

ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer — uitgebreid)

30 januari 2007*

In zaak T-340/03,

France Télécom SA, voorheen Wanadoo Interactive SA, gevestigd te Parijs (Frankrijk), vertegenwoordigd door O. Brouwer, H. Calvet, M. Pittie, J. Philippe en T. Janssens, advocaten,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, aanvankelijk vertegenwoordigd door S. Rating en É. Gippini Fournier als gemachtigden, vervolgens door Gippini Fournier,

verweerster,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 16 juli 2003 inzake een procedure op grond van artikel [82 EG] (Zaak COMP/38.233 — Wanadoo Interactive), of, subsidiair, tot intrekking of verlaging van de aan verzoekster opgelegde geldboete,

* Procestaal: Frans.

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG
(Vijfde kamer — uitgebreid),

samengesteld als volgt: M. Vilaras, kamerpresident, M. E. Martins Ribeiro,
F. Dehousse, D. Šváby en K. Jürimäe, rechters,

griffier: J. Palacio González, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 26 april 2005,

het navolgende

Arrest

Feiten en procesverloop

- ¹ In het kader van de ontwikkeling van snelle internetverbindingen heeft de Commissie in juli 1999 besloten om krachtens de haar bij artikel 12, lid 1, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204), toegekende bevoegdheden binnen de Europese Unie een bedrijfstakonderzoek te beginnen met betrekking tot onder meer de verlening van diensten inzake de toegang tot het aansluitnet en het gebruik van het residentiële aansluitnet. De in dit

kader verzamelde gegevens hebben de Commissie ertoe gebracht, de tariefvoorwaarden voor de levering van snelle-internettoegangsdiensten door Wanadoo Interactive SA (hierna: „WIN”) aan particuliere gebruikers in Frankrijk grondig te onderzoeken. Daartoe heeft zij in september 2001 ambtshalve een procedure ingeleid.

- 2 In de litigieuze periode was WIN een vennootschap van de groep France Télécom. Van haar kapitaal was 99,9 % in handen van Wanadoo SA. De deelneming van France Télécom in het kapitaal van Wanadoo heeft gedurende de litigieuze periode geschommeld tussen 70 en 72,2 %. In de door Wanadoo en haar dochterondernemingen gevormde groep (hierna: „groep Wanadoo”) waren alle internetactiviteiten van de groep France Télécom alsook haar activiteiten als uitgever van telefoongidsen bijeengebracht. Binnen de groep Wanadoo was WIN verantwoordelijk voor de operationele en technische aspecten van de internettoegangsdiensten op het Franse grondgebied, waaronder de diensten inzake ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line).

- 3 De Commissie heeft WIN op 19 december 2001 een eerste mededeling van punten van bezwaar (hierna: „eerste mededeling van punten van bezwaar”) gestuurd en op 9 augustus 2002 een aanvullende mededeling van punten van bezwaar (hierna: „aanvullende mededeling van punten van bezwaar”), waarop WIN respectievelijk op 4 maart en 23 oktober 2002 heeft geantwoord.

- 4 Op 16 januari 2003 heeft de Commissie WIN een brief gestuurd die werd aangeduid als „brief omtrent de feiten” (hierna: „brief omtrent de feiten”), waarbij zij haar toegang heeft verleend tot het dossier dat voor het opstellen van deze brief was gebruikt. WIN heeft op 23 en 27 januari 2003 daadwerkelijk toegang gehad tot het dossier. Bij schrijven van 26 februari 2003 heeft WIN de Commissie verzocht om toelichting met betrekking tot verscheidene aspecten van de brief omtrent de feiten. De Commissie heeft geantwoord bij brief van 28 februari 2003, waarna WIN op 4 maart 2003 een memorie van antwoord op de brief omtrent de feiten heeft ingediend.

- 5 Bij beschikking van 16 juli 2003 inzake een procedure op grond van artikel [82 EG] (Zaak COMP/38.233 — Wanadoo Interactive) (hierna: „beschikking”) heeft de Commissie vastgesteld dat „[WIN] artikel 82 [EG] [heeft] geschonden door in het kader van een plan tot toe-eigening van de markt voor snelle internettoegang in een belangrijke fase van de ontwikkeling ervan, voor haar diensten eXtense en Wanadoo ADSL afbraakprijzen te hebben toegepast waarmee zij tot augustus 2001 niet haar variabele kosten en vanaf augustus 2001 niet haar totale kosten kon dekken” (artikel 1). De Commissie heeft haar gelast deze inbreuk te beëindigen (artikel 2) en heeft haar een geldboete van 10,35 miljoen EUR opgelegd (artikel 4).

- 6 In de beschikking is de relevante markt omschreven als de Franse markt voor snelle internettoegang voor particuliere gebruikers. De producten waarop de inbreuk betrekking heeft, zijn de diensten inzake snelle internettoegang met gebruik van ADSL-technologie (Wanadoo ADSL en eXtense).

- 7 Volgens de beschikking moest de abonnee in het geval van Wanadoo ADSL in de litigieuze periode maandelijks aan France Télécom abonnementsgeld voor de dienstverlening en de huur van de ADSL-modem van France Télécom betalen, alsook abonnementsgeld aan WIN als leverancier van internettoegang (Internet Access Provider). In het kader van de dienst eXtense werd de modem door de gebruiker gekocht en betaalde deze laatste enkel maandelijks abonnementsgeld aan WIN voor de door France Télécom geleverde dienst en de onbeperkte internettoegang.

- 8 Na de beoordeling van verschillende factoren, waaronder de marktaandelen (punten 211-222 van de beschikking) en de gevolgen van de verbinding met France Télécom (punten 223-228), komt de Commissie tot de conclusie dat WIN een machtspositie heeft op de relevante markt. Zij tracht vervolgens aan te tonen dat de door WIN toegepaste praktijk van tarifiering onder de kostprijs deel uitmaakt van een opzettelijke strategie om afbraakprijzen toe te passen teneinde zich de markt „toe te eigenen”, en daarmee misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 82 EG vormt (punt 254).

- 9 In de beschikking is het begin van de inbreukperiode vastgesteld op 1 maart 2001 en het einde op 15 oktober 2002, de dag van inwerkingtreding van de in maart 2002 door France Télécom voorgestelde corrigerende maatregel. Van maart tot en met augustus 2001 werden de variabele kosten niet door de gehanteerde tarieven gedekt en vanaf laatstgenoemde datum werden de totale kosten niet gedekt (artikel 1 van de beschikking, zie punt 5 hierboven).
- 10 Deze beschikking is op 23 juli 2003 aan WIN betekend. Die heeft bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 2 oktober 2003, om nietigverklaring ervan verzocht.
- 11 Als gevolg van een fusie op 1 september 2004 is France Télécom SA in de rechten van WIN getreden.

Conclusies van partijen

- 12 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:
- de beschikking nietig te verklaren;
 - subsidiair, de geldboete in te trekken of te verlagen;
 - verweerster te verwijzen in de kosten.

13 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

- het beroep te verwerpen;

- verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

I — Vordering tot nietigverklaring van de beschikking

14 Tot staving van haar vordering tot nietigverklaring heeft verzoekster verscheidene formele middelen, schending van het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen en schending van artikel 82 EG aangevoerd.

A — Middel inzake schending van de rechten van de verdediging en van wezenlijke vormvoorschriften

1. Argumenten van partijen

15 Volgens WIN moet in een zaak waarin afbraakprijzen aan de orde worden gesteld, de berekening van de kosten worden beschouwd als een hoofdelement van het betrokken punt van bezwaar. Zij heeft echter niet alleen problemen ondervonden bij het verkrijgen van toegang tot het dossier, maar daarenboven zijn belangrijke

elementen van de berekeningen van de variabele en de totale kosten in de beschikking nooit in een mededeling van punten van bezwaar vermeld en zijn zij enkel meegedeeld door middel van de brief omtrent de feiten. Dit is een schending van WIN's recht van verweer en een schending van wezenlijke vormvoorschriften. WIN kon immers niet weten van welk belang deze elementen waren voor de redenering en de punten van bezwaar van de Commissie en welke plaats zij daarin moesten innemen, zodat zij haar recht van verweer in dat opzicht niet naar behoren kon uitoefenen.

- 16 Bovendien heeft de Commissie in de beschikking berekeningen toegepast die, zowel wat de gebruikte methode als wat de resultaten betreft, verschillen van die welke in de aanvullende mededeling van punten van bezwaar zijn gebruikt. Door haar criterium voor kostendekking te wijzigen heeft de Commissie haar punt van bezwaar gewijzigd. Voorts is in de beschikking uitgegaan van een langere duur van de inbreuk dan die welke in de mededeling van punten van bezwaar was vermeld, zonder dat de partijen zich daarover hebben kunnen uitspreken.
- 17 Volgens de Commissie zijn WIN's argumenten feitelijk onjuist en rechtens ongegrond. In de brief omtrent de feiten heeft zij enkel berekeningsfouten gecorrigeerd waarop WIN in haar antwoord op de aanvullende mededeling van punten van bezwaar had gewezen, zonder het criterium of de punten van bezwaar te wijzigen. Zij benadrukt voorts dat WIN is gehoord over de inhoud van de brief omtrent de feiten. Deze had juist tot doel, de onderneming in staat te stellen om haar standpunt inzake de juistheid en de relevantie van de gestelde feiten naar behoren kenbaar te maken, hetgeen WIN niet heeft nagelaten. Zo heeft WIN de Commissie bij schrijven van 26 februari 2003 verzocht om toelichting met betrekking tot verscheidene aspecten van de brief omtrent de feiten. De Commissie stelt te hebben geantwoord bij brief van 28 februari 2003 en WIN aldus in staat te hebben gesteld om op haar beurt op 4 maart 2003 te antwoorden op de brief omtrent de feiten. Bij de verzending van de brief omtrent de feiten heeft de Commissie WIN toegang gegeven tot het gehele dossier dat voor het opstellen ervan was gebruikt. WIN heeft op 23 en 27 januari 2003 daadwerkelijk toegang gehad tot het dossier. Wat de duur van de inbreuk betreft, belet het feit dat deze ten tijde van de verzending van de mededeling van punten van bezwaar nog steeds gaande is, de Commissie om meer te doen dan het beginpunt van de inbreuk vast te stellen.

2. Beoordeling door het Gerecht

- 18 Allereerst is het vaste rechtspraak dat in de mededeling van punten van bezwaar deze punten van bezwaar, hoe bondig ook, in bewoordingen moeten worden gesteld die voor de betrokkenen voldoende duidelijk zijn om te weten, welke gedragingen de Commissie hun verwijt. Alleen dan kan de mededeling van punten van bezwaar immers de haar door de gemeenschapsverordeningen toegedachte functie vervullen, te weten de ondernemingen en ondernemersverenigingen alle informatie te verschaffen die zij nodig hebben om zich te verdedigen alvorens de Commissie een definitieve beschikking geeft. Het is voorts vaste rechtspraak dat dit vereiste is nageleefd wanneer de beschikking aan betrokkenen geen andere inbreuken ten laste legt dan die welke in de punten van bezwaar zijn opgenomen, en slechts feiten noemt waarover betrokkenen zich hebben kunnen uitspreken. De eindbeschikking van de Commissie behoeft evenwel niet noodzakelijkerwijs gelijklopend te zijn met de mededeling van punten van bezwaar (arrest Gerecht van 28 februari 2002, *Compagnie générale maritime e.a./Commissie*, T-86/95, Jurispr. blz. II-1011, punt 442 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zo zijn toevoegingen aan de mededeling van punten van bezwaar, waarmee wordt gereageerd op de memorie van antwoord van de partijen en waaruit blijkt dat zij hun recht van verweer daadwerkelijk hebben kunnen uitoefenen, toelaatbaar. Na de administratieve procedure kan de Commissie ook de feitelijke of juridische argumenten die zij ter ondersteuning van haar bezwaren heeft aangevoerd, wijzigen of aanvullen (arrest Gerecht van 22 oktober 2002, *Schneider Electric/Commissie*, T-310/01, Jurispr. blz. II-4071, punt 438).
- 19 Het onderhavige middel moet tegen de achtergrond van het voorgaande worden beoordeeld.
- 20 Na afloop van de onderzoeksfase heeft de Commissie op 19 december 2001 de eerste mededeling van punten van bezwaar aan WIN gestuurd. Deze laatste heeft in haar antwoord van 4 maart 2002 en ter gelegenheid van een hoorzitting, die op 18 maart 2002 heeft plaatsgevonden, haar opmerkingen gemaakt (punt 153 van de beschikking). Op 9 augustus 2002 heeft de Commissie WIN de aanvullende mededeling van

punten van bezwaar toegezonden. WIN heeft op 23 oktober 2002 haar opmerkingen daarover ingediend en zij heeft niet om een hoorzitting verzocht (punt 157 van de beschikking). WIN heeft derhalve haar recht van verweer kunnen uitoefenen ten aanzien van de bezwaren die de Commissie in deze mededelingen van punten van bezwaar heeft aangevoerd, zowel in het kader van haar antwoorden daarop als toen zij is gehoord.

- 21 De door de Commissie in haar beschikking vastgestelde punten van bezwaar verschillen niet van die welke in de mededelingen van punten van bezwaar zijn uiteengezet.

- 22 In de mededeling van punten van bezwaar van 19 december 2001 zet de Commissie immers bij wijze van inleiding het volgende uiteen:

„De onderhavige mededeling van punten van bezwaar heeft betrekking op de tarifieringspraktijk van [WIN], één van de vennootschappen van de groep France Télécom, voor haar snelle-internettoegangsdiensten Wanadoo ADSL en Pack [eXtense] in 2001.

[...]

In de loop van het onderzoek is gebleken dat [WIN] de betrokken diensten sinds begin 2001 onder de kostprijs tarifeert, hetgeen als marktondermijnd gedrag kan worden aangemerkt en een schending van artikel 82 [EG] kan vormen.”

23 In die mededeling van punten van bezwaar komt de Commissie aan het einde van haar onderzoek tot de volgende conclusie:

„[In dit stadium vormt] het door [WIN] sinds begin 2001 gevoerde afbraakprijzen-beleid [...] misbruik van een machtspositie [in de zin van] artikel 82[, sub] a en b, [EG]. De betrokken praktijk heeft plaatsgevonden in een kritieke fase van de ontwikkeling van de markt voor snelle internettoegang voor particuliere gebruikers, in de periode dat ADSL in Frankrijk werd verspreid. Zij heeft [WIN] een aanzienlijke voorsprong op haar concurrenten gegeven of hun belet tot deze markt toe te treden of zich hierop te handhaven.”

24 Artikel 1 van de beschikking luidt als volgt:

„Van maart 2001 tot oktober 2002 heeft [WIN] artikel 82 [EG] geschonden door in het kader van een plan tot toe-eigening van de markt voor snelle internettoegang in een belangrijke fase van de ontwikkeling ervan, voor haar diensten eXtense en Wanadoo ADSL afbraakprijzen te hebben toegepast waarmee zij tot augustus 2001 niet haar variabele kosten en vanaf augustus 2001 niet haar totale kosten kon dekken.”

25 Bij vergelijking van de eerste mededeling van punten van bezwaar met de beschikking blijkt dat de vennootschap, de markt en de betrokken producten identiek zijn, evenals de verweten inbreuk, te weten de met artikel 82 EG strijdige toepassing van afbraakprijzen.

26 Het is juist dat de beschikking preciezer is ter zake van de kostendekking. Anders dan in de eerste mededeling van punten van bezwaar, worden in de beschikking de variabele kosten en de totale kosten genoemd, en wordt in dat opzicht onderscheid gemaakt tussen de onderzochte perioden.

- 27 Deze precisering is echter aangebracht in de aanvullende mededeling van punten van bezwaar, waarvan punt 5.4 het opschrift „Het bestaan van misbruik: niet-dekking van de variabele kosten en de totale kosten in het kader van een strategie van toe-eigening van de markt” draagt. In de twee voetnoten bij dit opschrift verduidelijkt de Commissie dat „[in] dit opzicht [...] de onderhavige mededeling van punten van bezwaar [punt] 3.4 van de eerste mededeling van punten van bezwaar aan[vult]” en dat „[d]e toetsing van de dekking van de totale kosten [...] een nieuw element [is] ten opzichte van de eerste mededeling van punten van bezwaar”. WIN was dus reeds in dit stadium met de gebruikte methode bekend en zij heeft haar standpunt kenbaar kunnen maken.
- 28 De brief omtrent de feiten heeft volgens de bewoordingen ervan tot doel, „bepaalde feitelijke gegevens te vermelden die niet uitdrukkelijk in de mededelingen van punten van bezwaar zijn genoemd en waarop de Commissie zich in een dergelijke beschikking zou kunnen beroepen; d]eze gegevens bestaan deels uit feiten die zijn beschreven in de stukken van het dossier van de Commissie waartoe [de] advocaten reeds toegang hebben gehad, en deels uit gegevens die zijn verzameld in de loop van de onderzoeken die na 9 augustus 2002 zijn voortgezet”.
- 29 Volgens WIN wijzigt deze brief het criterium voor kostendekking en dus het bijbehorende punt van bezwaar, zodat deze het voorwerp van een mededeling van punten van bezwaar had moeten zijn.
- 30 Allereerst moet erop worden gewezen dat WIN, afgezien van de loutere vermelding van de andere indeling van de onderzoeksperioden, in haar verzoekschrift niet heeft gepreciseerd waaruit de verschillen in de methoden of resultaten bestaan of welke nieuwe gegevens in de brief omtrent de feiten zijn aangevoerd. Zij heeft zich beperkt tot een verwijzing naar de eerste mededeling van punten van bezwaar, de aanvullende mededeling van punten van bezwaar en de brief omtrent de feiten, die zij heeft bijgevoegd. Het is echter niet de taak van het Gerecht om in deze bijlagen de gegevens te zoeken en te identificeren die het beroep zouden kunnen staven. Ofschoon het verzoekschrift op specifieke punten kan worden ondersteund door en aangevuld met verwijzingen naar bepaalde passages uit bijgevoegde stukken, kan een algemene verwijzing naar andere schriftelijke stukken, ook al zijn zij bij het verzoekschrift gevoegd, het niet-vermelden daarin van de essentiële elementen niet

goedmaken (arrest Gerecht van 20 maart 2002, ABB Asea Brown Boveri/Commissie, T-31/99, Jurispr. blz. II-1881, punt 113). Er behoeft derhalve geen gedetailleerde vergelijking van de mededelingen van punten van bezwaar en de brief omtrent de feiten, die bij het verzoekschrift zijn gevoegd, te worden uitgevoerd teneinde in de brief omtrent de feiten te zoeken naar verschillen in methode of naar nieuwe gegevens. Ten overvloede dient evenwel te worden opgemerkt dat deze brief omtrent de feiten geen enkel punt van bezwaar bevat en geen enkele wijziging aankondigt of aanbrengt in de methode voor de berekening van de mate waarin de kosten zijn gedekt. Dikwijls als antwoord op opmerkingen van WIN, actualiseert, preciseert of corrigeert de brief gegevens die reeds in de mededelingen van punten van bezwaar te vinden zijn. De in laatstgenoemde stukken vermelde punten van bezwaar worden dus niet gewijzigd.

- 31 Wat de andere indeling van de onderzoeksperioden betreft, het enige element dat in het verzoekschrift wordt aangevoerd tot staving van de bewering dat het criterium voor kostendekking is gewijzigd, is in de beschikking de periode dat de variabele kosten niet werden gedekt, inderdaad ingekort en de periode dat de totale kosten niet werden gedekt, verlengd. Het bezwaar dat de kosten niet werden gedekt, bestrijkt niettemin de gehele bedoelde inbreukperiode, zoals ook in de mededeling van punten van bezwaar het geval was. Overigens is de verschuiving van het begin van de inbreuk van januari 2001 (in de mededelingen van punten van bezwaar) naar maart 2001 (in de beschikking) voordelig voor WIN. Voorts kan de Commissie niet worden verweten dat zij rekening heeft gehouden met de opmerkingen van WIN in haar antwoord op de aanvullende mededeling van punten van bezwaar. Volgens deze opmerkingen kwam de Commissie enkel als gevolg van een rekenfout tot de conclusie dat de variabele kosten tussen augustus en oktober 2001 niet werden gedekt. In de beschikking heeft de Commissie dus uiteindelijk het einde van de periode waarin de variabele kosten niet werden gedekt, vastgesteld op augustus 2001.
- 32 Gesteld dat verzoekster met dit argument aanvoert dat de indeling van de onderzoeksperioden van de variabele kosten is gewijzigd, moet worden opgemerkt dat in de beschikking de derde periode inderdaad niet langer afloopt op 31 december 2001, maar doorloopt tot 15 februari 2002. Volgens de Commissie is deze wijziging ingegeven door het streven om de gekozen verdeling in perioden beter te laten overeenstemmen met de ontwikkeling van de door WIN gemaakte kosten. Zij stelt dat deze wijziging enkel een vereenvoudiging van de berekeningen tot gevolg heeft, zonder de algemene conclusies te wijzigen waartoe de Commissie in de aanvullende mededeling van punten van bezwaar was gekomen.

- 33 WIN heeft deze rechtvaardiging niet aangevochten en verklaart niet op welke manier deze verlenging van de derde periode haar schaadt.
- 34 Overigens wordt WIN in de brief omtrent de feiten verzocht om haar opmerkingen te maken over deze feitelijke gegevens en wordt haar de mogelijkheid geboden om toegang te hebben tot alle stukken van het dossier.
- 35 Benadrukt dient te worden dat WIN volstaat met de vermelding in het inleidende gedeelte van haar verzoekschrift van problemen bij de toegang tot het dossier, maar daarvan geen middel tot nietigverklaring maakt. Overigens stelt zij niet dat zij de gevraagde stukken niet heeft gekregen, maar dat zij herhaalde verzoeken heeft moeten doen en „slechts aan haar buitengewone waakzaamheid en aan haar vasthoudendheid [...] te danken [heeft] dat zij, naar het beste van haar kunnen, haar recht op toegang tot het dossier heeft kunnen doen gelden”. Hieruit moet worden afgeleid dat WIN ondanks de problemen die zij kan hebben ondervonden, toegang tot het dossier heeft gehad.
- 36 Derhalve is verzoekster overeenkomstig de in punt 18 hierboven aangehaalde rechtspraak in kennis gesteld van de belangrijkste feiten en is zij in staat gesteld om haar standpunt naar behoren kenbaar te maken. Op 18 maart 2002 had reeds een hoorzitting plaatsgevonden en een nieuwe hoorzitting was niet noodzakelijk. WIN heeft overigens noch na de verzending van de aanvullende mededeling van punten van bezwaar noch na de verzending van de brief omtrent de feiten om een hoorzitting verzocht.
- 37 Uit het voorgaande volgt dat het betoog dat een derde mededeling noodzakelijk was, niet kan worden aanvaard. Bovendien heeft WIN dienaangaande haar recht van verweer kunnen uitoefenen, hetgeen zij ook heeft gedaan. Zij heeft immers bij schrijven van 26 februari 2003 de Commissie verzocht om toelichting met betrekking tot verscheidene aspecten van de brief omtrent de feiten. De Commissie heeft daarop geantwoord bij brief van 28 februari 2003. Verzoekster heeft de Commissie toen als antwoord op de brief omtrent de feiten een memorie van antwoord gezonden. Bovendien heeft WIN op 23 en 27 januari 2003 daadwerkelijk toegang tot het dossier gehad. WIN heeft dus niet aangetoond dat de verzending van de brief omtrent de feiten een schending van wezenlijke vormvoorschriften en van de rechten van de verdediging vormde.

38 Ten overvloede moet worden opgemerkt dat, al zou moeten worden aangenomen dat het aan het Gerecht staat om zelf een gedetailleerde vergelijking van de brief omtrent de feiten en de mededelingen van punten van bezwaar uit te voeren en daarbij te zoeken naar de gegevens die het beroep kunnen staven, de gedetailleerde feitelijke gegevens in de brief omtrent de feiten een aanvulling op of een uitwerking van de reeds in de mededelingen van punten van bezwaar vervatte gegevens vormden. De analyse in de brief omtrent de feiten van de werkelijke gemiddelde opbrengst en de theoretische opbrengst aan het begin van 2002 ligt immers in het verlengde van de in de aanvullende mededeling van punten van bezwaar uitgevoerde berekeningen, waarbij rekening wordt gehouden met WIN's brief van 13 december 2002. Bovendien was in de eerste mededeling van punten van bezwaar en in de aanvullende mededeling van punten van bezwaar reeds sprake van de door France Télécom in het kader van de routing-dienst in rekening gebrachte bandbreedte. In de brief omtrent de feiten wordt op dit punt rekening gehouden met de op 3 mei en 21 november 2002 door France Télécom verstrekte gegevens. Evenzo waren de internationale connectiviteitskosten ter sprake gebracht in de eerste mededeling van punten van bezwaar. De brief omtrent de feiten heeft tot doel, rekening te houden met de uitleg die France Télécom dienaangaande heeft gegeven in een brief van 13 november 2002. Tot slot waren reeds in de aanvullende mededeling van punten van bezwaar een eerste raming van de voorzienbare kosten voor nieuwe abonnees en een raming van de totale kosten uiteengezet.

39 Voorts zijn bepaalde gegevens in de brief omtrent de feiten duidelijk ter informatie verschaft als antwoord op opmerkingen van WIN. Zo verwijst de Commissie na WIN's brief van 27 september 2002 in de brief omtrent de feiten naar de aan de verhuizing van abonnees verbonden kosten, waarbij zij erop wijst dat zij niet voornemens is om deze kosten in haar berekeningen op te nemen. Wat de gevolgen van de dynamiek van de verkopen betreft, benadrukt de Commissie in de brief omtrent de feiten dat op grond van dit element geen conclusie kan worden getrokken met betrekking tot de hantering van afbraakprijzen, maar dat het kan worden gebruikt in het kader van de bespreking van het door WIN in haar memorie van antwoord van 23 oktober 2002 geformuleerde voorstel om elke nieuwe generatie van abonnees afzonderlijk, onafhankelijk van eerdere of latere generaties, te bestuderen. De uiteenzettingen in de brief omtrent de feiten over WIN's reclame- of promotieuitgaven hebben tot doel, te bevestigen dat zij in de aanvullende mededeling van punten van bezwaar bij de variabele kosten in aanmerking zijn genomen, hetgeen WIN in haar antwoord daarop had betwist.

- 40 De enige elementen waaruit een wijziging in de toepassing van de door de Commissie gekozen methode kan blijken, zijn ten eerste de andere indeling van de onderzoeksperiodes en ten tweede de berekening van het gewogen gemiddelde van de kostendekking aan de hand van de opbrengsten die door het abonneebestand van de twee betrokken diensten werden gegenereerd.
- 41 Wat de indeling van de onderzoeksperiodes betreft, wordt verwezen naar de punten 31 tot en met 33 hierboven.
- 42 Met betrekking tot de berekening van het gewogen gemiddelde van de kostendekking aan de hand van de opbrengsten die door het abonneebestand werden gegenereerd, verklaart de Commissie dat „deze wijziging [...] op zich noodzakelijk is vanuit een louter rekenkundig oogpunt, gelet op het grote verschil tussen de kosten en opbrengsten van de dienst eXtense enerzijds [en] de kosten en opbrengsten van de dienst Wanadoo ADSL anderzijds, die de helft van die van eXtense bedragen”. In voetnoot 77 bij de beschikking voegt de Commissie hieraan toe dat zij „van mening [is] dat zij niet gebonden kan zijn door een in een eerdere fase van de procedure gemaakte rekenfout, mits zij de onderneming in het kader van de rechten van de verdediging de gelegenheid heeft geboden om over de rectificatie van de fout haar opmerkingen in te dienen, zoals zij in het onderhavige geval heeft gedaan door middel van [de brief omtrent de feiten]”.
- 43 Wat de rectificatie van fouten betreft, moet worden opgemerkt dat WIN dit zonder problemen aanvaardt wanneer het in haar voordeel is. In haar antwoord op de aanvullende mededeling van punten van bezwaar vestigt WIN de aandacht van de Commissie op fouten die deze volgens WIN in haar berekeningen had gemaakt. In de brief omtrent de feiten rectificeert de Commissie deze fouten zonder protest van WIN en wanneer de Commissie dat weigert, legt zij uit waarom. Daarentegen mag de Commissie volgens WIN in een brief met betrekking tot feitelijke gegevens een fout niet rectificeren op een manier die voor haar ongunstig zou zijn, aangezien dat zou neerkomen op een wijziging van het punt van bezwaar dat ten aanzien van haar is geformuleerd.

- 44 Derhalve moet worden nagegaan of bij deze rectificatie sprake is van een wijziging van methode die aanleiding geeft tot een nieuw punt van bezwaar.
- 45 De methode blijft die van de berekening van de mate waarin de gecorrigeerde variabele kosten en totale kosten waren gedekt, en de in de berekening van het gewogen gemiddelde aangebrachte rectificatie of wijziging wijzigt geenszins het bezwaar inzake de toepassing van afbraakprijzen sinds het begin van 2001, dat in de twee mededelingen van punten van bezwaar wordt vermeld. Het ontbreken van een berekening van het gemiddelde in de eerste mededeling van punten van bezwaar verzet zich er niet tegen dat de Commissie concludeert dat de kosten niet werden gedekt, aangezien de mate van kostendekking eerst per product (eXtense of Wanadoo ADSL) wordt berekend.
- 46 Voorts volgt uit het antwoord van WIN op de brief omtrent de feiten dat, aangezien de nieuwe elementen die de Commissie in de brief omtrent de feiten in aanmerking heeft genomen, ertoe hebben geleid dat de mate waarin de gecorrigeerde variabele kosten werden gedekt, vanaf 1 augustus 2001 meer dan 100 % bedroeg, de Commissie haar berekeningsmethode zou hebben gewijzigd teneinde deze mate van kostendekking te verminderen en haar punt van bezwaar dat de variabele kosten in de periode van 1 augustus tot 15 oktober 2001 niet werden gedekt, te handhaven. Een dergelijk oogmerk lijkt echter niet verenigbaar met het feit dat de Commissie in de beschikking het einde van de periode waarin de gecorrigeerde variabele kosten niet werden gedekt, uiteindelijk heeft vastgesteld op 31 juli 2001. Dit argument kan dan ook niet slagen. WIN heeft derhalve niet aangetoond dat de methode in de brief omtrent de feiten is gewijzigd.
- 47 WIN heeft tevens betoogd dat in de beschikking is uitgegaan van een langere duur van de inbreuk dan die welke in de mededeling van punten van bezwaar was vermeld, zonder dat partijen de gelegenheid hebben gehad om zich daarover uit te spreken.
- 48 In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat WIN zich niet heeft verzet tegen het beginpunt van de inbreuk en tegen de omstandigheid dat de Commissie dit tussen de mededeling van punten van bezwaar en de beschikking heeft verschoven van januari naar maart 2001.

49 Wat de verlenging van de duur van de inbreuk van juli tot 15 oktober 2002 betreft, stelden de twee mededelingen van punten van bezwaar weliswaar het begin van de inbreuk vast op januari 2001, maar geen van beide gaf aan dat de inbreuk was beëindigd. Integendeel, beide kondigden aan dat de Commissie voornemens was een beschikking te geven waarbij WIN zou worden verzocht „aan de inbreuk een einde te maken”. Met een dergelijke formulering werd ondubbelzinnig aangegeven dat de Commissie van mening was dat de litigieuze inbreuk nog niet was beëindigd. Weliswaar werden in de eerste mededeling van punten van bezwaar feiten vermeld die een tijdspanne van twaalf maanden bestreken, en in de aanvullende mededeling van punten van bezwaar een tijdspanne van achttien maanden, maar deze beperking in de tijd van het bewijsmateriaal — en niet van de duur van de inbreuk — tot een verstreken periode doet niet af aan de uitdrukkelijke conclusie van beide documenten. Ter illustratie zij vermeld dat in de aanvullende mededeling van punten van bezwaar staat:

„Aan het einde van haar onderzoek is de Commissie in dit stadium van mening dat het door [WIN] sinds begin 2001 gevoerde afbraakprijzenbeleid misbruik van een machtspositie [...] vormt. Om de hierboven uiteengezette redenen is de Commissie voornemens een beschikking te geven waarbij [WIN] wordt gelast een einde te maken aan de inbreuk [...]”

50 Hieruit volgt duidelijk dat in elke mededeling van punten van bezwaar de duur werd aangegeven waarvan de Commissie was uitgegaan op basis van de gegevens die haar op het moment waarop de mededeling werd opgesteld, ter beschikking stonden (zie in die zin arrest Hof van 7 juni 1983, *Musique diffusion française e.a./Commissie*, 100/80–103/80, *Jurispr.* blz. 1825, punt 15), aangezien de inbreuk niet was beëindigd. WIN heeft overigens niet gesteld dat zij bijzondere maatregelen had getroffen waarmee aan de gestelde inbreuk een einde was gemaakt. Pas in de beschikking zet de Commissie uiteen dat „het misbruik is beëindigd op 15 oktober 2002, de dag waarop de in maart 2002 door France Télécom voorgestelde corrigerende maatregel in werking is getreden”.

51 De zin in de brief omtrent de feiten volgens welke „deze feitelijke gegevens [...] op geen enkele wijze [leiden] tot een verlenging van de in de mededelingen van punten van bezwaar bedoelde periode”, moet worden begrepen tegen de achtergrond van de voorgaande overwegingen. Het feit dat de brief omtrent de feiten verwijst naar „de

gecorrigeerde totale kosten in 2002” (zie blz. 6) en dat verscheidene gegevens de eerste negen maanden van 2002 dan wel het gehele jaar 2002 bestrijken (zie met name de bijlagen 15.1 en 15.2, 20, 21 en 22), moet worden gezien vanuit de optiek dat de inbreuk voortduurde. Uit het antwoord van WIN op de brief omtrent de feiten blijkt overigens dat zij heeft kunnen begrijpen dat de inbreuk voortduurde. Verscheidene onderdelen van haar antwoord verwijzen immers naar de eerste negen maanden van 2002 dan wel het gehele jaar 2002. Zij heeft namelijk een tabel overgelegd met als opschrift „Reclame/Groei van het ADSL-bestand”, die betrekking heeft op een periode die tot december 2002 loopt, en onder hetzelfde opschrift een grafiek die de periode van januari 2001 tot en met september 2002 bestrijkt. Bovendien heeft WIN zich in dit antwoord uitgesproken over de mate waarin tot en met 30 september 2002 de variabele kosten werden gedekt. Tot slot betwist WIN in dit antwoord de opbrengst van 37,03 EUR per abonnement die de Commissie voor de periode van 15 februari tot en met september 2002 in aanmerking heeft genomen. WIN kan dus niet stellen dat de rechten van de verdediging zijn geschonden (zie in die zin arrest Gerecht van 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie, T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95, Jurispr. blz. II-491, punt 576).

- 52 Verzoeksters argument met betrekking tot de verlenging van de duur van de inbreuk moet dus worden afgewezen.
- 53 Aangezien geen enkele schending van de rechten van de verdediging is aangetoond, dient het onderhavige middel te worden afgewezen.

B — Middel inzake ontoereikende motivering

1. Argumenten van partijen

- 54 In het kader van haar stelling dat wezenlijke vormvoorschriften zijn geschonden, stelt WIN tevens dat de Commissie zonder enige motivering het aan elke

onderneming toekomstige recht om te goeder trouw haar prijzen aan te passen aan die van haar concurrenten, in twijfel trekt. Dit recht is vastgelegd in de rechtspraak van het Hof en in de vroegere beschikkingspraktijk van de Commissie. WIN voegt hieraan toe dat wanneer de beschikking aanzienlijk verder gaat dan vroegere beschikkingen, de Commissie haar redenering met zoveel woorden dient te vermelden.

- 55 Volgens de Commissie volstaat een verwijzing naar de punten 314 tot en met 331 van de beschikking voor de vaststelling dat het middel inzake ontoereikende motivering op dit punt kennelijk ongegrond is.

2. Beoordeling door het Gerecht

- 56 De beschikking besteedt 18 punten (314-331) aan het argument inzake de aanpassing van prijzen aan die van de concurrenten. De Commissie onderzoekt eerst het principiële aspect van de aanpassing van prijzen en vervolgens de daadwerkelijke positie van de bedoelde concurrenten op de markt, en zij besluit met feitelijke gegevens die haars inziens de stelling van WIN ontkrachten.
- 57 De Commissie heeft haar motiveringsplicht op dit punt dus vervuld. Overeenkomstig de door WIN aangehaalde rechtspraak heeft de Commissie haar beschikking gemotiveerd door de feitelijke gegevens te vermelden waaruit de wettigheid van de maatregel blijkt, alsmede de overwegingen die haar tot het nemen van de beschikking hebben gebracht (arrest Hof van 26 november 1975, *Fabricants de papiers peints/Commissie*, 73/74, Jurispr. blz. 1491, punt 30).

58 Al zou moeten worden aanvaard dat de Commissie in casu verplicht was om haar redenering uitdrukkelijker uiteen te zetten, dan is zij daarin hoe dan ook niet tekortgeschoten.

59 Anders dan WIN heeft gesteld, volstaat de Commissie immers niet met een summiere motivering door zonder meer te stellen dat een marktdeelnemer met een machtspositie zijn prijzen niet mag aanpassen aan die van zijn concurrenten wanneer zijn prijs beneden zijn kosten ligt. Zij zet haar standpunt in punt 315 van de beschikking verder uiteen en verwijst daarbij in voetnoot naar rechtspraak. Dit punt luidt als volgt:

„In de eerste plaats is het in beginsel juist dat nieuwe toetreders of ondernemingen zonder machtspositie het recht hebben om in de tijd beperkte promotieprijzen te hanteren. Deze beogen enkel het bestaan zelf van het product op een meer overtuigende wijze dan door een eenvoudige reclameboodschap onder de aandacht van de consument te brengen, en deze aanbiedingen hebben geen negatieve gevolgen voor de markt. Een marktdeelnemer die een machtspositie heeft, mag zijn prijzen daarentegen niet aan de promotieprijzen van een marktdeelnemer zonder machtspositie aanpassen. Het is een marktdeelnemer met een machtspositie weliswaar niet absoluut verboden om zijn prijzen aan die van de concurrenten aan te passen, maar dat neemt niet weg dat deze mogelijkheid hem moet worden ontzegd wanneer zij impliceert dat de kosten van de betrokken dienst door de onderneming met een machtspositie niet worden gedekt. Een onderneming met een machtspositie verliest weliswaar niet uit hoofde daarvan het recht om haar eigen commerciële belangen te verdedigen wanneer deze worden bedreigd, maar dit gedrag is niettemin niet toelaatbaar wanneer het juist tot doel heeft die machtspositie te versterken en te misbruiken. Een onderneming met een machtspositie heeft aldus een bijzondere verantwoordelijkheid om zich zo te gedragen, dat zij geen afbreuk doet aan een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt.”

60 Het middel inzake ontoereikende motivering op dit punt kan dus evenmin worden aanvaard, zodat alle formele middelen dienen te worden afgewezen.

C — Middel inzake schending van het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen

1. Argumenten van partijen

- 61 Volgens WIN heeft de Commissie het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen kennelijk geschonden door aan WIN feiten tegen te werpen die de Commissie aan de groep France Télécom toerekent en waarover WIN noch France Télécom hun opmerkingen hebben kunnen maken. De Commissie haalt de aan WIN verweten praktijken en die van France Télécom door elkaar. Zij beschrijft ze als de uitvoering van een onderling afgestemde actie of van één strategie die door de groep France Télécom is vastgesteld. De procedure heeft evenwel enkel betrekking op WIN. Het betreft derhalve een „ernstige procedurele onregelmatigheid”.
- 62 Ter ondersteuning van haar stelling haalt WIN in haar verzoekschrift verscheidene passages in de beschikking en in de aanvullende mededeling van punten van bezwaar aan.
- 63 Zo stelt WIN dat de Commissie in punt 145 van de beschikking de middelen hekelt die door WIN en door haar voornaamste aandeelhouder zijn ingezet om de ontwikkeling van de concurrenten een halt toe te roepen en de groei van de breedbandmarkt in haar voordeel om te buigen. WIN haalt tevens punt 285 van de beschikking aan, waarin melding wordt gemaakt van een „totaalplan” en waarin wordt benadrukt dat de „strategie van de dochteronderneming [...] niet volledig [kan] worden gescheiden van de doelstellingen van de moederverenootschap”, alsmede punt 286, waarin de Commissie het „interessant [acht] om te kijken naar het gedrag van France Télécom op de groothandelsmarkt”.
- 64 Evenzo had de Commissie volgens WIN in de aanvullende mededeling van punten van bezwaar gesteld dat een deel van de door haar aangevoerde feiten „aan France

Télécom toe te rekenen” waren, terwijl zij niettemin beweerde dat „de betrekkingen tussen [WIN] en France Télécom [...] zodanig intens [waren] dat onmogelijk [kon] worden beweerd dat de strategieën van de twee entiteiten niet nauw met elkaar verbonden [waren]”. De Commissie heeft tevens gesteld dat het tariefbeleid van WIN het resultaat was van een tussen haar en France Télécom „onderling afgestemde actie”.

- 65 De Commissie antwoordt dat een verwijzing naar het dispositief van de beschikking volstaat voor de vaststelling dat WIN wel degelijk de enige beoogde onderneming is. De beschikking is niet tot France Télécom gericht, omdat haar geen misbruik van een machtspositie werd verweten. De Commissie erkent evenwel dat de beschikking veelvuldig naar France Télécom verwijst omdat deze een centrale positie als exploitant van het telefoonnetwerk had en meerderheidsaandeelhouder was van WIN. Deze factoren zijn relevant voor het begrip van de context van de markt gedurende de periode waarin de inbreuk is gepleegd.

2. Beoordeling door het Gerecht

- 66 Volgens het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen en sancties kan aan een onderneming slechts een sanctie worden opgelegd voor feiten die haar individueel ten laste worden gelegd. Dit beginsel geldt in elke administratieve procedure die tot sancties op grond van de communautaire mededingingsregels kan leiden (zie in die zin arrest Gerecht van 13 december 2001, Krupp Thyssen Stainless en Acciai speciali Terni/Commissie, T-45/98 en T-47/98, Jurispr. blz. II-3757, punt 63).
- 67 Uit de beschikking blijkt niet dat de Commissie WIN inbreuken ten laste legt die door France Télécom zouden zijn gepleegd en aan WIN zouden zijn toegerekend. Alle passages van de beschikking waaruit WIN stelt af te leiden dat het gedrag van France Télécom aan de orde wordt gesteld, bevinden zich immers in twee gedeelten

van de beschikking (deel I, G, punt 4, en deel II, D, punt 3.c) die betrekking hebben op aspecten van de context van de inbreuk en die duidelijk tot doel hebben, het kader te beschrijven waarbinnen het gewraakte gedrag van WIN plaatsvond.

68 De verwijzingen naar France Télécom vinden dus hun rechtvaardiging in de beschrijving van de context van de betrokken markt. Als telefoonexploitant waarop de meeste leveranciers van internettoegang zich wel moesten beroepen, nam France Télécom een bijzondere plaats in op de relevante markt. Zij is de gevestigde telecommunicatie-exploitant in Frankrijk. Zij exploiteert de lange-afstandsnetwerken op het Franse grondgebied die voor het internetverkeer worden gebruikt. Zij is de eigenares van het lokale toegangsnet voor telecommunicatie waardoor alle telefoonabonnees met haar netwerk worden verbonden. In die tijd was het gebruik van het lokale toegangsnet van France Télécom onontbeerlijk voor de levering van een ADSL-dienst (punt 231 van de beschikking). France Télécom brengt haar diensten in rekening aan haar afnemers, waartoe WIN behoort (punten 42-59 van de beschikking). De verlaging van de tarieven van France Télécom heeft dus gevolgen voor de kosten van WIN. Deze centrale positie van France Télécom en haar hoedanigheid van meerderheidsaandeelhouder van WIN hebben haar overigens ertoe gebracht, deel te nemen aan de administratieve procedure.

69 Voorts heeft de Commissie gepreciseerd dat deze aspecten van de context, „ofschoon zij slechts gedeeltelijk aan [WIN] kunnen worden toegerekend en zij geen punten van bezwaar jegens haar vormen”, van belang zijn voor het begrip van de zaak (punt 145 van de beschikking), en verder dat, „[t]eneinde de draagwijdte van het beleid van [WIN] en hoe het in een totaalplan past, beter te kunnen beoordelen, [...] het nuttig [is] om het gedrag van de dochteronderneming tegen de achtergrond van de problematiek van de groep France Télécom te bezien” (punt 285 van de beschikking), waaraan zij toevoegt dat de in de punten 286 tot en met 290 beschreven aspecten „geen punten van bezwaar jegens [WIN vormen]” maar dat „de strategie van de dochteronderneming [...] niet volledig [kan] worden gescheiden van de doelstellingen van de moedervennootschap”.

70 Uit de beschikking, waarin de Commissie steeds heeft gepreciseerd dat de aspecten van de context geen punten van bezwaar jegens verzoekster vormden, volgt dus dat de Commissie geen gedragingen van France Télécom aan WIN heeft toegerekend.

- 71 Dit middel inzake schending van het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen dient derhalve te worden afgewezen.

D — *Schending van artikel 82 EG*

- 72 Volgens WIN heeft de Commissie artikel 82 EG in verscheidene opzichten geschonden. Met betrekking tot de machtspositie heeft de Commissie de markt onjuist afgebakend en ten onrechte geoordeeld dat WIN daarop een machtspositie had. Aangaande het misbruik van een machtspositie heeft de Commissie een criterium voor kostendekking toegepast dat strijdig is met artikel 82 EG, zowel wat de in aanmerking genomen kosten als wat de gehanteerde methode betreft. Bovendien heeft zij ernstige rekenfouten gemaakt. In het kader van het criterium voor afbraakprijzen heeft de Commissie WIN het fundamentele recht ontzegd om haar prijzen aan die van haar concurrenten aan te passen. Zij heeft bovendien blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en tegelijkertijd een kennelijke beoordelingsfout gemaakt door te concluderen dat er een plan tot toepassing van afbraakprijzen bestond, en door te stellen dat het niet noodzakelijk was te bewijzen dat de verliezen werden goedge maakt.

1. Machtspositie

a) Onjuiste bepaling van de markt

Argumenten van partijen

- 73 Volgens WIN berust het door de Commissie gemaakte onderscheid tussen langzame internettoegang en snelle internettoegang voor particuliere gebruikers op een

ernstig onvolledige en tegenstrijdige analyse. Naar haar mening bestaat er slechts één markt voor internettoegang, die het gehele spectrum van langzame tot snelle verbindingen beslaat. Dat wordt aangetoond door de verschijning van aanbiedingen van ADSL met gemiddelde snelheid.

- 74 Volgens WIN erkent de Commissie het bestaan van gemeenschappelijke gebruiksmogelijkheden en een bepaalde mate van substitueerbaarheid tussen snelle en langzame internettoegang, maar weigert zij om daaruit de nodige conclusies te trekken.
- 75 Bovendien bestaat er werkelijk concurrentie tussen snelle verbindingen en langzame verbindingen, die haar oorsprong vindt in het feit dat bij beide soorten internettoegang onbeperkte toegang wordt aangeboden, terwijl de gebruikers betrekkelijk ongeïnteresseerd zijn in de eigenschappen ervan.
- 76 Tot slot is volgens de vaste beschikkingspraktijk van de Commissie een louter verschil in de mate van comfort of kwaliteit niet voldoende om afzonderlijke relevante markten te onderscheiden wanneer het gebruik ervan gelijkaardig is. Uit een door WIN verrichte peiling blijkt dat de abonnees in 80 % van de gevallen dezelfde soort toepassingen en functionaliteiten gebruiken.
- 77 De Commissie verwijst naar de uiteenzetting die zij in de beschikking (punten 169-204) heeft gewijd aan het onderscheid tussen snelle verbindingen en langzame verbindingen. Daarin heeft zij gewezen op verschillen in gebruik, in technische kenmerken en in prestaties alsook op verschillen in de prijzen van de diensten en in de opbrengst per abonnee, waardoor tussen de twee markten een onderscheid moet worden gemaakt. Wat de mate van substitueerbaarheid betreft, stelt de Commissie dat de enige waargenomen substitutie volledig asymmetrisch is, aangezien zij slechts in één richting plaatsvindt, te weten van langzame verbindingen naar snelle verbindingen. De Commissie meent voorts dat het onderscheid tussen snelle verbindingen en langzame verbindingen thans algemeen wordt erkend.

Beoordeling door het Gerecht

78 Volgens vaste rechtspraak (arrest Hof van 9 november 1983, *Michelin/Commissie*, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 37; arresten Gerecht van 30 maart 2000, *Kish Glass/Commissie*, T-65/96, Jurispr. blz. II-1885, punt 62, en 17 december 2003, *British Airways/Commissie*, T-219/99, Jurispr. blz. II-5917, punt 91), moeten bij het onderzoek of een onderneming eventueel een machtspositie op een bepaalde productmarkt inneemt, de concurrentiemogelijkheden worden beoordeeld binnen het kader van de markt van alle producten of diensten die door hun eigenschappen bijzonder geschikt zijn om in een constante behoefte te voorzien, en die slechts in geringe mate door andere producten of diensten kunnen worden vervangen. Omdat bovendien de bepaling van de relevante markt ertoe dient om te beoordelen of de betrokken onderneming in staat is de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging te verhinderen en zich jegens haar concurrenten en, in casu, jegens haar dienstverrichters, in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen, mag hierbij het onderzoek niet worden beperkt tot de objectieve kenmerken van de betrokken diensten, maar moeten eveneens de mededingingsvoorwaarden en de structuur van vraag en aanbod op de markt in aanmerking worden genomen.

79 Wanneer een product voor diverse doeleinden kan worden gebruikt en wanneer deze verschillende gebruiksmogelijkheden in eveneens verschillende economische behoeften voorzien, moet worden aangenomen dat dit product, naargelang het geval, kan behoren tot verschillende markten, die, zowel wat de structuur als wat de mededingingsvoorwaarden betreft, verschillende kenmerken kunnen hebben. Deze vaststelling wettigt evenwel niet de conclusie dat een dergelijk product één en dezelfde markt vormt met alle andere producten waardoor het voor zijn verschillende gebruiksmogelijkheden kan worden gesubstitueerd en waarmee het eventueel concurreert.

80 Het begrip relevante markt houdt immers in dat het tussen de van die markt deel uitmakende producten tot daadwerkelijke mededinging kan komen, hetgeen

veronderstelt dat alle producten die deel uitmaken van een zelfde markt, elkaar voor hetzelfde gebruik in voldoende mate kunnen substitueren (arrest Hof van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie, 85/76, Jurispr. blz. 461, punt 28).

- 81 Uit de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (PB 1997, C 372, blz. 5, punt 7) volgt tevens dat „[e]en relevante productmarkt [...] alle producten en/of diensten [omvat] die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de consument als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd”.
- 82 Er bestaat niet louter een verschil in comfort of kwaliteit tussen snelle en langzame verbindingen. Blijkens de door de Commissie verschaft gegevens (punt 175 van de beschikking), die WIN niet heeft weersproken, kunnen sommige toepassingen die met de snelle verbinding beschikbaar zijn, niet worden gebruikt met de langzame verbinding, bijvoorbeeld het downloaden van zeer omvangrijke bestanden en interactieve netwerkspellen. WIN heeft overigens in haar antwoord van 4 maart 2002 op de mededeling van punten van bezwaar bevestigd dat er „audiovisuele/multimedia-activiteiten [bestaan] die meer specifiek voor ADSL bestemd zijn”. Bovendien maakt de door het Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie (Crédoc) voor rekening van WIN verrichte en door WIN bij haar verzoekschrift gevoegde studie ook melding van nieuwe gebruiksmogelijkheden die door de dienst eXtense op het internet zijn ontwikkeld en die specifiek voor snelle verbindingen bestemd zijn, te weten het spelen van netwerkspellen, het online naar de radio luisteren, het online bekijken van videobeelden en het online doen van aankopen. Voorts is volgens die studie de abonnee met een snelle verbinding veel vaker en gemiddeld veel langer met het netwerk verbonden dan de gebruiker van een langzame verbinding.
- 83 Wat de verschillen in technische kenmerken en in prestaties betreft, blijkt uit de stellingen van de Commissie (punten 181-187 van de beschikking), die door verzoekster niet zijn weerlegd, dat een belangrijke technische bijzonderheid van snelle internettoegang ligt in de specifieke aard van de gebruikte modems. Een

modem voor snelle internettoegang kan niet worden gebruikt voor een langzame verbinding, en vice versa (punt 181 van de beschikking). Voorts is in het geval van de snelle verbinding de verbinding met het netwerk permanent en is de telefoonlijn vrij.

- 84 Bovendien boden in het geval van de Franse markt de aanbiedingen van snel internet in de onderzochte periode downloadsnelheden van om en bij de 512 kbit/s (punt 185 van de beschikking). De aanbiedingen van traditioneel langzaam internet (beperkt tot 56 kbit/s) en de aanbiedingen van ISDN (Integrated Services Digital Network) (64 of 128 kbit/s) maakten slechts snelheden van een tiende tot een kwart daarvan mogelijk. De ADSL-aanbiedingen met een downloadsnelheid van 128 kbit/s, die volgens verzoekster getuigen van de continuïteit tussen langzame en snelle verbindingen, zijn pas verschenen aan het einde van de periode waarop de beschikking betrekking heeft. Bovendien blijft er zelfs in het geval van een aanbieding van 128 kbit/s een wezenlijk verschil tussen langzame verbindingen en snelle verbindingen. Het verschil in prestaties was gedurende de onderzochte periode dus aanzienlijk.
- 85 Naast deze verschillende gebruiksmogelijkheden, kenmerken en prestaties bestaat er een groot prijsverschil tussen langzame en snelle verbindingen (punten 188-192 van de beschikking).
- 86 Wat de mate van substitueerbaarheid betreft, dient behalve aan de in punt 78 hierboven aangehaalde rechtspraak te worden herinnerd aan de door de Commissie in haar bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht opgenoemde beoordelingfactoren (zie punt 81 hierboven).
- 87 Volgens deze bekendmaking houdt het onderzoek naar de substitueerbaarheid aan de vraagzijde in, dat wordt vastgesteld welke producten door de consument als vervangingsproducten worden beschouwd. Dit kan geschieden als een denkoefening waarin een hypothetische kleine duurzame wijziging van de betrokken prijzen wordt

aangenomen en de waarschijnlijke reacties van de afnemers hierop worden onderzocht. In punt 17 van deze bekendmaking preciseert de Commissie dat „[d] e vraag die moet worden beantwoord is of de afnemers van de partijen, als gevolg een hypothetische geringe (tussen 5 % en 10 %) duurzame verhoging van de prijs van de onderzochte producten en in de betrokken gebieden, zouden overschakelen op gemakkelijk verkrijgbare vervangproducten [...]”

- 88 In punt 193 van de beschikking erkent de Commissie stellig dat er een zekere mate van substitueerbaarheid bestaat tussen de langzame verbindingen en de snelle verbindingen. Zij voegt hieraan in punt 194 evenwel toe dat deze uiterst asymmetrisch functioneert, aangezien het aantal afnemers dat van snel internet op langzaam internet overgaat, bijzonder klein is in vergelijking met het aantal afnemers dat van langzaam op snel internet overgaat. Indien de producten vanuit het oogpunt van de vraag volkomen substitueerbaar waren, zou volgens de Commissie het aantal afnemers dat op snel internet overgaat, identiek moeten zijn aan of op zijn minst vergelijkbaar moeten zijn met het aantal afnemers dat op langzaam internet overgaat.
- 89 In de eerste plaats blijkt dienaangaande uit de bij WIN verzamelde en in tabel 7 in de beschikking weergegeven gegevens, dat er in de betrokken periode zeer weinig abonnees met snelle verbindingen waren die overgingen op „integrale” aanbiedingen van langzaam internet, ondanks het prijsverschil tussen deze diensten, dat vele internetgebruikers ertoe had moeten aanzetten om op een langzame verbinding over te gaan. Deze sterke wanverhouding in de aantallen afnemers die van snelle op langzame verbindingen overgaan en vice versa, maakt de stelling dat deze diensten in de ogen van de consument onderling verwisselbaar zijn, niet aannemelijk. In het verzoekschrift heeft WIN daarenboven geen enkel precies gegeven aangevoerd dat deze analyse op losse schroeven zet.
- 90 In de tweede plaats blijkt uit een voor rekening van de Commissie uitgevoerde en door WIN bij haar verzoekschrift gevoegde peiling dat 80 % van de abonnees met een snelle verbinding hun abonnement zouden behouden indien de prijs voor snel internet met 5 à 10 % zou stijgen. Overeenkomstig punt 17 van de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeen-

schappelijke mededingingsrecht (zie punt 87 hierboven), vormt dit hoge percentage abonnees dat hun snelle verbinding bij een prijsstijging van 5 à 10 % zou behouden, een sterke aanwijzing dat er geen substitutie aan de vraagzijde is.

- 91 Gelet op het voorgaande dient derhalve te worden geoordeeld dat de Commissie terecht heeft geconcludeerd dat snelle verbindingen en langzame verbindingen in onvoldoende mate kunnen worden gesubstitueerd en dat zij de relevante markt terecht heeft bepaald als de markt voor snelle internettoegang voor particuliere gebruikers.

b) Onvolledigheid van de beoordeling van de machtspositie

Argumenten van partijen

- 92 Volgens WIN heeft de Commissie ten onrechte geoordeeld dat zij een machtspositie had. Het onderzoek van de Commissie vertoont immers ernstige gebreken.
- 93 Marktmacht kan in geen geval worden beoordeeld aan de hand van marktaandelen op een opkomende markt. Op een dergelijke markt moet vanuit een dynamisch perspectief worden gekeken en moet niet alleen de huidige mededinging, maar ook de potentiële mededinging worden beoordeeld. Volgens WIN is het aantal potentiële abonnees zeer groot, gezien het feit dat Franse huishoudens niet zeer toegerust zijn. WIN meent te hebben aangetoond dat nieuwkomers op deze markt zijn verschenen en dat de aanbiedingen zijn verveelvoudigd, hetgeen gepaard is gegaan met een daling van de prijzen.

- 94 Deze factoren getuigen van de kracht van de mededinging op een markt zonder belemmeringen, waarop WIN derhalve geen machtspositie kan hebben.
- 95 WIN verwijt de Commissie daarmee geen rekening te hebben gehouden en zich te hebben beperkt tot een onderzoek van WIN's marktaandeel op het segment snel internet tussen 31 december 2000 en 31 augustus 2002. Dat WIN's marktaandeel tussen augustus 2002 en maart 2003 met meer dan tien procent is gedaald, toont echter aan dat de markt wordt gekenmerkt door mededinging en in ontwikkeling is.
- 96 Voorts kan volgens WIN geen conclusie worden getrokken uit de omstandigheid dat een onderneming deel uitmaakt van een groep met aanzienlijke financiële middelen en een uitgebreid distributienetwerk, zonder de situatie van de concurrenten in aanmerking te nemen. De Commissie heeft geen enkel grondig onderzoek uitgevoerd van de situatie van de vennootschappen AOL, T-Online/Club-Internet en Tiscali, die verbonden zijn met grote groepen die buitengewone financiële macht genieten en eveneens een groot distributienetwerk bezitten.
- 97 Tot slot stelt WIN dat het bijeenbrengen van haar activiteiten als uitgever van telefoongidsen en haar activiteiten inzake internettoegang niet kan worden geacht haar een financiële macht te hebben opgeleverd waarmee zij haar machtspositie op de Franse markt voor snelle internettoegang kon vestigen. Immers, niet alleen beschikken andere mededingers, zoals T-Online, ook over deze mogelijkheid, maar de groep Wanadoo kan volledig in de behoeften van haar activiteit als leverancier van internettoegang voorzien zonder een beroep te doen op de liquide middelen die worden gegenereerd door de uitgave van de „Pages Jaunes” van de telefoongids.
- 98 De Commissie betwist dat de relevante markt gedurende de onderzochte periode een opkomende markt was. Zij betoogt dat WIN's marktaandeel gedurende de

litigieuze periode gestaag is gegroeid. WIN heeft het in de beschikking uitgevoerde onderzoek van de voor haar uit de technische, logistieke en commerciële steun van de groep France Télécom voorvloeiende synergieën en voordelen, geenszins op losse schroeven gezet.

Beoordeling door het Gerecht

- 99 Om te beginnen is het vaste rechtspraak dat een machtspositie blijkt uit de omstandigheid dat de betrokken onderneming in een situatie van economische macht verkeert, waardoor zij de handhaving van een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt kan verhinderen doordat zij de mogelijkheid heeft zich in aanzienlijke mate onafhankelijk te gedragen tegenover haar concurrenten en afnemers en, ten slotte, de consument (arrest Michelin/Commissie, punt 78 hierboven, punt 30, en arrest Gerecht van 23 oktober 2003, Van den Bergh Foods/Commissie, T-65/98, Jurispr. blz. II-4653, punt 154). Daarbij moet er meteen op worden gewezen dat de Commissie, om het bestaan van een machtspositie aan te tonen, niet behoeft aan te tonen dat de concurrenten van een onderneming van de markt zullen worden verdreven, al is het maar op termijn.
- 100 Ofschoon de betekenis van marktaandelen van markt tot markt kan verschillen, vormen zeer grote marktaandelen bovendien op zichzelf, en behoudens buitengewone omstandigheden, het bewijs van het bestaan van een machtspositie (arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, punt 80 hierboven, punt 41, en arrest Gerecht van 28 april 1999, Endemol/Commissie, T-221/95, Jurispr. blz. II-1299, punt 134). In het arrest van 3 juli 1991, AKZO/Commissie (C-62/86, Jurispr. blz. I-3359, punt 60) heeft het Hof geoordeeld dat dat het geval was bij een marktaandeel van 50 %.
- 101 Het bestaan van mededinging, hoe levendig ook, op een bepaalde markt sluit het bestaan van een machtspositie op die markt niet uit, daar deze positie in wezen

wordt gekenmerkt door het vermogen van de betrokken onderneming om zich te gedragen zonder in haar marktstrategie met die mededinging rekening te moeten houden, en zonder daardoor schadelijke gevolgen van die houding te ondervinden (arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, punt 80 hierboven, punt 70; zie in die zin tevens arrest Hof van 14 februari 1978, United Brands/Commissie, 27/76, Jurispr. blz. 207, punten 108-129). Het eventuele bestaan van mededinging op de markt is dus zeker relevant voor met name de vraag of sprake is van een machtspositie, maar het is op zich geen omstandigheid die beslissend is voor het antwoord op die vraag.

- 102 Aan de hand van deze criteria dient te worden nagegaan of WIN op de relevante markt een machtspositie heeft, zoals de Commissie stelt.
- 103 Wat de marktaandelen betreft, heeft WIN's aandeel op de breedbandmarkt volgens tabel 8 van de beschikking 50 % bereikt op 31 maart 2001, is het gestegen tot 72 % op 31 maart 2002 en is het tot in augustus 2002 stabiel op dit niveau gebleven. Uit de antwoorden van partijen op de vragen van het Gerecht blijkt dat dit aandeel volgens WIN vervolgens in oktober 2002 is gedaald tot 63,6 % en volgens de Commissie tot een getal dat, naargelang de bron, tussen 63,4 en 71 % ligt. WIN heeft dus gedurende de gehele litigieuze periode een zeer groot marktaandeel gehad, hetgeen, behoudens buitengewone omstandigheden, het bewijs van het bestaan van een machtspositie in de zin van de reeds aangehaalde rechtspraak levert.
- 104 Wat de tussen augustus en oktober 2002 opgetreden daling betreft, kan de verkleining van een nog steeds zeer aanzienlijk marktaandeel op zich niet het bewijs van het ontbreken van een machtspositie vormen (zie in die zin arrest Gerecht van 8 oktober 1996, Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie, T-24/93–T-26/93 en T-28/93, Jurispr. blz. II-1201, punt 77). Zelfs wanneer wordt uitgegaan van het door WIN aangevoerde getal, had WIN aan het einde van de inbreukperiode namelijk nog steeds een aanzienlijk marktaandeel.

- 105 WIN betoogt evenwel dat marktaandeelen een weinig betrouwbare indicatie zijn in de context van een opkomende markt die wordt gekenmerkt door een nog beperkte groep afnemers.
- 106 Het Gerecht is van oordeel dat volgens de in punt 218 van de beschikking uiteengezette gegevens over de marktsituatie, die WIN niet heeft weersproken, de relevante markt in maart 2001, volgens de Commissie de begindatum van de inbreuk, het begin- of experimentele stadium zeker voorbij was. De breedbandmarkt heeft zich in Frankrijk immers vanaf 1997 ontwikkeld. De ADSL-diensten van WIN en de eerste aanbiedingen van haar concurrenten zijn eind 1999 op de markt gebracht. Eind juni 2000 telde de markt voor snelle internettoegang voor particuliere gebruikers reeds ongeveer 100 000 abonnees en eind 2000 waren er meer dan 180 000 abonnees in Frankrijk. In de loop van het eerste trimester van 2001 groeide de markt met meer dan 5 000 nieuwe abonnees per week. Door voor het begin van de inbreuk niet verder terug te gaan dan maart 2001, zoals is aangegeven in punt 71 van de beschikking, omdat zij van mening was dat de markt tot dan toe „niet voldoende ontwikkeld was om een significant resultaat te verkrijgen uit een afbraakprijencriterium”, heeft de Commissie de beginfase terecht buiten haar onderzoek gelaten.
- 107 Het betrof stellig een sterk groeiende markt, maar dit kan geen reden zijn om de toepassing van de mededingingsregels, en met name van artikel 82 EG, uit te sluiten.
- 108 Deze sterk groeiende markt werd gedurende de litigieuze periode niet gekenmerkt door sterke instabiliteit. Op deze markt is integendeel een vrij stabiele hiërarchie ontstaan, waarbij WIN marktleider was.
- 109 De Commissie rondt in de punten 213 tot en met 215 van de beschikking haar analyse van de machtspositie van WIN af met een vergelijkend onderzoek van de marktaandeelen van WIN en van haar concurrenten in de loop van de litigieuze

periode. Uit dit onderzoek, dat door verzoekster niet is aangevochten, blijkt dat WIN steeds een aantal ADSL-abonnees heeft gehad dat meer dan acht keer zo hoog was als het aantal abonnees van haar belangrijkste concurrent. Volgens de rechtspraak is het marktaandeel van de betrokken onderneming in verhouding met de marktaandelen van haar concurrenten te beschouwen als een bruikbare aanwijzing voor een machtspositie (arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, punt 80 hierboven, punt 48).

- 110 WIN heeft echter betoogd dat op een dergelijke markt vanuit een dynamisch perspectief moest worden gekeken, door niet alleen de huidige mededinging maar ook de potentiële mededinging te beoordelen.
- 111 Dienaangaande volstaat de vaststelling dat WIN volgens haar eigen prospectieve analyse, die van maart 2001 dateert, aan het einde van 2004 een aandeel van 55 % van de gehele markt zou overhouden. In juni 2001 heeft WIN deze prognoses met betrekking tot marktpenetratie zelf herzien. Zij dacht toen dat zij aan het einde van 2004 meer dan driekwart van het ADSL-segment en ten minste 60 % van de breedbandmarkt voor particulieren in handen zou hebben (punt 220 en voetnoot 255 van de beschikking). Daaruit blijkt dat WIN zelf de potentiële mededinging beperkt achtte. Derhalve rechtvaardigt de situatie op de relevante markt niet dat de marktaandelen worden beschouwd als een weinig betrouwbare aanwijzing.
- 112 Voorts heeft de Commissie in het kader van haar onderzoek van WIN's marktpositie in de punten 223 tot en met 246 van de beschikking tevens rekening gehouden met het feit dat WIN als gevolg van de verbinding met de groep France Télécom zeer aanzienlijke voordelen had genoten, die hebben bijgedragen tot haar machtspositie.
- 113 Anders dan WIN stelt, heeft de Commissie wel degelijk in de beschikking, in de punten 226 tot en met 228, de situatie van de door WIN genoemde concurrenten, te weten AOL, T-Online en Tiscali, onderzocht. Zij heeft in punt 228 geconcludeerd dat, hoe bereid de betrokken groepen ook waren om de investeringen en de

commerciële initiatieven van hun Franse dochterondernemingen te steunen, geen van hen bij machte was om deze te laten profiteren van technische en logistieke steun en steun in de vorm van een commercieel netwerk in Frankrijk, die even bepalend was als de steun die WIN door France Télécom werd geboden.

- 114 In de eerste plaats dient aangaande het uitgebreide distributienetwerk waarover volgens WIN ook de concurrerende groepen beschikten, te worden benadrukt dat op het Franse grondgebied, het enige waarop de beschikking betrekking heeft, dit netwerk hoe dan ook niet de omvang van dat van France Télécom, de gevestigde telecommunicatie-exploitant in Frankrijk, kan benaderen.
- 115 Onder de commerciële voordelen die WIN, zonder dat zij dit overigens betwist, heeft genoten, moet bovenal melding worden gemaakt van het netwerk van agentschappen van France Télécom, die de distributie van WIN's producten over het gehele Franse grondgebied hebben verzorgd.
- 116 In de tweede plaats heeft WIN evenmin de technische voordelen betwist die volgens de Commissie voortvloeien uit haar verbinding met France Télécom. De Commissie heeft, zonder door WIN te zijn weersproken, aangevoerd dat deze laatste gedurende het gehele jaar 2000 en de eerste zeven maanden van 2001 een voorkeursbehandeling heeft genoten in de vorm van een aanbod op maat dat veel minder beperkingen inhield dan het aanbod dat aan haar concurrenten werd gedaan, en van toegang in realtime tot de bestanden van de voor breedband geschikte lijnen.
- 117 Op deze voordelen is overigens gewezen door de Franse Conseil de la concurrence [raad voor de mededinging] in besluit 02-MC-03 van 27 februari 2002 inzake de aanhangigmaking van een zaak en het verzoek om bewarende maatregelen ingediend door de vennootschap T-Online, dat bij het verweerschrift is gevoegd. De Conseil de la concurrence heeft France Télécom gelast, alle leveranciers van internettoegang een Extranet-server ter beschikking te stellen die het mogelijk

maakt toegang te krijgen tot dezelfde informatie als die waarover WIN beschikte, en van de gespecialiseerde diensten van France Télécom te eisen dat het concrete functioneren van de ADSL-verbinding plaatsvond onder dezelfde efficiëntievoorwaarden als die welke aan WIN werden geboden. In afwachting van de invoering van dit systeem heeft de Conseil de la concurrence France Télécom gelast om het in de handel brengen van de ADSL-diensten van WIN in haar handelsagentschappen op te schorten. Zoals wordt benadrukt in punt 146 van de beschikking, is het besluit van de Conseil de la concurrence door de Cour d'appel de Paris (Frankrijk) bevestigd in het arrest van 9 april 2002.

- 118 Derhalve heeft de Commissie terecht geoordeeld dat de verbinding van WIN met France Télécom haar ten opzichte van haar concurrenten voordelen heeft verschaft die tot haar machtspositie hebben bijgedragen.
- 119 Als laatste element heeft de Commissie bij haar onderzoek van WIN's positie op de relevante markt gewezen op het voordeel dat voor de groep Wanadoo voortvloeide uit haar aanwezigheid op de markt voor telefoongidsen. Volgens de Commissie zorgen de zeer winstgevende activiteiten op deze markt voor een aanzienlijke verzachting van de gevolgen die de door WIN op de markt voor snelle internettoegang toegepaste verkoop tegen verlies heeft voor de groep.
- 120 Dienaangaande heeft de Commissie een andere markt dan die voor de levering van snel internet op het oog. Zoals WIN stelt, is de aanwezigheid van de groep Wanadoo op de markt voor telefoongidsen dan ook geen factor die op beslissende wijze bevestigt dat WIN op de relevante markt een machtspositie inneemt.
- 121 Gelet op het voorgaande moet derhalve worden geoordeeld dat de Commissie terecht van mening was dat WIN in de bedoelde periode een machtspositie innam op de relevante markt.

2. Misbruik van machtspositie

a) Middelen inzake het criterium voor kostendekking

- ¹²² Het geding heeft op dit punt betrekking op de methode voor de berekening van de mate van kostendekking, en op de rekenfouten die de Commissie bij de toepassing ervan zou hebben gemaakt.

Verkeerde methode voor de berekening van de mate van kostendekking

— Argumenten van partijen

- ¹²³ Volgens WIN heeft de Commissie blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te kiezen voor een statisch criterium voor kostendekking dat in geen geval de economische werkelijkheid van de rentabiliteit van WIN's abonnees weergeeft. In het geval van abonnementen worden een deel van de kosten en alle opbrengsten immers over een lange periode gespreid en de kosten variëren in de tijd. De methode van de Commissie komt er evenwel op neer, de verwervingskosten op te tellen bij 48 maal het bedrag van de maandelijks terugkerende kosten, zoals die waren op de dag dat het abonnement werd afgesloten, en dit totaal te vergelijken met 48 maal de maandelijks terugkerende opbrengsten, zoals die op dezelfde dag waren, zonder dat rekening wordt gehouden met de aanpassing van de maandelijks terugkerende kosten in de tijd.
- ¹²⁴ Wat de in aanmerking te nemen kosten betreft, stelt WIN dat de Commissie voor de bepaling of de kosten daadwerkelijk worden gedekt, verplicht is om alle informatie te onderzoeken waarover zij beschikt op de datum van de beschikking, indien zij de geldigheid van deze informatie erkent. De Commissie heeft alle gebleken en erkende kostendalingen die zich tussen de afsluiting van een abonnement en oktober 2002

hebben voorgedaan, genegeerd of meer bepaald de kostendaling in aanmerking genomen voor iedereen die zich na deze datum heeft geabonneerd, maar niet om de terugkerende kosten van degenen die zich daarvóór hebben geabonneerd, te actualiseren. Met het voorbeeld van een afnemer die zich op 1 juni 2001 bij haar abonneert, stelt WIN dat de Commissie deze tot eind mei 2005 (dat wil zeggen gedurende 48 maanden) aanvankelijke terugkerende kosten van 54,39 EUR per maand toerekent, terwijl dit bedrag sinds augustus 2001 niet meer overeenstemt met de werkelijke kosten, aangezien deze volgens bijlage 3 bij de beschikking vanaf die datum slechts 34,72 EUR per maand bedragen.

125 WIN heeft de Commissie resultaten op basis van de discountedcashflow-methode verstrekt voor de berekening van de geactualiseerde nettowaarde van de abonnees. Deze methode bestaat in het opstellen van een lijst voor elke abonnee van alle kosten en inkomsten die hij genereert, deze te actualiseren door daarop een door de financiële markten gegeven disconteringsvoet toe te passen, en de aldus verkregen discounted cashflows bij elkaar op te tellen. De productkosten bestaan uit de aanvankelijk betaalde verwervingskosten, waaraan de terugkerende maandelijks kosten worden toegevoegd. WIN stelt dat deze methode, de enige die economisch betrouwbaar is, algemeen erkend is en overeenstemt met de door economen en financieel deskundigen voor investeringen uitgevoerde economische berekeningen. Deze methode is door de Franse Conseil de la concurrence gebruikt en de geldigheid ervan is erkend in het door Oxera voor de Office of Fair Trading (OFT, de mededingingsautoriteit van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland) opgestelde rapport. Zij toont aan dat de totale kosten — behalve die van maart 2001, die, naargelang het product, voor slechts 98 of 99 % werden gedekt — en a fortiori de variabele kosten van WIN gedurende de gehele periode werden gedekt.

126 De Commissie is het met WIN eens over de noodzaak om bepaalde kosten te spreiden, maar niet over de te gebruiken methode. Voor de beoordeling van het economische evenwicht van WIN's diensten is gekozen voor een dynamische methode die rekening houdt met het feit dat bepaalde variabele kostenposten, en met name die welke verband houden met de verwerving van een abonnee, zullen worden gecompenseerd door de inkomsten die de onderneming gedurende de

gehele zakelijke relatie van deze abonnee verwacht te ontvangen. Door deze eenmalige variabele kosten over 48 maanden te spreiden, heeft zij dan ook rekening gehouden met de gebruikelijke levensduur van een abonnement, die als referentie kan dienen voor een onderneming die binnen een redelijke termijn opbrengst uit de investering wil halen.

127 De Commissie stelt dat zij bij de toepassing van haar methode alle gebruikte cijfers uit de door WIN verschaft informatie heeft gehaald. Het gaat dus om ex post vastgestelde cijfers. Geen enkele kostenrubriek is fictief. Voor alle abonnees is volledig rekening gehouden met de kostendalingen op het exacte moment waarop deze zich voordeden.

128 De Commissie is het voorts oneens met WIN's stelling dat in casu gebruik moet worden gemaakt van de discountedcashflow-methode. Op basis van deze methode kan geen conclusie worden getrokken met betrekking tot de hantering van afbraakprijzen. WIN heeft overigens voor de betrokken producten nauwelijks gebruik gemaakt van berekeningen van de geactualiseerde nettowaarde ten tijde van de feiten. Dat in casu gebruik zou moeten worden gemaakt van de discountedcashflow-methode, vindt bovendien geen enkele steun in de communautaire rechtspraak of in de beschikkingspraktijk van de Commissie. In ieder geval is de door verzoekster voorgestelde methode niet de traditionele methode, aangezien WIN voorstelt om de instromen van nieuwe afnemers in evenveel groepen te verdelen en voor elk daarvan te onderzoeken of de discounted cashflow positief is over een periode van vijf jaar. WIN neemt voorts in haar analyse de als gevolg van het einde van de inbreuk toegenomen rentabiliteit op.

— Beoordeling door het Gerecht

129 Om te beginnen dient eraan te worden herinnerd dat voor zover de keuze van de methode voor de berekening van de mate van kostendekking een ingewikkelde economische beoordeling van de Commissie impliceert, haar een ruime beoorde-

lingsbevoegdheid moet worden toegekend (zie in die zin arrest Hof van 28 mei 1998, Deere/Commissie, C-7/95 P, Jurispr. blz. I-3111, punt 34, en aldaar aangehaalde rechtspraak). Het toezicht van de rechter moet derhalve worden beperkt tot de vraag, of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn vastgesteld en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling dan wel misbruik van bevoegdheid.

- 130 Uit de rechtspraak inzake afbraakprijzen volgt dat op grond van prijzen die beneden de gemiddelde variabele kosten liggen, mag worden aangenomen dat een toegepaste prijs op uitschakeling is gericht, en dat prijzen die beneden de gemiddelde totale kosten, maar boven de gemiddelde variabele kosten liggen, moeten worden geacht misbruik op te leveren wanneer zij zijn vastgesteld in het kader van een plan dat tot doel heeft een concurrent uit te schakelen (arrest AKZO/Commissie, punt 100 hierboven, punten 71 en 72; arrest Gerecht van 6 oktober 1994, Tetra Pak/Commissie, T-83/91, Jurispr. blz. II-755, punten 148 en 149, bevestigd bij arrest Hof van 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie, C-333/94 P, Jurispr. blz. I-5951, punt 41).
- 131 In de beschikking heeft de Commissie drie verschillende analyses uiteengezet om haar werkwijze toe te lichten. De eerste, die in de punten 73 tot en met 75 van de beschikking staat, is een analyse op een eenvoudige boekhoudkundige grondslag, waarbij de opbrengsten en de kosten in één keer worden genomen. Volgens WIN zelf gaat het om een ruwe meting van de in haar boekhouding opgenomen inkomsten en uitgaven. Partijen zijn het eens over de ongeschiktheid van deze methode. WIN is weliswaar van mening dat deze eerste analyse irrelevant is, maar zij betwist de in aanmerking genomen cijfers niet. In algemene zin erkent zij dat „bijna alle gegevens met betrekking tot de kosten afkomstig zijn van WIN, terwijl slechts enkele gegevens afkomstig zijn van France Télécom”.
- 132 De tweede analyse, die is beschreven in de punten 76 tot en met 86 van de beschikking, betreft de werkelijke dekking van de gecorrigeerde kosten. Volgens het beginsel dat activa worden afgeschreven, is de Commissie uitgegaan van de spreiding van de kosten voor het verwerven van afnemers over 48 maanden. Zij heeft op deze grondslag de dekking van de gecorrigeerde variabele kosten en die van de

gecorrigeerde totale kosten afzonderlijk onderzocht, waarbij zij stelt dat er volgens het Hof twee criteria voor kostendekking zijn, naargelang het gedrag van de onderneming met een machtspositie al dan niet deel uitmaakt van een plan dat op de uitschakeling van concurrenten is gericht. Op deze analyse is de beschikking van de Commissie gebaseerd.

- 133 De Commissie heeft voorts in de punten 97 tot en met 106 van de beschikking een derde, aanvullende analyse van de dekking van de ex ante voorzienbare gecorrigeerde kosten uitgevoerd. Weliswaar is deze derde analyse, zoals WIN in haar antwoord op de vragen van het Gerecht stelt, het resultaat van een zeer andere aanpak, aangezien de Commissie niet tracht de werkelijke kosten en opbrengsten te corrigeren, maar deze analyse beoogt volgens de beschikking slechts „aanvullende verheldering te verschaffen”. De Commissie verklaart in punt 72 van de beschikking immers uitdrukkelijk dat „alleen de aanpak van de gecorrigeerde kosten het werkelijk mogelijk maakt om conclusies te trekken”. De Commissie heeft dus gebruik gemaakt van de tweede methode, die van de gecorrigeerde kosten, om te concluderen dat de kosten niet werden gedekt. Bijgevolg dient de rechtmatigheid ervan te worden nagegaan, zonder dat uitspraak behoeft te worden gedaan over de rechtmatigheid van de aanvullende analyse van de dekking van de ex ante voorzienbare kosten.
- 134 Uit de punten 73 tot en met 75 van de beschikking volgt duidelijk dat de toepassing van de boekhoudkundige methode die is gebruikt in de zaken die aanleiding hebben gegeven tot het arrest AKZO/Commissie, punt 100 hierboven, en tot de arresten van 6 oktober 1994 en 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie, punt 130 hierboven, waarbij de kosten in aanmerking worden genomen zoals die zonder meer uit de boekhouding van de onderneming blijken, in het onderhavige geval leidt tot een zeer lage mate van kostendekking, te weten 30 % voor de periode van januari tot en met juli 2001, 60 % voor de periode van augustus tot en met december 2001 en 83 % voor de periode van januari tot en met juni 2002 (tabel 2 van de beschikking).
- 135 De Commissie was evenwel in punt 75 van de beschikking van mening dat, aangezien de kosten voor het verwerven van afnemers op een groeiende markt een aanzienlijk gedeelte van de uitgaven vertegenwoordigen, „[d]e in tabel 2 aangegeven mate van kostendekking [...] dus op zich niet doorslaggevend [kon] zijn voor de kwalificatie van de prijzen als afbraakprijzen”.

- 136 Zoals de Commissie in punt 76 van de beschikking uiteenzet, is zij ervan uitgegaan dat in de onderhavige context „de doelstelling van de onderneming niet [was] om onmiddellijk een positief boekhoudkundig resultaat te behalen”, maar „om een mate van dekking van de terugkerende kosten (netwerk- en productiekosten) te bereiken die toereikend [was] om ervoor te zorgen dat door de op deze terugkerende kosten gerealiseerde marge binnen een redelijke termijn de eenmalige variabele kosten, gemaakt voor de commerciële ontwikkeling van de betrokken producten, [werden] gedekt”. De Commissie heeft dan ook besloten om de eenmalige variabele kosten te corrigeren door ze volgens het beginsel van afschrijving over een bepaalde periode te spreiden.
- 137 De Commissie heeft er dus voor gekozen de kosten voor het verwerven van afnemers te spreiden over 48 maanden, een aanpak die WIN heeft onderschreven met de opmerking dat de gemiddelde duur van de abonnementen inmiddels eerder ongeveer vijf jaar bedraagt en dat vier jaar een minimumschatting is. WIN maakt echter geen gebruik van dergelijke afschrijvingen, aangezien de betrokken uitgaven in de boekhouding worden opgenomen op het moment dat zij worden gedaan, zoals gewone lopende lasten. Bovendien spreiden sommige van haar concurrenten in hun bedrijfsplannen de eenmalige variabele kosten in de tijd, maar over een kortere periode dan die welke de Commissie in het onderhavige geval heeft gebruikt (punt 79 en voetnoten 70 en 71 van de beschikking). De gekozen spreidingsperiode lijkt dus niet onjuist.
- 138 Bij de toepassing van deze methode is de Commissie tot het oordeel gekomen dat de door WIN toegepaste prijzen deze niet in staat stelden, tot augustus 2001 haar variabele kosten te dekken en van januari 2001 tot oktober 2002 haar totale kosten te dekken (tabellen 3 en 4 van de beschikking), waarbij het, gelet op de mate van dekking van de variabele kosten, geen twijfel lijdt dat tot augustus 2001 de totale kosten niet werden gedekt.
- 139 De door de Commissie gekozen methode dient dus te worden beoordeeld in het licht van het nagestreefde doel, te weten het criterium voor kostendekking in het kader van artikel 82 EG, en in het licht van de door WIN geuite kritiek.

- 140 In de eerste plaats heeft de Commissie, anders dan WIN heeft gesteld, niet gekozen voor een statisch criterium voor kostendekking, dat overigens voor WIN veel nadeliger zou zijn geweest (zie hierboven, punt 134).
- 141 Uit de beschikking (punten 76 en 77) blijkt duidelijk dat de Commissie heeft besloten om de kosten voor het verwerven van afnemers te corrigeren over 48 maanden, teneinde rekening te houden met het feit dat in het geval van abonnementen de door de abonnee gegenereerde kosten en opbrengsten over een lange periode worden gespreid.
- 142 Anders dan WIN stelt, komt deze methode er bovendien geenszins op neer dat de verwervingskosten worden opgeteld bij 48 maal het bedrag van de maandelijks terugkerende kosten, zoals die waren op de dag dat het abonnement werd afgesloten, en dat dit totaal wordt vergeleken met 48 maal de maandelijks opbrengsten, zoals die op dezelfde dag waren.
- 143 Integendeel, uit de beschikking en de bijlagen erbij blijkt dat de Commissie voor elke onderzochte periode van de inbreuk en voor alle abonnees de opeenvolgende tariefverlagingen die zich gedurende de litigieuze periode hebben voorgedaan, in het geheel heeft opgenomen. Zij heeft haar analyse zelfs aan de hand van deze verlagingen gestructureerd.
- 144 Het einde, op 31 juli 2001, van de eerste periode die de Commissie voor de analyse van de gecorrigeerde variabele kosten in aanmerking heeft genomen (tabel 3 van de beschikking), valt immers samen met de verlaging van de tarieven voor de routing van het nationale en regionale verkeer. In de tweede periode wordt rekening gehouden met deze kostendaling door de nieuwe tarieven toe te passen. Het einde van de tweede periode, op 15 oktober 2001, valt samen met het begin van een periode waarin de aansluitkosten die gewoonlijk door France Télécom aan de dienstverleners werden gefactureerd, niet in rekening werden gebracht. Ook daar is

rekening gehouden met de daaruit voortvloeiende kostendaling. Tot slot markeert de scheidslijn tussen de derde en de vierde periode, die is vastgesteld op 15 februari 2002, de verandering in de tarifiering van de internationale connectiviteitsdienst en het opnieuw in rekening brengen van de aansluitkosten door France Télécom.

- ¹⁴⁵ Het is derhalve, anders dan WIN stelt, duidelijk dat de verschillende onderzochte perioden juist tot doel hebben, rekening te houden met de aangevoerde kostendaling.
- ¹⁴⁶ Bovendien blijkt met name uit een vergelijking van de bijlagen 1, 3, 5 en 7 bij de beschikking, voor de dienst eXtense, alsook de bijlagen 2, 4, 6 en 8 bij de beschikking, voor Wanadoo ADSL, dat in elke onderzochte periode de nieuwe tarieven en andere kostenbestanddelen niet alleen zijn toegepast op abonnementen die sinds het begin van de inbreukperiode zijn afgesloten, maar op het gehele abonneebestand.
- ¹⁴⁷ Wanneer bijvoorbeeld de terugkerende variabele kosten die in de als bijlage 1 bij de beschikking gevoegde tabel betreffende de dienst eXtense zijn opgenomen en betrekking hebben op de periode van 8 januari tot en met 31 juli 2001, worden vergeleken met de in bijlage 3 opgenomen kosten van dezelfde aard, die evenwel de periode van 1 augustus tot en met 15 oktober 2001 betreffen, blijkt dat van de ene op de andere periode de prijs van de nationale of regionale routing van het verkeer is gedaald van 151 naar 52,43 Franse frank (FRF) en die van de ADSL-toegangsdienst van 185 naar 140 FRF. Met deze prijsverlagingen is wel degelijk rekening gehouden, niet alleen voor de abonnementen die sinds het begin van de inbreukperiode zijn afgesloten (tabel 3.2 in bijlage 3 bij de beschikking), maar voor het gehele abonneebestand (tabel 3.1 in dezelfde bijlage).
- ¹⁴⁸ Evenzo blijkt uit een vergelijking van de bijlagen 2 en 4 bij de beschikking met betrekking tot de gecorrigeerde variabele kosten van Wanadoo ADSL dat de prijs van de nationale of regionale routing van het verkeer voor het gehele abonneebestand van de eerste op de tweede periode is gedaald van 151 naar 52 FRF.

- 149 Voorts leidt het niet factureren van de aansluitkosten aan nieuwe abonnees van de dienst eXtense (tabel 5.2 in bijlage 5 bij de beschikking) met ingang van 15 oktober 2001, tot een daling van de aansluitkosten voor het gehele abonneebestand (tabel 5.1 in dezelfde bijlage) van 53,40 naar 27,16 EUR. Omgekeerd stegen deze kosten weer naar 32,37 EUR (tabel 7.1 in bijlage 7 bij de beschikking) toen de nieuwe abonnees van de dienst eXtense met ingang van 15 februari 2002 weer aansluitkosten dienden te betalen (tabel 7.2 in dezelfde bijlage).
- 150 Wat de internationale connectiviteitskosten betreft, blijkt uit een vergelijking van de bijlagen 5 en 7 bij de beschikking, voor de dienst eXtense en een vergelijking van de bijlagen 6 en 8 bij de beschikking, voor Wanadoo ADSL, dat de daling van 3,19 naar 1,62 EUR, die van de derde op de vierde periode heeft plaatsgevonden, niet alleen wordt toegepast voor de nieuwe abonnees, maar voor het gehele abonneebestand (tabel 7.1 in bijlage 7 of tabel 8.1 in bijlage 8 bij de beschikking, naargelang het product).
- 151 De Commissie heeft bij haar beoordeling van de kosten dus rekening gehouden met de verschillende tariefwijzigingen.
- 152 Dienaangaande moet worden benadrukt dat de Commissie terecht van oordeel was dat de inkomsten en kosten van na de inbreuk niet in aanmerking konden worden genomen bij de beoordeling van de mate waarin de kosten gedurende de onderzochte periode werden gedekt. Volgens de rechtspraak heeft artikel 82 EG immers betrekking op de positie die door de betrokken onderneming op de gemeenschappelijke markt wordt ingenomen op het tijdstip waarop de beweerdelijk ongeoorloofde handeling heeft plaatsgehad (arrest Hof van 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie, 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punt 450). WIN kan in haar berekeningen dus geen prijzen en kosten van na oktober 2002 betrekken. Verzoeksters stellingen op basis van de prijzen en kosten van na oktober 2002 kunnen de beoordeling van de Commissie dus niet op losse schroeven zetten.

- 153 Wat tot slot de bewering van WIN betreft dat in het onderhavige geval alleen de discountedcashflow-methode geschikt is voor de berekening van de mate van kostendekking, toont WIN weliswaar aan dat de door haar bepleite methode in bepaalde opzichten geschikt is, maar dit kan niet volstaan om de onrechtmatigheid van de in casu door de Commissie gebruikte methode te bewijzen. Het is aan verzoekster om deze onrechtmatigheid aan te tonen. Uit het voorgaande onderzoek is echter gebleken dat de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout had gemaakt door voor deze methode te kiezen.
- 154 Om te besluiten heeft WIN niet aangetoond dat de Commissie in casu een onrechtmatig criterium voor kostendekking heeft toegepast door gebruik te maken van de in de boekhouding van WIN opgenomen gegevens en deze op een voor haar gunstige wijze te corrigeren teneinde rekening te houden met de bijzondere context van de relevante markt, terwijl zij de voorschriften voor het door artikel 82 EG vereiste onderzoek heeft nageleefd.
- 155 Ten overvloede volgt uit de rechtspraak niet dat in casu de discountedcashflow-methode moest worden toegepast, en heeft WIN voorts geen enkel argument aangevoerd dat aantoont dat de Commissie in dat opzicht een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt.
- 156 Bijgevolg moeten de stellingen met betrekking tot de methode voor de berekening van de mate van kostendekking worden afgewezen.

Rekenfouten bij de toepassing van de gekozen methode

— Argumenten van partijen

- 157 Volgens WIN heeft de Commissie bij de toepassing van haar eigen berekeningsmethode rekenfouten gemaakt, met name bij haar berekeningen van de vaste en de

variabele kosten. Op een voor WIN stelselmatig ongunstige wijze heeft de Commissie verschillende waarden gekozen voor dezelfde kosten. Zij heeft ook op willekeurige wijze verschillen gededuceerd die werden geacht de maanden abonnement die de afnemers gratis werden aangeboden, weer te geven. Deze fouten verklaren grotendeels waarom de Commissie constateert dat de kosten niet werden gedekt. Voor een uitgebreidere uiteenzetting over deze rekenfouten verwijst WIN naar één van de bijlagen bij haar verzoekschrift.

158 Volgens de Commissie worden de rekenfouten die in de beschikking zouden zijn gemaakt, in het verzoekschrift zelf niet aangeduid, aangezien op algemene wijze naar de bijlage wordt verwezen. Dit subsidiaire middel moet dus niet-ontvankelijk worden verklaard.

159 Bovendien is de Commissie van mening dat WIN niet zo ver gaat te stellen dat correctie van deze fouten tot een andere uitkomst zou hebben geleid, aangezien de mate van kostendekking beneden 100 % blijft. Dit middel faalt dus hoe dan ook.

160 In repliek heeft WIN geantwoord dat het middel, dat in het verzoekschrift nauwkeurig is uiteengezet, ontvankelijk was, aangezien alleen de bijzonderheden van de rekenfouten in de bijlage staan. Het middel faalt ook niet. Het toont immers aan dat de mate waarin de totale kosten werden gedekt, van 90 à 91 % naar 98 à 99 % is gestegen. De Commissie was volgens WIN van mening dat een mate van dekking van 99,7 % geen inbreuk vormt.

161 WIN heeft zich in repliek verzet tegen het meerekenen van reclame in de variabele kosten en de berekening van de gemiddelde mate van kostendekking voor de twee betrokken diensten.

— Beoordeling door het Gerecht

- 162 Om te beginnen moet de toepassing van de methode voor de bepaling van de mate van kostendekking worden onderscheiden van de eigenlijke berekeningen, die niet meer dan eenvoudige wiskundige bewerkingen zijn. Uit de schriftelijke stukken van WIN blijkt dat zij in wezen niet de berekeningen ter discussie stelt, maar het feit dat bepaalde onjuiste gegevens in aanmerking zijn genomen.
- 163 De toepassing van de methode voor de bepaling van de mate van kostendekking impliceert, anders dan de berekeningen zelf, van de Commissie een ingewikkelde economische beoordeling en er moet haar een ruime beoordelingsbevoegdheid worden toegekend (zie in die zin arrest Deere/Commissie, punt 129 hierboven, punt 34). Het toezicht van de rechter moet derhalve worden beperkt tot de vraag, of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn vastgesteld en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling dan wel misbruik van bevoegdheid.
- 164 Ongeacht de vraag of het onderhavige middel ontvankelijk is, zou, zoals de Commissie stelt, zelfs indien alle gestelde fouten in aanmerking zouden worden genomen en worden bewezen, de mate van dekking van de totale kosten waarop WIN zou uitkomen, volgens WIN zelf beneden 99 % blijven, en zelfs beneden 98 % voor de dienst eXtense. Zo zou over de gehele onderzochte periode het bezwaar blijven bestaan dat de totale kosten niet werden gedekt.
- 165 In dat opzicht betekent het feit dat de Commissie, gebruik makend van haar beoordelingsbevoegdheid, heeft aanvaard dat een mate van dekking van de variabele kosten van 99,7 % geen inbreuk vormt, niet dat zij dit ook moet aanvaarden voor een mate van dekking van, naargelang het geval, 98 of 99 % van de totale kosten. Dit middel faalt dus.

- 166 Ten overvloede, aangaande de gestelde niet-ontvankelijkheid van dit middel, moet volgens artikel 21 van het Statuut van het Hof en artikel 44, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht elk verzoekschrift het voorwerp van het geschil en een summierere uiteenzetting van de aangevoerde middelen bevatten. Deze aanduiding moet voldoende duidelijk en nauwkeurig zijn om de verweerder in staat te stellen zijn verweer voor te bereiden, en om het Gerecht in staat te stellen uitspraak te doen op het beroep, in voorkomend geval zonder nadere gegevens (beschikking Gerecht van 29 november 1993, Koelman/Commissie, T-56/92, Jurispr. blz. II-1267, punt 21).
- 167 Ofschoon het verzoekschrift op specifieke punten kan worden gestaafd en aangevuld door verwijzingen naar bepaalde passages uit bijgevoegde stukken, dienen de bijlagen louter als bewijsmiddel en documentatie (arrest Gerecht van 7 november 1997, Cipeke/Commissie, T-84/96, Jurispr. blz. II-2081, punt 34). De bijlagen kunnen derhalve niet worden gebruikt om een in het verzoekschrift summier uiteengezet middel uit te werken door bezwaren of argumenten aan te voeren die daarin niet zijn genoemd. Verzoekster moet in haar verzoekschrift de exacte bezwaren aangeven waarover zij een uitspraak van het Gerecht verlangt, evenals — in elk geval summier — de juridische en feitelijke gronden waarop die bezwaren berusten (arrest Hof van 31 maart 1992, Commissie/Denemarken, C-52/90, Jurispr. blz. I-2187, punt 17, en beschikking Gerecht van 28 april 1993, De Hoe/Commissie, T-85/92, Jurispr. blz. II-523, punt 20).
- 168 Dit middel is derhalve ontvankelijk voor zover het de in het verzoekschrift duidelijk vermelde fouten betreft, te weten de keuze van verschillende waarden voor dezelfde kosten en de deductie van verschillen die werden geacht de maanden abonnement die de afnemers gratis werden aangeboden, weer te geven. Het is echter niet ontvankelijk voor wat het meerekenen van reclame in de variabele kosten en de berekening van de gemiddelde mate van kostendekking voor de twee onderzochte diensten betreft, onderdelen die enkel in één van de bijlagen bij het verzoekschrift zijn vermeld en uitgewerkt.
- 169 Het middel dient derhalve deels niet-ontvankelijk te worden verklaard en het faalt hoe dan ook, zoals is aangegeven in punt 165.

b) Middelen inzake het criterium voor afbraakprijzen

- ¹⁷⁰ Volgens WIN heeft de Commissie blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en kennelijke beoordelingsfouten gemaakt bij de toepassing van het criterium voor afbraakprijzen, hetgeen moet leiden tot nietigverklaring van de beschikking wegens schending van artikel 82 EG. WIN beroept zich als rechtvaardiging op een recht om haar prijzen aan te passen aan die van haar concurrenten, het ontbreken van een plan tot toepassing van afbraakprijzen en van een vermindering van de mededinging, en de noodzaak om te bewijzen dat de verliezen werden goedge maakt.

Rechtvaardiging op basis van WIN's recht om haar prijzen aan te passen aan die van haar concurrenten

— Argumenten van partijen

- ¹⁷¹ Volgens WIN is het recht van welke marktdeelnemer dan ook om te goeder trouw zijn prijs aan te passen aan de eerder door een concurrent toegepaste prijs, de essentie van het mededingingsproces. Dit recht is erkend door de Commissie zelf in haar beschikkingspraktijk, door de rechtspraak en door de eenstemmige lering uit de literatuur en het economische onderzoek. Dat de door de concurrenten toegepaste prijzen overeenkomen met prijzen die beneden de kosten van de betrokken onderneming liggen, is in dat opzicht irrelevant.

- ¹⁷² Dit is de reden waarom de Commissie zelf, in beschikking 83/462/EEG van 29 juli 1983 inzake een procedure op grond van artikel [82 EG] (IV/30.698 — ECS/AKZO: voorlopige maatregelen, PB L 252, blz. 13), de betrokken onderneming met een machtspositie uitdrukkelijk heeft toegestaan, prijzen die beneden haar kosten lagen, te hanteren om haar prijzen te goeder trouw aan te passen aan de prijs die eerder

door de concurrenten was toegepast. In het kader van het beroep tegen deze beschikking heeft het Hof juist opgemerkt dat de Commissie niet ontkent dat een onderneming met een machtspositie in beginsel het recht heeft om haar prijzen aan te passen, en het heeft dit beginsel zelf zeer duidelijk bevestigd.

- 173 Voorts heeft de Commissie in haar overvloedige constatering de feiten verkeerd voorgesteld door zich onterecht te verzetten tegen de door WIN doorgevoerde aanpassing van haar prijzen aan die van haar concurrenten.
- 174 De Commissie is van mening dat de aanpassing van haar prijzen aan die van de concurrenten een onderneming met een machtspositie weliswaar niet absoluut verboden is, maar dat deze mogelijkheid haar niet openstaat wanneer zij inhoudt dat prijzen worden toegepast die onder de kostprijs van de betrokken dienst liggen. Daar in casu het prijsbeleid van de onderneming met een machtspositie haar niet in staat stelt haar kosten te dekken, is de aanpassing van haar prijzen aan de promotieprijzen van een andere onderneming, die geen machtspositie heeft, niet gerechtvaardigd. Voorts meent de Commissie dat WIN's concurrenten geen machtspositie hadden en heeft zij ten overvloede de juistheid betwist van WIN's stelling dat zij met haar prijsbeleid enkel haar prijzen aan die van haar concurrenten beoogde aan te passen.
- 175 Volgens de Commissie is de discussie over de aanpassing van prijzen hoe dan ook nutteloos. De beschikking verwijt WIN immers enkel dat zij haar prijzen na maart 2001 heeft gehandhaafd, in een tijd dat de vennootschappen Noos en Mangoosta hun prijzen met meer dan 20 % hadden verhoogd en er geen sprake meer kon zijn van aanpassing van prijzen. Zij verwijst dienaangaande naar punt 331 van de beschikking.

— Beoordeling door het Gerecht

- 176 In de eerste plaats betwist de Commissie geenszins het recht van een marktdeelnemer om haar prijzen aan te passen aan de eerder door een concurrent toegepaste

prijs. Zij stelt in punt 315 van de beschikking dat „het [...] een marktdeelnemer met een machtspositie weliswaar niet absoluut verboden [is] om zijn prijzen aan die van zijn concurrenten aan te passen, maar dat [...] niet weg[neemt] dat deze mogelijkheid hem moet worden ontzegd wanneer zij impliceert dat de kosten van de betrokken dienst door de onderneming met een machtspositie niet worden gedekt”.

- 177 WIN meent echter dat de Commissie aldus in strijd met haar beschikkingspraktijk en de rechtspraak van het Hof handelt.
- 178 Dienaangaande werd in de door WIN aangevoerde precedënten het recht voor een onderneming met een machtspositie om haar prijzen aan die van haar concurrenten aan te passen, in beperkte mate erkend. Dit geldt zowel voor beschikking 83/462, waarbij voorlopige maatregelen werden gelast, als voor het arrest van het Hof dat daarop is gevolgd (arrest AKZO/Commissie, punt 100 hierboven, punt 134).
- 179 In beschikking 83/462 heeft de Commissie immers geen algemene aanpassing van AKZO's prijzen aan die van haar concurrenten toegestaan, maar enkel toegestemd in een aanpassing in het geval van een bepaalde afnemer aan de prijzen van een andere producent die in staat zou zijn aan die afnemer te leveren. Bovendien kwam deze toestemming voor een aanpassing van prijzen aan die van de concurrenten, onder zeer nauwkeurig omschreven voorwaarden, niet voor in de eindbeschikking in die zaak [beschikking 85/609/EEG van de Commissie van 14 december 1985 inzake een procedure op grond van artikel [82 EG] (IV/30.698 — ECS/AKZO Chemie), PB L 374, blz. 1].
- 180 WIN kan derhalve niet alleen op grond daarvan stellen dat de Commissie in haar beschikkingspraktijk ondernemingen met een machtspositie het recht heeft toegekend om hun prijzen aan te passen aan die van hun concurrenten, ook al zouden zij daardoor prijzen toepassen die beneden hun kosten liggen.

- 181 In het arrest AKZO/Commissie, punt 100 hierboven, het enige voorbeeld uit de rechtspraak dat WIN tot staving van haar stelling heeft aangehaald, heeft het Hof inderdaad niet ontkend dat een onderneming met een machtspositie in beginsel het recht heeft om haar prijzen aan te passen aan die van haar concurrenten. Aangezien het van oordeel was dat de Commissie terecht had vastgesteld dat er geen sprake was van een concurrerend aanbod, heeft het Hof echter geen uitspraak hoeven doen over de vraag of een aanpassing van de prijzen van een onderneming met een machtspositie aan die van haar concurrenten rechtmatig was in het geval dat de prijzen na die aanpassing beneden de kosten lagen.
- 182 Derhalve kan niet worden gesteld dat het recht van een onderneming met een machtspositie om haar prijzen aan te passen aan die van de concurrentie, absoluut is en dat het als zodanig in de beschikkingspraktijk van de Commissie en door de rechtspraak is erkend, met name wanneer dit recht erop zou neerkomen dat het gebruik van afbraakprijzen, die bovendien door het Verdrag worden verboden, wordt gerechtvaardigd.
- 183 In casu is de Commissie van mening dat een onderneming met een machtspositie deze mogelijkheid om haar prijzen aan die van haar concurrenten aan te passen, moet worden geweigerd wanneer zij impliceert dat de kosten van de betrokken dienst door de onderneming met een machtspositie niet worden gedekt.
- 184 Derhalve dient te worden nagegaan of deze beperking verenigbaar is met het gemeenschapsrecht.
- 185 Volgens vaste rechtspraak verliest een onderneming met een machtspositie weliswaar niet uit hoofde daarvan het recht om haar eigen commerciële belangen te verdedigen wanneer deze worden bedreigd, en heeft zij in de mate van het redelijke de mogelijkheid om te handelen zoals zij ter verdediging van die belangen wenselijk acht, maar is dit gedrag niettemin niet toelaatbaar wanneer het juist tot doel heeft die machtspositie te versterken en te misbruiken (arrest United Brands/Commissie, punt 101 hierboven, punt 189; arrest Gerecht van 1 april 1993, BPB

Industries en British Gypsum/Commissie, T-65/89, Jurispr. blz. II-389, punt 117, en arrest Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie, punt 104 hierboven, punt 146).

186 De specifieke verplichtingen van ondernemingen met een machtspositie zijn herhaaldelijk door de rechtspraak bevestigd. Het Gerecht heeft in het arrest van 17 juli 1998, ITT Promedia/Commissie (T-111/96, Jurispr. blz. II-2937, punt 139), verklaard dat uit de aard van de door artikel 82 EG opgelegde verplichtingen volgt, dat ondernemingen met een machtspositie in bepaalde omstandigheden gedragingen of handelingen kunnen worden verboden die op zich geen misbruik opleveren en niet eens laakbaar zouden zijn indien zij het werk waren van ondernemingen die geen machtspositie innemen.

187 WIN kan zich ter rechtvaardiging van haar gedrag niet beroepen op een absoluut recht om haar prijzen aan te passen aan die van haar concurrenten. Weliswaar levert de aanpassing van de prijzen van een onderneming met een machtspositie aan die van haar concurrenten op zich geen misbruik op en is dit op zich niet laakbaar, maar het zou dit kunnen worden wanneer het niet alleen de belangen van die onderneming beoogt te verdedigen, maar tot doel heeft haar machtspositie te versterken en te misbruiken.

Gesteld ontbreken van een plan tot toepassing van afbraakprijzen en van een vermindering van de mededinging

— Argumenten van partijen

188 Volgens WIN is voor de toepassing van afbraakprijzen een aanzienlijke vermindering van de mededinging vereist. Indien het niet mogelijk is de concurrenten uit te schakelen of op zijn minst te belemmeren of te beperken in hun gedrag, kan een strategie waarbij afbraakprijzen worden toegepast, in geen geval verstandig worden

geacht. Bijgevolg heeft de Commissie, door WIN te bestraffen ook al erkent zij dat WIN's marktaandeel gedurende de gestelde inbreukperiode aanzienlijk is gedaald en dat de mededinging na de bedoelde periode levendig is, artikel 82 EG ernstig geschonden. WIN kon haar concurrenten onmogelijk op de markt uitschakelen door te lage prijzen te handhaven. Aangezien de toetredingsbarrières in de bedoelde sector klein zijn, is het bovendien bijzonder onverstandig te trachten concurrenten op een segment van dit type uit te schakelen, omdat dit zou betekenen dat ook al zou er uitschakeling zijn, te allen tijde toetreding mogelijk zou zijn, waardoor het eventuele belang van een uitschakeling van de concurrenten zou verdwijnen.

- 189 De Commissie maakt een ernstige beoordelingsfout door WIN de uitschakeling van Mangoosta te verwijten. Het faillissement van die onderneming is immers enkel aan een bijzonder gewaagd strategisch beleid te wijten, en geenszins aan WIN's tarifiering.
- 190 WIN is het bovendien niet eens met het feit dat de Commissie de trage vooruitgang van bepaalde concurrenten wijt aan de onmogelijkheid voor laatstgenoemden om hun prijzen aan die van WIN aan te passen. De Commissie heeft geen rekening gehouden met de wens van WIN's concurrenten om zich toe te leggen op de ontwikkeling van langzame internetverbindingen, ten nadele van ADSL, dat werd geacht geen goede vooruitzichten te bieden.
- 191 De Commissie heeft ook een kennelijke beoordelingsfout gemaakt door prijzen die in een sterk mededingingsklimaat volkomen verstandig waren, die tot de ontwikkeling van de markt hebben bijgedragen en die aan de basis liggen van de thans heersende sterke mededinging, als afbraakprijzen aan te merken. De consument is hoe dan ook nooit benadeeld, aangezien hij van lage prijzen heeft geprofiteerd.
- 192 Tot slot is WIN van mening dat de door haar gevolgde strategie in geen geval kan worden geacht blijk te geven van een oogmerk tot toepassing van afbraakprijzen. De

Commissie heeft enkel gewezen op elementen ten bewijze dat WIN het oogmerk zou hebben gehad, haar concurrenten uit te schakelen, maar zij heeft geen objectief plan tot uitschakeling aan het licht gebracht. De wezenlijke punten van het betoog van de Commissie inzake het gestelde oogmerk tot uitschakeling berusten op een willekeurige en verdraaide selectie van de interne documenten die bij WIN zijn aangetroffen.

193 De Commissie meent dat het bewijs van de concrete gevolgen van de door WIN toegepaste afbraakprijzen niet bepalend is voor de constatering van de aan de orde zijnde inbreuk. Artikel 82 EG moet worden toegepast zodra de kans bestaat dat de mededinging wordt uitgeschakeld, zonder dat hoeft te worden gewacht tot het doel van uitschakeling is bereikt.

194 Aangaande het plan tot toepassing van afbraakprijzen stelt de Commissie dat uit de rechtspraak blijkt dat het intentioneel element wordt vermoed ingeval de prijzen beneden de gemiddelde variabele kosten liggen en aan de hand van serieuze en overeenstemmende aanwijzingen moet worden bewezen ingeval de prijzen beneden de gemiddelde totale kosten maar boven de gemiddelde variabele kosten liggen. De Commissie meent dat zij in de beschikking serieuze aanwijzingen heeft uiteengezet, die aantonen dat de onderneming intentioneel een strategie van „toe-eigening” van de markt en beteugeling van de concurrentie had gevolgd.

— Beoordeling door het Gerecht

195 Wat de voorwaarden voor de toepassing van artikel 82 EG en het onderscheid tussen doel en gevolg van het misbruik betreft, dient te worden benadrukt dat voor de toepassing van dit artikel het bewijs van het mededingingsbeperkende doel en het mededingingsbeperkende gevolg in voorkomend geval kan samenvallen. Indien is aangetoond dat het gedrag van een onderneming met een machtspositie tot doel heeft de mededinging te beperken, zal dit gedrag dat ook tot gevolg kunnen hebben.

Zo heeft het Hof inzake praktijken op het gebied van prijzen in het arrest AKZO/Commissie, punt 100 hierboven, geoordeeld dat prijzen die beneden de gemiddelde variabele kosten liggen die door een onderneming met een machtspositie worden gehanteerd, worden geacht op zich misbruik op te leveren omdat het enige belang dat de onderneming bij het hanteren van dergelijke prijzen kan hebben het uitschakelen van haar concurrenten is, en dat prijzen die beneden de gemiddelde totale kosten, maar boven de gemiddelde variabele kosten liggen misbruik opleveren wanneer zij zijn vastgesteld in het kader van een plan dat tot doel heeft een concurrent uit te schakelen. In die zaak heeft het Hof in het geheel geen bewijs verlangd van de concrete gevolgen van de betrokken praktijken (zie in die zin arrest Gerecht van 30 september 2003, Michelin/Commissie, T-203/01, Jurispr. blz. II-4071, punten 241 en 242).

- 196 Daar komt bij dat wanneer een onderneming met een machtspositie daadwerkelijk een handelwijze toepast die erop gericht is een concurrent uit te schakelen, de omstandigheid dat het nagestreefde doel niet wordt bereikt niet voldoende is om uit te sluiten dat het om een misbruik van machtspositie gaat in de zin van artikel 82 EG (arrest Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie, punt 104 hierboven, punt 149, en arrest Gerecht van 7 oktober 1999, Irish Sugar/Commissie, T-228/97, Jurispr. blz. II-2969, punt 191).
- 197 Hieruit blijkt duidelijk dat, wat afbraakprijzen betreft, het eerste element van het misbruik door de onderneming met een machtspositie bestaat in de omstandigheid dat de kosten van deze onderneming niet worden gedekt. Ingeval de variabele kosten niet worden gedekt, wordt het tweede element, te weten het oogmerk, afbraakprijzen toe te passen, vermoed. Wanneer de prijzen beneden de gemiddelde totale kosten liggen, moet daarentegen worden bewezen dat er een plan tot uitschakeling van de concurrentie bestaat. Volgens het arrest van 6 oktober 1994, Tetra Pak/Commissie (punt 130 hierboven, punt 151), moet dit oogmerk tot uitschakeling op basis van serieuze en overeenstemmende aanwijzingen worden aangetoond.
- 198 In casu heeft de Commissie WIN's machtspositie aangetoond en in artikel 1 van de beschikking tegen haar in aanmerking genomen dat tot augustus 2001 haar variabele kosten niet werden gedekt, en dat vanaf deze datum en tot in oktober 2002 haar

totale kosten niet werden gedekt. Voor de periode waarin de totale kosten niet werden gedekt, diende de Commissie dus serieuze aanwijzingen van het bestaan van een strategie van „toe-eigening” van de markt te verstrekken om de inbreuk te constateren.

¹⁹⁹ In punt 110 van de beschikking worden diverse documenten genoemd, die de gehele litigieuze periode bestrijken, waaruit blijkt dat WIN een strategie van „toe-eigening” van de breedbandmarkt heeft gevolgd, in het bijzonder:

- een document van juli 2000 waarin voor het tweede semester van 2000 en voor het jaar 2001 de volgende doelstelling kenbaar wordt gemaakt: „de ADSL-markt toe-eigenen met een all-in-aanbieding [plus] pack en de beleggingen voor 2001 versnellen, maar negatieve financiële balans”;
- een e-mail van juli 2000 inzake een discussie over het passende prijsniveau, waarin stond: „met een te hoge prijs zullen wij moeite hebben om ons die markt toe te eigenen”;
- de kaderbrief voor 2001, die de volgende vermelding bevatte: „ons de ADSL-markt toe-eigenen is een noodzaak”;
- een presentatie van 28 februari 2001, waarin gewag werd gemaakt van een „campagne tot toe-eigening van de breedbandsector door [WIN]”;
- het strategisch plan voor 2002-2004, waarin voor de periode 2001-2003 werd herinnerd aan de sterke ontwikkeling van de breedbandmarkt en de doelstelling van „toe-eigening van een markt die waarde wordt geacht voort te brengen”.

- 200 Voorts tonen documenten van WIN aan dat zij trachtte zeer aanzienlijke marktaandeelen te verkrijgen en vervolgens te handhaven. In de kaderbrief voor 2001 wordt bijvoorbeeld gesteld dat „70 [...] à 80 % van de ADSL-markt [...] aan [WIN moet] toekomen”. In een presentatie die WIN’s algemeen directeur in juni 2001 aan het uitvoerend comité van France Télécom heeft gegeven, wordt gewag gemaakt van een marktaandeel van 80 % over de gehele periode 2001-2004 in het segment van de „gescheiden’ aanbiedingen van het type Wanadoo ADSL” en een marktaandeel dat van gemiddeld 50 % in 2001 tot 72 % is gestegen in 2004 in het segment van de „pakket’-aanbiedingen van het type eXtense”.
- 201 WIN heeft inderdaad de draagwijdte van die documenten en met name de betekenis van het daarin gebruikte begrip „toe-eigening” bestreden. Zij is van mening dat dergelijke informele en spontane, en zelfs ondoordachte, uitlatingen slechts de dialectiek van het besluitvormingsproces weerspiegelen. Deze binden volgens haar enkel de auteurs ervan, en niet de onderneming.
- 202 Die uitlatingen zijn echter afkomstig van kaderpersoneel van de directie van de onderneming en sommige ervan zijn in het kader van formele presentaties voor besluitvormende organen of in een zeer uitgebreide kaderbrief gedaan. Dat het om spontane en ondoordachte uitlatingen zou gaan, lijkt dus twijfelachtig.
- 203 Bovendien heeft WIN in haar verzoekschrift en vooral in bepaalde bijlagen bij haar verzoekschrift gesteld dat de meeste documenten en verklaringen waaruit haar schuld zou moeten blijken, uit hun context zijn gehaald en dat de Commissie bewust heeft nagelaten rekening te houden met talrijke ontlastende verklaringen.
- 204 WIN heeft in haar verzoekschrift enkel betoogd dat de Commissie gebruik maakt van talrijke passages uit interne documenten die zij niet in hun juiste context plaatst. Een dermate vage stelling kan de verweerder niet in staat stellen zijn verweer voor te

bereiden, en het Gerecht niet in staat stellen uitspraak te doen, in voorkomend geval zonder nadere gegevens (beschikking Koelman/Commissie, punt 166 hierboven, punt 21). Aangezien de bijlagen slechts als bewijsmiddel en documentatie dienen, kunnen zij geen gedetailleerd bewijs vormen van een onvoldoende duidelijke en nauwkeurige bewering in het verzoekschrift.

205 Dit bezwaar, dat WIN daaraan wil ontleen dat documenten waaruit haar schuld zou moeten blijken, buiten hun context in aanmerking zijn genomen, en dat talrijke ontlastende verklaringen niet in aanmerking zijn genomen, moet dus worden afgewezen.

206 Ten overvloede dient te worden opgemerkt dat zelfs indien de passage „met een te hoge prijs zullen wij moeite hebben om ons die markt toe te eigenen” in haar context wordt geplaatst, dat wil zeggen door haar vooraf te laten gaan door „wij zijn te hoog gepositioneerd wat de tarieven betreft” en door haar te laten volgen door „onze concurrenten zullen lagere prijzen hanteren”, blijft de opvatting van een oogmerk tot uitschakeling van de mededinging bestaan.

207 Evenzo kan de passage „ons de ADSL-markt toe-eigenen is een noodzaak” niet anders worden opgevat dan als een oogmerk tot „toe-eigening” van de markt, zelfs indien zij in de door WIN aangevoerde context van algemene mededinging wordt geplaatst. Dat de door de Commissie bedoelde verklaring wordt gevolgd door de verklaring volgens welke „de werking van de mededinging op de ADSL-markt [...] een verlaging van de tarieven van Netissimo (in het klein en in het groot) [zal] meebrengen vanaf begin 2001” en „de vaststelling van de tariefvoorwaarden voor de ontbundeling van het aansluitnet [...] ongetwijfeld ook [zal bijdragen] tot verlaging van de ADSL-tarieven”, doet niet af aan de door WIN te kennen gegeven noodzaak, de markt „toe te eigenen”.

208 De passage volgens welke „70 [...] à 80 % van de ADSL-markt [...] aan [WIN] [moet] toekomen” wordt niet echt aan de orde gesteld. WIN stelt enkel dat geen melding is

gemaakt van een eventueel beroep op lage prijzen en dat er dus geen band is tussen de vastgestelde prijzen en haar doelstellingen in termen van marktaandeel. Dat niet wordt vermeld hoe 70 à 80 % van de ADSL-markt zal worden verkregen, doet evenwel aan de nagestreefde doelstelling niet af.

- 209 Hoe dan ook vormen die verklaringen, die in interne documenten van de vennootschap staan, een aanwijzing van het bestaan van een plan tot toepassing van afbraakprijzen, die door andere elementen wordt bevestigd.
- 210 Volgens de punten 279 en volgende van de beschikking blijkt het oogmerk, de mededinging te beteugelen, ook uit het feit dat WIN wist dat haar niet-rendabele tarifieringsstrategie in combinatie met aanzienlijke verkoophoeveelheden economisch niet houdbaar was voor haar concurrenten.
- 211 In een e-mail aan WIN's algemeen directeur van eind april 2001 (punt 279 en voetnoot 319 van de beschikking), noemt de verantwoordelijke voor de ADSL-diensten de concurrenten die hetzij het service support-aanbod van France Télécom niet ondertekenen, hetzij „niet meer kunnen”.
- 212 WIN wist ook dat AOL niet tot de breedbandmarkt is toegetreden omdat zij WIN's kleinhandelstarieven niet kon volgen zonder verliezen te lijden. Een e-mail van France Télécom aan WIN's directeur strategische marketing van 29 juni 2001 bevat als bijlage een tussenkomst van de algemeen directeur van AOL France die aldus luidt (voetnoot 321 van de beschikking):

„Toen Cégétel onze aandeelhouder was, hebben wij een aanbieding met Monaco Telecom gelanceerd en hadden wij 500 abonnees. Wij hebben die aanbieding niet in

Frankrijk gelanceerd omdat het kleinhandelsaanbod inzake ADSL van France Télécom ons thans niet in staat stelt geld te verdienen. Technisch zijn wij klaar, maar wij voelen ons niet geroepen om geld te verliezen.”

- 213 Uit een document getiteld „Analysenota — Telecoms — Nadere beschouwing over de internetregelgeving in Frankrijk” van 20 juli 2001 blijkt ook dat WIN de voordelen die zij als marktleider genoot, in detail had onderzocht (punt 280 en voetnoot 322 van de beschikking). Blijkens dit document zouden de marges op de netwerkkosten van een concurrent met minder verkeer dan WIN verschillende punten lager zijn dan die welke voor WIN werden verwacht.
- 214 Uit het voorgaande volgt dat de door WIN in 2001 en begin 2002 gedane aankondiging van vrij ambitieuze commerciële doelstellingen, die voor een onderneming zonder machtspositie moeilijk bereikbaar konden zijn in de toen ongunstige rentabiliteitsvoorwaarden, voor de concurrenten ontmoedigend was. Dit kwam voort uit het oogmerk van de onderneming, de concurrentie uit te schakelen.
- 215 Gelet op het voorgaande heeft de Commissie serieuze en overeenstemmende aanwijzingen verstrekt van het bestaan van een plan tot toepassing van afbraakprijzen gedurende de gehele inbreukperiode. De logica van deze strategie blijkt duidelijk uit een nota van WIN's strategische directie van december 2001, waarin staat:

„De breedband- en ADSL-markt zullen nog enkele jaren moeten worden veroverd, waarbij het strategische doel is, een machtspositie in termen van marktaandeel te verkrijgen. Rentabiliteit komt pas later aan de orde.”

- 216 Overeenkomstig het arrest AKZO/Commissie, punt 100 hierboven, en de arresten van 6 oktober 1994 en 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie, punt 130 hierboven, heeft de Commissie dus het bewijs geleverd van de twee elementen die noodzakelijk zijn om aan te tonen dat een onderneming met een machtspositie afbraakprijzen hanteert die beneden de totale kosten liggen.
- 217 WIN's argumenten inzake schaalvoordelen en ervaring, die in casu de tarifiering onder de kostprijs zouden rechtvaardigen, stellen de conclusie waartoe het Gerecht is gekomen, niet aan de orde. Een onderneming die afbraakprijzen hanteert, kan immers schaalvoordelen en ervaring hebben doordat haar productie juist dankzij deze praktijk is toegenomen. Schaalvoordelen en ervaring kunnen de onderneming dus niet ontheffen van haar aansprakelijkheid krachtens artikel 82 EG.
- 218 Bijgevolg kan het bezwaar betreffende het ontbreken van een plan tot toepassing van afbraakprijzen niet worden aanvaard.

Goedmaking van de verliezen

— Argumenten van partijen

- 219 WIN betoogt dat de Commissie als integraal onderdeel van het criterium voor afbraakprijzen moet bewijzen dat de verliezen werden goedge maakt. Indien een onderneming met een machtspositie niet redelijkerwijs kan verwachten, in het bijzonder omdat toetreding tot de betrokken markt gemakkelijk wordt geacht, de mededinging op lange termijn te verminderen om haar verliezen goed te maken, is het voor haar niet verstandig om een afbraakprijzenbeleid te volgen. In dat geval

vindt het door de onderneming gevoerde beleid van lage prijzen noodzakelijkerwijs zijn verklaring buiten een strategie van toepassing van afbraakprijzen.

- 220 Volgens WIN is dat ook het standpunt van de gehele economische en juridische literatuur en van talrijke rechterlijke instanties en mededingingsautoriteiten, waaronder die van de Verenigde Staten maar ook van diverse lidstaten van de Europese Unie. In de communautaire rechtspraak zelf is nooit uitgesloten dat een dergelijk bewijs moet worden geleverd.
- 221 De mededingingsvoorwaarden op de markt voor snelle internettoegang zijn totaal verschillend van die waarvan het Gerecht en het Hof in eerdere zaken inzake afbraakprijzen kennis hebben moeten nemen. Immers, de toetredingsbarrières op die markt zijn klein, de groei is sterk, de mededingingssituatie is niet stabiel en er zijn talrijke bestaande en toekomstige nieuwe toetreders. De Commissie geeft dus in ernstige mate blijk van een onjuiste rechtsopvatting door te betogen dat niet behoeft te worden bewezen dat de verliezen werden goedgeemaakt.
- 222 Voorts is WIN van mening dat de Commissie een andere kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt en tegelijkertijd blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting van het recht door te oordelen dat zij een mogelijke goedmaking van de verliezen had bewezen.
- 223 De Commissie stelt dat het voor de constatering van met artikel 82 EG strijdige afbraakprijzen niet noodzakelijk is te bewijzen dat de verliezen werden goedgeemaakt. De rechtspraak is in dit opzicht duidelijk. Subsidiair merkt de Commissie op dat de marktstructuur en de daarmee gepaard gaande inkomstenverwachtingen in casu aannemelijk maken dat de verliezen werden goedgeemaakt.

— Beoordeling door het Gerecht

224 In het arrest AKZO/Commissie, punt 100 hierboven (punten 71 en 72), heeft het Hof twee verschillende onderzoeksmethoden aanvaard wanneer moet worden onderzocht of een onderneming afbraakprijzen heeft toegepast. In de eerste plaats moeten prijzen beneden de gemiddelde variabele kosten altijd als misbruik worden beschouwd. In dat geval is een ander economisch doel dan de uitschakeling van een concurrent niet denkbaar, omdat elke geproduceerde en verkochte eenheid voor de onderneming verlies oplevert. In de tweede plaats moeten de prijzen beneden de gemiddelde totale kosten, maar boven de gemiddelde variabele kosten enkel als misbruik worden beschouwd wanneer kan worden aangetoond dat deze prijzen zijn vastgesteld in het kader van een plan dat op uitschakeling is gericht (arrest van 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie, punt 130 hierboven, punt 41).

225 In het arrest van 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie, punt 130 hierboven (punten 42 en 43), heeft het Hof geconstateerd dat het Gerecht in het bestreden arrest een zelfde redenering had gevolgd, welke redenering het Hof heeft onderschreven. Het heeft het volgende uiteengezet:

„42 Met betrekking tot de verkopen van niet-aseptische kartons in Italië tussen 1976 en 1981 heeft [het Gerecht] vastgesteld, dat de prijzen veel lager waren dan de gemiddelde variabele kosten. Het oogmerk om de concurrenten uit te schakelen, behoeft derhalve niet te worden bewezen. In 1982 lagen de prijzen van deze kartons tussen de gemiddelde variabele kosten en de gemiddelde totale kosten. Daarom heeft het Gerecht in rechtsoverweging 151 van het bestreden arrest geprobeerd, zonder op dit punt overigens door Tetra Pak te worden gekritiseerd, aan te tonen dat Tetra Pak het oogmerk had om een concurrent uit te schakelen.

43 Eveneens heeft het Gerecht in de rechtsoverwegingen 189 tot en met 191 van het bestreden arrest terecht precies dezelfde redenering gevolgd met betrekking tot de verkopen van niet-aseptische machines in het Verenigd Koninkrijk tussen 1981 en 1984.”

226 Aangaande de goedmaking van de verliezen heeft het Hof in punt 44 van voormeld arrest daaraan toegevoegd:

„[...] [I]n de omstandigheden van de onderhavige zaak [zou het] niet dienstig zijn om daarnaast nog als extra bewijs te eisen, dat wordt aangetoond dat Tetra Pak een reële kans had om haar verliezen goed te maken. Tegen een praktijk van afbraakprijzen moet namelijk kunnen worden opgetreden, zodra het risico bestaat dat concurrenten worden uitgeschakeld. In casu is een dergelijk risico door het Gerecht vastgesteld in de rechtsoverwegingen 151 en 191 van het bestreden arrest. Het nagestreefde doel van de instandhouding van een onvervalste mededinging staat niet toe dat wordt gewacht tot een dergelijk beleid resulteert in de feitelijke uitschakeling van de concurrenten.”

227 In navolging van de communautaire rechtspraak kon de Commissie dus de prijzen die beneden de gemiddelde variabele kosten lagen, als misbruik beschouwen. In dat geval wordt aangenomen dat een dergelijke toegepaste prijs op uitschakeling is gericht (zie in die zin arrest van 6 oktober 1994, Tetra Pak/Commissie, punt 130 hierboven, punt 148). Aangaande de totale kosten diende de Commissie bovendien te bewijzen dat de door WIN toegepaste afbraakprijzen pasten in het kader van een plan dat op „toe-eigening” van de markt was gericht. In beide gevallen was het niet noodzakelijk om als extra bewijs aan te tonen dat WIN een reële kans op goedmaking van haar verliezen had.

228 De Commissie heeft dus terecht geconcludeerd dat het voor de constatering van een praktijk van afbraakprijzen niet noodzakelijk was aan te tonen dat de verliezen werden goedge maakt.

229 Wanneer prijzen beneden de totale kosten maar boven de variabele kosten liggen, moet evenwel volgens de arresten van 6 oktober 1994 en 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie, punt 130 hierboven, en AKZO/Commissie, punt 100 hierboven,

worden nagegaan of deze passen in het kader van een plan dat op uitschakeling van de mededinging is gericht. In punt 215 hierboven is het Gerecht tot de conclusie gekomen dat de Commissie serieuze en overeenstemmende aanwijzingen heeft verstrekt van het bestaan van een plan tot toepassing van afbraakprijzen gedurende de gehele inbreukperiode.

230 Bijgevolg moeten alle tot staving van het verzoek om nietigverklaring van de beschikking aangevoerde middelen worden afgewezen.

II — *Subsidiaire vorderingen tot intrekking of verlaging van de geldboete*

231 Subsidiair betwist WIN het bedrag van de haar opgelegde geldboete en verzoekt zij om intrekking of zeer aanzienlijke verlaging ervan. Zij beroept zich tot staving van deze vorderingen op schending van de beginselen van het persoonlijke karakter en van de legaliteit van straffen, het ontbreken van gevolgen van de aan de orde zijnde praktijken, de onjuiste vaststelling van de duur van de inbreuk en schending van het evenredigheidsbeginsel.

A — Schending van de beginselen van het persoonlijke karakter en van de legaliteit van straffen

1. Schending van het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen

a) Argumenten van partijen

232 Volgens WIN heeft de Commissie het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen geschonden door zich op gedragingen van France Télécom te beroepen om

haar te bestraffen. Enerzijds heeft de Commissie toegegeven dat de tussenkomst van France Télécom de inbreuk heeft beëindigd. Anderzijds heeft de Commissie het gedrag van France Télécom in aanmerking genomen om te beoordelen of de gesteld door WIN gepleegde inbreuk opzettelijk was.

- 233 De Commissie wijst dit middel af en verwijst daartoe in wezen naar haar antwoord op hetzelfde door WIN in het kader van haar primaire vordering aangevoerde middel. De Commissie voegt hieraan toe dat WIN's oogmerk, de concurrenten uit te schakelen, overvloedig blijkt uit interne documenten van de onderneming en dat de toevallige verwijzingen naar France Télécom geenszins doorslaggevend waren.

b) Beoordeling door het Gerecht

- 234 Dit middel valt grotendeels samen met het middel dat WIN primair in het kader van haar vordering tot nietigverklaring heeft aangevoerd. Er moet dus naar de punten 66 tot en met 71 hierboven worden verwezen.

- 235 Dat het einde van WIN's inbreuk wordt vastgesteld op de datum van de verlaging van de tarieven van France Télécom, betekent overigens niet dat op basis van het gedrag van deze laatste tegen WIN wordt opgetreden. De aan de orde zijnde inbreuk wordt duidelijk aan WIN toegerekend, en niet aan France Télécom. WIN had zelf vóór de tussenkomst van France Télécom en zonder deze tussenkomst een einde kunnen maken aan de inbreuk. Dat het einde van de inbreuk niet het resultaat is van WIN's gedrag doet niet af aan haar inbreuk. De inbreuk houdt rechtstreeks verband met het niveau van de kosten. Aangezien bepaalde van die kosten rechtstreeks voortvloeien uit de door de leveranciers vastgestelde prijzen, is het logisch dat het einde van de inbreuk in bepaalde gevallen het resultaat kan zijn van het gedrag van die leveranciers.

236 Het argument inzake schending van het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen moet dan ook worden afgewezen.

2. Middel inzake schending van het beginsel van de legaliteit van straffen

a) Argumenten van partijen

237 WIN stelt dat de beschikking haar op basis van twee nieuwe rechtsregels heeft bestraft. In de eerste plaats heeft de Commissie haar vroegere beschikkingspraktijk ter zake van de aanpassing van prijzen aan die van de concurrenten volkomen gewijzigd. In de tweede plaats heeft de Commissie gebruik gemaakt van een geheel nieuw en onvoorzienbaar criterium voor afbraakprijzen.

238 Er bestaat geen precedent inzake de toepassing van afbraakprijzen op een opkomende markt. De Commissie maakt voor het eerst gebruik van de berekeningsmethode die zij in casu heeft toegepast door deze in de loop van de procedure te definiëren. WIN meent dat zij volgens de door diverse nationale mededingingsautoriteiten vastgestelde methode mocht oordelen dat haar prijzen geen afbraakprijzen waren.

239 De Commissie betoogt dat artikel 82 EG en artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 in casu de enige rechtsgrondslagen voor de geldboete vormen en dat die bepalingen niet nieuw zijn. Het is vaste rechtspraak dat haar vroegere beschikkingspraktijk op zich niet het rechtskader voor de geldboeten in mededingingszaken is.

240 Ten overvloede voegt de Commissie hieraan toe dat de toepassing van afbraakprijzen in de rechtspraak reeds als inbreuk op artikel 82 EG is gekwalificeerd.

b) Beoordeling door het Gerecht

241 WIN kan niet beweren dat het bestrafte gedrag geen inbreuk was op het moment waarop het is gesteld. Ieder misbruik door een onderneming van haar machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan valt immers onder artikel 82 EG.

242 Het is bovendien vaste rechtspraak dat artikel 82 EG geen uitputtende opsomming geeft van de ingevolge het Verdrag verboden wijzen van misbruik van een machtspositie (arresten Hof van 21 februari 1973, Europemballage en Continental Can/Commissie, 6/72, Jurispr. blz. 215, punt 26, en 16 maart 2000, Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie, C-395/96 P en C-396/96 P, Jurispr. blz. I-1365, punt 112).

243 Voorts is de toepassing van afbraakprijzen reeds als inbreuk op artikel 82 EG gekwalificeerd. De Commissie is tegen die praktijk opgetreden en ze heeft aanleiding gegeven tot het arrest AKZO/Commissie, punt 100 hierboven, en tot de arresten van 6 oktober 1994 en 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie, punt 130 hierboven, waarin gebruik is gemaakt van een afbraakprijzen criterium dat op het onderscheid tussen variabele kosten en totale kosten was gebaseerd, zoals het in casu gebruikte criterium.

244 Evenwel heeft de Commissie in de onderhavige zaak dit criterium aangepast door, in voor WIN gunstige zin, de kosten voor het verwerven van afnemers te spreiden teneinde rekening te houden met de kenmerken van de relevante markt.

- 245 In dat opzicht had de toepassing van de in die zaken gebruikte methode WIN hoe dan ook in staat kunnen stellen te voorzien dat zij kon worden veroordeeld krachtens artikel 82 EG. WIN kan zich niet beroepen op het feit dat zij een aanpassing van die methode, die in haar voordeel was, niet heeft kunnen voorzien.
- 246 Uit de beschikkingspraktijk van de Commissie en de rechtspraak volgt evenmin dat WIN zich mocht verwachten aan de erkenning, in de omstandigheden van de zaak, van een recht om de prijzen aan die van de concurrenten aan te passen (zie punten 176-187 hierboven) of aan de toepassing van de discountedcashflow-methode (zie punten 153 en 156 hierboven) en aan de inaanmerkingneming van de marges van na het einde van de inbreuk (zie punt 152 hierboven). De markt bevond zich gedurende de onderzochte periode overigens niet langer in de beginfase (zie punt 106 hierboven).
- 247 WIN heeft zich echter beroepen op beschikking 2001/354/EG van de Commissie van 20 maart 2001 in een procedure op grond van artikel 82 [EG] (zaak COMP/35.141 — Deutsche Post AG) (PB L 125, blz. 27, punt 47), waarin de Commissie de omstandigheid dat de incrementele kosten niet waren gedekt, niet met een geldboete heeft bestraft, omdat tot dan niet duidelijk was geworden welke kostendekkingsnorm moest worden gehanteerd voor de diensten die door een over een voorbehouden sector beschikkende multiproduct- of multidiens-onderneming in een concurrentiesituatie werden verricht.
- 248 In die zaak had de klager aangevoerd dat Deutsche Post AG inkomsten uit haar winstgevende briefmonopolie gebruikte om niet-kostendekkende verkopen op het gebied van de commerciële pakketdiensten te financieren om haar concurrenten in deze sector uit te schakelen. In haar beschikking is de Commissie opgetreden tegen de toekenning van getrouwheidskortingen door Deutsche Post en zij heeft deze uit dien hoofde een geldboete van 24 miljoen EUR opgelegd. De geldboete had evenwel geen betrekking op het vervoer van pakketten tegen prijzen die beneden de incrementele kosten lagen.

249 De situatie van Deutsche Post had in die zaak zeer bijzondere kenmerken. De activiteiten van die onderneming vielen naargelang het geval onder het op haar taak van algemeen belang gebaseerde monopolie of onder de mededinging. Die zaak had dus betrekking op de definiëring van de kostendekkingsnorm voor een over een voorbehouden sector beschikkende onderneming die de in die sector gemaakte winsten kon gebruiken om haar verliezen in een andere sector, waarin mededinging heerste, te dekken. In die context kon er bij de onderneming onzekerheid bestaan over de toepasselijke regels. De situatie van WIN, die enkel op een door mededinging gekenmerkte markt actief was, kan niet met die van Deutsche Post worden vergeleken en vertoont in dit opzicht eerder gelijkenis met die van AKZO en van Tetra Pak.

250 Voorts wordt in beschikking 2001/354 weliswaar om die reden geen geldboete opgelegd, maar in artikel 2 ervan wordt wel degelijk geconstateerd dat Deutsche Post inbreuk had gemaakt op artikel 82 EG omdat de onderneming pakketdiensten voor de postordersector had aangeboden tegen prijzen die beneden de incrementele kosten lagen. Aangezien deze beschikking op 20 maart 2001 is gegeven en op 5 mei 2001 in het Publicatieblad is bekendgemaakt, diende WIN ten tijde van de litigieuze inbreuk (maart 2001-oktober 2002) dus te weten dat een dergelijke handelswijze een inbreuk vormde. In de onderhavige zaak heeft WIN zelf het beroep op de incrementele kosten bestreden en in haar antwoord op de aanvullende mededeling van punten van bezwaar te kennen gegeven dat zij blij was dat de Commissie die methode niet langer gebruikte. Bijgevolg kan WIN de Commissie thans deze verandering niet verwijten.

251 Gesteld tot slot dat, al is de toepassing van afbraakprijzen geen nieuwe inbreuk, rekening moet worden gehouden met de eigen kenmerken van de markt voor snelle internettoegang, verleent de beslissing van de Commissie om geen geldboete op te leggen in een eerdere beschikking, omdat het bij de vastgestelde inbreuken om betrekkelijk nieuwe inbreuken ging, geen „immunitet” aan ondernemingen die inbreuken plegen waarvoor de Commissie voordien nog geen sanctie heeft opgelegd. De Commissie beslist namelijk met inachtneming van de bijzondere omstandigheden van elke zaak en in de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid of het

opportuun is om een geldboete op te leggen teneinde de geconstateerde inbreuk te bestraffen en de doeltreffendheid van het mededingingsrecht te handhaven (arrest Gerecht van 22 oktober 1997, SCK en FNK/Commissie, T-213/95 en T-18/96, Jurispr. blz. II-1739, punt 239).

- 252 Bijgevolg heeft de Commissie in casu geen inbreuk gemaakt op het beginsel van de legaliteit van straffen.

B — *Ontbreken van gevolgen van de aan de orde zijnde praktijken*

1. Argumenten van partijen

- 253 Volgens WIN heeft de Commissie niet kunnen bewijzen dat de gestelde praktijken van WIN gevolgen hadden voor de markt. Het bedrag van de haar opgelegde geldboete moet dus ook om die reden worden verlaagd.

- 254 WIN betoogt dat de Commissie zelf in haar beschikking stelt dat WIN's marktaandeel rond de 50 % zal blijven, terwijl het in oktober 2002, de datum waarop de inbreuk is beëindigd, 72 % bedroeg. Het is dus in slechts negen maanden met één derde verminderd. Dit volstaat om aan te tonen dat de mededingingsversturende praktijken die WIN zou hebben gesteld, de marktstructuren niet blijvend hebben aangetast.

- 255 Bovendien was de mededinging op de markt voor internettoegang zelfs gedurende de litigieuze periode zeer levendig. In september 2002 bestonden meer dan 70

aanbiedingen voor de consument. Nieuwe Internet Access Providers zijn tot de markt toegetreden, terwijl de prijzen van de aanbiedingen onder impuls van de concurrenten zijn gedaald. De ontwikkeling van de concurrenten is niet belemmerd en de verdwijning van Mangoosta is niet aan WIN te wijten.

- 256 WIN is in dit opzicht van oordeel dat de stelling van de Commissie dat de gestelde praktijken van WIN de marktstructuur zwaar hebben aangetast, een eenvoudig vermoeden is, dat niet wordt gestaafd door concrete feiten waaruit de werkelijke moeilijkheden van WIN's concurrenten blijken.
- 257 De Commissie betwist de door WIN verstrekte gegevens met het betoog dat deze, naargelang het voor WIN's stellingen beter uitkomt, betrekking hebben op de gehele activiteit als leverancier van internettoegang, waarbij het geen rol speelt of het om snelle of langzame verbindingen gaat, dan wel op de activiteit als leverancier van snelle internettoegang in de vorm van een ADSL-verbinding.
- 258 Volgens de Commissie blijkt uit een vergelijking van de stijging van de verkopen van de verschillende marktdeelnemers in de loop van 2001 tot de herfst van 2002 duidelijk dat WIN's strategie haar in staat heeft gesteld, de mededinging tegen te houden en haar positie te versterken. Zo zijn er gedurende de litigieuze periode geen belangrijke nieuwe toetredingen tot de markt geweest.

2. Beoordeling door het Gerecht

- 259 Overeenkomstig de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd (PB 1998, C 9, blz. 3), dient bij de beoordeling van

de zwaarte van een inbreuk rekening te worden gehouden met de eigen aard van de inbreuk, met de concrete weerslag ervan op de markt en met de omvang van de betrokken geografische markt.

- 260 WIN stelt dat de aan de orde zijnde inbreuk geen weerslag heeft gehad op de markt. Uit verscheidene elementen blijkt evenwel het tegendeel.
- 261 In de eerste plaats is WIN's aandeel op de breedbandmarkt eerst van 50 tot 72 % gestegen (punt 400 en tabel 8 van de beschikking) tussen het begin van de inbreuk en de maand augustus 2002, ook al is het volgens de door WIN in haar antwoord op de schriftelijke vragen van het Gerecht verstrekte gegevens vervolgens gedaald om in oktober 2002 63,6 % te bedragen. Voorts moet worden benadrukt dat WIN's meest directe concurrent een marktaandeel van 8 % had, terwijl de overige concurrenten allen een marktaandeel van minder dan 2,5 % hadden (punt 376 van de beschikking). Blijkens tabel 9 van de beschikking, die niet door WIN is bestreden, is over de gehele periode de afstand tussen WIN en haar belangrijkste concurrent aanzienlijk groter geworden.
- 262 In de tweede plaats is een concurrent, Mangoosta, van de markt verdwenen (punt 400 van de beschikking). WIN is weliswaar van mening dat het faillissement van Mangoosta enkel aan een bijzonder gewaagd strategisch beleid is te wijten, en geenszins aan WIN's tarifiering, maar door haar producten tegen een enigszins hogere prijs dan die van WIN op de markt te brengen, leed Mangoosta zodanige verliezen dat zij uiteindelijk in maart 2001 haar prijzen met 20 % heeft verhoogd, hetgeen niet heeft belet dat zij op 2 augustus 2001 onder gerechtelijke bewindvoering is geplaatst (punt 384 van de beschikking). De verdwijning van een zeer onbeduidende concurrent wiens tarieven beneden zijn kosten, maar enigszins boven WIN's prijzen lagen, vormt op zijn minst in casu een gegeven dat getuigt van de moeilijkheid om de markt te penetreren.
- 263 In de derde plaats is gedurende de bedoelde periode een sterke achteruitgang van de marktaandelen van de concurrerende kabelexploitanten opgetekend (tabel 14 van de beschikking), terwijl de concurrenten op het ADSL-segment op zeer lage

penetratieniveaus werden behouden. WIN betwist de achteruitgang van de marktaandelen van de kabelexploitanten niet, maar zij is van mening dat deze niet aan haar tariefbeleid te wijten is, maar aan de ontwikkeling van ADSL ten nadele van de kabel. Evenwel dient te worden benadrukt dat WIN in september 2001 van mening was dat de kabelexploitanten de enige echte concurrenten op de markt voor snelle internettoegang waren (voetnoot 444 van de beschikking) en dat ADSL een „eind 2001 door [haar] overheerste maar over het geheel genomen weinig actieve markt” was.

264 In de vierde plaats hebben WIN's praktijken een afschrikkende werking gehad voor de toetreding of de ontwikkeling van de concurrenten. Verscheidene van hen hebben immers bevestigd dat zij, gelet op de kosten, onmogelijk hun prijzen aan die van WIN konden aanpassen zonder verliezen te lijden (zie punt 379 en voetnoot 451 van de beschikking). De nieuwe toetredingen waren overigens zeer onbeduidend. WIN heeft de gevallen van de vennootschappen Dixinet en Net pratique ter sprake gebracht. Evenwel had Dixinet eind augustus 2002 slechts tien abonnees op haar ADSL- en telefoniediensten, terwijl Net pratique, die haar dienst pas in de zomer van 2002, dus aan het einde van de inbreuk, op de markt heeft gebracht, zes maanden later slechts 1 400 abonnees had.

265 In dat opzicht kan WIN's argument dat de trage vooruitgang van bepaalde concurrenten te wijten was aan een strategische keuze en aan de wens om zich toe te leggen op langzame internetverbindingen, ten nadele van ADSL, dat werd geacht geen goede vooruitzichten te bieden, niet overtuigen. Weliswaar hebben bepaalde concurrenten aanvankelijk twijfel kunnen hebben bij de ontwikkeling van snel internet, maar er kan niet worden aangenomen dat zij, gelet op de aanzienlijke groei van deze markt, bij die opinie zijn gebleven. De vordering die de vennootschap T-Online, die onder het merk Club Internet internettoegang levert, bij de Franse mededingingsautoriteiten heeft ingesteld, laat eerder het tegendeel vermoeden. Evenzo wijst de in punt 212 hierboven aangehaalde verklaring van de algemeen directeur van AOL France erop dat de reden dat deze onderneming niet op de breedbandmarkt aanwezig was, in die tijd verband hield met de verliezen die zij er wegens WIN's aanzienlijke aanbieding zou hebben geleden, en niet met haar wil om zich tot langzame internetverbindingen te beperken.

266 Aangaande WIN's argument dat de consument geen nadeel heeft ondervonden van de door haar toegepaste prijzen, maar daar integendeel de begunstigde van is

geweest, dient eraan te worden herinnerd dat het Hof heeft verklaard dat artikel 82 EG niet alleen doelt op handelswijzen die de consument rechtstreeks kunnen benadelen, maar eveneens op die welke hem benadelen door in te grijpen in een structuur van daadwerkelijke mededinging (arrest Europemballage en Continental Can/Commissie, punt 242 hierboven, punt 26).

²⁶⁷ Bijgevolg moet het middel inzake het ontbreken van gevolgen van de aan de orde zijnde praktijken worden afgewezen.

C — Onjuiste vaststelling van de duur van de inbreuk

1. Argumenten van partijen

²⁶⁸ WIN betoogt in de eerste plaats dat het einde van de haar verweten inbreuk volgens de Commissie te wijten is aan de op 15 oktober 2002 door France Télécom toegepaste verlaging van de tarieven. France Télécom heeft die daling echter vanaf april 2002 aangekondigd, maar de uitvoering van die maatregel heeft vertraging opgelopen door de procedure voor homologatie door de Autorité de régulation des télécommunications (Franse regelgevende instantie inzake telecommunicatie; hierna: „ART”). Na maart 2002 kan WIN dus in geen geval aansprakelijk worden geacht voor de inbreuk, zodat de inbreuk slechts dertien maanden kan hebben geduurd.

²⁶⁹ In de tweede plaats was de duur waarvan de Commissie in haar beschikking is uitgegaan, langer dan die welke in de mededeling van punten van bezwaar was vermeld. Het Gerecht moet dus constateren dat de duur van de inbreuk die aan WIN zou kunnen worden toegerekend, maximum 17 maanden bedraagt, en de geldboete dienovereenkomstig verlagen.

- 270 Op dit laatste argument antwoordt de Commissie dat de mededelingen van punten van bezwaar niet aldus kunnen worden opgevat, dat zij de duur van de inbreuk hebben beperkt terwijl deze nog bezig was.
- 271 De Commissie is van mening dat WIN zich niet kan beroepen op het argument dat is ontleend aan de vertraging bij de verlaging van de tarieven van France Télécom wegens de procedure voor homologatie door de ART.

2. Beoordeling door het Gerecht

- 272 Aangaande de gestelde verlenging van de duur van de inbreuk in vergelijking met die welke in de mededelingen van punten van bezwaar was vermeld, moet worden verwezen naar de punten 49 tot en met 52 hierboven, waaruit volgt dat dit argument moet worden afgewezen.
- 273 Met betrekking tot het argument dat France Télécom vanaf april 2002 had aangekondigd dat haar groothandelstarieven zouden dalen, dient te worden benadrukt dat de inbreuk niet op die datum is beëindigd, maar bij de daadwerkelijke uitvoering van die tariefverlaging. Op mechanische wijze heeft die verlaging van de tarieven van France Télécom een daling van de kosten meegebracht. WIN's prijzen hebben opgehouden beneden haar totale kosten te liggen, en aan de inbreuk is een einde gekomen. Zonder die verlaging van de tarieven van France Télécom af te wachten, had WIN te allen tijde een einde kunnen maken aan de inbreuk, bijvoorbeeld door haar tarieven te verhogen of door andere kostenposten te verminderen. Zij heeft echter geen enkele maatregel in die zin genomen.
- 274 Bijgevolg is er geen reden om het bedrag van de opgelegde geldboete op basis van de duur van de gestelde inbreuk te verlagen.

D — *Schending van het evenredigheidsbeginsel*

1. Argumenten van partijen

²⁷⁵ WIN betwist in de eerste plaats de omstandigheid dat bij de bepaling van het bedrag van de geldboete geen rekening is gehouden met haar medewerking en transparantie. Zij uit in de tweede plaats kritiek op het feit dat de Commissie de geleidelijke beëindiging van de inbreuk noch bij de bepaling van het basisbedrag van de geldboete noch als verzachtende omstandigheid in aanmerking heeft genomen. De omvang van de inbreuk is vanaf augustus 2001 verminderd door een verlaging van de groothandelstarieven van France Télécom, zelfs voordat deze laatste van het onderzoek van de Commissie in kennis was gesteld. France Télécom is haar voortdurende wil om het door de Commissie aan de orde gestelde probleem zo snel mogelijk op te lossen, blijven tonen.

²⁷⁶ De Commissie is van mening dat er in casu geen verzachtende of verzwarende omstandigheden zijn.

2. Beoordeling door het Gerecht

²⁷⁷ Wat in de eerste plaats de gestelde medewerking betreft, is het vaste rechtspraak dat een medewerking bij het onderzoek die niet verder gaat dan waartoe de ondernemingen krachtens artikel 11, leden 4 en 5, van verordening nr. 17 verplicht zijn, geen verlaging van de geldboete rechtvaardigt (zie in die zin arresten Gerecht van 10 maart 1992, Solvay/Commissie, T-12/89, Jurispr. blz. II-907, punten 341 en 342, en 14 mei 1998, Weig/Commissie, T-317/94, Jurispr. blz. II-1235, punt 283).

- 278 In punt 412 van de beschikking vermeldt de Commissie dat WIN zich als verzachtende omstandigheid heeft beroepen op haar transparantie en haar volledige medewerking in de onderhavige procedure. De Commissie constateert evenwel „dat de onderneming enkel op normale wijze heeft voldaan aan de krachtens verordening nr. 17 op haar rustende verplichtingen tot het verstrekken van informatie aan de Commissie”.
- 279 In haar verzoekschrift betoogt WIN dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met het feit dat zij steeds volledig aan de procedure heeft meegewerkt en zich volkomen transparant heeft gedragen. WIN voegt hieraan toe dat de Commissie overigens op WIN's uitnodiging haar lokalen heeft bezocht en afschriften heeft genomen van de documenten inzake haar kosten en inzake de opstelling van haar commerciële aanbiedingen. Noch haar verzoekschrift noch haar repliek bevatten andere preciseringen over deze medewerking.
- 280 WIN heeft geen enkel element verstrekt dat ontkracht dat zij enkel heeft voldaan aan de krachtens verordening nr. 17 op haar rustende verplichtingen. WIN toont in het bijzonder niet aan dat zij zelf vóór de opening van het onderzoek de Commissie in haar lokalen heeft uitgenodigd. De Commissie stelt in haar verweerschrift namelijk dat verzoekster geen verzachtende omstandigheid kan ontlenen aan het feit dat de Commissie zich ertoe heeft beperkt die verificaties ter plaatse op basis van artikel 14, lid 2, van verordening nr. 17 te verrichten „door met de onderneming een afspraak te maken in haar lokalen”.
- 281 Subsidiair kan, gesteld al dat het vaststaat, het feit dat WIN zelf de Commissie heeft kunnen uitnodigen om haar lokalen te bezoeken zonder te wachten tot deze laatste bij beschikking verificaties had gelast, niet volstaan om te bewijzen dat er van een dermate nauwe samenwerking sprake was dat deze de inaanmerkingneming ervan als verzachtende omstandigheid kan rechtvaardigen. Artikel 14 van verordening nr. 17 bepaalt dat ter vervulling van de taken welke haar zijn opgedragen in artikel 81 EG, de Commissie alle noodzakelijke verificaties kan verrichten bij ondernemingen. De personeelsleden van de Commissie, die in haar opdracht

handelen, kunnen met name alle lokaliteiten betreden en afschriften maken van de bescheiden. De verificaties van de Commissie kunnen op gewone opdracht worden verricht (artikel 14, lid 2) of bij beschikking worden gelast (artikel 14, lid 3). Dat de Commissie in casu niet bij beschikking is opgetreden, kan op zich niet betekenen dat sprake is van een „daadwerkelijke medewerking van de onderneming in het kader van de procedure” in de zin van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd.

282 Wat in de tweede plaats de argumenten inzake de geleidelijke beëindiging van de inbreuk betreft, dient te worden benadrukt dat WIN zelf geen enkele maatregel in die zin heeft genomen. Zij kan zich te harer verontschuldiging niet beroepen op de door France Télécom geleverde inspanningen. Zelfs indien de door deze laatste ondernomen stappen een positieve weerslag op de markt kunnen hebben gehad vóór het einde van de inbreuk, kunnen zij bovendien de kwalificatie van de door WIN gepleegde inbreuk niet wijzigen door deze minder zwaar te maken. De door WIN op de relevante markt toegepaste afbraakprijzen vormen namelijk een zware inbreuk op de mededingingsregels. Dat de sterkte van bepaalde misbruikaspecten in de loop van de litigieuze periode heeft kunnen variëren, kan die kwalificatie niet wijzigen (zie in die zin arrest van 30 september 2003, Michelin/Commissie, punt 195 hierboven, punt 278).

283 Uit het voorgaande volgt dat het door WIN aan schending van het evenredigheidsbeginsel ontleende middel niet kan worden aanvaard, zodat de vorderingen tot intrekking of verlaging van de geldboete moeten worden afgewezen.

284 Gelet op het voorgaande moet het beroep derhalve worden verworpen.

Kosten

²⁸⁵ Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie te worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer — uitgebreid),

rechtdoende, verklaart:

- 1) Het beroep wordt verworpen.**

- 2) Verzoekster wordt verwezen in de kosten.**

Vilaras

Martins Ribeiro

Dehousse

Šváby

Jürimäe

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 30 januari 2007.

De griffier

De president van de Vijfde kamer

E. Coulon

M. Vilaras

Inhoud

| | |
|--|----------|
| Feiten en procesverloop | II - 118 |
| Conclusies van partijen | II - 121 |
| In rechte | II - 122 |
| I — Vordering tot nietigverklaring van de beschikking | II - 122 |
| A — Middel inzake schending van de rechten van de verdediging en van wezenlijke vormvoorschriften | II - 122 |
| 1. Argumenten van partijen | II - 122 |
| 2. Beoordeling door het Gerecht | II - 124 |
| B — Middel inzake ontoereikende motivering | II - 134 |
| 1. Argumenten van partijen | II - 134 |
| 2. Beoordeling door het Gerecht | II - 135 |
| C — Middel inzake schending van het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen | II - 137 |
| 1. Argumenten van partijen | II - 137 |
| 2. Beoordeling door het Gerecht | II - 138 |
| D — Schending van artikel 82 EG | II - 140 |
| 1. Machtspositie | II - 140 |
| a) Onjuiste bepaling van de markt | II - 140 |
| Argumenten van partijen | II - 140 |
| Beoordeling door het Gerecht | II - 142 |
| b) Onvolledigheid van de beoordeling van de machtspositie | II - 146 |
| Argumenten van partijen | II - 146 |
| Beoordeling door het Gerecht | II - 148 |

| | |
|---|----------|
| 2. Misbruik van machtspositie | II - 154 |
| a) Middelen inzake het criterium voor kostendekking | II - 154 |
| Verkeerde methode voor de berekening van de mate van kostendekking | II - 154 |
| — Argumenten van partijen | II - 154 |
| — Beoordeling door het Gerecht | II - 156 |
| Rekenfouten bij de toepassing van de gekozen methode | II - 163 |
| — Argumenten van partijen | II - 163 |
| — Beoordeling door het Gerecht | II - 165 |
| b) Middelen inzake het criterium voor afbraakprijzen | II - 167 |
| Rechtvaardiging op basis van WIN's recht om haar prijzen aan te passen aan die van haar concurrenten | II - 167 |
| — Argumenten van partijen | II - 167 |
| — Beoordeling door het Gerecht | II - 168 |
| Gesteld ontbreken van een plan tot toepassing van afbraakprijzen en van een vermindering van de mededinging | II - 171 |
| — Argumenten van partijen | II - 171 |
| — Beoordeling door het Gerecht | II - 173 |
| Goedmaking van de verliezen | II - 180 |
| — Argumenten van partijen | II - 180 |
| — Beoordeling door het Gerecht | II - 182 |
| II — Subsidiare vorderingen tot intrekking of verlaging van de geldboete | II - 184 |
| A — Schending van de beginselen van het persoonlijke karakter en van de legaliteit van straffen | II - 184 |
| 1. Schending van het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen | II - 184 |
| a) Argumenten van partijen | II - 184 |
| b) Beoordeling door het Gerecht | II - 185 |
| | II - 201 |

| | |
|--|----------|
| 2. Middel inzake schending van het beginsel van de legaliteit van straffen | II - 186 |
| a) Argumenten van partijen | II - 186 |
| b) Beoordeling door het Gerecht | II - 187 |
| B — Ontbreken van gevolgen van de aan de orde zijnde praktijken | II - 190 |
| 1. Argumenten van partijen | II - 190 |
| 2. Beoordeling door het Gerecht | II - 191 |
| C — Onjuiste vaststelling van de duur van de inbreuk | II - 194 |
| 1. Argumenten van partijen | II - 194 |
| 2. Beoordeling door het Gerecht | II - 195 |
| D — Schending van het evenredigheidsbeginsel | II - 196 |
| 1. Argumenten van partijen | II - 196 |
| 2. Beoordeling door het Gerecht | II - 196 |
| Kosten | II - 199 |