτει κατά την ημερομηνία εκδόσεως της αποφάσεως, εφόσον αναγνωρίζει το κύρος της εν λόγω πληροφορίας. Η Επιτροπή δεν έλαβε υπόψη οποιαδήποτε αποδεδειγμένη και αναγνωρισμένη μείωση εξόδων

μεταξύ της υπογραφής της συμβάσεως συνδρομής και του Οκτωβρίου του 2002 ή, ειδικότερα, έλαβε υπόψη τη μείωση των εξόδων για όλους όσοι έγιναν συνδρομητές μετά την ημερομηνία αυτή, χωρίς όμως να ενημερώσει τα επαναλαμβανόμενα έξοδα των υφιστάμενων συνδρομητών. Επικαλούμενη το παράδειγμα πελάτη που έγινε συνδρομητής της την 1η Ιουνίου 2001, η WIN υποστηρίζει ότι η Επιτροπή της αναγνωρίζει αρχικά επαναλαμβανόμενα έξοδα ύψους 54,39 ευρώ μηνιαίως μέχρι το τέλος του Μαΐου του 2005 (ήτοι επί 48 μήνες), ενώ το κόστος αυτό δεν αντιστοιχεί πλέον στο πραγματικό κόστος από τον Αύγουστο του 2001, καθόσον, κατά το παράρτημα 3 της αποφάσεως, κατά την ημερομηνία αυτή ανερχόταν ήδη σε 34,72 ευρώ μηνιαίως.

125 Η WIN παρουσίασε στην Επιτροπή τα αποτελέσματα βάσει της μεθόδου των σημερινών ταμειακών ροών προκειμένου να υπολογίσει την καθαρή σημερινή αξία των συνδρομητών. Η μέθοδος αυτή συνίστατο στη συγκέντρωση, για κάθε συνδρομητή, του συνόλου των εξόδων του, στην ενημέρωσή τους με την εφαρμογή ποσοστού ενημερότητας καθοριζόμενο από τις χρηματοοικονομικές αγορές και στην προσθήκη των σημερινών ταμειακών ροών που υπολογίσθηκαν. Το κόστος του προϊόντος αποτελείται από το αρχικό κόστος αγοράς, στο οποίο προστίθενται τα μηνιαία επαναλαμβανόμενα έξοδα. Η WIN επισημαίνει ότι η μέθοδος αυτή, η μοναδική αξιόπιστη από οικονομικής απόψεως, είναι παγκοσμίως γνωστή και σύμφωνη με τους οικονομικούς υπολογισμούς επενδύσεων που πραγματοποιούν οι οικονομολόγοι και οι χρηματοοικονομικοί φορείς. Η μέθοδος αυτή εφαρμόστηκε από το γαλλικό Conseil de la concurrence και το κύρος της αναγνωρίστηκε με την έκθεση της Oxera για το Office of Fair Trading (OFT, αρμόδια για θέματα ανταγωνισμού αρχή του Ηνωμένου Βασιλείου της Μεγάλης Βρετανίας και της Βόρειας Ιρλανδίας). Αποδεικνύει ότι τα συνολικά έξοδα —πλην εκείνων του Μαρτίου του 2001, που καλύπτονται μόνον κατά το 98 ή 99 % ανάλογα με το προϊόν— και a fortiori τα κυμαινόμενα έξοδα της WIN καλύπτονται για ολόκληρη την περίοδο.

126 Η Επιτροπή συμφωνεί με τη WIN επί της ανάγκης αυξήσεως ορισμένων εξόδων, αλλά όχι επί της εφαρμοστέας μεθόδου. Επισημαίνει ότι, για να εκτιμήσει την οικονομική ισορροπία των υπηρεσιών της WIN, επέλεξε μια δυναμική μέθοδο η οποία λαμβάνει υπόψη το ότι ορισμένα κυμαινόμενα έξοδα και ιδίως όσα συνδέονται με την απόκτηση συνδρομητή αντισταθμίζονται από τα έσοδα που η

επιχείρηση πρόκειται να αποκομίσει από τον συνδρομητή αυτό καθόλη τη διάρκεια της εμπορικής σχέσεως. Παρατείνοντας τη διάρκεια αυτών των κυμαινόμενων μη επαναλαμβανόμενων εξόδων σε 48 μήνες, έλαβε υπόψη τη μέση διάρκεια μιας συνδρομής που θα μπορούσε να χρησιμεύσει ως αναφορά σε μια επιχείρηση που προσβλέπει στην απόδοση της επενδύσεώς της εντός ευλόγου χρόνου.

127 Κατά την εφαρμογή της μεθόδου αυτής, η Επιτροπή υποστηρίζει ότι άντλησε όλα τα οικονομικά μεγέθη από τις πληροφορίες που παρέσχε η WIN. Πρόκειται, συνεπώς, για μεγέθη διαπιστωθέντα *ex post*. Δεν υπάρχει καμία πλασματική ένδειξη κόστους. Η Επιτροπή επισημαίνει ότι έλαβε πλήρως υπόψη για όλους τους συνδρομητές τη μείωση των εξόδων κατά τον συγκεκριμένο χρόνο πραγματοποιήσεώς τους.

128 Η Επιτροπή, εξάλλου, αμφισβήτησε τη βασιμότητα της υπό κρίση προσφυγής όσον αφορά τη μέθοδο των σημερινών ταμειακών ροών που χρησιμοποίησε η WIN. Η μέθοδος αυτή δεν καθιστά δυνατή, κατά την άποψή της, την άντληση συμπερασμάτων όσον αφορά την επιθετική στρατηγική. Άλλωστε η WIN δεν πρόβη ουσιαστικώς σε υπολογισμούς της καθαρής σημερινής αξίας κατά τον χρόνο τελέσεως των πραγματικών περιστατικών για τα επίμαχα προϊόντα. Η χρήση της μεθόδου των σημερινών ταμειακών ροών στην προκειμένη περίπτωση δεν βρίσκει έρεισμα στην κοινοτική νομολογία ή στην πρακτική λήψεως αποφάσεων της Επιτροπής. Εν πάση περιπτώσει, η μέθοδος που προτείνει η προσφεύγουσα δεν είναι η παραδοσιακή μέθοδος, καθόσον η WIN προτείνει να διακοπεί το ρεύμα εισόδου νέων πελατών «μαζικώς» και, για καθέναν από αυτούς, να εκτιμηθεί αν η σημερινή ταμειακή ροή είναι θετική για περίοδο πέντε ετών. Η WIN εντάσσει, εξάλλου, στην ανάλυσή της την αυξημένη αποδοτικότητα που συνεπάγεται η παύση της παραβάσεως.

— Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

129 Καταρχάς, υπενθυμίζεται ότι, στο μέτρο που η επιλογή της μεθόδου υπολογισμού του ποσοστού καλύψεως των εξόδων εκ μέρους της Επιτροπής προϋποθέτει πολύπλοκη οικονομική εκτίμηση, πρέπει να της αναγνωρισθεί ευρεία εξουσία



εκτιμήσεως (βλ., υπό την έννοια αυτή, απόφαση του Δικαστηρίου της 28ης Μαΐου 1998, C-7/95 P, Deere κατά Επιτροπής, Συλλογή 1998, σ. I-3111, σκέψη 34 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Ο έλεγχος του δικαστή πρέπει, συνεπώς, να περιορίζεται στην εξακρίβωση της τηρήσεως των κανόνων περί διαδικασίας και αιτιολογίας, καθώς και της ακρίβειας των πραγματικών περιστατικών, της ελλείψεως πρόδηλης πλάνης εκτιμήσεως και καταχρήσεως εξουσίας.

130 Από τη νομολογία περί επιθετικών τιμών προκύπτει, αφενός, ότι οι κατώτερες του μέσου όρου των κυμαινόμενων εξόδων τιμές καθιστούν δυνατή τη διαπίστωση επιζήμιας για τους ανταγωνιστές πρακτικής τιμών και, αφετέρου, οι κατώτερες του μέσου όρου των συνολικών εξόδων τιμές που υπερβαίνουν όμως τον μέσον όρο των κυμαινόμενων εξόδων πρέπει να θεωρηθούν καταχρηστικές, όταν καθορίζονται στο πλαίσιο σχεδίου με σκοπό την εξαφάνιση ανταγωνιστή (προαναφερθείσα στη σκέψη 100 απόφαση AKZO κατά Επιτροπής, σκέψεις 71 και 72, απόφαση της 6ης Οκτωβρίου 1994, T-83/91, Tetra Pak κατά Επιτροπής, Συλλογή 1994, σ. II-755, σκέψεις 148 και 149, κυρωθείσα από το Δικαστήριο με την απόφαση της 14ης Νοεμβρίου 1996, C-333/94 P, Tetra Pak κατά Επιτροπής, Συλλογή 1996, σ. I-5951, σκέψη 41).

131 Με την απόφαση, η Επιτροπή προέβη σε τρεις διαφορετικές αναλύσεις, προκειμένου να διευκρινίσει τις ενέργειές της. Η πρώτη, που περιλαμβάνεται στις αιτιολογικές σκέψεις 73 έως 75 της αποφάσεως, αποτελεί ανάλυση σε απλή λογιστική βάση, η οποία ενσωματώνει αμέσως τα έσοδα και τα έξοδα. Πρόκειται, κατά τη WIN, για μεικτό μέτρο υπολογισμού των εσόδων και των εξόδων που καταχωρίζονται λογιστικώς. Τα δύο μέρη συμφωνούν να απορριφθεί ως ακατάλληλη η μέθοδος αυτή. Μολονότι η WIN δεν δέχεται τη σημασία της πρώτης αυτής αναλύσεως, δεν αμφισβητεί τα οικονομικά μεγέθη που ελήφθησαν υπόψη. Εν γένει αναγνωρίζει ότι «όλα σχεδόν τα σχετικά με τα έξοδα στοιχεία προέρχονται από τη WIN και σπανίως από τη France Télécom».

132 Η δεύτερη ανάλυση, που περιγράφεται στις αιτιολογικές σκέψεις 76 έως 86 της αποφάσεως, αφορά την ουσιαστική κάλυψη των επανεκτιμώμενων εξόδων. Σύμφωνα με την αρχή της αποσβέσεως των περιουσιακών στοιχείων, η Επιτροπή έλαβε υπόψη την περίπτωση παρατάσεως της διάρκειας των εξόδων αποκτήσεως πελατών στους 48 μήνες. Στη βάση αυτή, εξέτασε χωριστά την κάλυψη των επανεκτιμώμενων κυμαινόμενων εξόδων και των επανεκτιμώμενων συνολικών

εξόδων, επισημαίνοντας ότι το Δικαστήριο προβλέπει δύο ποσοστά καλύψεως των εξόδων, ανάλογα με το αν οι ενέργειες της κατέχουσας δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεως εντάσσονται στο πλαίσιο σχεδίου εξοβελισμού των ανταγωνιστών. Επί της αναλύσεως αυτής στηρίζεται η απόφαση της Επιτροπής.

- 133 Η Επιτροπή προέβη εξάλλου, με τις αιτιολογικές σκέψεις 97 έως 106 της αποφάσεως, σε τρίτη —συμπληρωματική— ανάλυση της καλύψεως των επανεκτιμώμενων εξόδων που μπορούν να προβλεφθούν *ex ante*. Βεβαίως, όπως επισημαίνει η WIN με την απάντησή της στις ερωτήσεις του Πρωτοδικείου, η τρίτη αυτή ανάλυση αντανακλά πολύ διαφορετική προσέγγιση, καθόσον η Επιτροπή δεν επιδιώκει να προσδιορίζει τα πραγματικά έσοδα και έξοδα. Εντούτοις, η ανάλυση αυτή, κατά την απόφαση, έχει ως μοναδικό σκοπό να παράσχει «συμπληρωματικές διευκρινίσεις». Συγκεκριμένα, η Επιτροπή αναφέρει ρητώς, με την 72η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως, ότι «μόνον η στηριζόμενη στα επανεκτιμώμενα έξοδα προσέγγιση μπορεί να οδηγήσει σε λύση». Η Επιτροπή προσέφυγε, επομένως, στη δεύτερη μέθοδο, ήτοι στη στηριζόμενη στα επανεκτιμώμενα έξοδα, για να διαπιστώσει τη μη κάλυψη των εξόδων. Πρέπει, συνεπώς, να εξακριβωθεί η νομιμότητά της, χωρίς να είναι αναγκαία η εκτίμηση της νομιμότητας της συμπληρωματικής αναλύσεως της καλύψεως των εξόδων που μπορούν να προβλεφθούν *ex ante*.
- 134 Από τις αιτιολογικές σκέψεις 73 έως 75 της αποφάσεως προκύπτει ότι η εφαρμογή της λογιστικής μεθόδου που χρησιμοποιήθηκε στις υποθέσεις στο πλαίσιο των οποίων εκδόθηκε η προαναφερθείσα στη σκέψη 100 απόφαση ΑΚΖΟ κατά Επιτροπής και οι προαναφερθείσες στη σκέψη 130 αποφάσεις της 6ης Οκτωβρίου 1994 και της 14ης Νοεμβρίου 1996, Tetra Pak κατά Επιτροπής, και που λαμβάνει υπόψη τα έξοδα όπως προκύπτουν αποκλειστικώς από τη λογιστική διαχείριση της επιχειρήσεως, οδηγεί, εν προκειμένω, σε πολύ χαμηλά ποσοστά καλύψεως των εξόδων, ήτοι στο 30 % για την περίοδο μεταξύ Ιανουαρίου και Ιουλίου 2001, στο 60 % για την περίοδο μεταξύ Αυγούστου και Δεκεμβρίου 2001 και στο 83 % για την περίοδο μεταξύ Ιανουαρίου και Ιουνίου 2002 (πίνακας 2 της αποφάσεως).
- 135 Ωστόσο, η Επιτροπή έκρινε, με την 75η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως, ότι, σε μια υπό ανάπτυξη αγορά στην οποία τα έξοδα αποκτήσεως πελατείας αντιπροσωπεύουν σημαντικό μέρος των δαπανών, «τα ποσοστά καλύψεως που αναφέρονται στον πίνακα 2 δεν [μπορούσαν], συνεπώς, να αποτελέσουν βάση για τον χαρακτηρισμό των τιμών ως επιθετικών».

- 136 Όπως επισημαίνει η Επιτροπή με την 76η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως, έκρινε ότι, στο συγκεκριμένο πλαίσιο, «σκοπός της επιχειρήσεως δεν [ήταν] να πραγματοποιήσει αμέσως θετικό λογιστικό αποτέλεσμα», αλλά «να ανέλθει σε επίπεδο καλύψεως των επαναλαμβανόμενων εξόδων (έξοδα δικτύου και έξοδα παραγωγής) αρκετό ώστε το περιθώριο των επαναλαμβανόμενων εξόδων να καλύπτει σε εύλογο χρονικό ορίζοντα τα κυμαινόμενα μη επαναλαμβανόμενα έξοδα που επενδύθηκαν στην εμπορική ανάπτυξη των επίμαχων προϊόντων». Η Επιτροπή αποφάσισε, ως εκ τούτου, να επανεκτιμήσει τα κυμαινόμενα μη επαναλαμβανόμενα έξοδα παρατείνοντας τη διάρκειά τους, σύμφωνα με την αρχή της αποσβέσεως.
- 137 Η Επιτροπή επέλεξε να παρατείνει τη διάρκεια των εξόδων αποκτήσεως πελατών σε 48 μήνες, επιλογή με την οποία συμφωνεί η WIN, επισημαίνοντας ότι η μέση διάρκεια των συνδρομών είναι πλέον πενταετής και ότι ο ελάχιστος χρόνος διάρκειά τους είναι τα τέσσερα έτη. Ωστόσο, επισημαίνεται ότι η WIN δεν εφαρμόζει τέτοιες αποσβέσεις, καθόσον οι επίμαχες δαπάνες καταχωρίζονται λογιστικώς εξ αρχής, όπως συμβαίνει με τις συνήθεις επιβαρύνσεις. Επιπλέον, ορισμένοι από τους ανταγωνιστές της προβαίνουν, στο πλαίσιο των επιχειρηματικών σχεδίων τους, σε παράταση της διάρκειας των μη επαναλαμβανόμενων κυμαινόμενων εξόδων, αλλά σε διάρκεια μικρότερη από εκείνη που δέχθηκε η Επιτροπή εν προκειμένω (79η αιτιολογική σκέψη και υποσημειώσεις 70 και 71 της αποφάσεως). Συνεπώς, η επιλεχθείσα περίοδος παρατάσεως δεν είναι εσφαλμένη.
- 138 Εφαρμόζοντας τη μέθοδο αυτή, η Επιτροπή έκρινε ότι οι τιμές που εφάρμοσε η WIN δεν της επέτρεπαν να καλύψει τα κυμαινόμενα έξοδα της μέχρι τον Αύγουστο του 2001, ούτε τα συνολικά έξοδά τους από τον Ιανουάριο του 2001 μέχρι τον Οκτώβριο του 2002 (πίνακες 3 και 4 της αποφάσεως), καθόσον, λαμβανομένου υπόψη του επιπέδου καλύψεως των κυμαινόμενων εξόδων, ήταν βέβαιον ότι δεν θα καλύπτονταν τα συνολικά έξοδα μέχρι τον Αύγουστο του 2001.
- 139 Επομένως, πρέπει να αξιολογηθεί η μέθοδος που εφάρμοσε η Επιτροπή ενόψει του επιδιωκόμενου σκοπού, ήτοι ο έλεγχος καλύψεως των εξόδων στο πλαίσιο του άρθρου 82 ΕΚ και σε σχέση με τις επικρίσεις που διατύπωσε η WIN.

- 140 Πρώτον, διαπιστώνεται ότι, αντιθέτως προς τους ισχυρισμούς της WIN, η Επιτροπή δεν δέχθηκε ένα στατικό έλεγχο καλύψεως των εξόδων, ο οποίος ήταν άλλωστε πολύ δυσμενέστερος για τη WIN (βλ. ανωτέρω σκέψη 134).
- 141 Από την απόφαση προκύπτει σαφώς (αιτιολογικές σκέψεις 76 και 77) ότι, για να ληφθεί υπόψη το ότι, στην περίπτωση των συνδρομών, τα έξοδα και τα έσοδα που δημιούργησε ο συνδρομητής καλύπτουν μεγάλη διάρκεια, η Επιτροπή αποφάσισε να επανεκτιμήσει τα έξοδα αποκτήσεως πελατείας στους 48 μήνες.
- 142 Επιπλέον, αντιθέτως προς τους ισχυρισμούς της WIN, η μέθοδος ουδόλως συνεπάγεται ότι πρέπει να προστεθεί στα έξοδα αποκτήσεως το 48πλάσιο του ποσού των μηνιαίων επαναλαμβανόμενων εξόδων, ως είχαν κατά την ημερομηνία υπογραφής της συμβάσεως συνδρομής, και να συγκριθεί το σύνολο αυτό με το 48πλάσιο των μηνιαίων εσόδων, ως είχαν κατά την ίδια ημερομηνία.
- 143 Αντιθέτως, διαπιστώνεται, βάσει της διατυπώσεως της αποφάσεως και των παραρτημάτων της, ότι η Επιτροπή εισήγαγε, για κάθε περίοδο της υπό εξέταση παραβάσεως και για όλους τους συνδρομητές, τις διαδοχικές μειώσεως των ποσών που πραγματοποιήθηκαν κατά την επίμαχη περίοδο. Ακόμη και η ανάλυσή της διαμορφώθηκε βάσει των μειώσεων αυτών.
- 144 Συγκεκριμένα, η 31η Ιουλίου 2001, ήτοι το τέλος της πρώτης περιόδου που έλαβε υπόψη η Επιτροπή για την ανάλυση των επανεκτιμώμενων κυμαινόμενων εξόδων (πίνακας 3 της αποφάσεως) συμπίπτει με τη μείωση των τιμών της εθνικής και περιφερειακής κινήσεως. Για τη δεύτερη περίοδο λαμβάνεται υπόψη αυτή η μείωση των εξόδων με εφαρμογή των νέων τιμών. Το τέλος της δευτέρας περιόδου, ήτοι η 15η Οκτωβρίου 2001, συμπίπτει με την έναρξη περιόδου χάριτος για τα έξοδα λειτουργίας που χρεώνει συνήθως η France Télécom στους παρέχοντες υπηρεσίες. Στην περίπτωση αυτή, επίσης, πρέπει να ληφθεί υπόψη η γενομένη μείωση των

εξόδων. Τέλος, το όριο μεταξύ της τρίτης και της τετάρτης περιόδου, που τίθεται στις 15 Φεβρουαρίου 2002, σηματοδοτεί τη μεταβολή της κοστολογήσεως της υπηρεσίας διεθνούς «διασυνδέσεως» και την αποκατάσταση της χρεώσεως των εξόδων λειτουργίας από τη France Télécom.

- 145 Ως εκ τούτου, αντιθέτως προς τους ισχυρισμούς της WIN, προκύπτει σαφώς ότι οι διάφορες περίοδοι που λαμβάνονται υπόψη σκοπούν ειδικώς στην προβαλλόμενη συνεκτίμηση της μειώσεως των εξόδων.
- 146 Επιπλέον, όπως προκύπτει από τη σύγκριση των παραρτημάτων 1, 3, 5 και 7 της αποφάσεως, για την υπηρεσία eXtense, και των παραρτημάτων 2, 4, 6 και 8 της αποφάσεως, για τη Wanadoo ADSL, προκύπτει ότι, για κάθε εξεταζόμενη περίοδο, οι νέες τιμές και λοιπές παράμετροι των εξόδων δεν εφαρμόζονται μόνο στις συνδρομές που συμφωνούνται από την έναρξη της περιόδου παραβάσεως, αλλά επιρρίπτονται στο σύνολο των συνδρομών.
- 147 Από τη σύγκριση, για παράδειγμα, των επαναλαμβανόμενων κυμαινόμενων εξόδων τα οποία περιλαμβάνονται στον σχετικό με την υπηρεσία eXtense πίνακα που προσαρτάται στο παράρτημα 1 της αποφάσεως και αφορά την περίοδο από 8 Ιανουαρίου έως 31 Ιουλίου 2001 με τα ίδια φύσεως έξοδα που περιλαμβάνονται στο παράρτημα 3, αλλά καλύπτουν την περίοδο από 1ης Αυγούστου έως 15 Οκτωβρίου 2001, προκύπτει ότι στο μεσοδιάστημα η τιμή της εθνικής ή περιφερειακής κινήσεως ανήλθε από 151 σε 52,43 γαλλικά φράγκα (FRF) και η τιμή κόστους της υπηρεσίας προσβάσεως στο ADSL από 185 σε 140 FRF. Αυτές οι μειώσεις τιμών ελήφθησαν πράγματι υπόψη, τόσο για όσους κατέστησαν συνδρομητές από την έναρξη της περιόδου της παραβάσεως (πίνακας 3.2 του παραρτήματος 3 της παραβάσεως) όσο και για το σύνολο των συνδρομητών (πίνακας 3.1 του ίδιου παραρτήματος).
- 148 Ομοίως, από τη σύγκριση των παραρτημάτων 2 και 4 της αποφάσεως και των επανεκτιμώμενων κυμαινόμενων εξόδων της Wanadoo ADSL προκύπτει ότι η τιμή της εθνικής και περιφερειακής κινήσεως κατήλθε, για το σύνολο των συνδρομητών, μεταξύ της πρώτης και της δεύτερης περιόδου, από 151 σε 52 FRF.

- 149 Εξάλλου, η μη χρέωση των εξόδων λειτουργίας για τους νέους συνδρομητές στην υπηρεσία eXtense (πίνακας 5.2 του παραρτήματος του παραρτήματος 5 της αποφάσεως), από τις 15 Οκτωβρίου 2001, συνεπάγεται μείωση των εξόδων λειτουργίας για το σύνολο των συνδρομητών (πίνακας 5.1 του ίδιου παραρτήματος) από 53,40 σε 27,16 ευρώ. Αντιστρόφως, τα τελευταία αυτά έξοδα ανέρχονται σε 32,37 ευρώ (πίνακας 7.1 του παραρτήματος 7 της αποφάσεως), όταν τα έξοδα λειτουργίας για τους νέους συνδρομητές στην υπηρεσία eXtense αποκαθίστανται από 15 Φεβρουαρίου 2002 (πίνακας 7.2 του ίδιου αυτού παραρτήματος).
- 150 Όσον αφορά το κόστος της διεθνούς «διασυνδέσεως», από τη σύγκριση των παραρτημάτων 5 και 7 της αποφάσεως για την υπηρεσία eXtense και των παραρτημάτων 6 και 8 της αποφάσεως για τη Wanadoo ADSL προκύπτει ότι η μείωση από 3,19 σε 1,62 ευρώ που πραγματοποιήθηκε μεταξύ της τρίτης και της τετάρτης περιόδου επιρρίφθηκε τόσο στους νέους συνδρομητές όσο και στο σύνολο των συνδρομητών (πίνακας 7.1 του παραρτήματος 7 ή πίνακας 8.1 του παραρτήματος 8 της αποφάσεως, ανάλογα με το προϊόν).
- 151 Η Επιτροπή, επομένως, έλαβε υπόψη τις διάφορες μεταβολές των τιμών κατά την εκτίμηση των εξόδων.
- 152 Συναφώς, πρέπει να επισημανθεί ότι ορθώς η Επιτροπή φρονεί ότι τα έσοδα και τα έξοδα μετά την παράβαση δεν μπορούν να ληφθούν υπόψη για την εκτίμηση του ποσοστού καλύψεως των εξόδων κατά την εξεταζόμενη περίοδο. Συγκεκριμένα, κατά τη νομολογία, το άρθρο 82 ΕΚ αφορά τη θέση που κατέχει η οικεία επιχείρηση στην κοινή αγορά κατά τον χρόνο τελέσεως της φερόμενης καταχρηστικής παραβάσεως (απόφαση του Δικαστηρίου της 16ης Δεκεμβρίου 1975, 40/73 έως 48/73, 50/73, 54/73 έως 56/73, 111/73, 113/73 και 114/73, Suiker Unie κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή τόμος 1975, σ. 507, σκέψη 450). Η WIN δεν μπορεί, συνεπώς, να περιλάβει στους υπολογισμούς της τιμές και έξοδα μεταγενέστερα του Οκτωβρίου του 2002. Συνεπώς, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας που στηρίζονται στις τιμές και τα έξοδα μετά τον Οκτώβριο του 2002 δεν μπορεί να αναιρέσουν την εκτίμηση της Επιτροπής.

- 153 Τέλος, όσον αφορά τον ισχυρισμό της WIN ότι η μοναδική κρίσιμη μέθοδος υπολογισμού των ποσοστών καλύψεως εν προκειμένω είναι η μέθοδος των σημερινών ταμειακών ροών, επισημαίνεται ότι, ακόμη και αν η WIN αποδείξει ότι ως ένα βαθμό η μέθοδος που εφαρμόζει είναι προσήκουσα, τούτο δεν αρκεί για να αποδείξει ότι η μέθοδος που χρησιμοποίησε εν προκειμένω η Επιτροπή δεν είναι σύννομη. Στην προσφεύγουσα απόκειται να αποδείξει την εν λόγω έλλειψη νομιμότητας. Από την ως άνω εξέταση προέκυψε ότι η Επιτροπή δεν υπέπεσε σε πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως επιλέγοντας τη μέθοδο αυτή.
- 154 Ως εκ τούτου, η WIN δεν απέδειξε ότι η Επιτροπή, χρησιμοποιώντας τα στοιχεία που καταχωρίστηκαν λογιστικώς από τη WIN και διορθώνοντάς τα κατά τρόπο ευνοϊκό για την ίδια προκειμένου να ληφθεί υπόψη το ιδιαίτερο πλαίσιο της επίμαχης αγοράς, τηρώντας συγχρόνως τις επιταγές της εξετάσεως που απαιτεί το άρθρο 82 ΕΚ, εφάρμοσε, εν προκειμένω, μη σύννομο έλεγχο καλύψεως των εξόδων.
- 155 Επιπλέον, διαπιστώνεται ότι, αφενός, από τη νομολογία δεν προκύπτει ότι η προσφυγή στη μέθοδο των σημερινών ταμειακών ροών επιβαλλόταν εν προκειμένω και, αφετέρου, ότι η WIN δεν προέβαλε κανένα επιχείρημα από το οποίο συνάγεται ότι η Επιτροπή υπέπεσε σε πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως επί του σημείου αυτού.
- 156 Κατά συνέπεια, οι ισχυρισμοί σχετικά με τη μέθοδο υπολογισμού του ποσοστού καλύψεως των εξόδων πρέπει να απορριφθούν.

Επί του εσφαλμένου υπολογισμού κατά την εφαρμογή της επιλεγείσας μεθόδου

— Επιχειρήματα των διαδίκων

- 157 Κατά τη WIN, η Επιτροπή υπέπεσε σε σφάλματα κατά την εφαρμογή της μεθόδου υπολογισμού που η ίδια επέλεξε, ιδίως κατά τους υπολογισμούς των συνολικών και

των κυμαινόμενων εξόδων. Η Επιτροπή επέλεξε διαφορετικές αξίες για τα ίδια έξοδα, κατά τρόπο συστηματικώς δυσμενή για τη WIN. Επίσης, αφαίρεσε αυθαίρετα τις διαφορές που αντιστοιχούν σε φερόμενους δωρεάν μήνες συνδρομής υπέρ των πελατών. Τα σφάλματα αυτά εξηγούν σε μεγάλο βαθμό την εκ μέρους της Επιτροπής διαπίστωση της μη καλύψεως των εξόδων. Για περισσότερες διευκρινίσεις επί των εν λόγω σφαλμάτων στους υπολογισμούς, η WIN παραπέμπει σε ένα από τα παραρτήματα του δικογράφου της προσφυγής της.

- 158 Η Επιτροπή φρονεί ότι το δικόγραφο της προσφυγής δεν προσδιορίζει τα φερόμενα σφάλματα υπολογισμού της Επιτροπής, καθόσον η παραπομπή στο προσαρτώμενο στο παράρτημα τμήμα της είναι γενική. Συνεπώς, αυτός ο επικουρικός λόγος ακυρώσεως πρέπει να κηρυχθεί απαράδεκτος.
- 159 Επιπλέον, κατά την Επιτροπή, η WIN δεν ισχυρίζεται ότι η διόρθωση των σφαλμάτων αυτών οδήγησε σε διαφορετικό αποτέλεσμα, καθόσον το ποσοστό καλύψεως των εξόδων εξακολουθεί να είναι κάτω του 100 %. Ως εκ τούτου, αυτός ο λόγος ακυρώσεως είναι, εν πάση περιπτώσει, αβάσιμος.
- 160 Με το υπόμνημα απαντήσεως, η WIN απάντησε ότι, εφόσον στο παράρτημα περιλαμβάνονται μόνον οι λεπτομέρειες των σφαλμάτων υπολογισμού, ο λόγος ακυρώσεως, που προβλήθηκε συνολτικώς με το δικόγραφο της προσφυγής, ήταν απαράδεκτος. Κατά την άποψή της, επιπλέον, αυτός ο λόγος ακυρώσεως δεν είναι πλέον βάσιμος. Συγκεκριμένα, από τον λόγο αυτό προκύπτει ότι τα ποσοστά καλύψεως των συνολικών εξόδων ανέρχονται από 90 έως 91 % σε 98 έως 99 %. Η Επιτροπή έκρινε ότι ένα ποσοστό καλύψεως της τάξεως του 99,7 % δεν αποτελούσε παράβαση.
- 161 Η WIN έβαλε, με το υπόμνημα απαντήσεως, κατά της συνεκτιμήσεως της διαφημίσεως στα κυμαινόμενα έξοδα και του υπολογισμού του μέσου όρου των ποσοστών καλύψεως των εξόδων για τις δύο επίμαχες υπηρεσίες.



## — Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

- 162 Καταρχάς, επιβάλλεται η διάκριση μεταξύ της εφαρμογής της μεθόδου καθορισμού του ποσοστού καλύψεως των εξόδων και των υπολογισμών καθαυτών, που περιορίζονται σε απλές μαθηματικές πράξεις. Από τα έγγραφα της WIN προκύπτει ότι δεν αμφισβητεί κατ' ουσίαν τους μαθηματικούς υπολογισμούς, αλλά τη συνεκτίμηση ορισμένων εσφαλμένων στοιχείων.
- 163 Η εφαρμογή της μεθόδου καθορισμού του ποσοστού καλύψεως των εξόδων, αντιθέτως προς τους υπολογισμούς καθαυτούς, προϋποθέτει, εκ μέρους της Επιτροπής, πολύπλοκη οικονομική εκτίμηση, οπότε πρέπει να της αναγνωρισθεί ευρεία εξουσία εκτιμήσεως (βλ., υπό την έννοια αυτή, προαναφερθείσα στη σκέψη 129 απόφαση Deere κατά Επιτροπής, σκέψη 34). Ο έλεγχος του δικαστή πρέπει, συνεπώς, να περιορίζεται στην εξακρίβωση της τηρήσεως των κανόνων διαδικασίας και αιτιολογίας, καθώς και στην ακρίβεια των πραγματικών περιστατικών, της ελλείψεως πρόδηλης πλάνης εκτιμήσεως και καταχρήσεως εξουσίας.
- 164 Ανεξαρτήτως του παραδεκτού του υπό εξέταση λόγου ακυρώσεως, πρέπει να επισημανθεί ότι, όπως υποστηρίζει η Επιτροπή, ακόμη και αν λαμβάνονταν υπόψη και αποδεικνύονταν όλα τα προβαλλόμενα σφάλματα, το ποσοστό καλύψεως των συνολικών εξόδων στο οποίο καταλήγει η WIN θα εξακολουθούσε να είναι, όπως η ίδια η WIN υποστηρίζει, κατώτερο του 99 % ή ακόμη και του 98 % για την υπηρεσία eXtense. Τούτο αφήνει να εννοηθεί η αιτίαση περί μη καλύψεως των συνολικών εξόδων σε όλη την εξεταζόμενη περίοδο.
- 165 Συναφώς, το ότι η Επιτροπή, ασκώντας την εξουσία της εκτιμήσεως, δέχθηκε ότι ένα ποσοστό καλύψεως των κυμαινόμενων εξόδων κατά 99,7 % δεν αποτελούσε παράβαση δεν μπορεί να την υποχρεώσει να δεχθεί το ίδιο για ποσοστό 98 ή 99 %, αναλόγως της περιπτώσεως, των συνολικών εξόδων. Συνεπώς, αυτός ο λόγος ακυρώσεως πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

- 166 Ως εκ περισσού, όσον αφορά το φερόμενο απαράδεκτο αυτού του λόγου ακυρώσεως, βάσει του άρθρου 21 του Οργανισμού του Δικαστηρίου και του άρθρου 44, παράγραφος 1, στοιχείο γ', του Κανονισμού Διαδικασίας, το δικόγραφο της προσφυγής πρέπει να περιέχει το αντικείμενο της διαφοράς και συνοπτική έκθεση των ισχυρισμών των οποίων γίνεται επίκληση. Τα στοιχεία αυτά πρέπει να είναι αρκούντως σαφή και ακριβή ώστε να μπορεί ο καθού διάδικος να προετοιμάσει την άμυνά του και το Πρωτοδικείο να αποφανθεί επί της προσφυγής χωρίς να χρειάζεται ενδεχομένως άλλα στοιχεία (διάταξη του Πρωτοδικείου της 29ης Νοεμβρίου 1993, T-56/92, Koelman κατά Επιτροπής, Συλλογή 1993, σ. II-1267, σκέψη 21).
- 167 Πρέπει επίσης να επισημανθεί ότι, αν το δικόγραφο της προσφυγής μπορεί να συμπληρωθεί, επί συγκεκριμένων σημείων, με παραπομπές σε αποσπάσματα εγγράφων των παραρτημάτων, τα παραρτήματα επιτελούν απλώς λειτουργία αποδεικτικών και διευκρινιστικών στοιχείων (απόφαση του Πρωτοδικείου της 7ης Νοεμβρίου 1997, T-84/96, Cipeke κατά Επιτροπής, Συλλογή 1997, σ. II-2081, σκέψη 34). Τα παραρτήματα δεν μπορούν, συνεπώς, να χρησιμεύσουν ως λόγος εκτιθέμενος συνοπτικώς με το δικόγραφο της προσφυγής μέσω της προβολής αιτιάσεων ή επιχειρημάτων που δεν περιλαμβάνονται σε αυτή. Η προσφεύγουσα πρέπει να επισημάνει με το δικόγραφο της προσφυγής τις αιτιάσεις επί των οποίων καλείται να αποφανθεί το Πρωτοδικείο καθώς και, τουλάχιστον συνοπτικώς, τα νομικά και τα επί των πραγματικών περιστατικών στοιχεία στα οποία στηρίχθηκαν αυτές οι αιτιάσεις (απόφαση του Δικαστηρίου της 31ης Μαρτίου 1992, C-52/90, Cipeke κατά Επιτροπής, Συλλογή 1992, σ. I-2187, σκέψη 17, και διάταξη του Πρωτοδικείου της 28ης Απριλίου 1993, T-85/92, De Hoe κατά Επιτροπής, Συλλογή 1993, σ. II-523, σκέψη 20).
- 168 Συνεπώς, αυτός ο λόγος ακυρώσεως είναι παραδεκτός στο μέτρο των σφαλμάτων που σαφώς αναφέρει το δικόγραφο της προσφυγής, ήτοι της επιλογής διαφορετικών αξιών για τα ίδια έξοδα και της μειώσεως των διαφορών που αντιστοιχούν σε φερόμενους δωρεάν μήνες συνδρομής υπέρ των πελατών. Αντιθέτως, δεν μπορεί να γίνει δεκτός όσον αφορά τη συνεκτίμηση της διαφημίσεως στα κυμαινόμενα έξοδα και τον υπολογισμό του μέσου όρου των ποσοστών καλύψεως των εξόδων για τις δύο εξεταζόμενες υπηρεσίες, στοιχεία που αναφέρονται και αναπτύσσονται σε ένα από τα παραρτήματα του δικογράφου της προσφυγής.
- 169 Συνεπώς, αυτός ο λόγος ακυρώσεως πρέπει να απορριφθεί ως εν μέρει απαράδεκτος και, εν πάση περιπτώσει, ως αβάσιμος, όπως αναφέρεται στη σκέψη 165.

## β) Επί των σχετικών με τον έλεγχο της καλύψεως των εξόδων αιτιάσεων

- 170 Κατά τη WIN, η Επιτροπή υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο και σε πρόδηλα σφάλματα εκτιμήσεως κατά την εφαρμογή του ελέγχου καλύψεως των εξόδων ο οποίος έπρεπε να οδηγήσει στην ακύρωση της αποφάσεως λόγω παραβάσεως του άρθρου 82 ΕΚ. Η WIN επικαλείται προς αιτιολόγηση το δικαίωμα ευθυγραμμίσεως της WIN με τις τιμές των ανταγωνιστών της, την έλλειψη σχεδίου επιθετικών τιμών και μειώσεως του ανταγωνισμού και την ανάγκη αποδείξεως της αποκαταστάσεως των απωλειών.

Επί της δικαιολογήσεως που αντλείται από το δικαίωμα ευθυγραμμίσεως των τιμών της WIN με τις τιμές των ανταγωνιστών της

## — Επιχειρήματα των διαδίκων

- 171 Κατά τη WIN, το δικαίωμα οποιουδήποτε επιχειρηματία να ευθυγραμμιστεί καλόπιστα με την τιμή που σε προγενέστερο στάδιο εφάρμοξε ανταγωνιστής του αποτελεί την ουσία του ανταγωνισμού. Το δικαίωμα αυτό αναγνωρίζεται από την ίδια την Επιτροπή με την πρακτική της λήψεως αποφάσεων, από τη νομολογία και από τις ομόφωνες διαπιστώσεις της θεωρίας και της οικονομικής αναλύσεως. Το ότι οι τιμές των ανταγωνιστών αντιστοιχούν σε τιμές κατώτερες των εξόδων της οικείας επιχειρήσεως δεν ασκεί καμία επιρροή επί του σημείου αυτού.

- 172 Για τον λόγο αυτό, η Επιτροπή, με την απόφασή της 83/462/ΕΟΚ, της 29ης Ιουλίου 1983, σχετικά με διαδικασία δυνάμει του άρθρου [82 ΕΚ] (IV/30.698 — ECS/Akzo — Προσωρινά μέτρα, ΕΕ L 252, σ. 13), παρέσχε ρητώς στην κατέχουσα δεσπόζουσα θέση οικεία επιχείρηση τη δυνατότητα να εφαρμόσει τιμές κατώτερες των εξόδων της προκειμένου να ευθυγραμμιστεί καλόπιστα με την τιμή που εφάρμοζαν σε προγενέστερο στάδιο οι ανταγωνιστές. Το Δικαστήριο, στο πλαίσιο εκδικάσεως

προσφυγής κατά της απόφασεως αυτής, επισήμανε ακριβώς, από απόψεως αρχών, το δικαίωμα μιας κατέχουσας δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεως να ευθυγραμμίζεται με τις τιμές των ανταγωνιστών της και έθεσε σαφώς με τη νομολογία του την εν λόγω αρχή.

173 Εξάλλου, με τις συνακόλουθες διαπιστώσεις της, η Επιτροπή αλλοίωσε το περιεχόμενο των πραγματικών περιστατικών βάλλοντας αβασίμως κατά της ευθυγραμμίσεως της WIN με τους ανταγωνιστές της.

174 Η Επιτροπή φρονεί ότι, μολονότι η ευθυγράμμιση με τις τιμές των ανταγωνιστών δεν απαγορεύεται άνευ ετέρου σε μια κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση, η δυνατότητα αυτή δεν της παρέχεται αν προϋποθέτει πρακτική τιμών κατώτερων του κόστους της επίμαχης υπηρεσίας. Εν προκειμένω, κατά την Επιτροπή, η πρακτική τιμών της κατέχουσας δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεως δεν καθιστά δυνατή την κάλυψη των εξόδων της, οπότε η ευθυγράμμιση με τις προνομιακές τιμές άλλου επιχειρηματία δεν μπορεί να δικαιολογηθεί. Εξάλλου, η Επιτροπή έκρινε ότι η WIN δεν κατείχε δεσπόζουσα θέση και αμφισβήτησε, ως εκ τούτου, την ακρίβεια των ισχυρισμών της WIN ότι οι πρακτικές της περί τιμών αποτελούσαν ευθυγράμμιση με τις τιμές των ανταγωνιστών της.

175 Εν πάση περιπτώσει, κατά την Επιτροπή, η σχετική με την ευθυγράμμιση συζήτηση είναι άνευ περιεχομένου. Συγκεκριμένα, η απόφαση προσάπτει απλώς στη WIN τη διατήρηση των τιμών της μετά τον Μάρτιο του 2001, σε περίοδο κατά την οποία οι εταιρίες Noos και Mangoosta είχαν αυξήσει τις τιμές τους τουλάχιστον κατά 20 % και δεν ετίθετο πλέον ζήτημα ευθυγραμμίσεως. Παραπέμπει, συναφώς, στην 331η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως.

— Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

176 Διαπιστώνεται, καταρχάς, ότι η Επιτροπή ουδόλως αμφισβητεί το δικαίωμα ενός επιχειρηματία να ευθυγραμμιστεί με την τιμή που εφάρμοσε σε προγενέστερο

στάδιο ανταγωνιστής του. Με την 315η αιτιολογική σκέψη της απόφασης, επισημαίνει ότι, «[μ]ολονότι είναι γεγονός ότι δεν απαγορεύεται άνευ ετέρου στον επιχειρηματία με δεσπόζουσα θέση να ευθυγραμμιστεί με τις τιμές των ανταγωνιστών του, ωστόσο η δυνατότητα αυτή ενδέχεται να μην του παρασχεθεί όταν συνεπάγεται τη μη κάλυψη των εξόδων της επίμαχης υπηρεσίας από την κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση».

- 177 Η WIN φρονεί ωστόσο ότι η Επιτροπή δεν λαμβάνει υπόψη την πρακτική της λήψεως αποφάσεων και τη νομολογία του Δικαστηρίου.
- 178 Συναφώς, παρατηρείται ότι, στις περιπτώσεις που επικαλείται η WIN, η αναγνώριση δικαιώματος ευθυγραμμίσεως σε μια κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση ήταν περιορισμένη. Η παρατήρηση αυτή ισχύει τόσο για την απόφαση 83/462 των προσωρινών μέτρων όσο και για την απόφαση του Δικαστηρίου που ακολούθησε (προαναφερθείσα στη σκέψη 100 απόφαση AKZO κατά Επιτροπής, σκέψη 134).
- 179 Συγκεκριμένα, με την απόφαση 83/462, η Επιτροπή δεν παρέσχε δυνατότητα γενικής ευθυγραμμίσεως των τιμών της AKZO με τις τιμές των ανταγωνιστών, αλλά μόνον ευθυγράμμιση στην περίπτωση συγκεκριμένου πελάτη με τις τιμές άλλου παραγωγού που θα μπορούσε να τον προμηθεύσει. Επιπλέον, αυτή η παροχή δυνατότητας ευθυγραμμίσεως υπό πολύ συγκεκριμένους όρους δεν περιλαμβανόταν στην τελική απόφαση που εκδόθηκε στο πλαίσιο της ίδιας υποθέσεως [απόφαση 85/609/ΕΟΚ της Επιτροπής, της 14ης Δεκεμβρίου 1985, σχετικά με διαδικασία εφαρμογής του άρθρου [82 ΕΚ] (IV/30.698 — ECS κατά AKZO Chemie), ΕΕ L 374, σ. 1].
- 180 Η WIN δεν μπορεί, επομένως, να υποστηρίξει στηριζόμενη αποκλειστικώς στο στοιχείο αυτό ότι η Επιτροπή, με την πρακτική της λήψεως αποφάσεων, αναγνώρισε στις κατέχουσες δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεις δικαίωμα ευθυγραμμίσεως με τις τιμές των ανταγωνιστών τους, μολονότι αυτό συνεπαγόταν την εκ μέρους τους εφαρμογή τιμών κατώτερων των εξόδων τους.

- 181 Με την προαναφερθείσα στη σκέψη 100 απόφαση ΑΚΖΟ κατά Επιτροπής, που αποτελεί το μοναδικό νομολογιακό παράδειγμα που παραθέτει η WIN προς στήριξη της απόψεώς της, το Δικαστήριο δεν αμφισβήτησε βεβαίως, από πλευράς αρχών, το δικαίωμα μιας κατέχουσας δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεως να ευθυγραμμίζει τις τιμές της. Ωστόσο, έχοντας κρίνει ότι η Επιτροπή ορθώς είχε διαπιστώσει την έλλειψη ανταγωνιστικής προσφοράς, το Δικαστήριο δεν όφειλε να αποφανθεί επί της νομιμότητας της ευθυγραμμίσεως μιας κατέχουσας δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεως με τις τιμές των ανταγωνιστών, στην περίπτωση κατά την οποία η ευθυγράμμιση αυτή συνεπάγεται τιμές κατώτερες των εξόδων.
- 182 Συνεπώς, δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι το δικαίωμα ευθυγραμμίσεως μιας κατέχουσας δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεως με τις τιμές του ανταγωνιστή είναι απόλυτο και ότι αναγνωρίστηκε ως τέτοιο από την Επιτροπή, με την πρακτική της λήψεως αποφάσεων, και με τη νομολογία, ιδίως όταν με το δικαίωμα αυτό δικαιολογείται η προσφυγή σε επιθετικές τιμές οι οποίες, εξάλλου, απαγορεύονται από τη Συνθήκη.
- 183 Εν προκειμένω, η Επιτροπή φρονεί ότι αυτή η δυνατότητα ευθυγραμμίσεως δεν πρέπει να αναγνωρισθεί στην κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση, όταν συνεπάγεται τη μη κάλυψη από την εν λόγω επιχείρηση του κόστους της επίμαχης υπηρεσίας.
- 184 Επομένως, πρέπει να εξακριβωθεί η συμβατότητα του περιορισμού αυτού με το κοινοτικό δίκαιο.
- 185 Υπενθυμίζεται καταρχάς ότι, κατά πάγια νομολογία, μολονότι η δεσπόζουσα θέση δεν μπορεί να στερήσει από μια επιχείρηση που βρίσκεται σε τέτοια θέση το δικαίωμα να διαφυλάξει τα εμπορικά της συμφέροντα, όταν αυτά απειλούνται, και πρέπει να της αναγνωρισθεί, σε λογικό μέτρο, το δικαίωμα να προβαίνει στις ενέργειες που κρίνει κατάλληλες για να προστατεύσει τα εν λόγω συμφέροντα, πλην όμως είναι ανεπίτρεπτες τέτοιες ενέργειες όταν αποσκοπούν ακριβώς στην ενίσχυση της δεσπόζουσας θέσεως και στην κατάχρησή της (προαναφερθείσα στη σκέψη 101 απόφαση United Brands κατά Επιτροπής, σκέψη 189, απόφαση του Πρωτοδικείου της 1ης Απριλίου 1993, T-65/89, BPB Industries και British Gypsum

κατά Επιτροπής, Συλλογή 1993, σ. II-389, σκέψη 117, και προαναφερθείσα στη σκέψη 104 απόφαση *Compagnie maritime belge transports* κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 146).

- 186 Οι ειδικές υποχρεώσεις που επιβάλλονται στις κατέχουσες δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεις επιβεβαιώθηκαν επανειλημμένως από τη νομολογία. Το Πρωτοδικείο έκρινε, με την από 17 Ιουλίου 1998 απόφασή του T-111/96, *ITT Promedia* κατά Επιτροπής (Συλλογή 1998, σ. II-2937, σκέψη 139), ότι από τη φύση των επιβαλλόμενων από το άρθρο 82 ΕΚ υποχρεώσεων προκύπτει ότι, υπό ειδικές συνθήκες, οι κατέχουσες δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεις μπορούν να απολέσουν το δικαίωμά τους να υιοθετήσουν συμπεριφορές ή να προβούν σε ενέργειες που δεν είναι αφ' εαυτών καταχρηστικές και που δεν θα ήταν επικριτέες αν είχαν πραγματοποιηθεί από επιχειρήσεις που δεν κατέχουν δεσπόζουσα θέση.
- 187 Η WIN δεν μπορεί να επικαλεστεί απόλυτο δικαίωμα ευθυγραμμίσεως με τις τιμές των ανταγωνιστών της για να δικαιολογήσει τη συμπεριφορά της. Μολονότι είναι γεγονός ότι η ευθυγράμμιση της κατέχουσας δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεως με τις τιμές των ανταγωνιστών της δεν είναι αφ' εαυτής καταχρηστική ή επικριτέα, δεν μπορεί να αποκλειστεί το ενδεχόμενο να αποκτήσει τέτοιο χαρακτήρα όταν δεν σκοπεύει μόνο στην προάσπιση των συμφερόντων της, αλλά και στην ενίσχυση της εν λόγω δεσπόζουσας θέσεως καθώς και στην κατάχρησή της.

Επί της φερόμενης ελλείψεως σχεδίου επιθετικών τιμών και μείωσης του ανταγωνισμού

— Επιχειρήματα των διαδίκων

- 188 Κατά τη WIN, η στρατηγική επιθετικών τιμών προϋποθέτει σημαντική μείωση του ανταγωνισμού. Κατά την άποψή της, μολονότι δεν υφίσταται καμία δυνατότητα εξοβελισμού των ανταγωνιστών, ή τουλάχιστον παρακωλύσεως ή περιορισμού της συμπεριφοράς τους, μια στρατηγική επιθετικών τιμών δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να θεωρηθεί εύλογη. Συνεπώς, επιβάλλοντας κυρώσεις στη WIN, ενώ

αναγνωρίζει ότι το μερίδιό της αγοράς μειώθηκε σημαντικά κατά την περίοδο τελέσεως της φερόμενης παραβάσεως και ότι ο ανταγωνισμός κατά το πέρας της εν λόγω περιόδου είναι έντονος, η Επιτροπή υπέπεσε σε σοβαρή παράβαση του άρθρου 82 ΕΚ. Η WIN δεν είχε καμία πιθανότητα να εκτοπίσει τους ανταγωνιστές της από την αγορά διατηρώντας τις τιμές σε υπερβολικά χαμηλό επίπεδο. Επιπλέον, δεδομένου ότι τα εμπόδια εισόδου είναι μικρά στον τομέα αυτό, θα ήταν ιδιαίτερος παράλογη η προσπάθεια εξοβελισμού των ανταγωνιστών σε ένα τέτοιο τομέα, διότι αυτό θα σήμαινε, ακόμη και σε περίπτωση αποκλεισμού, πιθανή είσοδο ανά πάσα στιγμή, με συνέπεια την εξάλειψη ενδεχόμενου συμφέροντος εξοβελισμού των ανταγωνιστών.

- 189 Η Επιτροπή υπέπεσε σε σοβαρό σφάλμα εκτιμήσεως προσάπτοντας στη WIN τον εξοβελισμό της εταιρίας Mangoosta. Πράγματι, η πτώχευση της επιχειρήσεως αυτής οφείλεται απλώς σε ιδιαίτερος επικίνδυνη στρατηγική και σε καμία περίπτωση τις τιμές που εφάρμοσε η WIN.
- 190 Η WIN βάζει εξάλλου κατά της Επιτροπής στο μέτρο που αποδίδει τη βραδύτητα της εξελίξεως ορισμένων ανταγωνιστών στη μη δυνατότητά τους να ευθυγραμμιστούν με τις τιμές της WIN. Η Επιτροπή δεν έλαβε υπόψη την επιθυμία των ανταγωνιστών της WIN να συγκεντρωθούν στην εξέλιξη της προσβάσεως χαμηλής ταχύτητας, σε βάρος του ADSL, ως μη συμφέροντος.
- 191 Η Επιτροπή υπέπεσε επίσης σε πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως στο μέτρο που θεώρησε ως επιθετικές τιμές απολύτως λογικές στο πλαίσιο έντονου ανταγωνισμού, οι οποίες συνέβαλαν στην ανάπτυξη της αγοράς και προκάλεσαν τον έντονο ανταγωνισμό που υφίσταται μέχρι σήμερα. Ο καταναλωτής, εν πάση περιπτώσει, ουδέποτε εθίγη, καθόσον επωφεληθήκε από τις χαμηλές τιμές.
- 192 Τέλος, κατά τη WIN, η στρατηγική που εφάρμοσε ουδόλως μπορεί να θεωρηθεί ότι αποκαλύπτει οποιαδήποτε πρόθεση επιθετικής στρατηγικής. Η Επιτροπή περιορί-



στηκε στην επισήμανση των στοιχείων που αποδεικνύουν υποτιθέμενη πρόθεση της WIN να εξοβελίσει τους ανταγωνιστές της, αλλά ουδέποτε απέδειξε την ύπαρξη πραγματικού σχεδίου εξοβελισμού. Το ουσιώδες μέρος του επιχειρήματος της Επιτροπής περί της φερόμενης προθέσεως εξοβελισμού στηρίζεται σε αυθαίρετη και μεροληπτική επιλογή των εσωτερικών εγγράφων που κατασχέθηκαν στις εγκαταστάσεις της WIN.

193 Η Επιτροπή φρονεί ότι η απόδειξη των συγκεκριμένων αποτελεσμάτων των επιθετικών τιμών που εφάρμοσε η WIN δεν είναι καθοριστική για τη διαπίστωση της επίμαχης παραβάσεως. Υποστηρίζει ότι το άρθρο 82 ΕΚ πρέπει να εφαρμοστεί αφ' ης στιγμής υφίσταται κίνδυνος εξαλείψεως του ανταγωνισμού, χωρίς να είναι αναγκαίο να επιτύχει προηγουμένως ο σκοπός του εξοβελισμού.

194 Όσον αφορά το σχέδιο επιθετικών τιμών, η Επιτροπή υποστηρίζει ότι από τη νομολογία προκύπτει ότι το στοιχείο της προθέσεως τεκμαίρεται στην περίπτωση τιμών κατώτερων των μέσων κυμαινόμενων εξόδων και πρέπει να αποδεικνύεται βάσει σοβαρών και συγκλινουσών ενδείξεων στην περίπτωση τιμών που είναι κατώτερες των μέσων συνολικών αλλά ανώτερες των μέσων κυμαινόμενων εξόδων. Η Επιτροπή φρονεί ότι, με την απόφαση, παρέσχε σοβαρές ενδείξεις από τις οποίες προκύπτει ότι η επιχείρηση προέβη ηθελημένα σε στρατηγική «προληπτικού αποκλεισμού» της αγοράς και περιορισμού του ανταγωνισμού.

#### — Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

195 Όσον αφορά τις προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 82 ΕΚ και τη διάκριση μεταξύ του σκοπού και του αποτελέσματος της καταχρηστικής πρακτικής, πρέπει να τονιστεί ότι, για την εφαρμογή του άρθρου αυτού, είναι πιθανή η σύγχυση του σκοπού με το αντίθετο προς τον ανταγωνισμό αποτέλεσμα. Πράγματι, αν αποδειχθεί ότι ο σκοπός τον οποίο επιδιώκει η συμπεριφορά μιας κατέχουσας δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεως είναι να περιορίσει τον ανταγωνισμό,

η συμπεριφορά αυτή μπορεί επίσης να επιφέρει τέτοιο αποτέλεσμα. Συγκεκριμένα, όσον αφορά τις πρακτικές τιμών, το Δικαστήριο έκρινε, με την προαναφερθείσα στη σκέψη 100 απόφασή του ΑΚΖΟ κατά Επιτροπής, ότι κατώτερες του μέσου όρου των κυμαινόμενων εξόδων τιμές, με τις οποίες επιχείρηση κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχειρεί να εκτοπίσει ανταγωνίστρια επιχείρηση, πρέπει να θεωρούνται, αφ' εαυτών, ως καταχρηστικές και ότι τιμές που είναι κατώτερες από τον μέσον όρο των συνολικών εξόδων, αλλά ανώτερες από τον μέσο όρο των κυμαινόμενων εξόδων, είναι καταχρηστικές, όταν καθορίζονται στο πλαίσιο σχεδίου που αποβλέπει στον εξοβελισμό από την αγορά ανταγωνιστικής επιχειρήσεως. Στο πλαίσιο της υποθέσεως αυτής, το Δικαστήριο δεν ζήτησε καμία απόδειξη των συγκεκριμένων αποτελεσμάτων των αμφίβολης νομιμότητας πρακτικών (βλ., υπό την έννοια αυτή, απόφαση του Πρωτοδικείου της 30ής Σεπτεμβρίου 2003, T-203/01, Michelin κατά Επιτροπής, Συλλογή 2003, σ. II-4071, σκέψεις 241 και 242).

<sup>196</sup> Εξάλλου, πρέπει να προστεθεί ότι, όταν μια κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση εφαρμόζει πράγματι πρακτική με σκοπό να εκτοπίσει έναν ανταγωνιστή, η μη επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού δεν αρκεί για να απορριφθεί ο χαρακτηρισμός της συμπεριφοράς της ως καταχρήσεως δεσπόζουσας θέσεως κατά την έννοια του άρθρου 82 ΕΚ (αποφάσεις του Πρωτοδικείου *Compagnie maritime belge transports* κ.λπ. κατά Επιτροπής, προαναφερθείσα στη σκέψη 104, σκέψη 149, και απόφαση της 7ης Οκτωβρίου 1999, T-228/97, *Irish Sugar* κατά Επιτροπής, Συλλογή 1999, σ. II-2969, σκέψη 191).

<sup>197</sup> Προκύπτει σαφώς ότι, όσον αφορά τις επιθετικές τιμές, το πρώτο στοιχείο της καταχρηστικής πρακτικής που εφάρμοσε η κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση συνίσταται στη μη κάλυψη των εξόδων της. Στην περίπτωση της μη κάλυψης των κυμαινόμενων εξόδων, το δεύτερο στοιχείο, ήτοι η πρόθεση εφαρμογής επιθετικών τιμών, τεκμαίρεται, ενώ, για τις κατώτερες του μέσου όρου των συνολικών εξόδων, πρέπει να αποδειχθεί η ύπαρξη σχεδίου εξοβελισμού. Σύμφωνα με την προαναφερθείσα στη σκέψη 130 απόφαση της 6ης Οκτωβρίου 1994 *Tetra Pak* κατά Επιτροπής (σκέψη 151), αυτή η πρόθεση εξοβελισμού πρέπει να αποδεικνύεται βάσει σοβαρών και συγκλινουσών ενδείξεων.

<sup>198</sup> Εν προκειμένω, η Επιτροπή απέδειξε τη δεσπόζουσα θέση της WIN και δέχθηκε σε βάρος της, με το άρθρο 1 της αποφάσεως, τη μη κάλυψη των κυμαινόμενων εξόδων της μέχρι τον Αύγουστο του 2001 καθώς και τη μη κάλυψη των συνολικών εξόδων

της από την ημερομηνία αυτή μέχρι τον Οκτώβριο του 2002. Για την περίοδο της μη καλύψεως των συνολικών εξόδων, όφειλε, επομένως, για να αποδείξει την παράβαση, να παράσχει σοβαρές ενδείξεις όσον αφορά την ύπαρξη στρατηγικής «προληπτικού αποκλεισμού» της αγοράς.

<sup>199</sup> Με την 110η αιτιολογική σκέψη, η απόφαση παραπέμπει σε σειρά εγγράφων, τα οποία αφορούν ολόκληρη την επίμαχη περίοδο και μαρτυρούν την ύπαρξη στρατηγικής «προληπτικού αποκλεισμού» της αγοράς υψηλής ταχύτητας από τη WIN, ειδικότερα δε:

- έγγραφο του Ιουλίου του 2000 που περιγράφει τον στόχο για το δεύτερο εξάμηνο του 2000 και για το 2001: «προληπτικός αποκλεισμός της αγοράς ADSL με πλήρη προσφορά περιλαμβάνουσα [επιπλέον] πακέτο (pack) και επιτάχυνση των τοποθετήσεων για το 2001, αλλά αρνητικό ισολογισμό»·
- ηλεκτρονικό ταχυδρομείο του Ιουλίου του 2000 σχετικά με συζήτηση όσον αφορά το κατάλληλο επίπεδο τιμής, που ανέφερε τα εξής: «είναι δυσχερής ο προσωρινός αποκλεισμός της αγοράς με υπερβολικά υψηλή τιμή»·
- το ενημερωτικό έγγραφο για το 2001 που αναφέρει τα εξής: «ο προληπτικός αποκλεισμός της αγοράς ADSL είναι αναγκαίος»·
- παρουσίαση της 28ης Φεβρουαρίου 2001 που κάνει λόγο για «εκστρατεία προληπτικού αποκλεισμού της αγοράς υψηλής ταχύτητας από τη [WIN]»·
- στρατηγικό σχέδιο για το 2002-2004 με το οποίο υπενθυμίζεται για την περίοδο 2001-2003 η έντονη ανάπτυξη του τομέα υψηλής ταχύτητας και ο στόχος του «προληπτικού αποκλεισμού μιας αγοράς ως πηγή εσόδων».

- 200 Εξάλλου, από έγγραφο της WIN προκύπτει ότι σκοπός της ήταν να αποκτήσει και να διατηρήσει στη συνέχεια σημαντικά μερίδια αγοράς. Το ενημερωτικό έγγραφο για το 2001 επισημαίνει, για παράδειγμα, ότι «το 70 [...] έως 80 % της αγοράς ADSL πρέπει να αποδοθεί στη [WIN]». Μια παρουσίαση του προέδρου και γενικού διευθυντή της WIN προς τη συντονιστική επιτροπή της France Télécom του Ιουνίου του 2001 κάνει λόγο για μερίδιο αγοράς της τάξεως του 80 % σε ολόκληρη την περίοδο 2001-2004 για τις «“αυτόνομες” προσφορές τύπου Wanadoo ADSL» και μερίδιο αγοράς αυξημένο από 50 % κατά μέσον όρο το 2001 σε 72 % το 2004 για τις «προσφορές “πακέτο” τύπου eXtense».
- 201 Βεβαίως, η WIN αμφισβητεί το περιεχόμενο των εγγράφων αυτών και ιδίως την έννοια του όρου «προληπτικός αποκλεισμός» που χρησιμοποιούν. Κατά την άποψή της, αυτές οι ανεπίσημες και αυθόρμητες, ακόμη και απερισκεπτες, δηλώσεις αντανakλούν απλώς τη διαλεκτική της διαδικασίας λήψεως αποφάσεων. Δεν δεσμεύουν την επιχείρηση, αλλά μόνον τα πρόσωπα από τα οποία προέρχονται.
- 202 Πρέπει πάντως να επισημανθεί ότι οι δηλώσεις αυτές προέρχονται από στελέχη που ανήκουν στο προσωπικό της διευθύνσεως της επιχειρήσεως και ότι ορισμένες διατυπώθηκαν στο πλαίσιο επισήμων παρουσιάσεων για όργανα λήψεως αποφάσεων ή ενημερωτικών εγγράφων που έτυχαν ιδιαίτερης επεξεργασίας. Ο αυθόρμητος και απερισκεπτος χαρακτήρας τους είναι, επομένως, αμφίβολος.
- 203 Εξάλλου, η WIN υποστήριξε, με το δικόγραφο της προσφυγής της και κυρίως με ορισμένα παραρτήματα του δικογράφου αυτού, ότι η πλειονότητα των φερόμενων σε βάρος της εγγράφων και δηλώσεων παρερμηνεύθηκαν και ότι η Επιτροπή εκουσίως παρέλειψε να λάβει υπόψη πολλές ελαφρυντικές δηλώσεις.
- 204 Διαπιστώνεται ότι, με το δικόγραφο της προσφυγής της, η WIN περιορίστηκε στον ισχυρισμό ότι η Επιτροπή χρησιμοποιεί πολλά αποσπάσματα εσωτερικών εγγράφων τα οποία δεν τοποθετεί στο πραγματικό τους πλαίσιο. Ένας τόσο αόριστος

ισχυρισμός δεν μπορεί να παράσχει στον καθού τη δυνατότητα να προετοιμάσει την άμυνά του και στο Πρωτοδικείο να αποφανθεί, ενδεχομένως χωρίς άλλες πληροφορίες προς στήριξή του (προαναφερθείσα στη σκέψη 166 διάταξη Koelman κατά Επιτροπής, σκέψη 21). Θα αντέβαινε προς την καθαρώς αποδεικτική λειτουργία τους να μπορούν τα παραρτήματα να χρησιμοποιηθούν προκειμένου να αποδειχθεί λεπτομερώς ένας ισχυρισμός ο οποίος προβλήθηκε με το δικόγραφο της προσφυγής με ανεπαρκή σαφήνεια και ανακρίβεια.

205 Επομένως, είναι απορριπτέα η αιτίαση αυτή την οποία η WIN αντλεί από τη συνεκτίμηση, εκτός του πλαισίου τους, φερόμενων σε βάρος της εγγράφων και από τη μη συνεκτίμηση πολλών ελαφρυντικών δηλώσεων.

206 Επιπλέον, πρέπει να επισημανθεί ότι, ακόμη και αν το χωρίο «είναι δυσχερής ο προσωρινός αποκλεισμός της αγοράς με υπερβολικά υψηλή τιμή» ενταχθεί στο πλαίσιο του, ήτοι αν προηγηθεί η φράση «εφαρμόζουμε πολύ υψηλές τιμές» και ακολουθήσει η φράση «οι ανταγωνιστές μας θα έχουν κατώτερες τιμές», η ιδέα της προθέσεως εξοβελισμού των ανταγωνιστών εξακολουθεί να υφίσταται.

207 Ομοίως, το χωρίο «ο προληπτικός αποκλεισμός της αγοράς ADSL είναι αναγκαίος» δεν μπορεί να ερμηνευθεί διαφορετικά από πρόθεση «προληπτικού αποκλεισμού», ακόμη και αν ενταχθεί στο πλαίσιο που προτείνει η WIN, ήτοι στο πλαίσιο γενικευμένου ανταγωνισμού. Το γεγονός ότι η δήλωση στην οποία αναφέρεται η Επιτροπή συνοδεύεται από τη δήλωση σύμφωνα με την οποία «η εφαρμογή ανταγωνισμού στον τομέα ADSL θα προκαλέσει μείωση των τιμών της Netissimo (στο λιανικό και χονδρικό εμπόριο) ήδη από την αρχή του 2001» και «ο καθορισμός των όρων κοστολόγησεως της συγκεντρώσεως του τοπικού βρόχου θα συμβάλει αναμφισβήτητα στη μείωση των τιμών ADSL» δεν μειώνει την εκφρασθείσα ανάγκη της WIN να «αποκλείσει προληπτικώς» την αγορά.

208 Το χωρίο σύμφωνα με το οποίο το «το 70 [...] έως 80 % της αγοράς ADSL πρέπει να αποδοθεί στη Wanadoo» δεν αμφισβητείται πραγματικά. Η WIN αναφέρει απλώς

ότι δεν γίνεται μνεία για ενδεχόμενη προσφυγή σε χαμηλές τιμές και ότι δεν υφίσταται, ως εκ τούτου, σχέση μεταξύ των καθορισθεισών τιμών και των σκοπών της από πλευράς μεριδίου αγοράς. Εντούτοις, το γεγονός ότι δεν αναφέρεται ο τρόπος επιτεύξεως ποσοστού 70 έως 80 % της αγοράς ADSL ουδόλως μεταβάλλει τον επιδιωκόμενο σκοπό.

- 209 Εν πάση περιπτώσει, οι δηλώσεις αυτές, που περιλαμβάνονται σε εσωτερικά έγγραφα της εταιρίας, αποτελούν ένδειξη της υπάρξεως σχεδίου επιθετικής στρατηγικής, υπέρ της οποίας συνηγορούν και άλλα στοιχεία.
- 210 Κατά τις αιτιολογικές σκέψεις 279 επ. της αποφάσεως, η πρόθεση περιορισμού του ανταγωνισμού προκύπτει επίσης από το γεγονός ότι η WIN γνώριζε ότι τη στρατηγική της περί μη αποδοτικής τιμολογήσεως, που συνδυαζόταν με σημαντικές πωλήσεις, δεν μπορούσαν να ακολουθήσουν οι ανταγωνιστές της.
- 211 Με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο προς τον πρόεδρο και γενικό διευθυντή της WIN του τέλους Απριλίου του 2001(279η αιτιολογική σκέψη και υποσημείωση 319 της αποφάσεως), ο υπεύθυνος των υπηρεσιών ADSL αναφέρεται στους ανταγωνιστές που είτε δεν υπογράφουν την προσφορά υπηρεσίας υποστηρίξεως της France Télécom είτε βρίσκονται «στο μεταίχμιο».
- 212 Η WIN γνώριζε επίσης ότι η αδυναμία εφαρμογής των τιμών της λιανικής πωλήσεως χωρίς απώλειες εμπόδιζε την AOL να εισέλθει στην αγορά υψηλής ταχύτητας. Συγκεκριμένα, σε ηλεκτρονικό ταχυδρομείο της France Télécom της 29ης Ιουνίου 2001 προς τον διευθυντή στρατηγικού μάρκετινγκ της WIN επισυνάπτεται παρέμβαση του προέδρου και γενικού διευθυντή της AOL France η οποία έχει ως εξής (υποσημείωση 321 της αποφάσεως):

«Από την εποχή που ήταν μέτοχός μας η Cégétel, υποβάλαμε προσφορά με τη Monaco Telecom και διαθέταμε 500 συνδρομητές. Η προσφορά δεν απευθύνθηκε

στη Γαλλία, διότι η προσφορά μεταπωλήσεως ADSL της France Télécom δεν μας παρέχει σήμερα τη δυνατότητα αποκομίσεως κέρδους. Τεχνικώς, είμαστε έτοιμοι, αλλά δεν είμαστε διατεθειμένοι να υποστούμε ζημία.»

- 213 Από έγγραφο που τιτλοφορείται «Analyse de note — Télécoms — Un point sur la réglementation de l'internet en France», της 20ής Ιουλίου 2001, προκύπτει ότι η WIN είχε αναλύσει λεπτομερώς τα προνόμιά της ως πρωταγωνιστής στην αγορά (280η αιτιολογική σκέψη και υποσημείωση 322 της αποφάσεως). Το έγγραφο ανέφερε ότι ένας ανταγωνιστής που διαθέτει δίκτυο μικρότερο από αυτό της WIN έχει μικρότερα περιθώρια στα έξοδα δικτύου σε πολλά σημεία από αυτά που προβλέπονται για τη WIN.
- 214 Από τα προεκτεθέντα προκύπτει ότι η εκ μέρους της WIN ανακοίνωση, το 2001 και στην αρχή του 2002, αρκετά φιλόδοξων εμπορικών στόχων, τους οποίους μια μη κατέχουσα δεσπίζουσα θέση επιχείρηση θα δυσκολευόταν να επιτύχει υπό τις δυσμενείς συνθήκες αποδοτικότητας της εποχής, είχε ως συνέπεια την αποθάρρυνση των αντίπαλων επιχειρήσεων. Αυτό προερχόταν από τον στόχο περί εξοβελισμού του ανταγωνιστών που επιδίωκε η επιχείρηση.
- 215 Βάσει όλων των ανωτέρω σκέψεων, διαπιστώνεται ότι η Επιτροπή παρέσχε σοβαρές και συγκλίνουσες ενδείξεις ως προς την ύπαρξη σχεδίου επιθετικής στρατηγικής για όλη την περίοδο της παραβάσεως. Η λογική στην οποία υπακούει αυτή η στρατηγική απορρέει σαφώς από ένα σημείωμα της στρατηγικής διευθύνσεως της WIN του Δεκεμβρίου 2001, σύμφωνα με το οποίο:

«Η αγορά υψηλής ταχύτητας και το ADSL υπακούουν για κάποια ακόμη έτη σε λογική κατακτήσεως, ο δε στρατηγικός στόχος τους είναι η δεσπίζουσα θέση στην αγορά και το στάδιο αποδοτικότητας είναι πολύ μεταγενέστερο.»

- 216 Σύμφωνα με την προαναφερθείσα στη σκέψη 100 απόφαση ΑΚΖΟ κατά Επιτροπής και τις προαναφερθείσες στη σκέψη 130 αποφάσεις της 6ης Οκτωβρίου 1994 και της 14ης Νοεμβρίου 1996, Tetra Pak κατά Επιτροπής, η Επιτροπή όρισε τα δύο στοιχεία που απαιτεί η απόδειξη μιας πρακτικής επιθετικών τιμών, κατώτερων από τα συνολικά έξοδα, κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεως.
- 217 Τα επιχειρήματα που προέβαλε η WIN όσον αφορά τις οικονομίες κλίμακας και τα αποτελέσματα της τεχνολογίας που δικαιολογούν εν προκειμένω την εφαρμογή τιμών κατώτερων του κόστους δεν μπορούν να αναιρέσουν το συμπέρασμα στο οποίο κατέληξε το Πρωτοδικείο. Πράγματι, η επιχείρηση που εφαρμόζει επιθετικές τιμές μπορεί να επωφεληθεί από οικονομίες κλίμακας και αποτελέσματα τεχνολογίας λόγω αυξημένης παραγωγής η οποία οφείλεται ακριβώς στην εν λόγω πρακτική. Οι οικονομίες κλίμακας και τα σημειωθέντα αποτελέσματα τεχνολογίας δεν απαλλάσσουν, επομένως, την επιχείρηση από την εκ του άρθρου 82 ΕΚ ευθύνη της.
- 218 Συνεπώς, η αιτίαση που αντλείται από έλλειψη σχεδίου επιθετικών τιμών δεν μπορεί να γίνει δεκτή.

Επί της καλύψεως των απωλειών

— Επιχειρήματα των διαδίκων

- 219 Η WIN υποστηρίζει ότι η κάλυψη των απωλειών αποτελεί χωριστό στοιχείο του ελέγχου επιθετικών τιμών το οποίο πρέπει να αποδείξει η Επιτροπή. Φρονεί ότι, αν η κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση δεν μπορεί να προσβλέπει, ιδίως λόγω του ότι η πρόσβαση στην οικεία αγορά είναι εύκολη, στη μακροπρόθεσμη μείωση του ανταγωνισμού προκειμένου να καλύψει τις απώλειές της, δεν είναι λογικό για εκείνη να δεσμευθεί σε πολιτική επιθετικών τιμών. Στην περίπτωση αυτή, η πολιτική



χαμηλών τιμών που εφαρμόζει η επιχείρηση θα μπορούσε να εξηγηθεί μόνον εκτός του πλαισίου στρατηγικής επιθετικών τιμών.

- 220 Κατά τη WIN, την άποψη αυτή ασπάζεται το σύνολο των οικονομολόγων και νομικών συγγραφέων, καθώς και πολλά δικαστήρια και αρχές του ανταγωνισμού, στις οποίες συγκαταλέγονται και τα των ΗΠΑ, αλλά και πολλών κρατών μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η κοινοτική νομολογία ουδέποτε απέκλεισε μια τέτοια άποψη.
- 221 Οι όροι του ανταγωνισμού στην αγορά υψηλής ταχύτητας προσβάσεως στο Διαδίκτυο είναι εντελώς διαφορετικοί από αυτούς τους οποίους εξέτασαν το Πρωτοδικείο και το Δικαστήριο στις προηγούμενες υποθέσεις επιθετικής στρατηγικής. Συγκεκριμένα, τα εμπόδια εισόδου στην αγορά αυτή είναι ασήμαντα, η αύξηση είναι σημαντική, η αντίθεση προς τον ανταγωνισμό κατάσταση δεν είναι παγιωμένη και οι σημερινές και δυνητικές νέες εισοδοί είναι πολλές. Η Επιτροπή, επομένως, υπέπεσε σε σοβαρή πλάνη περί το δίκαιο υποστηρίζοντας ότι η απόδειξη της αποκαταστάσεως των απωλειών δεν είναι αναγκαία.
- 222 Εξάλλου, κατά τη WIN, η Επιτροπή υπέπεσε σε πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως και σε πλάνη περί το δίκαιο, εκτιμώντας ότι απέδειξε τη δυνατότητα αποκαταστάσεως των απωλειών.
- 223 Η Επιτροπή επισημαίνει ότι η απόδειξη της αποκαταστάσεως των απωλειών δεν αποτελεί προϋπόθεση της διαπιστώσεως επιθετικών τιμών αντίθετων προς το άρθρο 82 ΕΚ. Κατά την άποψή της, η σχετική νομολογία είναι σαφής. Επικουρικώς, η Επιτροπή επισημαίνει ότι η αποκατάσταση των απωλειών εν προκειμένω κατέστη πιθανή από τη δομή της αγοράς και από τη συνακόλουθη προοπτική εσόδων.

## — Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

224 Με την προαναφερθείσα στη σκέψη 100 απόφαση ΑΚΖΟ κατά Επιτροπής (σκέψεις 71 και 72), το Δικαστήριο αναγνώρισε την ύπαρξη δύο διαφορετικών μεθόδων αναλύσεως, όταν πρόκειται να εξακριβώσει αν μια επιχείρηση εφάρμοσε επιθετικές τιμές. Πρώτον, οι κατώτερες του μέσου όρου τιμές των κυμαινόμενων εξόδων πρέπει πάντα να θεωρούνται καταχρηστικές. Στην περίπτωση αυτή, δεν μπορεί να γίνει δεκτός άλλος οικονομικός σκοπός πλην του εξοβελισμού του ανταγωνιστή, διότι κάθε προϊόν που παράγεται και πωλείται συνεπάγεται απώλεια για την επιχείρηση. Δεύτερον, οι τιμές που είναι κατώτερες του μέσου όρου των συνολικών εξόδων, αλλά ανώτερες του μέσου όρου των κυμαινόμενων εξόδων πρέπει να θεωρούνται καταχρηστικές μόνον όταν μπορεί να αποδειχθεί σχέδιο εξοβελισμού των ανταγωνιστών (προαναφερθείσα στη σκέψη 130 απόφαση της 14ης Νοεμβρίου 1996, Tetra Pak κατά Επιτροπής, σκέψη 41).

225 Με την προαναφερθείσα στη σκέψη 130 απόφασή του της 14ης Νοεμβρίου 1996, Tetra Pak κατά Επιτροπής (σκέψεις 42 και 43), το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι, στην αναιρεσιβληθείσα απόφαση, το Πρωτοδικείο ακολούθησε το ίδιο σκεπτικό. Το Δικαστήριο διευκρίνισε ότι:

«42 Με την αναιρεσιβαλλομένη απόφαση, το Πρωτοδικείο πρόεβη στην ίδια εξέταση στην οποία πρόεβη και το Δικαστήριο με την προπαρατεθείσα απόφαση ΑΚΖΟ κατά Επιτροπής. Ως προς τις πωλήσεις μη ασηπτικών χάρτινων κουτιών στην Ιταλία μεταξύ 1976 και 1981, διαπίστωσε ότι οι τιμές ήταν κατά πολύ κατώτερες από τον μέσο όρο των κυμαινόμενων εξόδων. Η απόδειξη της προθέσεως εξοβελισμού των ανταγωνιστών δεν ήταν, επομένως, αναγκαία. Το 1982, οι τιμές των εν λόγω χάρτινων κουτιών ήσαν μεταξύ του μέσου κυμαινόμενου κόστους και του μέσου συνολικού κόστους. Για τον λόγο αυτό, στη σκέψη 151 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, το Πρωτοδικείο προσπάθησε, χωρίς εξάλλου να υπάρξουν σχόλια εκ μέρους της προσφεύγουσας, να αποδείξει ότι η Tetra Pak είχε την πρόθεση εξοβελισμού ενός ανταγωνιστή.

43 Στις σκέψεις 189 έως 191 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, το Πρωτοδικείο ακολούθησε, επίσης ορθώς, ακριβώς την ίδια συλλογιστική ως προς τις πωλήσεις μηχανών μη ασηπτικής συσκευασίας στο Ηνωμένο Βασίλειο μεταξύ των ετών 1981 και 1984.»

226 Όσον αφορά κάλυψη των απωλειών, το Δικαστήριο προσέθεσε, με τη σκέψη 44 της προαναφερθείσας αποφάσεως, τα εξής:

«[Υ]πό τις περιστάσεις της παρούσας υποθέσεως, δεν θα ήταν σκόπιμο να κριθεί αναγκαίο, ως συμπληρωματική απόδειξη, να αποδειχθεί ότι η Tetra Pak μπορούσε πράγματι να προσδοκά ότι θα καλύψει τις ζημίες της. Πράγματι, σε περίπτωση εφαρμογής τιμών προς άγραν πελατείας, πρέπει να είναι δυνατή η επιβολή κυρώσεως, εφόσον υπάρχει κίνδυνος εξοβελισμού των ανταγωνιστών. Εν προκειμένω, το Πρωτοδικείο διαπίστωσε τέτοιο κίνδυνο στις σκέψεις 151 και 191 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως. Ο επιδιωκόμενος στόχος, που είναι η διαφύλαξη ανόθευτου ανταγωνισμού, δεν επιτρέπει την αναμονή μέχρις ότου καταλήξει μια τέτοια στρατηγική στον πραγματικό εξοβελισμό των ανταγωνιστών.»

227 Ακολουθώντας την κοινοτική νομολογία, η Επιτροπή μπορούσε, συνεπώς, να θεωρήσει καταχρηστικές τις τιμές που ήταν κατώτερες των μέσων τιμών των κυμαινόμενων εξόδων. Στην περίπτωση αυτή, η πρόθεση εξοβελισμού μέσω της εν λόγω πρακτικής τιμών τεκμαίρεται (βλ., υπό την έννοια αυτή, προαναφερθείσα στη σκέψη 130 απόφαση της 6ης Οκτωβρίου 1994, Tetra Pak κατά Επιτροπής, σκέψη 148). Όσον αφορά τα συνολικά έξοδα, η Επιτροπή θα έπρεπε να είχε αποδείξει περαιτέρω ότι η πρακτική επιθετικών τιμών της WIN εντασσόταν στο πλαίσιο σχεδίου «προληπτικού αποκλεισμού» της αγοράς. Σε αμφότερες τις περιπτώσεις, δεν ήταν αναγκαίο να αποδειχθεί, ως συμπληρωματική απόδειξη, ότι η WIN είχε πραγματική ευκαιρία να αποκαταστήσει τις απώλειες.

228 Επομένως, ορθώς η Επιτροπή έκρινε ότι η απόδειξη της αποκαταστάσεως των απωλειών δεν αποτελούσε προϋπόθεση της διαπιστώσεως πρακτικής επιθετικών τιμών.

229 Αντιθέτως, σύμφωνα με τις αποφάσεις της 6ης Οκτωβρίου 1994 και της 14ης Νοεμβρίου 1996, Tetra Pak κατά Επιτροπής (ανωτέρω σκέψη 130), και AKZO κατά Επιτροπής (ανωτέρω σκέψη 100), πρέπει να εξακριβώνεται, στην περίπτωση τιμών

κατώτερων από τα συνολικά έξοδα αλλά υψηλότερων από τα κυμαινόμενα, αν εντάσσονται στο πλαίσιο σχεδίου εξαλείψεως του ανταγωνισμού. Με την ανωτέρω σκέψη 215, το Πρωτοδικείο κατέληξε ότι η Επιτροπή παρέσχε σοβαρές και συγκλίνουσες ενδείξεις περί της υπάρξεως σχεδίου επιθετικών τιμών καθόλη τη διάρκεια της περιόδου παραβάσεως.

- 230 Συνεπώς, πρέπει να απορριφθούν όλοι οι λόγοι που προβλήθηκαν προς στήριξη της αιτήσεως περί ακυρώσεως της αποφάσεως.

## II — *Επί των επικουρικών αιτημάτων εξαφανίσεως ή μειώσεως του προστίμου*

- 231 Επικουρικός, η WIN βάλλει κατά του ποσού του προστίμου που της επιβλήθηκε και ζητεί την άρση της ποινής αυτής ή τη σημαντική μείωση του ποσού της. Προς στήριξη των αιτημάτων της επικαλείται παραβίαση των αρχών του προσωποπαγούς χαρακτήρα και νομιμότητας των ποινών, την έλλειψη συνεπειών των επίμαχων πρακτικών, τον εσφαλμένο καθορισμό της διάρκειας της παραβάσεως και την παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας.

### A — *Παραβίαση των αρχών του προσωποπαγούς χαρακτήρα και της νομιμότητας των ποινών*

1. Επί της παραβιάσεως της αρχής του προσωποπαγούς χαρακτήρα των ποινών

α) Επιχειρήματα των διαδίκων

- 232 Κατά τη WIN, η Επιτροπή παραβίασε την αρχή του προσωποπαγούς χαρακτήρα των ποινών, καθόσον στηρίχθηκε σε συμπεριφορές της France Télécom προκειμέ-

νου να της επιβάλει κυρώσεις. Αφενός, η Επιτροπή δέχθηκε ότι η παράβαση τερματίστηκε με παρέμβαση της France Télécom. Αφετέρου, η Επιτροπή έλαβε υπόψη τη συμπεριφορά της France Télécom για να εκτιμήσει το κατά πόσον η φερόμενη παράβαση της WIN ήταν ηθελημένη.

- 233 Η Επιτροπή αποκρούει τον λόγο αυτό παραπέμποντας κυρίως στην απάντησή της στον ίδιο λόγο ακυρώσεως που προέβαλε η WIN στο πλαίσιο των κύριων αιτημάτων της. Η Επιτροπή προσθέτει ότι η πρόθεση αποκλεισμού της WIN αποδεικνύεται επαρκώς από εσωτερικά έγγραφα της επιχειρήσεως, δεδομένου ότι οι επιμέρους αναφορές στη France Télécom δεν είναι καθοριστικές.

#### β) Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

- 234 Αυτός ο λόγος ακυρώσεως συμπίπτει σε μεγάλο βαθμό με εκείνον που προβάλλει κυρίως η WIN στο πλαίσιο των αιτημάτων της ακυρώσεως. Συνεπώς, πρέπει να γίνει παραπομπή στις ανωτέρω σκέψεις 66 έως 71.

- 235 Εξάλλου, ο καθορισμός του χρονικού σημείου τερματισμού της παραβάσεως της WIN στην ημερομηνία μείωσης των τιμών που εφαρμόζει η France Télécom δεν σημαίνει ότι η επιβολή κυρώσεως στη WIN στηρίζεται στη συμπεριφορά της France Télécom. Η επίμαχη παράβαση προσάπτεται σαφώς στη WIN και όχι στη France Télécom. Η WIN έπαυσε την παράβαση πριν από την παρέμβαση της France Télécom και χωρίς την παρέμβασή της. Το γεγονός ότι το χρονικό σημείο τερματισμού της παραβάσεως δεν απορρέει από συμπεριφορά της WIN δεν μεταβάλλει την παράβασή της. Η παράβαση συνδέεται άμεσα με το ύψος των εξόδων. Εφόσον ορισμένα από τα έξοδα αυτά προέρχονται απευθείας από τις τιμές που καθορίζουν οι προμηθεύτριες επιχειρήσεις, το τέλος της παραβάσεως μπορεί λογικά να προκύψει, σε ορισμένες περιπτώσεις, από τη συμπεριφορά των επιχειρήσεων αυτών.

236 Συνεπώς, το επιχείρημα που αντλείται από παραβίαση της αρχής του προσωποπαγούς χαρακτήρα των ποινών είναι απορριπτέο.

2. Επί του λόγου ακυρώσεως που αντλείται από παραβίαση της αρχής της νομιμότητας των ποινών

α) Επιχειρήματα των διαδίκων

237 Κατά τη WIN, της επιβλήθηκε ποινή, με την απόφαση, βάσει δύο νέων νομικών κανόνων. Αφενός, ως προς το ζήτημα της ευθυγραμμίσεως, υπήρξε πλήρης μεταστροφή της Επιτροπής σε σχέση με την προγενέστερη πρακτική της λήψεως αποφάσεων. Αφετέρου, η Επιτροπή δέχθηκε έναν έλεγχο επιθετικών τιμών πρωτόγνωρο και απρόβλεπτο.

238 Δεν υπάρχει προηγούμενο στον τομέα των επιθετικών τιμών σε αναδυόμενη αγορά. Η Επιτροπή εφάρμοσε για πρώτη φορά τη μέθοδο υπολογισμού που υιοθέτησε, εν προκειμένω, καθορίζοντάς τη κατά τη διάρκεια της διαδικασίας. Σύμφωνα με τη μέθοδο που έχουν εφαρμόσει πολλές εθνικές αρχές ανταγωνισμού, η WIN φρονεί ότι μπορούσε βασίμως να θεωρεί αυτές τις τιμές μη επιθετικές.

239 Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι το άρθρο 82 ΕΚ και το άρθρο 15, παράγραφος 2, του κανονισμού 17 αποτελούν τη μοναδική νομική βάση επιβολής προστίμου στην υπό κρίση υπόθεση και ότι οι διατάξεις αυτές δεν είναι νέες. Επικαλείται την πάγια νομολογία σύμφωνα με την οποία η προγενέστερη πρακτική της λήψεως αποφάσεων δεν χρησιμεύει ως νομικό πλαίσιο για την επιβολή προστίμων στον τομέα του ανταγωνισμού.

240 Προσθέτει, ως εκ περισσού, ότι, η νομολογία έχει χαρακτηρίσει ήδη ως παράβαση του άρθρου 82 ΕΚ μια πρακτική επιθετικών τιμών.

### β) Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

241 Η WIN δεν μπορεί να ισχυρισθεί ότι η επικρινόμενη συμπεριφορά δεν αποτελούσε παράβαση κατά τον χρόνο τελέσεώς της. Συγκεκριμένα, κάθε καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσεως επιχειρήσεως στην κοινή αγορά ή σε σημαντικό τμήμα της εμπίπτει στο άρθρο 82 ΕΚ.

242 Επιπλέον, κατά πάγια νομολογία, η περιλαμβανόμενη στο άρθρο 82 ΕΚ απαρίθμηση των καταχρηστικών πρακτικών δεν εξαντλεί τους τρόπους καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως δεσπόζουσας θέσεως που απαγορεύονται από τη Συνθήκη (αποφάσεις του Δικαστηρίου της 21ης Φεβρουαρίου 1973, 6/72, *Euroemballage* και *Continental Can* κατά Επιτροπής, Συλλογή τόμος 1972-1973, σ. 445, σκέψη 26, και της 16ης Μαρτίου 2000, C-395/96 P και C-396/96 P, *Compagnie maritime belge transports* κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή 2000, σ. I-1365, σκέψη 112).

243 Εξάλλου, μια πρακτική επιθετικών τιμών έχει ήδη χαρακτηρίσει παράβαση του άρθρου 82 ΕΚ. Επικρίθηκε από την Επιτροπή και οδήγησε στην έκδοση της προαναφερθείσας στη σκέψη 100 αποφάσεως ΑΚΖΟ κατά Επιτροπής και στις προαναφερθείσες στη σκέψη 130 αποφάσεις της 6ης Οκτωβρίου 1994 και της 14ης Νοεμβρίου 1996, *Tetra Pak* κατά Επιτροπής, που εφάρμοσαν έλεγχο επιθετικών τιμών στηριζόμενο στη διάκριση μεταξύ κυμαινόμενων εξόδων και συνολικών εξόδων, όπως αυτός που έγινε δεκτός εν προκειμένω.

244 Ωστόσο, η Επιτροπή προσαρμοσε εν προκειμένω τον έλεγχο αυτό αυξάνοντας, προς όφελος της WIN, τα έξοδα αποκτήσεως της πελατείας προκειμένου να λάβει υπόψη τα χαρακτηριστικά της επίμαχης αγοράς.

- 245 Συναφώς, διαπιστώνεται ότι η εφαρμογή της μεθόδου που χρησιμοποιήθηκε στις υποθέσεις αυτές παρέσχε, εν πάση περιπτώσει, στη WIN τη δυνατότητα να προβλέψει το ενδεχόμενο να της επιβληθούν κυρώσεις βάσει του άρθρου 82 ΕΚ. Η WIN δεν μπορεί να επικαλεστεί το ότι δεν μπόρεσε να προσαρμόσει τη μέθοδο αυτή, η οποία ήταν ευνοϊκή για την ίδια.
- 246 Επίσης, ούτε από την πρακτική λήψεως αποφάσεων της Επιτροπής ούτε από τη νομολογία προκύπτει ότι η WIN μπορούσε βασίμως να προσβλέπει, υπό τις περιστάσεις της υπό κρίση υποθέσεως, στην αναγνώριση δικαιώματος ευθυγραμμίσεως με τις τιμές των ανταγωνιστών της (βλ. ανωτέρω σκέψεις 176 έως 18) ή στην εφαρμογή της μεθόδου των σημερινών ταμειακών ροών (βλ. ανωτέρω σκέψεις 153 έως 156) και στη συνεκτίμηση των περιθωρίων που έπονται του τερματισμού της παραβάσεως (βλ. ανωτέρω σκέψη 152). Η αγορά, εξάλλου, δεν ήταν πλέον σε στάδιο ενάρξεως κατά την εξεταζόμενη περίοδο (βλ. ανωτέρω σκέψη 106).
- 247 Η WIN επικαλέστηκε, πάντως, την απόφαση 2001/354/ΕΚ της Επιτροπής, της 20ής Μαρτίου 2001, σε μια διαδικασία σύμφωνα με το άρθρο 82 [ΕΚ] (Υπόθεση COMP/35.141 — Deutsche Post AG) (ΕΕ L 125, σ. 27, 47η αιτιολογική σκέψη), με την οποία η Επιτροπή δεν επέβαλε πρόστιμο για τη μη κάλυψη των μακροπρόθεσμων εξόδων, διότι μέχρι τότε δεν είχε δοθεί εμπεριστατωμένη απάντηση στο ερώτημα περί του επιπέδου καλύψεως των εξόδων που έπρεπε να εφαρμοστεί στις υπηρεσίες που εκτίθενται στον ανταγωνισμό επιχειρήσεως πολλαπλών προϊόντων ή υπηρεσιών που εμπίπτει σε αποκλειστικό τομέα.
- 248 Στην υπόθεση αυτή, ο καταγγέλλων είχε υποστηρίξει ότι η Deutsche Post AG χρησιμοποιούσε έσοδα αντλούμενα από τις αποδοτικές δραστηριότητές του αποστολής αλληλογραφίας οι οποίες αποτελούσαν τον αποκλειστικό τομέα του, για να χρηματοδοτεί τις ζημιογόνες πωλήσεις του στον τομέα των υπηρεσιών μεταφοράς εμπορικών δεμάτων, προκειμένου να εξοβελίσει τους ανταγωνιστές του στον τομέα αυτό. Με την απόφασή της, η Επιτροπή επέκρινε τη χορήγηση εκπτώσεων για τους τακτικούς πελάτες από την Deutsche Post και της επέβαλε, συναφώς, πρόστιμο 24 εκατομμυρίων ευρώ. Ωστόσο, το επιβληθέν πρόστιμο δεν αφορούσε τη μεταφορά δεμάτων σε τιμές κατώτερες των μακροπρόθεσμων εξόδων.



- 249 Επισημαίνεται ότι η κατάσταση της Deutsche Post παρουσίαζε, στην υπόθεση εκείνη, ιδιάζοντα χαρακτηριστικά. Η επιχείρηση ασκούσε, αναλόγως της περιπτώσεως, μονοπώλιο στηριζόμενο στη γενικού συμφέροντος αποστολή του ή στον ανταγωνισμό. Η υπόθεση έθετε το πρόβλημα του ορισμού της μέσης καλύψεως των εξόδων για μια επιχείρηση σε αποκλειστικό τομέα στον οποίο μπορεί να χρησιμοποιεί τα έσοδά της για να καλύπτει τις απώλειές της σε άλλον τομέα, ανοικτό στον ανταγωνισμό. Σε παρεμφερές πλαίσιο, η επιχείρηση μπορούσε να γνωρίζει με βεβαιότητα τους εφαρμοστέους κανόνες. Η κατάσταση της WIN, η οποία δραστηριοποιούνταν σε ανταγωνιστική μόνον αγορά, δεν μπορεί να συγκριθεί με εκείνη της Deutsche Post και προσεγγίζει μάλλον εκείνη της AKZO και της Tetra Pak.
- 250 Εξάλλου, επισημαίνεται ότι η απόφαση 2001/354, μολονότι δεν προέβλεπε πρόστιμο προς τούτο, διαπίστωσε, με το άρθρο 2, παράβαση του άρθρου 82 ΕΚ εκ μέρους της Deutsche Post, διότι πρότεινε τη μεταφορά δεμάτων για τον τομέα των πωλήσεων εξ αποστάσεως σε τιμές κατώτερες των μακροπρόθεσμων εξόδων. Δεδομένου ότι η απόφαση αυτή εκδόθηκε στις 20 Μαρτίου 2001 και δημοσιεύθηκε στην Επίσημη Εφημερίδα στις 5 Μαΐου 2001, η WIN έπρεπε να γνωρίζει, κατά την περίοδο της επίμαχης παραβάσεως, ήτοι από τον Μάρτιο του 2001 έως τον Οκτώβριο του 2002, ότι οι ενέργειες αυτές αποτελούσαν παράβαση. Σημειωτέον ότι, στο πλαίσιο της υπό κρίση υποθέσεως, η WIN αμφισβήτησε την προσφυγή στα μακροπρόθεσμα έξοδα και εξέφρασε την ικανοποίησή της, με την απάντησή της στη συμπληρωματική ανακοίνωση αιτιάσεων, για το ότι η Επιτροπή εγκατέλειψε τη μέθοδο αυτή. Συνεπώς, η WIN δεν μπορεί να προσάπτει στην Επιτροπή την εν λόγω μεταβολή.
- 251 Τέλος, εν πάση περιπτώσει, αν γίνει δεκτό ότι, μολονότι η πρακτική επιθετικών τιμών δεν αποτελεί νέα παράβαση, πρέπει να ληφθούν υπόψη τα χαρακτηριστικά της αγοράς υψηλής ταχύτητας προσβάσεως στο Διαδίκτυο, η απόφαση της Επιτροπής να μην επιβάλλει πρόστιμο με προγενέστερη απόφαση λόγω της σχετικά νέας φύσεως των διαπιστωθεισών παραβάσεων δεν χορηγεί ασυλία στις διαπράττουσες παραβάσεις επιχειρήσεις στις οποίες η Επιτροπή δεν έχει επιβάλει προηγουμένως κυρώσεις. Πράγματι, σ' αυτό το ιδιαίτερο πλαίσιο κάθε υποθέσεως η Επιτροπή, κατά την άσκηση της εξουσίας της εκτιμήσεως, αποφασίζει περί της σκοπιμότητας επιβολής προστίμου προκειμένου να επιβάλει κύρωση για τη

διαπιστωθείσα παράβαση και να διατηρήσει την αποτελεσματικότητα του δικαίου του ανταγωνισμού. Συναφώς, διαπιστώνεται ότι οι προσφεύγοντες δεν μπορούν να αγνοούν τα πλήττοντα τον ανταγωνισμό αποτελέσματα της απαγορεύσεως μισθώσεως που εφαρμόζεται στο πλαίσιο μη ελεύθερου συστήματος πιστοποίησης, το οποίο δεν προβλέπει την αποδοχή ισοδυνάμων εγγυήσεων άλλων συστημάτων (απόφαση του Πρωτοδικείου της 22ας Οκτωβρίου 1997, T-213/95 και T-18/96, SCK και FNK κατά Επιτροπής, Συλλογή 1997, σ. II-1739, σκέψη 239).

252 Κατά συνέπεια, η Επιτροπή δεν παραβίασε, εν προκειμένω, την αρχή νομιμότητας των ποινών.

## *B — Έλλειψη συνεπειών των επίμαχων πρακτικών*

### 1. Επιχειρήματα των διαδίκων

253 Κατά τη WIN, η Επιτροπή δεν ήταν σε θέση να αποδείξει οποιαδήποτε συνέπεια των φερόμενων πρακτικών της WIN στην αγορά. Το ποσό του προστίμου που της επιβλήθηκε έπρεπε, συνεπώς, και για τούτο τον λόγο, να μειωθεί.

254 Όσον αφορά το μερίδιό της στην αγορά, η WIN υποστηρίζει ότι η Επιτροπή επισημαίνει, με την απόφασή της, ότι θα διατηρηθεί γύρω στο 50 % ενώ τον Οκτώβριο του 2002, ήτοι κατά τον χρόνο παύσεως της παραβάσεως, ανερχόταν σε 72 %, επρόκειτο δηλαδή για μείωση κατά το ένα τρίτο σε εννέα μόνο μήνες. Αυτό αρκεί για να αποδειχθεί ότι οι δομές της αγοράς δεν επηρεάστηκαν σημαντικά από τις φερόμενες αντίθετες προς τον ανταγωνισμό πρακτικές.

255 Επιπλέον, ακόμη και κατά τη διάρκεια της επίμαχης περιόδου, ο ανταγωνισμός ήταν πολύ έντονος στην αγορά προσβάσεως στο Διαδίκτυο. Τον Σεπτέμβριο του 2002

υπήρχαν τουλάχιστον 70 προσφορές προς τους καταναλωτές. Νέοι παρέχοντες πρόσβαση στο Διαδίκτυο εισήλθαν στην αγορά, ενώ οι τιμές των προσφορών μειώθηκαν υπό την πίεση των ανταγωνιστών. Η ανάπτυξη των ανταγωνιστών δεν εμποδίστηκε και η εξαφάνιση της εταιρίας Mangoosta δεν προσάπτεται στη WIN.

- 256 Η WIN φρονεί, συναφώς, ότι ο ισχυρισμός της Επιτροπής ότι οι φερόμενες πρακτικές της WIN επηρέασαν σημαντικά τη δομή της αγοράς αποτελεί απλή υπόθεση, η οποία δεν αποδείχθηκε με κανένα συγκεκριμένο στοιχείο από το οποίο να προκύπτουν οι πραγματικές δυσκολίες των ανταγωνιστών της WIN.
- 257 Η Επιτροπή αμφισβητεί τα στοιχεία που προσκόμισε η WIN, υποστηρίζοντας ότι αφορούν εναλλακτικώς το σύνολο της δραστηριότητας παροχής προσβάσεως στο Διαδίκτυο, τόσο υψηλής όσο και χαμηλής ταχύτητας, ή το μέρος της παροχής προσβάσεως στο Διαδίκτυο υψηλής ταχύτητας ADSL, κατά το ευνοϊκότερο προς τη WIN μέτρο.
- 258 Η Επιτροπή επισημαίνει ότι από τη σύγκριση της αυξήσεως των πωλήσεων διαφόρων επιχειρηματιών στην αγορά κατά το 2001 μέχρι το φθινόπωρο του 2002 προκύπτει σαφώς ότι η στρατηγική της WIN της παρέσχε τη δυνατότητα να ελέγξει τον ανταγωνισμό και να ενισχύσει τη θέση της. Για παράδειγμα, δεν υπήρξαν σημαντικές νέες εισοδοί στην αγορά κατά την επίμαχη περίοδο.

## 2. Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

- 259 Σύμφωνα με τις κατευθυντήριες γραμμές για τον υπολογισμό των προστίμων που επιβάλλονται κατ' εφαρμογήν του άρθρου 15, παράγραφος 2, του κανονισμού 17 και του άρθρου 65, παράγραφος 5, της Συνθήκης ΕΚΑΧ (ΕΕ 1998, C 9, σ. 3),

η εκτίμηση της σοβαρότητας της παραβάσεως πρέπει να λαμβάνει υπόψη την εγγενή φύση της παραβάσεως, τις συγκεκριμένες επιπτώσεις της στην αγορά και το εύρος της οικείας γεωγραφικής αγοράς.

- 260 Η WIN αμφισβήτησε ότι η επίδικη παράβαση είχε επιπτώσεις στην αγορά. Διάφορα στοιχεία, ωστόσο, συνηγορούν υπέρ της αντίθετης απόψεως.
- 261 Πρώτον, το μερίδιο της WIN στην αγορά υψηλής ταχύτητας αυξήθηκε καταρχάς από 50 σε 72 % (400ή αιτιολογική σκέψη και πίνακας 8 της αποφάσεως) από την έναρξη της παραβάσεως μέχρι τον Αύγουστο του 2002, μολονότι, σύμφωνα με τα δεδομένα που παρέσχε η WIN με την απάντησή της στις γραπτές ερωτήσεις του Πρωτοδικείου, μειώθηκε εν συνεχεία και καθορίστηκε σε 63,6 % τον Οκτώβριο του 2002. Εξάλλου, πρέπει να τονιστεί ότι ο σημαντικότερος ανταγωνιστής της WIN κατείχε μερίδιο αγοράς 8 %, ενώ οι λοιποί ανταγωνιστές κατείχαν λιγότερο από το 2,5 % (376η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως). Από τον πίνακα 9 της αποφάσεως, που δεν αμφισβητήθηκε από τη WIN, προκύπτει ότι σε ολόκληρη την περίοδο η WIN μείωσε σημαντικά τη διαφορά με τον πρώτο ανταγωνιστή της.
- 262 Δεύτερον, ένας ανταγωνιστής, η εταιρία Mangoosta, εξαφανίστηκε από την αγορά (400ή αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως). Βεβαίως, η WIN φρονεί ότι η πτώχευση της Mangoosta οφείλεται αποκλειστικώς σε ιδιαίτερος επικίνδυνη στρατηγική πολιτική και ουδαμώς στις τιμές της WIN. Ωστόσο, πρέπει να επισημανθεί ότι, προωθώντας τα προϊόντα της με τιμή ελαφρώς μεγαλύτερη εκείνων της WIN, η Mangoosta είχε τόσες απώλειες, ώστε τελικώς αύξησε τις τιμές της κατά 20 % τον Μάρτιο του 2001, γεγονός που δεν εμπόδισε να τεθεί υπό δικαστική εκκαθάριση στις 2 Αυγούστου 2001 (384η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως). Ο εξοβελισμός ενός ασήμαντου ανταγωνιστή που εφαρμόζει τιμές κατώτερες των εξόδων του, αλλά ελαφρώς ανώτερες από τις τιμές της WIN, αποτελεί τουλάχιστον εν προκειμένω στοιχείο το οποίο μαρτυρεί τη δυσκολία προληπτικού αποκλεισμού της αγοράς.
- 263 Τρίτον, κατά την εξεταζόμενη περίοδο, καταγράφηκε έντονη διαβάθμιση των μεριδίων αγοράς των ανταγωνιστών επιχειρηματιών καλωδιακών συνδέσεων (πίνακας 14 της αποφάσεως), ενώ οι ανταγωνιστές στον τομέα του ADSL

διατηρήθηκαν σε πολύ χαμηλά επίπεδα διεισδύσεως. Η WIN δεν αμφισβητεί τη διαβάθμιση των μεριδίων αγοράς των επιχειρηματιών καλωδιακών συνδέσεων, εκτιμώντας συγχρόνως ότι δεν οφείλεται στην πολιτική τιμών, αλλά στην ανάπτυξη του ADSL σε βάρος των καλωδιακών συνδέσεων. Εντούτοις, πρέπει να επισημανθεί ότι, τον Σεπτέμβριο του 2001, η WIN εκτιμούσε ότι οι επιχειρηματίες καλωδιακών συνδέσεων ήταν οι μοναδικοί πραγματικοί ανταγωνιστές στην αγορά προσβάσεως υψηλής ταχύτητας στο Διαδίκτυο (υποσημείωση 444 της αποφάσεως) και ότι το ADSL αποτελούσε «αγορά στην οποία στο τέλος του 2001 δέσποζε η [εταιρία αυτή], αλλά που ήταν ελάχιστα δυναμική στο σύνολό της».

264 Τέταρτον, οι πρακτικές της WIN είχαν αποτρεπτικό αποτέλεσμα για την είσοδο ή την ανάπτυξη των ανταγωνιστών. Πολλοί από αυτούς πράγματι επιβεβαίωσαν ότι τους ήταν αδύνατο να ευθυγραμμιστούν με τις τιμές της WIN, λαμβανομένων υπόψη των εξόδων με τα οποία βαρύνονταν, χωρίς να καταγράφουν απώλειες (βλ. 379η αιτιολογική σκέψη και υποσημείωση 451 της αποφάσεως). Οι νέες εισοδοι, εξάλλου, ήταν επουσιώδεις. Η WIN επικαλέστηκε τις περιπτώσεις των εταιριών Dixinet και Net pratique. Ωστόσο, στο τέλος Αυγούστου του 2002, η Dixinet είχε δέκα μόνο συνδρομητές στις υπηρεσίες της ADSL και τηλεφωνίας, ενώ η Net pratique, που εισήγαγε την υπηρεσία της μόλις το καλοκαίρι του 2002, ήτοι κατά το τέλος της παραβάσεως, διέθετε 1 400 συνδρομητές έξι μήνες αργότερα.

265 Συναφώς, το επιχείρημα της WIN, που αποδίδει τη βραδύτητα στην πρόοδο ορισμένων ανταγωνιστών σε επιλογή στρατηγικής και στην επιθυμία τους να συγκεντρωθούν στον τομέα της χαμηλής ταχύτητας σε βάρος του ADSL, που θεωρείται μη συμφέρον, δεν είναι πειστικό. Μολονότι είναι γεγονός ότι ορισμένοι ανταγωνιστές αμφέβαλλαν αρχικώς για την ανάπτυξη του τομέα υψηλής ταχύτητας, δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι ενέμειναν στην άποψη αυτή ενόψει της σημαντικής αυξήσεως της αγοράς αυτής. Από την προσφυγή της εταιρίας T-Online, προμηθευτή προσβάσεως στο Διαδίκτυο με το σήμα Club Internet ενώπιον των γαλλικών αρχών του ανταγωνισμού, προκύπτει μάλλον το αντίθετο. Ομοίως, η δήλωση του προέδρου και γενικού διευθυντή της AOL France, που παρατίθεται στην ανωτέρω σκέψη 212, οδηγεί στο συμπέρασμα ότι ο λόγος για τον οποίο η εταιρία αυτή απουσιάζει από την αγορά υψηλής ταχύτητας ήταν την εποχή εκείνη οι απώλειες που θα υφίστατο λόγω της υψηλής προσφοράς της WIN και όχι η επιθυμία της να επικεντρωθεί στον τομέα της χαμηλής ταχύτητας.

266 Όσον αφορά το επιχείρημα της WIN ότι οι καταναλωτές δεν εθίγησαν από τις πρακτικές της τιμών, αλλά αντιθέτως επωφελήθηκαν, πρέπει να υπομνησθεί ότι το

Δικαστήριο επιβεβαίωσε ότι το άρθρο 82 ΕΚ δεν αφορά μόνον τις πρακτικές που δύνανται να προκαλέσουν άμεση ζημία στους καταναλωτές, αλλά επίσης τις πρακτικές που προκαλούν ζημία διότι θίγουν δομή ουσιαστικού ανταγωνισμού (προαναφερθείσα στη σκέψη 242 απόφαση *Europemballage και Continental Can κατά Επιτροπής*, σκέψη 26).

<sup>267</sup> Συνεπώς, αυτός ο λόγος ακυρώσεως που αντλείται από την έλλειψη συνεπειών των επίμαχων πρακτικών πρέπει να απορριφθεί.

### Γ — Εσφαλμένος καθορισμός της διάρκειας των παραβάσεων

#### 1. Επιχειρήματα των διαδίκων

<sup>268</sup> Η WIN υποστηρίζει, αφενός, ότι η παύση της παραβάσεως που της προσάπτεται οφείλεται, κατά την Επιτροπή, στη μείωση των τιμών που εφάρμοσε η France Télécom στις 15 Οκτωβρίου 2002. Η France Télécom ανακοίνωσε τη μείωση αυτή ήδη από τον Απρίλιο του 2002, δεδομένου ότι η εφαρμογή του μέτρου αυτού καθυστέρησε από τη διαδικασία εγκρίσεως της Autorité de régulation des télécommunications (ART). Συνεπώς, η WIN δεν θα μπορούσε, εν πάση περιπτώσει, να θεωρηθεί υπεύθυνη της παράβασης πέραν του Μαρτίου του 2002, οπότε η παράβαση μπορούσε να είναι διάρκειας μόνο δεκατριών μηνών.

<sup>269</sup> Αφετέρου, η Επιτροπή δέχθηκε με την απόφασή της ότι η διάρκεια της παραβάσεως είναι μακρότερη από εκείνη που αναφέρει η ανακοίνωση αιτιάσεων. Το Πρωτοδικείο θα έπρεπε, συνεπώς, να διαπιστώσει ότι η διάρκεια της παραβάσεως που μπορεί να προσαφθεί στη WIN είναι κατά ανώτατο όριο 17 μήνες και, κατά συνέπεια, να μειώσει το ποσό του προστίμου.

- 270 Στο τελευταίο αυτό επιχείρημα η Επιτροπή απαντά ότι δεν μπορεί να ερμηνεύσει τις ανακοινώσεις αιτιάσεων υπό την έννοια ότι προβλέπουν περιοριστική διάρκεια της παραβάσεως ενώ αυτή δεν είχε ακόμη παύσει.
- 271 Όσον αφορά το επιχείρημα που αντλείται από την καθυστέρηση στη μείωση των τιμών της France Télécom λόγω της διαδικασίας εγκρίσεως της ART, η Επιτροπή φρονεί ότι η WIN δεν μπορεί να το προβάλει.

## 2. Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

- 272 Όσον αφορά την προβαλλόμενη παράταση της διάρκειας της παραβάσεως σε σχέση με τις ανακοινώσεις αιτιάσεων, πρέπει να γίνει παραπομπή στις ανωτέρω σκέψεις 49 έως 52, από τις οποίες προκύπτει ότι το επιχείρημα αυτό είναι απορριπτέο.
- 273 Όσον αφορά την αναγγελία της France Télécom περί μείωσης των τιμών της χονδρικής ήδη από τον Απρίλιο του 2002, πρέπει να τονιστεί ότι η παράβαση δεν τερματίστηκε κατά την ημερομηνία αυτή, αλλά κατά την πραγματική εφαρμογή αυτής της μείωσης των τιμών. Αυτή η μείωση των τιμών από τη France Télécom οδήγησε αυτομάτως σε μείωση των εξόδων. Οι τιμές της WIN έπαυσαν να είναι κατώτερες από τα συνολικά έξοδά της και η παράβαση τερματίστηκε. Χωρίς να αναμένει αυτή τη μείωση των τιμών της France Télécom, η WIN μπορούσε ανά πάσα στιγμή να τερματίσει την παράβαση, για παράδειγμα αυξάνοντας τις τιμές της ή μειώνοντας άλλα έξοδα. Ωστόσο, δεν έλαβε κανένα σχετικό μέτρο.
- 274 Ως εκ τούτου, δεν συντρέχει λόγος μείωσης του επιβληθέντος προστίμου λόγω της διάρκειας της φερόμενης παραβάσεως.

## Δ — Παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας

### 1. Επιχειρήματα των διαδίκων

<sup>275</sup> Η WIN αμφισβητεί, πρώτον, ότι, κατά τον καθορισμό του ποσού του προστίμου, δεν συνεκτιμήθηκε η εκ μέρους της στάση συνεργασίας και διαφάνειας. Δεύτερον, επικρίνει το γεγονός ότι η Επιτροπή δεν δέχθηκε τη σταδιακή κατάργηση της παραβάσεως ούτε κατά τον καθορισμό του βασικού ποσού του προστίμου ούτε ως ελαφρυντική περίπτωση. Η έκταση της παραβάσεως μειώθηκε ήδη από τον Αύγουστο του 2001 λόγω μείωσης των τιμών χονδρικής από τη France Télécom, πριν ακόμη η εταιρία αυτή ενημερωθεί σχετικά με την έρευνα της Επιτροπής. Η France Télécom δεν έπαυσε να επιδεικνύει μόνιμη βούληση επιλύσεως κατά το συντομότερο δυνατόν του προβλήματος που επισήμανε η Επιτροπή.

<sup>276</sup> Η Επιτροπή φρονεί ότι δεν συντρέχουν ελαφρυντικές ή επιβαρυντικές περιστάσεις εν προκειμένω.

### 2. Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

<sup>277</sup> Όσον αφορά, πρώτον, τη φερόμενη συνεργασία, από πάγια νομολογία προκύπτει ότι η συνεργασία σε διοικητική εξέταση που δεν βαίνει πέραν των όσων επιβάλλουν οι υποχρεώσεις τις οποίες υπέχουν οι επιχειρήσεις δυνάμει του άρθρου 11, παράγραφοι 4 και 5, του κανονισμού 17 δεν δικαιολογεί μείωση του προστίμου (αποφάσεις του Πρωτοδικείου της 10ης Μαρτίου 1992, T-12/89, Solvay κατά Επιτροπής, Συλλογή 1992, σ. II-907, σκέψεις 341 και 342, και της 14ης Μαΐου 1998, T-317/94, Weig κατά Επιτροπής, Συλλογή 1998, σ. II-1235, σκέψη 283).



- 278 Με την 412η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως, η Επιτροπή αναφέρει το γεγονός ότι η WIN επικαλέστηκε ως ελαφρυντικές περιστάσεις την εκ μέρους της διαφάνεια και πλήρη συνεργασία στην εξέλιξη της διαδικασίας. Η Επιτροπή διαπιστώνει, ωστόσο, ότι «η επιχείρηση απλώς τήρησε κατά τον συνήθη τρόπο τις υποχρεώσεις περί ενημερώσεως της Επιτροπής που υπέχει από τον κανονισμό 17».
- 279 Με το δικόγραφο της προσφυγής, η WIN υποστηρίζει ότι η Επιτροπή δεν έλαβε υπόψη το γεγονός ότι συνεργάστηκε πλήρως σε κάθε στάδιο της διαδικασίας και επέδειξε διαφάνεια με τη στάση της. Η WIN προσθέτει ότι, εξάλλου, η επίσκεψη της Επιτροπής στις εγκαταστάσεις της πραγματοποιήθηκε κατόπιν προσκλήσεως της ίδιας, η οποία της επέτρεψε να λάβει αντίγραφα των σχετικών με τα έξοδα και τις εμπορικές προσφορές της εγγράφων. Ούτε το δικόγραφο της προσφυγής ούτε το υπόμνημα απαντήσεως περιέχουν άλλες διευκρινίσεις όσον αφορά την εν λόγω συνεργασία.
- 280 Επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η WIN δεν προσκόμισε κανένα στοιχείο από το οποίο να προκύπτει ότι απλώς συμμορφώθηκε προς τις υποχρεώσεις που υπέχει από τον κανονισμό 17. Η WIN δεν αποδεικνύει, ειδικότερα, ότι η ίδια κάλεσε την Επιτροπή στις εγκαταστάσεις της πριν την έναρξη της έρευνας. Πράγματι, η Επιτροπή επισημαίνει, με το υπόμνημά της αντικρούσεως, ότι η προσφεύγουσα δεν μπορεί να θεωρήσει ως ελαφρυντική περίπτωση το ότι η Επιτροπή περιορίστηκε στις επιτόπιες εξακριβώσεις βάσει του άρθρου 14, παράγραφος 2, του κανονισμού 17, «ορίζοντας ημερομηνία συναντήσεως με την επιχείρηση στις εγκαταστάσεις της».
- 281 Επικουρικός, ακόμη και υποτιθέμενο αληθές, το γεγονός ότι μπόρεσε να καλέσει την ίδια την Επιτροπή να πραγματοποιήσει επίσκεψη στις εγκαταστάσεις της χωρίς να αναμένει από εκείνη να διατάξει εξακριβώσεις με έκδοση αποφάσεως δεν αρκεί για να αποδειχθεί συνεργασία σε τέτοιο στενό βαθμό ώστε να μπορεί να δικαιολογήσει τη συνεκτίμησή του ως ελαφρυντική περίπτωση. Σημειωτέον ότι το άρθρο 14 του κανονισμού 17 προβλέπει ότι η Επιτροπή μπορεί, για την εκπλήρωση των καθηκόντων που της έχει αναθέσει το άρθρο 81 ΕΚ, να προβεί σε όλους τους αναγκαίους ελέγχους σε επιχειρήσεις. Οι εντολοδόχοι της έχουν, μεταξύ άλλων, πρόσβαση σε όλες τις εγκαταστάσεις και μπορούν να λάβουν αντίγραφο των επαγγελματικών εγγράφων. Οι έλεγχοι της Επιτροπής μπορούν να πραγματοποιηθούν με απλή εντολή (άρθρο 14, παράγραφος 2) ή να διαταχθούν με απόφαση (άρθρο 14, παράγραφος 3). Το γεγονός ότι η Επιτροπή δεν ακολούθησε, εν

προκειμένω, διαδικασία λήψεως αποφάσεως δεν συνεπάγεται, αφ' εαυτού, «πραγματική συνεργασία της επιχειρήσεως στη διαδικασία», κατά την έννοια των κατευθυντηρίων γραμμών για τον υπολογισμό των προστίμων κατ' εφαρμογήν του άρθρου 15, παράγραφος 2, του κανονισμού 17 και του άρθρου 65, παράγραφος 5, της Συνθήκης ΕΚΑΧ.

282 Όσον αφορά, δεύτερον, τα επιχειρήματα περί της σταδιακής καταργήσεως της παραβάσεως, πρέπει να τονιστεί, αφενός, ότι η WIN δεν έλαβε κανένα σχετικό μέτρο. Δεν μπορεί να επικαλεστεί προς υπεράσπισή της τις προσπάθειες τις France Télécom. Αφετέρου, ακόμη και αν οι ενέργειες αυτές της France Télécom είχαν θετικό αποτέλεσμα στην αγορά πριν από την παύση της παραβάσεως, δεν μπορούν να μεταβάλουν τον χαρακτηρισμό της διαπραχθείσας από τη WIN παραβάσεως, μειώνοντας τη σοβαρότητά της. Πράγματι, οι επιθετικές τιμές που εφάρμοσε η WIN στην επίμαχη αγορά αποτελούν σοβαρή παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού. Το ότι η ένταση ορισμένων στοιχείων καταχρήσεως διαφέρει κατά τη διάρκεια της επίμαχης περιόδου δεν μπορεί να μεταβάλει τον εν λόγω χαρακτηρισμό (βλ., υπό την έννοια αυτή, προαναφερθείσα στη σκέψη 195 απόφαση της 30ής Σεπτεμβρίου 2003, Michelin κατά Επιτροπής, σκέψη 278).

283 Από τις ανωτέρω σκέψεις προκύπτει ότι ο λόγος ακυρώσεως της WIN που αντλείται από παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας δεν πρέπει να γίνει δεκτός, οπότε τα αιτήματα περί εξαφανίσεως του προστίμου ή περί μειώσεως του ποσού του πρέπει να απορριφθούν.

284 Συνεπώς, βάσει του συνόλου των ανωτέρω σκέψεων, η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

## Επί των δικαστικών εξόδων

285 Κατά το άρθρο 87, παράγραφος 2, του Κανονισμού Διαδικασίας, ο ηττηθείς διάδικος καταδικάζεται στα δικαστικά έξοδα, εφόσον υπήρξε σχετικό αίτημα του νικήσαντος διαδίκου. Δεδομένου ότι η προσφεύγουσα ηττήθηκε, πρέπει να καταδικαστεί στα δικαστικά έξοδα, σύμφωνα με το αίτημα της Επιτροπής.

Για τους λόγους αυτούς,

ΤΟ ΠΡΩΤΟΔΙΚΕΙΟ (πέμπτο πενταμελές τμήμα)

αποφασίζει:

- 1) Απορρίπτει την προσφυγή.
- 2) Καταδικάζει την προσφεύγουσα στα δικαστικά έξοδα.

Βηλαράς

Martins Ribeiro

Dehousse

Šváby

Jürimäe

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση στο Λουξεμβούργο στις 30 Ιανουαρίου 2007.

Ο Γραμματέας

Ο Πρόεδρος

E. Coulon

M. Βηλαράς

## Περιεχόμενα

Πραγματικά περιστατικά και διαδικασία .....	II - 118
Αιτήματα των διαδίκων .....	II - 121
Σκεπτικό .....	II - 122
I — Επί των αιτημάτων ακυρώσεως της αποφάσεως .....	II - 122
A — Επί του λόγου ακυρώσεως που αντλείται από προσβολή των δικαιωμάτων άμυνας και παράβαση ουσιώδους τύπου .....	II - 122
1. Επιχειρήματα των διαδίκων .....	II - 122
2. Εκτίμηση του Πρωτοδικείου .....	II - 124
B — Επί του λόγου ακυρώσεως που αντλείται από ελλιπή αιτιολογία .....	II - 134
1. Επιχειρήματα των διαδίκων .....	II - 134
2. Εκτίμηση του Πρωτοδικείου .....	II - 135
Γ — Επί του λόγου ακυρώσεως που αντλείται από παραβίαση της αρχής του προσωποπαγούς χαρακτήρα των ποινών .....	II - 137
1. Επιχειρήματα των διαδίκων .....	II - 137
2. Εκτίμηση του Πρωτοδικείου .....	II - 138
Δ — Επί της παραβάσεως του άρθρου 82 ΕΚ .....	II - 140
1. Επί της δεσπόζουσας θέσεως .....	II - 140
α) Επί του εσφαμένου ορισμού της αγοράς .....	II - 140
Επιχειρήματα των διαδίκων .....	II - 140
Εκτίμηση του Πρωτοδικείου .....	II - 142
β) Επί της πλημμελούς εξετάσεως της δεσπόζουσας θέσεως .....	II - 146
Επιχειρήματα των διαδίκων .....	II - 146
Εκτίμηση του Πρωτοδικείου .....	II - 148

2. Επί της καταχρήσεως της δεσπόζουσας θέσεως .....	II - 154
α) Επί των αιτιάσεων περί του ελέγχου καλύψεως των εξόδων ..	II - 154
Επί της εσφαλμένης μεθόδου υπολογισμού του ποσοστού καλύψεως των εξόδων .....	II - 154
— Επιχειρήματα των διαδίκων .....	II - 154
— Εκτίμηση του Πρωτοδικείου .....	II - 156
Επί του εσφαλμένου υπολογισμού κατά την εφαρμογή της επιλεγείσας μεθόδου .....	II - 163
— Επιχειρήματα των διαδίκων .....	II - 163
— Εκτίμηση του Πρωτοδικείου .....	II - 165
β) Επί των σχετικών με τον έλεγχο της καλύψεως των εξόδων αιτιάσεων .....	II - 167
Επί της δικαιολόγησεως που αντλείται από το δικαίωμα ευθυγραμμίσεως των τιμών της WIN με τις τιμές των ανταγωνιστών της .....	II - 167
— Επιχειρήματα των διαδίκων .....	II - 167
— Εκτίμηση του Πρωτοδικείου .....	II - 168
Επί της φερόμενης ελλείψεως σχεδίου επιθετικών τιμών και μειώσεως του ανταγωνισμού .....	II - 171
— Επιχειρήματα των διαδίκων .....	II - 171
— Εκτίμηση του Πρωτοδικείου .....	II - 173
Επί της καλύψεως των απωλειών .....	II - 180
— Επιχειρήματα των διαδίκων .....	II - 180
— Εκτίμηση του Πρωτοδικείου .....	II - 182
II — Επί των επικουρικών αιτημάτων εξαφάνισεως ή μειώσεως του προστίμου ....	II - 184
Α — Παραβίαση των αρχών του προσωποπαγούς χαρακτήρα και της νομιμότητας των ποινών .....	II - 184
1. Επί της παραβιάσεως της αρχής του προσωποπαγούς χαρακτήρα των ποινών .....	II - 184
α) Επιχειρήματα των διαδίκων .....	II - 184
β) Εκτίμηση του Πρωτοδικείου .....	II - 185

2.	Επί του λόγου ακυρώσεως που αντλείται από παραβίαση της αρχής της νομιμότητας των ποινών .....	II - 186
α)	Επιχειρήματα των διαδίκων .....	II - 186
β)	Εκτίμηση του Πρωτοδικείου .....	II - 187
B —	Έλλειψη συνεπειών των επίμαχων πρακτικών .....	II - 190
1.	Επιχειρήματα των διαδίκων .....	II - 190
2.	Εκτίμηση του Πρωτοδικείου .....	II - 191
Γ —	Εσφαλμένος καθορισμός της διάρκειας των παραβάσεων .....	II - 194
1.	Επιχειρήματα των διαδίκων .....	II - 194
2.	Εκτίμηση του Πρωτοδικείου .....	II - 195
Δ —	Παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας .....	II - 196
1.	Επιχειρήματα των διαδίκων .....	II - 196
2.	Εκτίμηση του Πρωτοδικείου .....	II - 196
	Επί των δικαστικών εξόδων .....	II - 199