

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM  
(femte avdelningen i utökad sammansättning)

den 30 januari 2007\*

I mål T-340/03

**France Télécom SA**, tidigare Wanadoo Interactive SA, Paris (Frankrike), företrätt av advokaterna O. Brouwer, H. Calvet, M. Pittie, J. Philippe och T. Janssens,

sökande,

mot

**Europeiska gemenskapernas kommission**, inledningsvis företrädd av S. Rating och É. Gippini Fournier, båda i egenskap av ombud, därefter av É. Gippini Fournier,

svarande,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut av den 16 juli 2003 om ett förfarande enligt artikel [82 EG] (ärende COMP/38.233 – Wanadoo Interactive), och, i andra hand, om upphävande eller nedsättning av de böter som sökanden har ålagts,

\* Rättegångsspråk: franska.

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen i utökad sammansättning)

sammansatt av ordföranden M. Vilaras samt domarna M.E. Martins Ribeiro, F. Dehousse, D. Šváby och K. Jürimäe,

justitiesekreterare: förste handläggaren J. Palacio González,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 26 april 2005,

följande

## **Dom**

### **Bakgrund och förfarande**

- <sup>1</sup> I samband med utvecklingen av tillgången till höghastighetsinternet beslutade kommissionen i juli 1999, med stöd av sina befogenheter enligt artikel 12.1 i rådets förordning nr 17, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar [81] och [82] (EGT 13, 1962, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8), att inleda en branschutredning inom Europeiska unionen med särskild fokus på tillhandahållande av tjänster som rör tillgång till det lokala accessnätet och användning av accessnätet i bostadsområden. Mot bakgrund av de upplysningar som kommissio-

nen erhöill i samband härmed beslutade den att i detalj undersöka de priser som Wanadoo Interactive SA (nedan kallat WIN) tog ut av sina hushållskunder i Frankrike för tillgång till höghastighetsinternet. Med detta syfte inledde kommissionen ex officio ett förfarande i september 2001.

- 2 WIN var under den period som tvisten gäller ett bolag i France Télécom-koncernen. Wanadoo SA ägde 99,9 procent av bolagets aktiekapital. France Télécoms aktieinnehav i Wanadoo har pendlat mellan 70 och 72,2 procent under denna period. Den koncern som utgjordes av Wanadoo och dess dotterbolag (nedan kallad Wanadoo-koncernen) skötte France Télécom-koncernens all Internetverksamhet och dess verksamhet med utgivning av telefonkataloger. Inom Wanadoo-koncernen hade WIN det operativa och tekniska ansvaret för de tjänster som avser tillgång till Internet i Frankrike, vilket omfattar ADSL-tjänster (Asymmetric Digital Subscriber Line, assymetrisk digital abonnentanslutning).
- 3 Kommissionen sände den 19 december 2001 ett första meddelande om invändningar till WIN (nedan kallat det första meddelandet om invändningar), och sände den 9 augusti 2002 ett kompletterande meddelande om invändningar (nedan kallat det kompletterande meddelandet om invändningar), vilka WIN besvarade den 4 mars respektive den 23 oktober 2002.
- 4 Kommissionen skickade den 16 januari 2003 en skrivelse till WIN med beteckningen "skrivelse om de faktiska omständigheterna" (nedan kallad skrivelsen om de faktiska omständigheterna), varvid WIN fick tillgång till de handlingar i ärendet som hade utgjort underlaget för den nämnda skrivelsen. WIN fick faktisk tillgång till handlingarna i ärendet den 23 och den 27 januari 2003. Genom skrivelse av den 26 februari 2003 anmodade WIN kommissionen att klargöra flera punkter i skrivelsen om de faktiska omständigheterna. Kommissionen svarade i skrivelse av den 28 februari 2003, varefter WIN den 4 mars 2003 lade fram ett yttrande som svar på skrivelsen om de faktiska omständigheterna.

- 5 Genom beslut av den 16 juli 2003 om ett förfarande enligt artikel [82 EG] (ärende COMP/38.233 – Wanadoo Interactive) (nedan kallat beslutet), fastställde kommissionen att "[WIN] har ... överträtt artikel 82 [EG] genom att, inom ramen för en plan som syftade till att lägga beslag på marknaden för tillgång till höghastighetsinternet i en viktig fas av dess utveckling, ha tillämpat underpriser för sina tjänster eXtense och Wanadoo ADSL, som innebar att företaget varken kunde täcka sina rörliga kostnader förrän i augusti 2001 eller sina totala kostnader från och med augusti 2001" (artikel 1). Kommissionen förpliktade WIN att upphöra med denna överträdelse (artikel 2) och ålade WIN böter uppgående till 10,35 miljoner euro (artikel 4).
- 6 I beslutet definieras den relevanta marknaden som den franska marknaden för tillhandahållande av höghastighetsinternet till hushållskunder. De produkter som omfattas av överträdelsen utgörs av tjänster för tillgång till höghastighetsinternet via ADSL-teknik (Wanadoo ADSL och eXtense).
- 7 Det framgår av beslutet att i fråga om Wanadoo ADSL var abonnenten, under den period som tvisten gäller, tvungen att månatligen betala ett abonnemang till France Télécom för tillhandahållande av tjänsten, hyra för ADSL-modemet till France Télécom och ett abonnemang till WIN i dess egenskap av Internetleverantör. När det gäller tjänsten eXtense, köpte användaren modemet och betalade uteslutande ett månadsabonnemang till WIN, som svarade mot den tjänst som France Télécom tillhandahöll samt obegränsad tillgång till Internet mot en fast avgift.
- 8 Kommissionen slog, efter att ha undersökt olika förhållanden, däribland marknadsandelarna (skälen 211–222 i beslutet) och verkan av "stödet" från France Télécom (skälen 223–228), fast att WIN hade en dominerande ställning på den relevanta marknaden. Kommissionen koncentrerade sig därefter på att visa att uttaget av priser som var lägre än kostnaderna, vilket tillämpades av WIN, var en del av en avsiktlig underprissättningsstrategi för att "lägga beslag på" marknaden och utgjorde därför ett missbruk av dominerande ställning i den mening som avses i artikel 82 EG (skäl 254).

- 9 I beslutet fastställdes att överträdelseperioden inleddes den 1 mars 2001 och upphörde den 15 oktober 2002, som var dagen då de åtgärder som France Télécom hade lagt fram i mars 2002 trädde i kraft. De rörliga kostnaderna täcktes inte av de priser som togs ut från mars till augusti 2001 och de totala kostnaderna var inte täckta från augusti 2001 (artikel 1 i beslutet, se punkt 5 ovan).
- 10 Detta beslut delgavs WIN den 23 juli 2003, som genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 2 oktober 2003 väckt talan om ogiltigförklaring av beslutet.
- 11 Till följd av en fusion som ägde rum den 1 september 2004 har France Télécom SA övertagit WIN:s rättigheter.

### **Parternas yrkanden**

- 12 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

- ogiltigförklara beslutet,
  
- i andra hand, upphäva eller sätta ned det ålagda bötesbeloppet, och
  
- förplikta svaranden att ersätta rättegångskostnaderna.

13 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

- ogilla talan, och
- förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

## **Rättslig bedömning**

### *I — Yrkandet om ogiltigförklaring av beslutet*

14 Sökanden har till stöd för sitt yrkande om ogiltigförklaring åberopat flera formella grunder, åsidosättande av principen om att straff skall vara individuella samt åsidosättande av artikel 82 EG.

### *A — Åsidosättande av rätten till försvar och väsentliga formföreskrifter*

#### **1. Parternas argument**

15 Enligt WIN:s uppfattning skall beräkningen av kostnaderna i ett ärende som rör underprissättning anses utgöra en central del av den aktuella invändningen. Enligt WIN har bolaget emellertid inte endast haft svårigheter att få insyn i akten, utan dessutom har betydelsefulla förhållanden i beräkningarna av de rörliga och totala

kostnaderna i beslutet aldrig kommunicerats genom ett meddelande om invändningar, utan endast genom skrivelsen om de faktiska omständigheterna. Det är fråga om ett åsidosättande av WIN:s rätt till försvar och ett åsidosättande av väsentliga formföreskrifter. WIN har nämligen gjort gällande att bolaget inte kunde veta vare sig vilken betydelse eller plats dessa omständigheter skulle komma att få i kommissionens resonemang och invändningar och därför inte på ett ändamålsenligt sätt kunde tillvarata sin rätt till försvar i detta hänseende.

16 Kommissionen har i beslutet dessutom tillämpat beräkningar som, såväl vad avser den använda metoden som resultaten, skiljer sig från dem som användes i det kompletterande meddelandet om invändningar. Genom att ändra testet av kostnadstäckningen ändrade kommissionen också sin invändning. Vidare fastställde kommissionen i beslutet att överträdelsen varade längre än vad som angavs i meddelandet om invändningar, utan att parterna hade givits möjlighet att yttra sig i detta hänseende.

17 Kommissionen anser att WIN:s argument är både felaktiga i sak och rättsligt ogrundade. Kommissionen har gjort gällande att den i skrivelsen om de faktiska omständigheterna endast rättade till felberäkningar som WIN hade påpekat i bolagets svar på det kompletterande meddelandet om invändningar, utan att ändra vare sig testet eller invändningarna. Kommissionen har dessutom framhållit att WIN gavs tillfälle att yttra sig över innehållet i skrivelsen om de faktiska omständigheterna. Denna skrivelse hade just till syfte att ge företaget tillfälle att på ett ändamålsenligt sätt lämna sina synpunkter på riktigheten i och relevansen av kommissionens påståenden, vilket WIN också gjorde. Genom skrivelse av den 26 februari 2003 anmodade således WIN kommissionen att klargöra flera punkter i skrivelsen om de faktiska omständigheterna. Kommissionen har gjort gällande att den svarade WIN i skrivelse av den 28 februari 2003, vilket möjliggjorde för WIN att i sin tur besvara skrivelsen om de faktiska omständigheterna den 4 mars 2003. Kommissionen har uppgett att den i samband med att skrivelsen om de faktiska omständigheterna skickades gav WIN tillgång till samtliga handlingar i ärendet som hade utgjort underlaget för skrivelsen. WIN fick faktisk tillgång till handlingarna i ärendet den 23 och den 27 januari 2003. När det gäller överträdelsens varaktighet hindrade det förhållandet att den fortfarande pågick när meddelandet om invändningar skickades kommissionen från att göra mer än att fastställa när överträdelsen inleddes.

## 2. Förstainstansrättens bedömning

18 Det skall inledningsvis erinras om att enligt fast rättspraxis skall meddelandet om invändningar innehålla en redogörelse för invändningarna som, även om den är kortfattad, är tillräckligt klar för att de som berörs därav verkligen skall kunna få kännedom om vilka betenden kommissionen anklagar dem för. Det är nämligen endast under denna förutsättning som meddelandet om invändningar kan fylla den funktion som avses i gemenskapsförordningarna, som består i att tillhandahålla samtliga uppgifter som företagen och företagssammanslutningarna behöver för att kunna försvara sig innan kommissionen fattar ett slutligt beslut. Dessutom följer det av fast rättspraxis att detta krav iaktas om de berörda i beslutet inte anklagas för andra överträdelseer än dem som nämns i redogörelsen för invändningarna och om det i beslutet endast tas hänsyn till faktiska omständigheter som de berörda haft tillfälle att yttra sig över. Kommissionens slutliga beslut behöver emellertid inte nödvändigtvis vara en kopia av redogörelsen för invändningarna (förstainstansrättens dom av den 28 februari 2002 i mål T-86/95, *Compagnie générale maritime m.fl. mot kommissionen*, REG 2002, s. II-1011, punkt 442 och där angiven rättspraxis). Det är således tillåtet att göra tillägg till meddelandet om invändningar mot bakgrund av parternas svarsinlagor, om de däri framförda argumenten visar att parterna verkligen har kunnat utöva sin rätt till försvar. Kommissionen kan även mot bakgrund av det administrativa förfarandet ändra och lägga till argument avseende de faktiska omständigheterna eller rättsliga argument till stöd för invändningar som den redan har formulerat (förstainstansrättens dom av den 22 oktober 2002 i mål T-310/01, *Schneider Electric mot kommissionen*, REG 2002, s. II-4071, punkt 438).

19 Det är mot bakgrund av ovanstående som förevarande grund skall bedömas.

20 Förstainstansrätten konstaterar att kommissionen vid slutet av utredningsfasen översände det första meddelandet om invändningar till WIN den 19 december 2001. WIN lade fram sina synpunkter i sitt svar av den 4 mars 2002 och vid det förhör som hölls den 18 mars 2002 (skäl 153 i beslutet). Kommissionen skickade den 9 augusti 2002 det kompletterande meddelandet om invändningar till WIN. Bolaget



inkom med sitt yttrande över detsamma den 23 oktober 2002 och begärde därvid inte att ett förhör skulle hållas (skäl 157 i beslutet). WIN har därför kunnat utöva sin rätt till försvar i förhållande till de invändningar som kommissionen gjort gällande i sina meddelanden om invändningar, både i sina svar på dessa meddelanden och vid förhöret.

- 21 De invändningar som kommissionen fastställde i sitt beslut skiljer sig emellertid inte från dem som framställts i meddelandena om invändningar.
  
- 22 Kommissionens meddelande om invändningar av den 19 december 2001 inleddes på följande sätt:

”Detta meddelande om invändningar avseende [WIN], som är ett av bolagen i France Télécom-koncernen, rör bolagets prissättning under år 2001 för tjänster som avser tillgång till höghastighetsinternet, i form av Wanadoo ADSL och Pack [eXtense].

...

Under utredningens gång har det framkommit att [WIN] sedan början av år 2001 tillämpar en prissättning för de aktuella tjänsterna som innebär att priserna inte täcker kostnaderna, vilken kan betecknas som underprissättning och utgör en överträdelse av artikel 82 [EG].”

- 23 Kommissionen slog i slutet av analysen i samma meddelande om invändningar fast följande:

”[På detta stadium] utgör den underprissättningspolicy som [WIN] följt sedan början av år 2001 missbruk av en dominerande ställning [i den mening som avses i] artikel 82 a och b [EG]. Denna prissättning tillämpades under en kritisk fas av utvecklingen av marknaden för hushållskunders tillgång till höghastighetsinternet, samtidigt som ADSL fick ökad spridning i Frankrike. Den har gett [WIN] ett betydande försteg i förhållande till dess konkurrenter eller hindrat dessa från att få tillträde till eller stanna kvar på denna marknad.”

- 24 Artikel 1 i beslutet har följande lydelse:

”[WIN] har från mars 2001 till oktober 2002 överträtt artikel 82 [EG] genom att, inom ramen för en plan som syftade till att lägga beslag på marknaden för tillgång till höghastighetsinternet i en viktig fas av dess utveckling, ha tillämpat underpriser för sina tjänster eXtense och Wanadoo ADSL, som innebar att företaget varken kunde täcka sina rörliga kostnader förrän i augusti 2001 eller sina totala kostnader från och med augusti 2001.”

- 25 Vid en jämförelse mellan det första meddelandet om invändningar och beslutet framgår att bolaget, marknaden och de aktuella produkterna är identiska precis som den påstådda överträdelsen, nämligen underprissättning i strid med artikel 82 EG.

- 26 Beslutet är förvisso mycket mer precist när det gäller kostnadstäckningen. Till skillnad från det första meddelandet om invändningar nämns i beslutet både rörliga kostnader och totala kostnader och det görs åtskillnad mellan de perioder som har beaktas i detta hänseende.

- 27 Denna precisering infördes emellertid i det kompletterande meddelandet om invändningar, där punkt 5.4 har rubriken "Det faktiska missbruket: bristande täckning av rörliga kostnader och totala kostnader inom ramen för en strategi för att lägga beslag på marknaden". Kommissionen har i de två fotnoter, som denna rubrik hänvisar till, preciserat att "det förevarande meddelandet om invändningar kompletterar i detta avseende [punkt] 3.4 i det första meddelandet om invändningar" och att "undersökningen av kostnadstäckningen i fråga om de totala kostnaderna utgör nya uppgifter i förhållande till det första meddelandet om invändningar". WIN kände således redan på detta stadium till den metod som användes, och hade möjlighet att framföra sina synpunkter.
- 28 Syftet med skrivelsen om de faktiska omständigheterna är i enlighet med dess ordalydelse att "ange vissa faktiska förhållanden som inte uttryckligen nämns i meddelandena om invändningar, och som kommissionen kan komma att hänvisa till i texten till ett sådant beslut[, genom att dessa förhållanden delvis består av faktiska omständigheter som kommissionen har redogjort för i sina handlingar, vilka advokater[na] redan har fått tillgång till, och delvis av förhållanden som kommissionen har fått fram under de utredningar som fortsatte efter den 9 augusti 2002".
- 29 Enligt WIN:s uppfattning ändrar denna skrivelse testet av kostnadstäckningen och således den därtill hörande invändningar, varför den borde ha utgjort föremål för ett meddelande om invändningar.
- 30 Förstainstansrätten understryker inledningsvis att WIN i sin ansökan varken har preciserat vad skillnaderna i fråga om metod eller resultat består i, eller vilka nya förhållanden som har införts genom skrivelsen om de faktiska omständigheterna. Bolaget har i sin ansökan endast omnämnt den annorlunda indelningen av analysperioderna. WIN har nöjt sig med att hänvisa till det första meddelandet om invändningar, till det kompletterande meddelandet om invändningar och till skrivelsen om de faktiska omständigheterna, som bolaget fogat till ansökan som bilagor. Det ankommer emellertid inte på förstainstansrätten att i dessa bilagor söka efter och fastställa de förhållanden som skulle kunna utgöra stöd för talan. Om innehållet i en ansökan kan understödjas och kompletteras i specifika avseenden,

genom hänvisning till specifika avsnitt i bifogade handlingar, kan en generell hänvisning till andra inlagor, även om de har fogats till ansökan, inte kompensera att väsentliga uppgifter saknas i ansökan (förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-31/99, ABB Asea Brown Boveri mot kommissionen, REG 2002, s. II-1881, punkt 113). Det saknas därför skäl att i detalj jämföra meddelandena om invändningar med skrivelsen om de faktiska omständigheterna, som bolaget fogat som bilagor till ansökan, för att i skrivelsen om de faktiska omständigheterna söka efter skillnader i fråga om metoder eller nya förhållanden. För fullständighetens skull skall det likväl påpekas att denna skrivelse om de faktiska omständigheterna inte innehåller någon invändning och varken aviserar eller inför någon ändring av metoden för att beräkna kostnadernas täckningsgrad. I skrivelsen uppdateras, preciseras eller rättas förhållanden, som redan har framställts i meddelandena om invändningar, ofta som svar på WIN:s invändningar. Skrivelsen ändrar således inte de i meddelandena framställda invändningarna.

- 31 Vad gäller det enda förhållande som har gjorts gällande i ansökan till stöd för påståendet att testet av täckningen ändrats — nämligen den annorlunda indelningen av analysperioderna — har beslutet rent faktiskt förkortat perioden för bristande täckning av de rörliga kostnaderna och förlängt perioden för bristande täckning av de totala kostnaderna. Invändningen om att kostnaderna inte var täckta omfattar emellertid, såsom i meddelandet om invändningar, hela den aktuella överträdelseperioden. Dessutom är senareläggningen av överträdelens början, från januari 2001 i meddelandena om invändningar till mars 2001 i beslutet, till WIN:s fördel. Kommissionen kan vidare inte klandras för att den har beaktat WIN:s påpekanden i bolagets svar på det kompletterande meddelandet om invändningar. Det framgår av dessa påpekanden att kommissionen endast till följd av ett beräkningsfel kom fram till att perioden för bristande täckning av de rörliga kostnaderna löpte från augusti till oktober 2001. Kommissionen har därför i beslutet slutligen fastställt att perioden för bristande täckning av de rörliga kostnaderna upphörde i augusti 2001.
- 32 Om det antas att sökanden med detta argument har gjort gällande att det har skett en ändring av indelningen av analysperioderna för rörliga kostnader, skall det anmärkas att den tredje perioden i beslutet inte längre upphör den 31 december 2001, utan faktiskt varar ända till den 15 februari 2002. Enligt kommissionens uppfattning har denna ändring föranletts av ett önskemål om att få de fastställda perioderna att bättre stämma överens med WIN:s kostnadsutveckling. Kommissionen har gjort gällande att denna ändring endast medför en förenkling av beräkningarna, utan att ändra de allmänna slutsatser som kommissionen kommit fram till i det kompletterande meddelandet om invändningar.

- 33 Det skall noteras att WIN inte har invänt mot denna motivering och inte heller har förklarat på vilket sätt denna förlängning av den tredje perioden skadar bolaget.
- 34 I skrivelsen om de faktiska omständigheterna ges WIN dessutom tillfälle att yttra sig över dessa faktiska förhållanden och erbjuds en möjlighet att få tillgång till samtliga handlingar i ärendet.
- 35 Det skall understrykas att WIN i inledningen av sin ansökan endast har nämnt svårigheterna med att få tillgång till handlingarna i ärendet, men inte har åberopat detta som en grund för ogiltigförklaring. Bolaget har för övrigt inte heller påstått att det inte erhållit de begärda handlingarna, utan att bolaget var tvunget att vid upprepade tillfällen framställa begäran om detta och att bolaget ”endast tack vare sin extrema påpasslighet och ihärdighet ... efter bästa förmåga har kunnat göra gällande sin rätt att få tillgång till handlingarna i ärendet”. Härav följer att WIN, trots de svårigheter som bolaget kan ha stött på, fick tillgång till handlingarna i ärendet.
- 36 I överensstämmelse med den rättspraxis som angetts i punkt 18 ovan, upplystes sökanden om de väsentligaste faktiska förhållandena och hade tillfälle att framföra sina synpunkter. Ett förhör hade redan ägt rum den 18 mars 2002 och ett ytterligare förhör var inte påkallat. WIN begärde för övrigt inte ett nytt förhör vare sig efter att det kompletterande meddelandet om invändningar eller skrivelsen om de faktiska omständigheterna hade skickats.
- 37 Av det anförda följer att argumentationen om att ett tredje meddelande om invändningar var nödvändigt inte kan godtas. WIN har dessutom kunnat utöva sin rätt till försvar i detta hänseende, vilket bolaget också gjorde. Bolaget begärde nämligen i skrivelse av den 26 februari 2003 att kommissionen skulle klargöra flera punkter i skrivelsen om de faktiska omständigheterna. Kommissionen svarade bolaget i skrivelse av den 28 februari 2003. Sökanden tillsände då kommissionen ett yttrande som svar på skrivelsen om de faktiska omständigheterna. WIN fick vidare faktiskt tillgång till handlingarna i ärendet den 23 och den 27 januari 2003. WIN har således inte visat att kommissionen genom att skicka skrivelsen om de faktiska omständigheterna åsidosatte väsentliga formföreskrifter och rätten till försvar.

38 För fullständighetens skull, såframt det skulle anses att det åligger förstainstansrätten att själv göra en detaljerad jämförelse mellan skrivelsen om de faktiska omständigheterna och meddelandena om invändningar för att söka efter förhållanden som kan stödja talan, skall det påpekas att de faktiska förhållanden som beskrivs detaljerat i skrivelsen om de faktiska omständigheterna kompletterade eller redogjorde närmare för uppgifter som redan fanns i meddelandena om invändningar. Undersökningen, i skrivelsen om de faktiska omständigheterna, av de faktiska genomsnittliga intäkterna och de teoretiska intäkterna i början av år 2002 utgjorde nämligen en förlängning av de beräkningar som gjorts i det kompletterande meddelandet om invändningar, eftersom man tog hänsyn till WIN:s skrivelse av den 13 december 2002. Vidare förekom det redan i det första meddelandet om invändningar och i det kompletterande meddelandet om invändningar diskussioner om den bandbredd som France Télécom fakturerat för i samband med dirigeringsstjänsten. I skrivelsen om de faktiska omständigheterna har i detta avseende hänsyn tagits till de uppgifter som France Télécom lämnade den 3 maj och den 21 november 2002. Kostnaden för den internationella "anslutningen" behandlades likaledes i det första meddelandet om invändningar. Skrivelsen om de faktiska omständigheterna syftade till att beakta de förklaringar som France Télécom lämnade på denna punkt i en skrivelse av den 13 november 2002. Slutligen hade en preliminär uppskattning av förutsebara kostnader för nya abonnenter och en uppskattning av de totala kostnaderna redan framställts i det kompletterande meddelandet om invändningar.

39 Vidare är det uppenbart att vissa förhållanden i skrivelsen om de faktiska omständigheterna lämnats för WIN:s kännedom som svar på bolagets påpekanden. Kommissionen hänvisade således, efter WIN:s skrivelse av den 27 september 2002, i sin skrivelse om de faktiska omständigheterna till de kostnader som uppstår i samband med flytt av abonnenter och framhöll att den inte hade för avsikt att beakta dessa kostnader i sina beräkningar. Kommissionen underströk i skrivelsen om de faktiska omständigheterna, vad avser verkningarna av försäljningens dynamik, att detta förhållande inte gjorde det möjligt att fastställa att det förelåg underprissättning, men att det kunde användas i samband med en diskussion av det förslag som WIN framställt i sitt svar av den 23 oktober 2002, om att studera varje ny generation av abonnenter för sig, oberoende av tidigare eller senare generationer. Redogörelsen i skrivelsen om de faktiska omständigheterna för WIN:s kostnader för reklam och säljfrämjande åtgärder syftar till att bekräfta att dessa har beaktats såsom rörliga kostnader i det kompletterande meddelandet om invändningar, vilket WIN hade ifrågasatt i sitt svar på detta meddelande.

- 40 De enda förhållanden som kan anses som innebärande en ändring av tillämpningen av den metod som kommissionen har använt är dels den annorlunda indelningen av analysperioderna, dels beräkningen av den vägda genomsnittliga kostnadstäckningen utifrån de intäkter som genererats av abonnentstocken till de två aktuella tjänsterna.
- 41 Vad avser indelningen av analysperioderna skall det hänvisas till punkterna 31–33 ovan.
- 42 I fråga om beräkningen av den vägda genomsnittliga kostnadstäckningen utifrån de intäkter som genererats av abonnentstocken, har kommissionen angett att ”denna ändring gör sig gällande utifrån en rent aritmetisk synpunkt, med hänsyn till den stora skillnaden mellan å ena sidan kostnaderna och intäkterna för eXtense-tjänsten [och] å andra sidan kostnaderna och intäkterna för Wanadoo ADSL-tjänsten, vilka är två gånger lägre än dem som gäller för eXtense”. Kommissionen har i fotnot 77 i beslutet tillagt att ”den inte anser sig bunden av ett beräkningsfel som gjorts på ett tidigare stadium av förfarandet, eftersom den har berett företaget tillfälle att framföra sina synpunkter angående rättelsen av felet som ett led i rätten till försvar, vilket kommissionen i det förevarande fallet har gjort genom [skrivelsen om de faktiska omständigheterna]”.
- 43 Det skall framhållas att WIN har godtagit rättelsen av felet när den är till bolagets fördel. WIN fäste i sitt svar på det kompletterande meddelandet om invändningar kommissionens uppmärksamhet på fel som den hade gjort i sina beräkningar. Kommissionen rättade i skrivelsen om de faktiska omständigheterna dessa fel utan att WIN har invänt häremot och, i de fall kommissionen vägrade att göra rättelse, förklarade den anledningen härtill. Kommissionen kunde däremot enligt WIN:s uppfattning inte i en skrivelse angående de faktiska förhållandena rätta ett fel på ett sätt som inte är till bolagets fördel, eftersom detta skulle ändra den invändning som gjorts gällande mot bolaget.

- 44 Det skall därför prövas om denna rättelse utgör en metodändring som ger upphov till en ny invändning.
- 45 Förstainstansrätten konstaterar att metoden fortsatt avser beräkningen av täckningsgraden för justerade rörliga och totala kostnader, och att den rättelse eller ändring som gjorts i beräkningen av det vägda genomsnittet inte på något sätt ändrar den invändning om underprissättning sedan början av år 2001 som framgår av de två meddelandena om invändningar. Att det saknas en beräkning av genomsnittet i det första meddelandet om invändningar hindrar inte kommissionen från att slå fast att kostnaderna inte var täckta, eftersom beräkningen av täckningsgraden först utfördes produktvis (eXtense eller Wanadoo ADSL).
- 46 Det följer vidare av WIN:s svar på skrivelsen om de faktiska omständigheterna att kommissionen, eftersom de nya förhållanden som den beaktade i denna skrivelse medför en täckningsgrad för justerade rörliga kostnader på över 100 procent från den 1 augusti 2001, ändrade sin beräkningsmetod för att minska denna täckningsgrad och vidhålla sin invändning om att de rörliga kostnaderna inte var täckta under perioden från den 1 augusti till den 15 oktober 2001. Att kommissionen skulle ha haft ett sådant syfte förefaller emellertid inte stämma överens med den omständigheten att kommissionen i beslutet slutligen har fastställt att perioden för bristande täckning av de justerade rörliga kostnaderna upphörde den 31 juli 2001. Sökanden kan följaktligen inte vinna framgång med detta argument. WIN har således inte visat att det skett en metodändring genom skrivelsen om de faktiska omständigheterna.
- 47 WIN har likaledes gjort gällande att det i beslutet fastställdes att överträdelsens varaktighet var längre än vad som angavs i meddelandet om invändningar, utan att parterna hade getts tillfälle att yttra sig i detta avseende.
- 48 Det skall först framhållas att WIN varken har bestritt begynnelse tidpunkten för överträdelsen eller kommissionens senareläggning av denna tidpunkt från januari till mars 2001 i beslutet, jämfört med i meddelandet om invändningar.



- 49 Vad gäller förlängningen av överträdelsens varaktighet från juli månad till den 15 oktober 2002, skall det slås fast att, även om de två meddelandena om invändningar fastställde överträdelsens början till januari 2001, det varken i det ena eller det andra meddelandet angavs att överträdelsen hade upphört. Tvärtom angavs i båda meddelandena att kommissionen hade för avsikt att fatta ett beslut om att anmoda WIN att ”upphöra med överträdelsen”. En sådan formulering visade utan tvivel att den aktuella överträdelsen enligt kommissionen ännu inte hade upphört. Kommissionen återopade i det första meddelandet om invändningar förvisso omständigheter som täcker tolv månader och i det kompletterande meddelandet om invändningar omständigheter som täcker arton månader. Denna begränsning i tiden av bevisningen, och inte av överträdelsens varaktighet, till en förfluten period medför inte att den uttryckliga slutsatsen i de två handlingarna sätts i fråga. Exempelvis anges i det kompletterande meddelandet om invändningar följande:

”Mot bakgrund av analysen anser kommissionen på detta stadium [att] den underprissättningspolicy som [WIN] följt sedan början av år 2001 [utgör] missbruk av en dominerande ställning ... Av de skäl som har anförts ovan avser kommissionen att fatta ett beslut som innebär att [WIN] skall upphöra med överträdelsen ...”

- 50 Härav följer klart att det i varje meddelande om invändningar angavs den varaktighet som kommissionen hade fastställt på grundval av de uppgifter som den hade tillgång till vid tidpunkten för utarbetandet av meddelandena (se, för ett motsvarande synsätt, domstolens dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80–103/80, *Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen*, REG 1983, s. 1825, punkt 15; svensk specialutgåva, volym 7, s. 133), eftersom överträdelsen inte hade upphört. WIN har i övrigt inte påstått att bolaget hade vidtagit särskilda åtgärder som skulle ha bringat den påstådda överträdelsen att upphöra. Det är endast i beslutet som kommissionen har angett att ”missbruket upphörde den 15 oktober 2002, som var dagen då de åtgärder som France Télécom hade lagt fram i mars 2002 trädde i kraft”.
- 51 Formuleringen i skrivelsen om de faktiska omständigheterna enligt vilken ”dessa faktiska förhållanden inte på något sätt leder till en förlängning av den period som avses i meddelandena om invändningar” skall förstås utifrån ovanstående påpekanden. Den omständigheten att skrivelsen om de faktiska omständigheterna

hänvisar till ”de justerade totala kostnaderna under år 2002” (se s. 6) och att flera uppgifter täcker de nio första månaderna, eller till och med samtliga tolv månader under år 2002 (se särskilt bilagorna 15.1 och 15.2, 20, 21 och 22) skall ses mot bakgrund av att överträdelsen fortsatte. Det framgår för övrigt av WIN:s svar på skrivelsen om de faktiska omständigheterna att bolaget kunde förstå att överträdelsen fortsatte. I flera punkter i svaret hänvisas nämligen till de nio första månaderna, eller till och med samtliga tolv månader under år 2002. WIN ingav nämligen en tabell med rubriken ”Reklam/tillväxt av underlaget för ADSL”, avseende en period fram till december 2002 och, under samma rubrik, en grafisk framställning för perioden från januari 2001 till september 2002. WIN uttalade sig vidare i samma svar om täckningsgraden för rörliga kostnader fram till den 30 september 2002. WIN bestred slutligen i samma svar den intäkt på 37,03 euro per abonnemang som kommissionen beaktade för perioden från den 15 februari till september 2002. WIN kan således inte göra gällande att rätten till försvar har åsidosatts (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 15 mars 2000 i de förenade målen 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 och T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. II-491, punkt 576).

- 52 Sökandens argument om förlängning av överträdelsens varaktighet kan således inte godtas.
- 53 Eftersom det inte har visats att det har skett ett åsidosättande av rätten till försvar, kan talan inte vinna bifall på denna grund.

## B — *Bristande motivering*

### 1. Parternas argument

- 54 WIN har i samband med sitt påstående om åsidosättande av väsentliga formföreskrifter också gjort gällande att kommissionen utan motivering har ifrågasatt den

erkända rätten för varje företag att i god tro anpassa sig efter konkurrenternas priser. Denna rätt har slagits fast i domstolens rättspraxis och i kommissionens tidigare beslutspraxis. WIN har tillagt att det, när beslutet är avsevärt mer långtgående än tidigare beslut, ankommer på kommissionen att utveckla sitt resonemang på ett explicit sätt.

- 55 Kommissionen anser för sin del att det räcker att hänvisa till skälen 314–331 i beslutet för att slå fast att grunden om bristande motivering i det avseendet är uppenbart obefogad.

## 2. Förstainstansrättens bedömning

- 56 Det skall konstateras att i beslutet ägnas 18 skäl (314–331) åt argumentet om anpassning efter konkurrenternas priser. Kommissionen har först undersökt anpassningen på ett principiellt plan, därefter den ställning som de aktuella konkurrenterna faktiskt har haft på marknaden och slutligen de faktiska förhållanden som enligt kommissionens uppfattning vederlägger WIN:s uppfattning.
- 57 Kommissionen har således uppfyllt sin motiveringsskyldighet i detta avseende. Kommissionen har i överensstämmelse med den rättspraxis som WIN har åberopat motiverat sitt beslut genom att ange de faktiska omständigheter som är avgörande för åtgärdens lagenlighet och de överväganden som ligger till grund för beslutet (domstolens dom av den 26 november 1975 i mål 73/74, *Fabricants de papiers peints* mot kommissionen, REG 1975, s. 1491, punkt 30; svensk specialutgåva, volym 2, s. 525).

58 Även om det antas att kommissionen i förevarande fall hade en skyldighet att utveckla sitt resonemang på ett mer explicit sätt, har den under alla omständigheter uppfyllt sin motiveringskyldighet.

59 Kommissionen har nämligen, till skillnad från vad WIN har påstått, inte nöjt sig med en kortfattad motivering genom att helt enkelt fastställa att en dominerande aktör inte får anpassa sig efter konkurrenternas priser när dess priser är lägre än bolagets kostnader. Kommissionen har i skäl 315 i beslutet utförligt redogjort för sin inställning med flera hänvisningar till rättspraxis i en fotnot härtill. Detta skäl är avfattat enligt följande:

”För det första är det principiellt riktigt att nya aktörer eller företag som inte har en dominerande ställning har rätt att tillämpa säljfrämjande priser under en begränsad tid. Deras enda syfte är att fästa konsumentens uppmärksamhet på att produkten finns på ett mer övertygande sätt än bara genom reklam och dessa erbjudanden har inte någon negativ inverkan på marknaden. Däremot är en dominerande aktörs anpassning av priserna till en icke-dominerande aktörs säljfrämjande priser inte tillåten. Även om det är riktigt att det inte är absolut förbjudet för en dominerande aktör att anpassa sina priser efter konkurrenternas priser, skall denna möjlighet icke desto mindre vägras denna aktör, när den innebär att det dominerande företags kostnader för den aktuella tjänsten inte är täckta. Även om en dominerande ställning inte kan frånta ett företag som befinner sig i en sådan ställning rätten att tillvarata sina egna affärsintressen när de är hotade, kan ett sådant beteende inte tillåtas när det just har till syfte att förstärka och missbruka denna dominerande ställning. Det dominerande företaget har således ett särskilt ansvar att inte genom sitt beteende skada en effektiv och icke snedvriden konkurrens inom den gemensamma marknaden.”

60 Grunden om bristande motivering i detta avseende kan således inte heller godtas. Talan kan därför inte vinna bifall på någon av de formella grunderna.

*C — Den grund som avser åsidosättande av principen om att straff skall vara individuella*

1. Parternas argument

- 61 Enligt WIN:s uppfattning är det uppenbart att kommissionen har åsidosatt principen om att straff skall vara individuella genom att fastställa förhållanden som avser bolaget, vilka den har hållit France Télécom-koncernen ansvarig för, och som varken France Télécom eller WIN har kunnat framställa sina synpunkter på. Kommissionen har sammanblandat det beteende som WIN har klandrats för och France Télécoms beteende. Kommissionen har beskrivit det som genomförandet av ett samordnat agerande eller en enhetlig strategi som har bestämts av France Télécom-koncernen. Emellertid omfattar förfarandet endast WIN. Det är därför fråga om ett "allvarligt förfarandefel".
- 62 Till stöd för sin uppfattning har WIN i sin ansökan hänvisat till flera avsnitt i beslutet och i det kompletterande meddelandet om invändningar.
- 63 WIN har således gjort gällande att kommissionen i skäl 145 i beslutet angav de åtgärder som bolaget och dess huvudaktieägare vidtagit för att hämma konkurrenternas utveckling och vända tillväxten på marknaden för höghastighetsinternet till sin fördel. WIN har likaledes hänvisat till skäl 285 i beslutet, vari nämns "en samlad plan" och framhålls att "den strategi som dotterbolaget har följt inte helt kan skiljas från moderbolagets målsättningar", samt till skäl 286 vari kommissionen anser det "intressant att hänvisa till France Télécoms beteende på grossistmarknaden".
- 64 Det är på samma sätt WIN:s uppfattning att kommissionen i det kompletterande meddelandet om invändningar hade gjort gällande att en del av de faktiska

omständigheter som kommissionen fastställde kunde "tillskrivas France Télécom", genom att påstå att "det intensiva förhållandet mellan [WIN] och France Télécom [var] sådant ... att det [var] omöjligt att anse att de två enheternas strategier inte [hade] varit nära förbundna". Kommissionen hävdade också att WIN:s prissättningspolicy var följden av ett "samordnat agerande" mellan bolaget och France Télécom.

- 65 Kommissionen har svarat att det räcker att hänvisa till artiklarna i det aktuella beslutet för att konstatera att det enda företag som avses är WIN. Beslutet var inte riktat till France Télécom, eftersom detta bolag inte anklagades för något missbruk av en dominerande ställning. Kommissionen har däremot tillstått att beslutet innehåller rikligt med hänvisningar till France Télécom till följd av dess centrala ställning som telenätsoperatör och i dess egenskap av majoritetsaktieägare i WIN. Dessa uppgifter är enligt kommissionen relevanta för att förstå förhållandena på marknaden under överträdelseperioden.

## 2. Förstainstansrättens bedömning

- 66 Det skall erinras om att enligt principen att straff och påföljder skall vara individuella kan ett företag endast påföras sanktionsåtgärder för gärningar som är hänförliga till detta företag. Den principen gäller i varje administrativt förfarande som kan leda till sanktionsåtgärder enligt gemenskapsrättens konkurrensbestämmelser (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 13 december 2001 i de förenade målen T-45/98 och T-47/98, Krupp Thyssen Stainless och Acciai speciali Terni mot kommissionen, REG 2001, s. II-3757, punkt 63).
- 67 Det skall slås fast att det inte framgår av beslutet att kommissionen har anklagat WIN för överträdelser som France Télécom har begått och som kommissionen har tillskrivit WIN. De avsnitt i beslutet som enligt WIN innehåller ett ifrågasättande av France Télécoms beteende återfinns nämligen i två underavsnitt till beslutet (del I,

G, punkt 4, och del II, D, punkt 3 c), som avser omständigheter avseende överträdelsens sammanhang, och som klart avser att beskriva det sammanhang som WIN:s ifrågasatta beteende ingår i.

- 68 Hänvisningarna till France Télécom är således motiverade genom att de beskriver förhållandena på den relevanta marknaden. France Télécom intog en särställning på den relevanta marknaden i sin egenskap av telenätsoperatör som var oundgänglig för de flesta av Internetleverantörerna. France Télécom är den ursprungliga operatören i Frankrike i fråga om telekommunikationer. Bolaget driver de långdistansnät i Frankrike som används för att förmedla Internettrafiken. France Télécom äger det lokala accessnät för telekommunikationer som förbinder samtliga telefonabonnenter till dess nät. Vid den aktuella tiden var det oundgängligt att använda France Télécoms lokala accessnät för att tillhandahålla ADSL-tjänster (skäl 231 i beslutet). För sina tjänster fakturerar France Télécom sina kunder, däribland WIN (skälen 42–59 i beslutet). France Télécoms sänkning av priserna inverkar följaktligen på WIN:s kostnader. Denna centrala ställning som France Télécom intar samt dess ställning som WIN:s majoritetsaktieägare har vidare föranlett bolagets deltagande i det administrativa förfarandet.
- 69 Kommissionen har vidare vinnlagt sig om att precisera att dessa uppgifter rörande förhållandena på marknaden, "även om de endast delvis kan anses bero på [WIN], och även om de inte utgör invändningar mot bolaget", är viktiga för förståelsen av ärendet (skäl 145 i beslutet), och vidare att det "är lämpligt att sätta dotterbolagets beteende i förhållande till problematiken med France Télécom-koncernen för att bättre bedöma räckvidden av [WIN:s] policy och hur den ingår i en samlad plan" (skäl 285 i beslutet). Kommissionen har emellertid tillagt att de omständigheter som har beskrivits i skälen 286–290 "inte utgör invändningar mot [WIN]", men att "den strategi som dotterbolaget har följt inte helt kan skiljas från moderbolagets målsättningar".
- 70 Det följer således av beslutet, vari kommissionen genomgående vinnlagt sig om att precisera att de uppgifter som avser förhållandena på marknaden inte utgjorde invändningar mot sökanden, att kommissionen inte har tillskrivit WIN beteenden som France Télécom har haft.

- 71 Talan kan således inte vinna bifall på den grund som avser åsidosättande av principen om att straff skall vara individuella.

*D — Huruvida artikel 82 EG har åsidosatts*

- 72 Enligt WIN har kommissionen åsidosatt artikel 82 EG i flera avseenden. Kommissionen har, i fråga om den dominerande ställningen, använt en felaktig definition av marknaden och felaktigt bedömt att WIN hade en dominerande ställning på denna marknad. Kommissionen har vidare enligt WIN:s uppfattning, i fråga om missbruk av dominerande ställning, använt ett test av kostnadstäckningen som strider mot artikel 82 EG både vad gäller de kostnader som beaktades och den metod som användes. Kommissionen har dessutom gjort sig skyldig till grova beräkningsfel. Inom ramen för underprissättningstestet har kommissionen nekat WIN den grundläggande rätten att anpassa sina priser efter konkurrenternas priser. Kommissionen har vidare gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning och en uppenbart oriktig bedömning genom att påstå att det förelåg en underprissättningsplan och genom att hävda att det inte var nödvändigt att visa att förlusterna hade återhämtats.

1. Den dominerande ställningen

- a) Huruvida definitionen av marknaden var felaktig

Parternas argument

- 73 Enligt WIN:s uppfattning vilar den åtskillnad som kommissionen gjort mellan tillgång till låghastighetsinternet och tillgång till höghastighetsinternet för hushålls-



kunder på en grovt bristfällig och motsägelsefull analys. Enligt bolagets uppfattning finns det endast en marknad för tillgång till Internet som omfattar hela spannet från låghastighet till höghastighet. Detta framgår av uppkomsten av erbjudanden om ADSL med medelhastighet.

- 74 Kommissionen har medgett att det förekommer gemensam användning och en viss grad av utbytbart mellan tillgång till höghastighetsinternet och tillgång till låghastighetsinternet, men den har vägrat att dra de slutsatser som följer därav.
- 75 Vidare föreligger det enligt WIN en verklig konkurrens mellan höghastighets- och låghastighetsinternet, som beror på det obegränsade utbudet av de två formerna av tillgång till Internet, eftersom användarna har visat sig vara förhållandevis likgiltiga inför deras egenskaper.
- 76 Slutligen räcker inte enbart en gradskillnad avseende komfort eller kvalitet enligt kommissionens fasta beslutspraxis för att skilja olika relevanta marknader åt, när användningen är likartad. Det följer av en undersökning som WIN har gjort att abonnenterna i 80 procent av fallen använder samma slags program och funktioner.
- 77 Kommissionen har för sin del hänvisat till vad den anfört i beslutet (skälen 169–204) om skillnaden mellan höghastighets- och låghastighetsinternet. Kommissionen har gjort gällande att den därvid har redogjort för de skillnader i användning, tekniska egenskaper och prestanda samt skillnaderna i pris för tjänsterna och intäkt per abonnent, vilka gör det nödvändigt att skilja mellan de två marknaderna. Såvitt avser graden av utbytbart har kommissionen gjort gällande att den enda utbytbart som har konstaterats är helt asymmetrisk, eftersom denna endast är tillämplig i en riktning, nämligen från låghastighetsinternet till höghastighetsinternet. Kommissionen har vidare anfört att skillnaden mellan höghastighets- och låghastighetsinternet i dag är allmänt erkänd.

## Förstainstansrättens bedömning

- 78 Det skall påpekas att det framgår av fast rättspraxis (domstolens dom av den 9 november 1983 i mål 322/81, Michelin mot kommissionen, REG 1983, s. 3461, punkt 37, svensk specialutgåva, volym 7, s. 351, förstainstansrättens dom av den 30 mars 2000 i mål T-65/96, Kish Glass mot kommissionen, REG 2000, s. II-1885, punkt 62, och av den 17 december 2003 i mål T-212/99, British Airways mot kommissionen, REG 2003, s. II-5917, punkt 91), att man vid prövningen av ett företags eventuellt dominerande ställning på en viss branschmarknad skall bedöma konkurrensmöjligheterna på marknaden för alla produkter eller tjänster som på grund av sina egenskaper är särskilt lämpade för att tillgodose konstanta behov och endast i begränsad omfattning är utbytbara mot andra produkter eller tjänster. Eftersom avgränsningen av den relevanta marknaden skall ligga till grund för bedömningen av om det berörda företaget har möjlighet att hindra upprätthållandet av en effektiv konkurrens och i betydande omfattning uppträda oberoende i förhållande till sina konkurrenter, och i detta fall i förhållande till sina tjänstleverantörer, räcker det inte att endast undersöka de ifrågakvarande tjänsternas objektiva egenskaper, utan man måste även beakta konkurrensvillkoren samt efterfråge- och utbudsmönstret på marknaden.
- 79 Om en produkt kan användas för olika ändamål och dessa olika användningar motsvarar ekonomiska behov som också skiljer sig åt, finns goda skäl för antagandet att produkten beroende på omständigheterna kan hänföras till olika marknader som i förekommande fall kan skilja sig åt med hänsyn till såväl konkurrensstrukturen som konkurrensvillkoren. Härav kan emellertid inte den slutsatsen dras, att en sådan produkt utgör en och samma marknad tillsammans med alla andra produkter som kan ersätta den inom dess olika användningsområden och med vilka den i förekommande fall konkurrerar.
- 80 Begreppet relevant marknad (relevant market) innebär nämligen att produkterna på denna marknad kan konkurrera effektivt, vilket förutsätter att alla produkter som

tillhör en och samma marknad är i tillräcklig grad utbytbara inom samma användningsområde (domstolens dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, REG 1979, s. 461, punkt 28; svensk specialutgåva, volym 4, s. 315).

- 81 Det framgår likaledes av kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (EGT C 372, 1997, s. 5, punkt 7) att "[e]n relevant produktmarknad omfattar alla varor eller tjänster som på grund av sina egenskaper, sitt pris och den tilltänkta användningen av konsumenterna betraktas som utbytbara".
- 82 Det skall slås fast att det inte bara föreligger endast en skillnad med avseende på komfort eller kvalitet mellan höghastighets- och låghastighetsinternet. Det följer av vad kommissionen anfört (skäl 175 i beslutet), utan att sökanden har motsagt detta, att vissa program som är tillgängliga med höghastighetsinternet inte kan användas med låghastighetsinternet, exempelvis nedladdning av mycket stora filer och interaktiva nätverksspel. WIN bekräftade vidare, i sitt svar av den 4 mars 2002 på meddelandet om invändningar, att det fanns "audiovisuella aktiviteter och multimedieaktiviteter som var specifika för ADSL". Den studie som Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie (Crédoc, Centret för forskning och dokumentation kring levnadsvillkor) har utfört för WIN:s räkning, och som bolaget lagt fram som bilaga till sin ansökan, visar likaledes prov på nya användningsområden som utvecklats på Internet genom tjänsten eXtense och som är specifika för höghastighetsinternet, nämligen att spela nätverksspel, lyssna på webbradio, titta på webbvideo och göra inköp på nätet. Enligt samma studie är höghastighetsabonnten vidare mycket oftare uppkopplad på Internet och i genomsnitt mycket längre tid än låghastighetsanvändaren.
- 83 När det gäller skillnader i tekniska egenskaper och prestanda, framgår det av kommissionens påståenden (skälen 181–187 i beslutet), vilka sökanden inte har ifrågasatt, att ett viktigt tekniskt särdrag för tillgång till höghastighetsinternet är de använda modemens särskilda egenskaper. Ett modem för tillgång till höghastig-

hetsinternet kan inte användas till låghastighetsinternet och omvänt (skäl 181 i beslutet). Vid höghastighetsinternet är uppkopplingen vidare permanent och telefonlinjen ledig.

- 84 Det skall vidare avseende den franska marknaden noteras att utbudet av höghastighetsinternet under den undersökta perioden innebar hastigheter i storleksordningen 512 kbit/s (skäl 185 i beslutet). Utbudet av traditionellt låghastighetsinternet (begränsat till 56 kbit/s) och av ISDN (Integrated Services Digital Network) (64 eller 128 kbit/s) möjliggjorde endast hastigheter som var fyra till tio gånger lägre. Utbudet av ADSL från 128 kbit/s och lägre, som enligt sökanden vittnar om kontinuiteten mellan låghastighetsinternet och höghastighetsinternet, uppstod först i slutet av den period som omfattas av beslutet. Vidare kvarstår en mycket betydande skillnad mellan låg- och höghastighetsinternet även vid beaktande av ett erbjudande om 128 kbit/s. Skillnaden i fråga om prestanda var således betydande under den aktuella perioden.
- 85 Utöver dessa skillnader i användning, tekniska egenskaper och prestanda tillkommer en betydande prisskillnad mellan låg- och höghastighetsinternet (skälen 188–192 i beslutet).
- 86 I fråga om graden av utbytbarhet skall det, utöver den rättspraxis som anges i punkt 78 ovan, hänvisas till de uppgifter som skall bedömas enligt kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrens-lagstiftning (se punkt 81 ovan).
- 87 Enligt detta tillkännagivande är det för att bedöma utbytbarheten på efterfrågesidan nödvändigt att fastställa vilka produkter konsumenten uppfattar som utbytbara. En metod att fastställa detta är att genomföra ett tankeexperiment i vilket en liten och varaktig förändring av de relativa priserna antas och kundernas troliga reaktion på

den förändringen bedöms. Kommissionen har i punkt 17 i detta tillkännagivande preciserat att "[d]en fråga som måste besvaras är huruvida det skulle vara enkelt för parternas kunder att gå över till lätt tillgängliga substitutvaror ... som svar på en liten (5%–10%), varaktig ökning av de relativa priserna på de produkter och i de områden som undersöks".

- 88 Kommissionen har i skäl 193 i beslutet förvisso tillstått att låg- och höghastighetsinternet uppvisar en viss grad av utbytbart. Kommissionen har emellertid i skäl 194 tillagt att denna utbytbart är väsentligen asymmetrisk, eftersom antalet kunder som byter från höghastighetsinternet till låghastighetsinternet är obetydligt i förhållande till antalet som byter i motsatt riktning. Det är kommissionens uppfattning att antalet byten, om produkterna ur efterfrågesynpunkt var helt utbytbara, skulle vara om inte identiskt, så i vart fall av en jämförbar storleksordning.
- 89 Det skall i detta hänseende för det första slås fast att det framgår av de uppgifter som kommissionen har inhämtat från WIN och återgett i tabell 7 i beslutet att antalet höghastighetsabonnenter som bytt till något av paketerbjudandena om låghastighetsinternet var mycket litet vid den aktuella tiden, trots skillnaden i pris mellan dessa tjänster, som borde ha föranlett ett stort antal Internetanvändare att byta till låghastighetsinternet. Denna stora diskrepans mellan antalet byten från hög till låg hastighet och antalet byten i motsatt riktning stödjer inte uppfattningen att konsumenterna skulle anse dessa tjänster som utbytbara. WIN har i sin ansökan vidare inte anfört något som kan sätta denna analys i fråga.
- 90 Det följer för det andra av en undersökning som utförts för kommissionens räkning och som WIN lagt fram som bilaga till sin ansökan att 80 procent av höghastighetsabbonenterna skulle behålla sitt abonnemang vid en prishöjning på höghastighetsinternet i storleksordningen 5–10 procent. I enlighet med punkt 17 i kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (se punkt 87 ovan) utgör denna höga procentandel av

abonnenter som inte skulle avstå från höghastighetsinternet vid en prisökning på 5–10 procent ett starkt indicium på att det inte föreligger utbytbarhet på efterfrågesidan.

- 91 Förstainstansrätten finner följaktligen, mot bakgrund av ovanstående överväganden, att kommissionen med rätta slog fast att det inte förelåg en tillräcklig grad av utbytbarhet mellan höghastighetsinternet och låghastighetsinternet och definierade den relevanta marknaden som marknaden för tillhandahållande av höghastighetsinternet till hushållskunder.

b) Huruvida prövningen av den dominerande ställningen var bristfällig

#### Parternas argument

- 92 Enligt WIN:s uppfattning har kommissionen med orätt funnit att WIN hade en dominerande ställning. Kommissionens analys innehåller nämligen allvarliga brister.
- 93 Marknadsstyrkan kan inte bedömas i förhållande till andelarna på en framväxande marknad. På en sådan marknad är det lämpligt att ha ett dynamiskt perspektiv och inte endast bedöma den aktuella konkurrensen utan också den potentiella konkurrensen. Enligt WIN:s uppfattning är antalet potentiella abonnenter mycket stort på grund av de franska hushållens bristande utrustning. WIN anser sig ha visat att nya aktörer har dykt upp på denna marknad och att utbudet mångfaldigats, vilket har följts av lägre priser.

- 94 Dessa förhållanden visar konkurrensens styrka på en marknad utan hinder på vilken WIN följaktligen inte kan inneha en dominerande ställning.
- 95 WIN har klandrat kommissionen för att inte ha tagit någon hänsyn till detta och för att endast ha analyserat bolagets marknadsandel i segmentet för höghastighetsinternet mellan den 31 december 2000 och den 31 augusti 2002. Att bolagets marknadsandel sjönk med tio procentenheter mellan augusti 2002 och mars 2003 visar att marknaden är föremål för konkurrens och utveckling.
- 96 Enligt WIN gäller vidare att bolagets tillhörighet till en koncern med betydande ekonomiska resurser och ett utbrett distributionsnät inte kan bedömas utan att beakta konkurrenternas situation. Kommissionen gjorde dock inte någon grundlig undersökning av situationen för bolagen AOL, T-Online/Club-Internet och Tiscali, vilka "stöttas" av stora koncerner med en osedvanlig ekonomisk styrka, vilka likaledes har stora distributionsnät.
- 97 WIN har slutligen anfört att en sammanläggning av bolagets verksamhet med utgivning av telefonkataloger och dess Internetverksamhet inte kan anses tillföra bolaget en sådan ekonomisk styrka som ger bolaget en dominerande ställning på den franska marknaden för tillgång till höghastighetsinternet. Andra konkurrenter som T-Online har nämligen också denna möjlighet, och Wanadoo-koncernen kunde vidare mycket väl möta behoven för sin verksamhet som Internetleverantör utan att använda de medel som genereras av utgivningen av telefonkatalogen med gula sidorna.
- 98 Kommissionen har bestritt att den relevanta marknaden var under framväxt under den aktuella perioden. Den har gjort gällande att WIN:s marknadsandel hela tiden

ökade under den period som tvisten gäller. Kommissionen anser att WIN inte på något sätt har satt i fråga dess analys i beslutet av de synergier och fördelar som WIN har haft till följd av bolagets tekniska, logistiska och affärsmässiga ”stöd” från France Télécom-koncernen.

### Förstainstansrättens bedömning

- 99 Det skall inledningsvis erinras om att enligt fast rättspraxis är en dominerande ställning en situation där ett företag har en sådan ekonomisk maktställning att det har möjlighet att förhindra en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden, genom att detta företag i betydande omfattning kan agera oberoende i förhållande till konkurrenter, kunder och, i sista hand, konsumenter (domen i det ovan i punkt 78 nämnda målet Michelin mot kommissionen, punkt 30, och förstainstansrättens dom av den 23 oktober 2003 i mål T-65/98, Van den Bergh Foods mot kommissionen, REG 2003, s. II-4653, punkt 154). Det skall genast slås fast att kommissionen inte behöver visa att ett företags konkurrenter ens tillfälligt kommer att utestängas från marknaden för att den skall kunna fastställa att det föreligger en dominerande ställning.
- 100 Vidare kan särskilt höga marknadsandelar i sig, utom i undantagsfall, utgöra bevis för att det föreligger en dominerande ställning, även om marknadsandelarnas betydelse kan variera från en marknad till en annan (domen i det ovan i punkt 80 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 41, och förstainstansrättens dom av den 28 april 1999 i mål T-221/95, Endemol mot kommissionen, REG 1999, s. II-1299, punkt 134). Domstolen fann i sin dom av den 3 juli 1991 i mål C-62/86, AKZO mot kommissionen (REG 1991, s. I-3359; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-249), punkt 60, att detta är fallet vid en marknadsandel på 50 procent.
- 101 Det förhållandet att det föreligger konkurrens — även en livlig sådan — på en viss marknad utesluter inte att ett företag kan ha en dominerande ställning på denna,



eftersom en sådan ställning i huvudsak karaktäriseras av att företaget kan bestämma sitt beteende utan att i sin marknadsstrategi behöva ta hänsyn till denna konkurrens och utan att för den skull lida skada på grund av sitt uppträdande (domen i det ovan i punkt 80 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 70; se även, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 14 februari 1978 i mål 27/76, United Brands mot kommissionen, REG 1978, s. 207, punkterna 108–129, svensk specialutgåva, volym 4, s. 9). Att det eventuellt förekommer konkurrens på marknaden är förvisso en relevant omständighet, särskilt vid bedömningen av huruvida det föreligger en dominerande ställning, men den är inte en avgörande omständighet i sig.

- 102 Det skall prövas om WIN, såsom kommissionen har gjort gällande, enligt dessa kriterier har en dominerande ställning på den relevanta marknaden.
- 103 När det gäller marknadsandelarna skall det konstateras att WIN:s andel på marknaden för höghastighetsinternet enligt tabell 8 i beslutet nådde 50 procent den 31 mars 2001, och hade stigit till 72 procent den 31 mars 2002 och förblev stabil på denna nivå ända till augusti 2002. Av parternas svar på förstainstansrättens frågor framgår att denna marknadsandel i oktober 2002 enligt WIN hade fallit till 63,6procent och enligt kommissionens källor till en siffra på mellan 63,4 och 71 procent. WIN har således under hela den period som tvisten gäller haft en mycket betydande marknadsandel som, utom i undantagsfall, utgör bevis för att det föreligger en dominerande ställning i enlighet med ovannämnda rättspraxis.
- 104 I fråga om fallet mellan augusti och oktober 2002, så kan minskningen av en fortfarande mycket betydande marknadsandel inte i sig utgöra bevis för att en dominerande ställning saknas (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 8 oktober 1996 i de förenade målen T-24/93–T-26/93 och T-28/93, Compagnie maritime belge transports m.fl. mot kommissionen, REG 1996, s. II-1201, punkt 77). Även om man utgår från den siffra som WIN uppgett, förblir bolagets marknadsandel nämligen betydande i slutet av överträdelseperioden.

- 105 WIN har emellertid gjort gällande att marknadsandelen är ett föga pålitligt indicium i samband med en framväxande marknad som kännetecknas av att kundkretsen fortfarande är begränsad.
- 106 Förstainstansrätten anser att den relevanta marknaden, i enlighet med de uppgifter om situationen på marknaden som anges i skäl 218 i beslutet och som WIN inte har motsagt, i mars 2001 — då överträdelsen enligt kommissionen började — med säkerhet hade passerat lanserings- och försöksstadiet. Marknaden för höghastighetsinternet började nämligen att utvecklas i Frankrike från och med år 1997. WIN:s ADSL-tjänster och konkurrenternas första kommersiella erbjudanden lanserades redan i slutet av år 1999. I slutet av juni 2000 fanns det redan omkring 100 000 abonnenter på marknaden för tillhandahållande av höghastighetsinternet till hushållskunder, och vid slutet av år 2000 fanns det mer än 180 000 abonnenter i Frankrike. Under det första kvartalet år 2001 växte marknaden med mer än 5 000 nya abonnenter varje vecka. Kommissionen har genom att datera överträdelsen först till mars 2001 på ett vederbörligt sätt uteslutit uppstartningsfasen från sin analys, eftersom den, i enlighet med vad som framgår av skäl 71 i beslutet, ansåg att marknaden fram till denna tid punkt ännu ”inte hade varit tillräckligt utvecklad för att ett ’underprissättningstest’ skulle kunna ha betydelse”.
- 107 Det var förvisso fråga om en starkt växande marknad, men detta förhållande kan inte utesluta tillämpningen av konkurrensreglerna och särskilt inte dem i artikel 82 EG.
- 108 Denna starkt växande marknad kännetecknades inte av en stor instabilitet under den period som tvisten gäller. Det visar sig tvärtom att en tämligen stabil hierarki inrättades på marknaden med WIN i ledande ställning.
- 109 Det skall i detta hänseende framhållas att kommissionen i skälen 213–215 i beslutet har kompletterat sin analys av WIN:s dominerande ställning med en jämförande undersökning av de marknadsandelar som WIN och bolagets konkurrenter hade

under den aktuella perioden. Av denna analys, som klaganden inte har ifrågasatt, framgår att WIN hela tiden har haft åtta gånger fler ADSL-abonnenter än bolagets närmaste konkurrent. Enligt rättspraxis utgör den marknadsandel som det berörda företaget innehar i förhållande till sina konkurrenter ett godtagbart indicium på en dominerande ställning (domen i det ovan i punkt 80 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommission, punkt 48).

- 110 WIN har emellertid gjort gällande att det på en sådan marknad var lämpligt att ha ett dynamiskt perspektiv genom att inte endast bedöma den aktuella utan också den potentiella konkurrensen.
- 111 I detta avseende räcker det att slå fast att WIN, enligt sina egna framtidsanalyser från mars 2001, förväntades behålla en samlad marknadsandel på 55 procent i slutet av år 2004. WIN reviderade i juni 2001 självt sina framtidsprognoser om penetration av marknaden. Bolaget ansåg då att det skulle inneha mer än tre fjärdedelar av ADSL-segmentet vid utgången av år 2004 och minst 60 procent av hushållsmarknaden för höghastighetsinternet (skäl 220 och fotnot 255 i beslutet). Sådana uppgifter tyder på att WIN självt ansåg att den potentiella konkurrensen var begränsad. Situationen på den relevanta marknaden motiverar därför inte att anse marknadsandelen som ett föga pålitligt indicium.
- 112 Kommissionen tog vidare inom ramen för sin prövning av WIN:s ställning på marknaden i skälen 223–246 i beslutet likaledes hänsyn till det förhållandet att WIN genom sitt ”stöd” från France Télécom-koncernen hade åtnjutit mycket betydande fördelar, som bidrog till bolagets dominerande ställning.
- 113 Det skall i detta avseende slås fast att kommissionen, i motsats till vad WIN har gjort gällande, i skälen 226–228 i sitt beslut noga prövade situationen för de konkurrenter som WIN har nämnt, nämligen AOL, T-Online och Tiscali. Kommissionen anförde i skäl 228 att oavsett de aktuella koncernernas benägenhet att stödja sina franska

dotterbolags investeringar och kommersiella initiativ, kunde ingen av dem påstå att de gav dessa ett tekniskt ”stöd”, ett logistiskt ”stöd” och ett ”stöd” i form av ett affärsnätverk i Frankrike som var lika betydande som det som France Télécom gav WIN.

- 114 Vad för det första avser det stora distributionsnät, som de konkurrerande koncernerna enligt WIN också förfogade över, skall det framhållas att de i Frankrike — det enda geografiska område som omfattas av beslutet — under inga omständigheter och långt ifrån var av samma betydelse som France Télécoms nät, då France Télécom är den ursprungliga operatören i Frankrike i fråga om telekommunikationer.
- 115 Bland de kommersiella fördelar som WIN åtnjöt utan att bolaget i övrigt har bestritt detta, skall särskilt nämnas France Télécoms kontorsnät, som säkerställde distributionen av WIN:s produkter över hela Frankrike.
- 116 WIN har för det andra inte heller bestritt de tekniska fördelar som enligt kommissionen följer av ”stödet” från France Télécom. Kommissionen har framfört, utan att WIN har motsagt detta, att bolaget under hela år 2000 och under de sju första månaderna av år 2001 har åtnjutit en särbehandling, vilket tog sig uttryck i ett skraddarsytt erbjudande, som var långt mindre förpliktande än det som bolagets konkurrenter erbjöds, samt i en tillgång i realtid till nedladdningsbara filer.
- 117 Dessa fördelar har för övrigt franska Conseil de la concurrence (franska konkurrensrådet) framhållit i sitt beslut 02-MC-03 av den 27 februari 2002 om bolaget T-Onlines anhängiggörande av en begäran om interimistiska åtgärder, vilket beslut var fogat som en bilaga till svaromålet. Conseil de la concurrence förpliktade France Télécom att ställa en Extranet-server till förfogande för samtliga Internetleverantörer, som gjorde det möjligt för dem att komma åt samma information

som WIN hade tillgång till, och att beordra France Télécoms specialistavdelningar att tillhandhålla den faktiska ADSL-förbindelsen på samma effektiva villkor som WIN fick. Conseil de la concurrence ålade i avvaktan på genomförandet av detta system France Télécom att avbryta saluföringen vid sina försäljningsställen av WIN:s ADSL-tjänster. Beslutet av Conseil de la concurrence fastställdes, såsom framgår av skäl 146 i beslutet, av Cour d'appel de Paris (Frankrike) i dess avgörande av den 9 april 2002.

- 118 Det skall därför konstateras att kommissionen med rätta fann att WIN:s ”stöd” från France Télécom gav WIN fördelar i förhållande till bolagets konkurrenter som kan ha bidragit till bolagets dominerande ställning.
- 119 Det sista förhållande som kommissionen har fört fram vid prövningen av WIN:s ställning på den relevanta marknaden är den fördel som Wanadoo-koncernen haft genom bolagets närvaro på marknaden för telefonkataloger. Kommissionen har gjort gällande att den mycket lönsamma verksamheten på denna marknad i betydande omfattning kan minska verkningarna för koncernen av att WIN bedrivit försäljning till förlustpriser på marknaden för tillgång till höghastighetsinternet.
- 120 Det skall i detta avseende anmärkas att denna bedömning av kommissionen avser en annan marknad än marknaden för höghastighetsinternet. Wanadoo-koncernens närvaro på marknaden för telefonkataloger utgör med anledning härav, såsom WIN har gjort gällande, inte ett förhållande som på ett avgörande sätt styrker WIN:s dominerande ställning på den relevanta marknaden.
- 121 Med hänsyn till det ovan anförda anser förstainstansrätten följaktligen att kommissionen med rätta har funnit att WIN innehade en dominerande ställning på den relevanta marknaden under den aktuella perioden.

## 2. Missbruket av en dominerande ställning

### a) Invändningarna avseende testet av kostnadstäckningen

- 122 Tvisten rör i detta avseende metoden för beräkning av kostnadernas täckningsgrad och de beräkningsfel som kommissionen påstås ha gjort sig skyldig till vid tillämpningen av denna metod.

Huruvida metoden för beräkning av kostnadernas täckningsgrad var felaktig

#### — Parternas argument

- 123 Enligt WIN har kommissionen gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att använda ett statistiskt test av kostnadstäckningen som inte alls återspeglar den ekonomiska verkligheten när det gäller hur lönsamma abonnenterna är för bolaget. En del av kostnaderna och samtliga intäkter är nämligen, i fråga om abonnemangen, utspridda över en lång period under vilken kostnaderna varierar. Kommissionens metod innebär dock att till kostnaderna för att värva kunder läggs 48 gånger det belopp som avser de löpande månatliga kostnaderna vid tiden för tecknandet av abonnemanget, och att summan härav jämförs med 48 gånger de löpande månatliga intäkterna vid samma tid, utan att beakta de löpande månatliga kostnadernas förändring över tiden.

- 124 Vad gäller de kostnader som skall beaktas, har WIN gjort gällande att kommissionen, för att avgöra om kostnaderna verkligen är täckta, är skyldig att undersöka alla uppgifter som den har tillgång till vid tiden för beslutet, såframt den erkänner dessa uppgifters giltighet. Kommissionen underlät emellertid att beakta de bevisade och erkända kostnadssänkningarna under tiden mellan tecknandet av abonnemanget och oktober 2002. Närmare bestämt beaktade kommissionen kostnadssänkningarna med avseende på dem som tecknade ett abonnemang efter

denna tidpunkt, men utan att uppdatera de löpande kostnaderna med avseende på dem som tidigare hade tecknat ett abonnemang. För en kund som tecknade sig för ett abonnemang hos WIN den 1 juni 2001 har bolaget gjort gällande att kommissionen har fastställt en initial löpande kostnad på 54,39 euro per månad fram till slutet av maj 2005 (det vill säga under 48 månader). Detta har kommissionen gjort trots att denna kostnad från augusti 2001 inte längre svarade mot den verkliga kostnaden, eftersom den enligt bilaga 3 till beslutet från detta datum högst uppgick till 34,72 euro per månad.

125 WIN har till kommissionen lagt fram resultat som var baserade på en diskonterad kassaflödes-metod för att beräkna abonnenternas diskonterade nettovärde. Denna metod består i att för varje abonnent förteckna samtliga kostnader och intäkter som den ger upphov till, och att diskontera dessa genom att tillämpa en diskonteringsränta som hämtats från finansmarknaderna och genom att lägga till det diskonterade kassaflöde som härigenom uppnås. Produktkostnaden utgörs av den kostnad för att värva kunder som ursprungligen har betalats, till vilken kommer de löpande månatliga kostnaderna. WIN har gjort gällande att denna metod är den enda som är tillförlitlig på ett ekonomiskt plan, är allmänt vedertagen och i överensstämmelse med de ekonomiska investeringskalkyler som utförs av ekonomer och finansiella aktörer. Franska Conseil de la concurrence har använt denna metod, och dess giltighet erkändes i den rapport som utarbetades av Oxera för Office of Fair Trading (OFT, konkurrensmyndigheten i Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland). Metoden visar att WIN:s totala kostnader — med undantag för kostnaderna i mars 2001, som endast var täckta till 98 eller 99 procent, beroende på produkt — och, a fortiori, bolagets rörliga kostnader var täckta under hela perioden.

126 Kommissionen är enig med WIN om att det är nödvändigt att sprida ut vissa kostnader men inte om viken metod som skall användas. För att bedöma den ekonomiska balansen i WIN:s tjänster har kommissionen gjort gällande att den valt en dynamisk metod som tar hänsyn till att vissa poster som avser rörliga kostnader, och särskilt dem som har samband med att värva en abonnent, kompenseras av de intäkter som företaget räknar med att erhålla från denna abonnent under hela

affärsrelationen. Genom att sprida ut dessa rörliga kostnader av icke-löpande karaktär över 48 månader har kommissionen således tagit hänsyn till den typiska varaktigheten av ett abonnemang. Detta kan tjäna som en referens för ett företag som avser att få avkastning på sina investeringar inom en rimlig tid.

127 Kommissionen har gjort gällande att den vid användningen av sin metod har hämtat samtliga använda sifferuppgifter från de uppgifter som WIN har lämnat. Det rör sig således om sifferuppgifter som fastställts i efterhand. Det finns ingen rubrik som avser fiktiva kostnader. Kommissionen har gjort gällande att den för samtliga abonnenter fullt ut har tagit hänsyn till kostnadssänkningarna vid den exakta tidpunkt då de inträffade.

128 Kommissionen har vidare hävdade att det i förevarande fall saknas grund för att tillämpa den diskonterade kassaflödes-metod som WIN har förespråkat. Enligt kommissionens uppfattning gör inte denna metod det möjligt att dra någon slutsats om underprissättning. WIN har för övrigt i praktiken inte använt några beräkningar av det diskonterade nettovärdet, vid tiden för omständigheterna i målet, avseende de aktuella produkterna. Användningen av den diskonterade kassaflödes-metoden i det förevarande fallet finner vidare varken stöd i gemenskapens rättspraxis eller i kommissionens beslutspraxis. Den metod som WIN har förespråkat är i alla händelser inte den traditionella metoden, eftersom WIN har föreslagit att tillströmningen av nya kunder skall delas in i ”grupper”, och att för var och en av dem analysera om det diskonterade kassaflödet är positivt över en femårsperiod. WIN har vidare i sin analys tagit med den tilltagande lönsamheten till följd av att överträdelsen upphört.

— Förstainstansrättens bedömning

129 Det skall inledningsvis erinras om att kommissionen, i den mån som valet av metod för att beräkna kostnadernas täckningsgrad innebär att den skall företa en komplicerad ekonomisk bedömning, skall tillerkännas ett stort utrymme för



skönsmässig bedömning (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 28 maj 1998 i mål C-7/95 P, Deere mot kommissionen, REG 1998, s. I-3111, punkt 34 och där angiven rättspraxis). Domstolsprövningen skall därför endast avse en kontroll av att reglerna för handläggning och för motivering har följts, att de faktiska omständigheterna är materiellt riktiga, samt att det inte har gjorts en uppenbart oriktig bedömning eller har förekommit maktmissbruk.

- 130 Det följer av rättspraxis avseende underprissättning att priser som är lägre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna gör att man kan förutsätta att en prissättning leder till att konkurrenter slås ut och att priser som är lägre än de genomsnittliga totala kostnaderna men högre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna skall betraktas som missbruk när de är fastställda inom ramen för en plan som syftar till att slå ut en konkurrent (domen i det ovan i punkt 100 nämnda målet AKZO mot kommissionen, punkterna 71 och 72, förstainstansrättens dom av den 6 oktober 1994 i mål T-83/91, Tetra Pak mot kommissionen, REG 1994, s. II-755, punkterna 148 och 149, svensk specialutgåva, volym 16, s. 1, fastställd genom domstolens dom av den 14 november 1996 i mål C-333/94 P, Tetra Pak mot kommissionen, REG 1996, s. I-5951, punkt 41).
- 131 Kommissionen lade i sitt beslut fram tre olika analyser för att klargöra sitt tillvägagångssätt. Den första som anges i skälen 73–75 i beslutet utgör en analys på grundval av en enkel redovisning, vari intäkter och kostnader omedelbart tagits med. Enligt WIN rör det sig om en grov uppskattning av de intäkter och utgifter som har förts in i bolagets bokföring. De två parterna har enats om att denna metod är olämplig. Även om WIN har förnekat att denna första analys har någon betydelse, har bolaget inte bestritt de sifferuppgifter som beaktades. Bolaget har generellt medgett att "nästan alla uppgifter om kostnaderna kommer från WIN, medan ett fåtal uppgifter kommer från France Télécom".
- 132 Den andra analysen, som är beskriven i skälen 76–86 i beslutet, rör den faktiska täckningen av de justerade kostnaderna. Kommissionen spred i enlighet med principen om avskrivning av anläggningstillgångar ut kostnaderna för att värva kunder över 48 månader. Kommissionen prövade på grundval härav täckningen av de justerade rörliga kostnaderna och av de justerade totala kostnaderna var för sig,

och angav att domstolen har slagit fast två tester av kostnadstäckningen, beroende på om det dominerande företagens handlingar utgör en del av en plan som syftar till att slå ut konkurrenter. Det är denna analys som ligger till grund för kommissionens beslut.

- 133 Kommissionen gjorde vidare i skälen 97–106 i beslutet en tredje kompletterande analys, av täckningen av de justerade kostnader som kunde förutses i förväg. Såsom WIN har gjort gällande i sitt svar på förstainstansrättens frågor, återspeglar denna tredje analys förvisso ett mycket annorlunda tillvägagångssätt, eftersom kommissionen inte strävade efter att återge de verkliga kostnaderna och intäkterna. Denna analys syftar emellertid enligt beslutet endast till att ”bidra med ytterligare klargöranden”. Kommissionen har nämligen i skäl 72 i beslutet uttryckligen uttalat att det ”endast är tillvägagångssättet med justerade kostnader som verkligen gör det möjligt att dra några giltiga slutsatser”. Kommissionen använde därför den andra metoden, det vill säga metoden med justerade kostnader, för att finna att kostnaderna inte var täckta. Till följd härav skall lagenligheten av denna metod prövas, utan att det är nödvändigt att uttala sig om lagenligheten av den kompletterande analysen av täckningen av de kostnader som kunde förutses i förväg.
- 134 Det framgår tydligt av skälen 73–75 i beslutet att tillämpningen av den bokföringsmetod som användes i domen i det ovan i punkt 100 nämnda målet AKZO mot kommissionen, och i förstainstansrättens dom av den 6 oktober 1994 och domstolens dom av den 14 november 1996 i de ovan i punkt 130 nämnda målen Tetra Pak mot kommissionen, varvid hänsyn tas till kostnaderna såsom de helt enkelt framgår av företagens bokföring, i detta fall leder till täckningsgrader som är mycket låga, nämligen 30 procent för perioden från januari till juli 2001, 60 procent för perioden från augusti till december 2001 och 83 procent för perioden från januari till juni 2002 (tabell 2 i beslutet).
- 135 Kommissionen har emellertid i skäl 75 i beslutet funnit att eftersom kostnaderna för att värva kunder står för en betydande andel av utgifterna på en marknad under tillväxt, ”[kunde] de täckningsgrader som framgår av tabell 2 således inte i sig visa att det förelåg underprissättning”.

- 136 Såsom kommissionen har angett i skäl 76 i beslutet, har den i detta sammanhang funnit att "företagets målsättning inte [var] att omedelbart få till stånd ett positivt resultat i bokföringen", utan "att uppnå en nivå på täckningen av de löpande kostnaderna (nätverkskostnader och produktionskostnader) som var tillräcklig för att marginalen på de löpande kostnaderna, inom en rimlig tid, kommer att täcka de rörliga kostnader av icke-löpande karaktär som har investerats i affärsutveckling av de aktuella produkterna". Kommissionen beslutade därför att justera de rörliga kostnaderna av icke-löpande karaktär genom att sprida ut dem över en viss period i enlighet med avskrivningsprincipen.
- 137 Kommissionen valde därför att sprida ut kostnaderna för att värva kunder över 48 månader, vilket är det tillvägagångssätt som WIN har samtyckt till, samtidigt som bolaget har anfört att den genomsnittliga varaktigheten av ett abonnemang numera snarare är ungefär fem år och att fyra år är en lägsta uppskattning. Det skall emellertid anmärkas att WIN inte har använt sådana avskrivningar, eftersom de aktuella utgifterna bokfördes i samma stund som de uppkom, som vanliga löpande kostnader. Vidare sprider vissa av bolagets konkurrenter — i sina affärsplaner — ut de rörliga kostnaderna av icke-löpande karaktär över en period, men av kortare varaktighet än dem som kommissionen använt i det förevarande fallet (skäl 79 och fotnoterna 70 och 71 i beslutet). Den period som valdes för att sprida ut kostnaderna förefaller följaktligen inte vara felaktig.
- 138 Kommissionen fann genom att använda denna metod att de priser som tillämpades av WIN inte gjorde det möjligt för WIN att täcka sina rörliga kostnader förrän i augusti 2001 och inte heller täcka sina totala kostnader från januari 2001 till oktober 2002 (tabellerna 3 och 4 i beslutet), och att det inte rädde något tvivel om att de totala kostnaderna inte var täckta förrän i augusti 2001 med beaktande av täckningsnivån av de rörliga kostnaderna.
- 139 Den metod som kommissionen har använt skall därför utvärderas mot bakgrund av den eftersträlvade målsättningen, nämligen testet av kostnadstäckningen inom ramen för artikel 82 EG, och i förhållande till den kritik som framförts av WIN.

- 140 Det skall för det första slås fast att kommissionen, i motsats till vad WIN har gjort gällande, inte har använt ett statistiskt täckningstest, vilket för övrigt skulle ha varit betydligt mer ofördelaktigt för WIN (se punkt 134 ovan).
- 141 Det framgår tydligt av beslutet (skälen 76 och 77) att kommissionen, för att ta hänsyn till det förhållandet, när det gäller abonnemang, att kostnaderna och intäkterna per abonnent är utspridda över en lång period, beslutade att justera kostnaderna för att värva kunder genom att sprida dem över 48 månader.
- 142 Dessutom innebär metoden, i motsats till vad WIN har gjort gällande, inte alls att det till kostnaderna för att värva kunder läggs 48 gånger det belopp som avser de löpande månatliga kostnaderna vid tiden för tecknandet av abonnemanget, och att summan härav jämförs med 48 gånger de månatliga intäkterna vid samma tid.
- 143 Vid en genomgång av beslutet och bilagorna härtill skall det tvärtom slås fast att kommissionen, för varje beaktad överträdelseperiod och för samtliga abonnenter, har tagit med de successiva prissänkningar som inträffade under den period som tvisten gäller. Kommissionen har till och med byggt upp sin analys utifrån dessa prissänkningar.
- 144 Den 31 juli 2001, som utgjorde slutet av den första perioden som kommissionen beaktade för analysen av de justerade rörliga kostnaderna (tabell 3 i beslutet), sammanfaller med sänkningen av priserna för den nationella och regionala dirigeringen av trafiken. I fråga om den andra perioden beaktade kommissionen denna sänkning av kostnaderna genom att tillämpa de nya priserna. Slutet av den andra perioden, den 15 oktober 2001, sammanfaller med början på en period med gratis installation, som France Télécom normalt fakturerade leverantörerna för. Även i det fallet togs hänsyn till den kostnadssänkning som härigenom uppstod.

Slutligen markerar gränsen mellan den tredje och den fjärde perioden, den 15 februari 2002, den ändrade prissättningen för tjänsten för internationell "anslutning" och att France Télécom återinförde debitering av installationskostnader.

145 Följaktligen framgår det, i motsats till vad WIN har gjort gällande, tydligt att de olika perioder som har beaktats just syftar till att ta hänsyn till den återopade sänkningen av kostnaderna.

146 Det följer dessutom bland annat av en jämförelse av bilagorna 1, 3, 5 och 7 till beslutet, såvitt avser tjänsten eXtense, och av bilagorna 2, 4, 6 och 8 till beslutet, såvitt avser Wanadoo ADSL, att de nya priserna och andra delar av kostnaderna för varje beaktad period inte endast tillämpades på abonnemang som hade tecknats sedan början av överträdelseperioden, utan också återspeglades på hela den samlade abonnentstocken.

147 Om man exempelvis jämför de löpande rörliga kostnader som anges i tabellen för eXtense-tjänsten, vilken är fogad som bilaga 1 till beslutet och rör perioden från den 8 januari till den 31 juli 2001, med de kostnader av samma slag som anges i bilaga 3 men som täcker perioden från den 1 augusti till den 15 oktober 2001, framgår det att priset för den nationella eller regionala dirigeringen av trafiken sjönk från 151 till 52,43 FRF, och att kostnaden för tjänsten som avser tillgång till ADSL sjönk från 185 till 140 FRF. Dessa prissänkningar har emellertid beaktats, inte endast för de abonnemang som hade tecknats från början av överträdelseperioden (tabell 3.2 i bilaga 3 till beslutet), utan även för hela den samlade abonnentstocken (tabell 3.1 i samma bilaga).

148 Det framgår på samma sätt av en jämförelse av bilagorna 2 och 4 till beslutet, avseende de justerade rörliga kostnaderna för Wanadoo ADSL, att priset för den nationella eller regionala dirigeringen av trafiken för hela den samlade abonnentstocken sjönk från 151 FRF under den första perioden till 52 FRF under den andra perioden.

- 149 Vidare medförde den kostnadsfria installationen för nya abonnenter till eXtense-tjänsten (tabell 5.2 i beslutets bilaga 5), som gällde från den 15 oktober 2001, en sänkning av installationskostnaderna för hela den samlade abonnentstocken (tabell 5.1 i samma bilaga) från 53,40 till 27,16 euro. Omvänt steg dessa kostnader till 32,37 euro (tabell 7.1 i beslutets bilaga 7) när installationskostnaden för de nya abonnenterna till eXtense-tjänsten återinfördes från den 15 februari 2002 (tabell 7.2 i samma bilaga).
- 150 I fråga om kostnaden för internationell "anslutning" visar en jämförelse mellan bilagorna 5 och 7 till beslutet för eXtense-tjänsten och en jämförelse mellan bilagorna 6 och 8 till beslutet för Wanadoo ADSL, att sänkningen från 3,19 till 1,62 euro, som skedde mellan den tredje och den fjärde perioden, inte endast inverkade på de nya abonnenterna, utan också på hela den samlade abonnentstocken (tabell 7.1 i bilaga 7 och tabell 8.1 i bilaga 8 till beslutet, beroende på vilken produkt som avses).
- 151 Kommissionen har således tagit hänsyn till de olika ändringarna av prissättningen vid sin utvärdering av kostnaderna.
- 152 Det skall i detta avseende framhållas att det är med rätta som kommissionen har funnit att intäkterna och kostnaderna efter överträdelsen inte kan vara relevanta för att utvärdera kostnadernas täckningsgrad under den beaktade perioden. Enligt rättspraxis avses nämligen i artikel 82 EG den ställning som det aktuella företaget innehade på den gemensamma marknaden vid den tidpunkt då det begick den överträdelse som påstås utgöra missbruk (domstolens dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Suiker Unie m.fl mot kommissionen, REG 1975, s. 1663, punkt 450). WIN kan därför i sina beräkningar inte ta hänsyn till de priser och kostnader som var tillämpliga efter oktober 2002. Följaktligen kan sökandens påståenden som är grundade på de priser och kostnader som var tillämpliga efter oktober 2002 inte kasta tvivel över kommissionens bedömning.

- 153 Slutligen skall det, vad beträffar WIN:s påstående om att endast den diskonterade kassaflödes-metoden är relevant för att beräkna täckningsgraden i det aktuella fallet, anmärkas att även om bolaget kan visa att den metod som den har förordat är lämplig i vissa avseenden, räcker inte detta för att visa att den metod som kommissionen använde i detta fall är rättsstridig. Det åligger sökanden att visa denna rättsstridighet. Den föregående genomgången visar dock att kommissionen inte gjorde sig skyldig till någon uppenbart oriktig bedömning genom att välja denna metod.
- 154 Det kan därför slås fast att WIN inte har visat att kommissionen har använt ett rättsstridigt test av kostnadstäckningen i detta fall genom att använda de uppgifter som fanns införda i bolagets bokföring och korrigera dem på ett för bolaget fördelaktigt sätt för att ta hänsyn till de särskilda förhållandena på den relevanta marknaden, och genom att samtidigt iaktta de krav som gäller vid denna prövning i enlighet med artikel 82 EG.
- 155 För fullständighetens skull skall det fastställas att det inte följer av rättspraxis att användningen av den diskonterade kassaflödes-metoden var nödvändig i detta fall, och att WIN inte har framfört något argument som visar att kommissionen har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning i detta hänseende.
- 156 Följaktligen kan de påståenden som avser metoden för att beräkna kostnadernas täckningsgrad inte godtas.

Huruvida det gjordes beräkningsfel vid tillämpningen av den använda metoden

— Parternas argument

- 157 Kommissionen har enligt WIN:s uppfattning begått fel vid tillämpningen av sin egen beräkningsmetod, särskilt vid beräkningen av de fasta och rörliga kostnaderna.

Kommissionen har enligt bolaget valt olika värden för att beskriva samma kostnader på ett sätt som systematiskt har varit till nackdel för WIN. Kommissionen har också godtyckligt slutit sig till skillnader som ansågs återspegla månader med gratis abonnemang som kunderna erbjudits. Dessa fel förklarar till stor del att kommissionen kom fram till att kostnaderna inte var täckta. WIN har för ytterligare utveckling av sin talan såvitt avser dessa beräkningsfel hänvisat till en av bilagorna till sin ansökan.

158 Kommissionen anser att WIN i sin ansökan inte har angett de påstådda beräkningsfel som förekommer i beslutet, eftersom bolaget har gjort en allmän hänvisning till bilagan. Talan kan därför inte prövas på denna alternativa grund.

159 Vidare har WIN enligt kommissionen inte gått så långt som att påstå att rättelsen av dessa fel skulle ha lett till ett annat resultat, eftersom täckningsgraden förblev lägre än 100 procent. Denna grund är därför under alla omständigheter verkningslös.

160 WIN har i sin replik anfört att talan kan prövas på denna grund, som framställts på ett precist sätt i ansökan, eftersom endast detaljerna om beräkningsfelen angavs i bilagan. Den är enligt bolagets uppfattning inte heller verkningslös. Denna grund visar nämligen att täckningsgraden för de totala kostnaderna steg från ett intervall på mellan 90 och 91 procent till ett intervall på mellan 98 och 99 procent. Kommissionen ansåg dock att en täckningsgrad på 99,7 procent inte utgjorde en överträdelse.

161 WIN har i sin replik invänt mot att reklam har inkluderats bland de rörliga kostnaderna och i beräkningen av den genomsnittliga kostnadstäckningsgraden för de aktuella två tjänsterna.



## — Förstainstansrättens bedömning

- 162 Det skall inledningsvis skiljas mellan tillämpningen av metoden för att fastställa kostnadernas täckningsgrad och beräkningarna i egentlig mening, som enbart utgör matematiska räkneoperationer. Det följer av WIN:s skrivelser att bolaget i huvudsak inte har ifrågasatt de aritmetiska beräkningarna. Bolaget har däremot ifrågasatt att vissa felaktiga uppgifter har beaktats i beräkningarna.
- 163 Tillämpningen av metoden för att beräkna kostnadernas täckningsgrad innebär för kommissionens vidkommande, till skillnad från själva beräkningarna, en komplicerad ekonomisk bedömning, varför den skall tillerkännas ett stort utrymme för skönsmässig bedömning (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 129 nämnda målet Deere mot kommissionen, punkt 34). Domstolsprövningen skall därför endast avse en kontroll av att reglerna för handläggning och för motivering har följts, att de faktiska omständigheterna är materiellt riktiga, samt att det inte har gjorts en uppenbart oriktig bedömning eller har förekommit maktmissbruk.
- 164 Oberoende av frågan huruvida talan kan prövas på denna grund, skall det såsom kommissionen har gjort gällande framhållas att, även om alla påstådda fel skulle beaktas och vara bevisade, förblir täckningsgraden av de totala kostnaderna för WIN enligt bolaget självt lägre än 99 procent och till och med lägre än 98 procent för eXtense-tjänsten. Följaktligen kvarstår invändningen om att de totala kostnaderna inte var täckta under hela den beaktade perioden.
- 165 Att kommissionen i detta avseende vid utövandet av sitt utrymme för skönsmässig bedömning har godtagit att en täckningsgrad av de rörliga kostnaderna på 99,7 procent inte utgör en överträdelse, kan inte förplikta kommissionen att behandla en täckningsgrad av de totala kostnaderna på 98 respektive 99 procent på samma sätt. Talan kan följaktligen inte vinna bifall på denna grund, som är verkningslös.

- 166 Vad angår påståendet att talan inte kan prövas på denna grund skall det för fullständighetens skull framhållas att enligt artikel 21 i domstolens stadga och artikel 44.1 c i förstainstansrättens rättegångsregler skall en ansökan innehålla uppgifter om föremålet för talan samt en kortfattad framställning av grunderna för denna. Dessa uppgifter skall vara tillräckligt klara och precisa för att svaranden skall kunna förbereda sitt försvar och förstainstansrätten skall kunna pröva talan, i förekommande fall utan att ha tillgång till andra uppgifter (förstainstansrättens beslut av den 29 november 1993 i mål T-56/92, Koelman mot kommissionen, REG 1993, s. II-1267, punkt 21).
- 167 Det skall likaledes erinras om att även om en ansökan kan understödjas och kompletteras i specifika avseenden, genom hänvisning till utdrag ur bifogade handlingar, skall bilagorna enbart tjäna som bevismaterial och som ett medel för målets utredning (förstainstansrättens dom av den 7 november 1997 i mål T-84/96, Cipeke mot kommissionen, REG 1997, s. II-2081, punkt 34). Bilagorna kan således inte användas för att utveckla en grund som har framställts kortfattat i ansökan, genom att däri framföra invändningar och argument som inte återfinns i ansökan. Sökanden är skyldig att i sin ansökan ange exakt vilka invändningar förstainstansrätten skall pröva och att åtminstone kortfattat ange vilka rättsliga och faktiska omständigheter som dessa invändningar grundas på (domstolens dom av den 31 mars 1992 i mål C-52/90, kommissionen mot Danmark, REG 1992, s. I-2187, punkt 17, och förstainstansrättens beslut av den 28 april 1993 i mål T-85/92, De Hoe mot kommissionen, REG 1993, s. II-523, punkt 20).
- 168 Talan kan således prövas på denna grund såvitt avser de fel som WIN tydligt har redogjort för i ansökan. Dessa fel utgörs av valet av olika värden för att beskriva samma kostnader och utläsandet av skillnader som ansågs återspegla månader med gratis abonnemang som kunderna erbjudits. Talan kan däremot inte prövas på grunden såvitt avser dels att reklam har inkluderats bland de rörliga kostnaderna, dels beräkningen av den genomsnittliga kostnadstäckningsgraden för de två tjänsterna. Dessa omständigheter har endast nämnts och utvecklats närmare i en av bilagorna till ansökan.
- 169 I den del talan kan prövas på denna grund skall den således lämnas utan bifall, och grunden är, såsom har anförts i punkt 165 ovan, under alla omständigheter verkningslös.

## b) Invändningarna avseende underprissättningstestet

- 170 Enligt WIN har kommissionen gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning och uppenbart oriktiga bedömningar vid tillämpningen av underprissättningstestet, vilket bör medföra ogiltigförklaring av beslutet på grund av åsidosättande av artikel 82 EG. WIN har som skäl åberopat rätten att anpassa sina priser efter konkurrenternas priser, att det inte förelåg någon underprissättningsplan eller konkurrensbegränsande plan, och att det var nödvändigt att bevisa att förlusterna återhämtades.

Det skäl som avser WIN:s rätt att anpassa sina priser efter konkurrenternas priser

## — Parternas argument

- 171 Enligt WIN är rätten för varje aktör att i god tro anpassa sina priser efter de priser som tidigare har tillämpats av en konkurrent grundläggande för konkurrensprocessen. Denna rätt är erkänd av kommissionen i dess beslutspraxis, i rättspraxis och i en samstämmig akademisk doktrin och ekonomisk analys. Det förhållandet att konkurrenternas priser svarar mot priser som är lägre än det aktuella företagens kostnader, saknar i detta sammanhang betydelse.
- 172 Det är skälet till att kommissionen själv i sitt beslut 83/462/EEG av den 29 juli 1983 om ett förfarande enligt artikel [82 EG] (IV/30.698 — ECS mot AKZO — interimistiska åtgärder, EGT L 252, s. 13) uttryckligen tillät att det aktuella dominerande företaget tillämpade priser som understeg kostnaderna för att i god tro anpassa sina priser efter de priser som tidigare tillämpats av konkurrenterna.

Domstolen framhöll i sin tur, inom ramen för den talan som väcktes mot detta beslut, att kommissionen principiellt inte hade ifrågasatt rätten för ett dominerande företag att anpassa sina priser efter konkurrenterna, och domstolen slog själv mycket tydligt fast denna princip.

- 173 Kommissionen har vidare enligt bolaget missuppfattat omständigheterna i sina kompletterande konstateranden genom att felaktigt ifrågasätta WIN:s anpassning till konkurrenternas priser.
- 174 Kommissioner anser att, även om det inte är absolut förbjudet för ett företag som har en dominerande ställning att anpassa sina priser efter konkurrenternas priser, föreligger inte denna möjlighet för företaget, om det innebär tillämpningen av priser som understiger kostnaderna för den aktuella tjänsten. Enligt kommissionens mening innebär det dominerande företags prispolitik i detta fall att företaget inte kan få sina kostnader täckta, varför anpassningen till en annan icke-dominerande aktörs säljfrämjande priser inte är motiverad. Kommissionen har vidare bedömt att WIN:s konkurrenter inte innehade en dominerande ställning och har för fullständighetens skull bestritt riktigheten av WIN:s påståenden om att bolagets prispolitik endast utgjorde en anpassning efter konkurrenternas priser.
- 175 Enligt kommissionens uppfattning är diskussionen om prisanpassning under alla omständigheter irrelevant. Beslutet har nämligen avgränsats till att klandra WIN för att ha behållit sina priser efter mars 2001 vid en tidpunkt då bolagen Noos och Mangoosta hade höjt sina priser med mer än 20 procent och det inte längre kunde vara fråga om anpassning. Kommissionen har i detta avseende hänvisat till skäl 331 i beslutet.

— Förstainstansrättens bedömning

- 176 Det skall först slås fast att kommissionen på intet sätt har bestritt rätten för en aktör att anpassa sina priser efter de priser som tidigare har tillämpats av en konkurrent.

Kommissionen har i skäl 315 i beslutet gjort gällande att "[ä]ven om det är riktigt att det inte är absolut förbjudet för en dominerande aktör att anpassa sina priser efter konkurrenternas priser, skall denna möjlighet icke desto mindre vägras denna aktör, när den innebär att det dominerande företags kostnader för den aktuella tjänsten inte är täckta".

177 WIN anser emellertid att kommissionen därmed har avvikit från sin beslutspraxis och domstolens rättspraxis.

178 Det skall i detta avseende anmärkas att det var fråga om ett begränsat fastställande av en rätt för ett dominerande företag att anpassa sina priser i de prejudikat som WIN har åberopat. Detta gäller såväl beslut 83/462 om interimistiska åtgärder som domstolens efterföljande dom (domen i det ovan i punkt 100 nämnda målet AKZO mot kommissionen, punkt 134).

179 Kommissionen tillät nämligen inte, i beslut 83/462, AKZO att anpassa sina priser efter sina konkurrenters priser utan endast att, i förhållande till en viss kund, anpassa sina priser efter en annan producent, som var i stånd att leverera till denna kund. Detta medgivande till anpassning under mycket precisa villkor förekom vidare inte i det slutliga beslut som antogs i samma ärende (kommissionens beslut 85/609/EEG av den 14 december 1985 i ett förfarande för tillämpning av artikel [82 EG] (IV/30.698 — ECS mot AKZO Chemie), EGT L 374, s. 1).

180 WIN kan således inte endast på grundval härav göra gällande att kommissionen i sin beslutspraxis har erkänt en rätt för företag i dominerande ställning att anpassa sina priser efter konkurrenternas priser, även när detta innebär att dessa företag tillämpar priser som understiger deras kostnader.

- 181 Domstolen har i domen i det ovan i punkt 100 nämnda målet AKZO mot kommissionen, som är det enda avgörande som WIN har hänvisat till som stöd för sin uppfattning, visserligen inte principiellt ifrågasatt ett dominerande företags rätt att anpassa sina priser. Domstolen har emellertid, genom att finna att kommissionen med rätta hade slagit fast att det inte förelåg något konkurrerande erbjudande, inte behövt ta ställning till huruvida ett dominerande företags anpassning efter konkurrenternas priser var lagenlig, när en sådan anpassning innebar priser som var lägre än kostnaderna.
- 182 Det kan således inte göras gällande att ett dominerande företags rätt att anpassa sina priser till konkurrenternas priser är absolut och att denna rätt har erkänts som sådan i kommissionens beslutspraxis och i rättspraxis, särskilt som denna rätt skulle leda till att tillämpningen av underprissättning, vilken för övrigt är förbjuden i fördraget, legitimeras.
- 183 I det förevarande fallet har kommissionen ansett att denna möjlighet till anpassning skall vägras det dominerande företaget, när den innebär att det dominerande företags kostnader för den aktuella tjänsten inte är täckta.
- 184 Det skall därför prövas om denna begränsning är förenlig med gemenskapsrätten.
- 185 Av fast rättspraxis framgår att samtidigt som förekomsten av en dominerande ställning inte kan frånta ett företag som befinner sig i en sådan ställning rätten att tillvarata sina egna affärsintressen när dessa hotas och att företaget i rimlig omfattning måste få möjlighet att vidta de åtgärder som det anser vara lämpliga för att skydda företags affärsintressen, kan ett sådant beteende dock inte tillåtas när det just har till syfte att förstärka och missbruka denna dominerande ställning (domen i det i ovan i punkt 101 nämnda målet United Brands mot kommissionen, punkt 189, förstainstansrättens dom av den 1 april 1993 i mål T-65/89, BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen,

REG 1993, s. II-389, punkt 117, svensk specialutgåva, volym 14, s. I-1, och domen i det ovan i punkt 104 nämnda målet *Compagnie maritime belge transports m.fl. mot kommissionen*, punkt 146).

- 186 De särskilda skyldigheter som åvilar företag som har en dominerande ställning har vid flera tillfällen bekräftats i rättspraxis. Förstainstansrätten har i sin dom av den 17 juli 1998 i mål T-111/96, *Promedia mot kommissionen* (REG 1998, s. II-2937, punkt 139), uttalat att det följer av karaktären av de skyldigheter som föreskrivs i artikel 82 EG att under särskilda omständigheter kan företag med dominerande ställning fråntas rätten att uppträda på visst sätt, eller att utföra vissa handlingar, som i sig inte utgör missbruk och som inte ens kan förbjudas om de skulle antas eller utföras av företag som inte har en dominerande ställning.
- 187 WIN kan inte göra gällande en absolut rätt att anpassa sig efter konkurrenternas priser för att rättfärdiga sitt beteende. Även om det är riktigt att ett dominerande företags anpassning efter konkurrenternas priser inte i sig utgör ett missbruk eller kan förbjudas, kan det inte uteslutas att så blir fallet när anpassningen inte endast syftar till att skydda företagets intressen, utan har till syfte att förstärka och missbruka denna dominerande ställning.

Den påstådda avsaknaden av en plan för underprissättning och konkurrensbegränsning

— Parternas argument

- 188 Enligt WIN förutsätter underprissättning en betydande minskning av konkurrensen. Enligt bolagets uppfattning kan en underprissättningsstrategi inte på något sätt anses som rationell, såvida det inte finns någon möjlighet att konkurrenterna slås ut eller åtminstone hindras eller begränsas i sitt beteende. Följaktligen har

kommissionen gjort sig skyldig till ett allvarligt åsidosättande av artikel 82 EG genom att vidta sanktionsåtgärder mot WIN, trots att bolaget har vitsordat att dess marknadsandel minskade betydligt under den påstådda överträdelseperioden och att konkurrensen vid slutet av den aktuella perioden var livlig. WIN skulle inte ha haft någon möjlighet att eliminera sina konkurrenter från marknaden genom att bibehålla alltför låga priser. Dessutom var hindren för att inträda på marknaden låga inom denna bransch, varför det skulle vara särskilt irrationellt att försöka att eliminera konkurrenter i ett segment av detta slag. Detta skulle nämligen, även om det resulterade i att konkurrenter eliminerades, medföra ett möjligt inträde vid varje given tidpunkt, vilket undanröjer det eventuella intresset av att slå ut konkurrenter.

- 189 Kommissionen har gjort en allvarlig felbedömning när den klandrade WIN för att bolaget Mangoosta slogs ut. Detta företags konkurs berodde endast på att det förde en särskilt riskabel strategisk politik och inte på WIN:s prissättning.
- 190 WIN har vidare ifrågasatt det förhållandet att kommissionen har förklarat den långsamma utvecklingen hos vissa konkurrenter med att det var omöjligt för dem att anpassa sig efter WIN:s priser. Kommissionen har inte tagit hänsyn till att WIN:s konkurrenter ville koncentrera sig på utvecklingen inom låghastighetsinternet på bekostnad av ADSL, som inte ansågs bärkraftig.
- 191 Kommissionen har likaledes gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning genom att anse att priser, som var helt rationella i ett sammanhang där det förelåg hård konkurrens, utgjorde underpriser. Dessa priser har bidragit till marknadens utveckling och ligger till grund för den hårda konkurrens som råder i dag. Konsumenterna har under alla omständigheter aldrig lidit skada, eftersom dessa har gynnats av låga priser.
- 192 Enligt WIN:s uppfattning kan slutligen den strategi som bolaget antagit inte under någon omständighet anses avslöja ett uppsåt att tillämpa underprissättning.



Kommissionen har endast lyft fram vissa förhållanden för att visa att WIN hade för uppsåt att eliminera sina konkurrenter, men har inte bevisat att det förelåg en objektiv plan för att slå ut konkurrenter. Det grundläggande i kommissionens argumentation i fråga om det påstådda uppsåtet att slå ut konkurrenter vilar på ett godtyckligt och snedvridet urval av interna dokument som har beslagtagits i WIN:s lokaler.

193 Kommissionen anser för sin del att påvisandet av att WIN:s underprissättning har haft konkret verkan inte är avgörande för att fastställa den aktuella överträdelsen. Enligt kommissionen skall artikel 82 EG tillämpas så snart som det finns en risk för att konkurrensen elimineras, utan att det är nödvändigt att invänta att målet att slå ut konkurrenter nås.

194 Kommissionen har vad beträffar underprissättningsplanen gjort gällande att det följer av rättspraxis att uppsåtet presumeras när priserna är lägre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna, och att uppsåtet skall bevisas på grundval av allvarliga och samstämmiga uppgifter när priserna är lägre än de genomsnittliga totala kostnaderna, men högre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna. Kommissionen anser att den i beslutet har lagt fram allvarliga uppgifter som bevisar att företaget uppsåtligen hade antagit en strategi för att "lägga beslag på" marknaden och undergräva konkurrensen.

— Förstainstansrättens bedömning

195 Vad avser villkoren för att tillämpa artikel 82 EG och skillnaden mellan syftet och resultatet av missbruket, skall det understrykas att bevisningen för det konkurrensbegränsande syftet och det konkurrensbegränsande resultatet med avseende på tillämpningen av denna artikel i förekommande fall kan sammanfalla. Om det visas att ett beteende av ett företag i dominerande ställning syftar till att inskränka konkurrensen, kan beteendet också ha sådana verkningar. Vad gäller beteenden avseende priser uttalade domstolen i domen i det ovan i punkt 100 nämnda

målet AKZO mot kommissionen att priser som tillämpas av ett företag i dominerande ställning och som är lägre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna i sig skall anses som missbruk, eftersom företagets enda intresse av att tillämpa sådana priser måste vara att slå ut sina konkurrenter. Domstolen uttalade vidare att priser som är lägre än de genomsnittliga totala kostnaderna men högre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna skall betraktas som missbruk när de fastställs inom ramen för en plan som syftar till att slå ut en konkurrent. Domstolen krävde inte att det ifrågasatta beteendets konkreta verkningar skulle bevisas i det målet (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 30 september 2003 i mål T-203/01, Michelin mot kommissionen, REG 2003, s. II-4071, punkterna 241 och 242).

<sup>196</sup> Det skall dessutom läggas till att när ett företag i dominerande ställning faktiskt vidtar åtgärder vars syfte är att konkurrera ut en konkurrent, är det inte tillräckligt att det eftersträvade resultatet inte uppnås för att dessa åtgärder inte skall betecknas som missbruk av dominerande ställning i den mening som avses i artikel 82 EG (förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 104 nämnda målet Compagnie maritime belge transports m.fl. mot kommissionen, punkt 149, och av den 7 oktober 1999 i mål T-228/97, Irish Sugar mot kommissionen, REG 1999, s. II-2969, punkt 191).

<sup>197</sup> Härav framgår tydligt att i fråga om underprissättning består den första delen av det dominerande företagets missbruk i att dess kostnader inte är täckta. Vid bristande täckning av de rörliga kostnaderna presumeras den andra delen, det vill säga uppsåtet till underprissättning, medan det för de priser som är lägre än de genomsnittliga totala kostnaderna skall bevisas att det finns en plan för att eliminera konkurrensen. Enligt domen av den 6 oktober 1999 i det ovan i punkt 130 nämnda målet Tetra Pak mot kommissionen, punkt 151, skall detta uppsåt bevisas på grundval av allvarliga och samstämmiga uppgifter.

<sup>198</sup> Kommissionen har i det förevarande målet bevisat att WIN innehar en dominerande ställning och har i artikel 1 i beslutet hållit bolaget ansvarigt för bristande täckning av de rörliga kostnaderna fram till augusti 2001, och bristande täckning av de totala

kostnaderna därefter och fram till oktober 2002. För perioden när de totala kostnaderna inte var täckta var således kommissionen, för att bevisa överträdelsen, skyldig att lägga fram allvarliga uppgifter om att det förelåg en strategi för att "lägga beslag på" marknaden.

199 I skäl 110 i beslutet hänvisas till flera dokument som är utspridda över hela den period som tvisten gäller, och som visar att WIN hade en strategi för att "lägga beslag på" marknaden för höghastighetsinternet, särskilt följande dokument:

- Ett dokument från juli 2000 vari följande målsättning för det andra kvartalet år 2000 och hela år 2001 uttrycks: "Lägga beslag på ADSL-marknaden med ett erbjudande där allt ingår [plus] paket, och att öka investeringarna under år 2001, men med en negativ balansräkning."
- Ett elektroniskt brev från juli 2000 angående en diskussion om den lämpliga prisnivån, vari följande anges: "Vi kommer att få det svårt att lägga beslag på marknaden med ett alltför högt pris."
- Ramskrivelsen för år 2001 som innehåller följande upplysning: "Det är nödvändigt för oss att lägga beslag på ADSL-marknaden."
- En presentation från den 28 februari 2001 där det talas om en "kampanj för att lägga beslag på området för höghastighetsinternet från [WIN:s] sida".
- Den strategiska planen för åren 2002–2004 vari det erinras om den snabba utvecklingen av höghastighetsinternet under perioden 2001–2003 och om målsättningen att "lägga beslag på en marknad som anses vara värdeskapande".

- 200 Vidare visar WIN:s dokument att bolaget försökte att erövra och därefter behålla mycket betydande marknadsandelar. I ramskrivelsen för år 2001 anges till exempel att "70 ... till 80 procent av ADSL-marknaden skall tillfalla [WIN]". I en presentation som WIN:s verkställande direktör höll för France Télécoms styrelse i juni 2001 nämndes en marknadsandel på 80 procent för hela perioden 2001–2004 på området för "separata erbjudanden som Wanadoo ADSL" och att marknadsandelen skulle öka från 50 procent i genomsnitt under år 2001 till 72 procent under år 2004 på området för "paketerbjudanden som eXtense".
- 201 WIN har förvisso bestritt innebörden av dessa dokument och särskilt betydelsen av begreppet "lägga beslag på" som har använts i dessa. Enligt WIN:s uppfattning återspeglar sådana informella och spontana, eller rent av ogenomtänkta uttalanden endast språkbruket i beslutsprocessen. De binder endast upphovsmännen och inte företaget.
- 202 Det skall emellertid framhållas att dessa uttalanden härrör från höga tjänstemän i företagets ledning och att vissa uttalanden har gjorts inom ramen för formella presentationer inför beslutsorgan eller i en mycket detaljerad ramskrivelse. Deras spontana och ogenomtänkta karaktär framstår därför som tvivelaktig.
- 203 WIN har i sin ansökan och särskilt i vissa av bilagorna till ansökan vidare gjort gällande att flertalet av dokumenten och uttalandena som påstås tala till bolagets nackdel har tagits ur sitt sammanhang och att kommissionen avsiktligt har underlåtit att ta hänsyn till flera av de uttalanden som talar till bolagets fördel.
- 204 Det skall slås fast att WIN i sin ansökan endast har gjort gällande att kommissionen har använt sig av talrika utdrag ur interna dokument som den inte placerade in i deras rätta sammanhang. Ett så vagt påstående gör det inte möjligt för svaranden att

förbereda sitt försvar och gör det inte möjligt för förstainstansrätten att pröva talan, i förekommande fall utan att ha tillgång till andra uppgifter (beslutet i det ovan i punkt 166 nämnda målet Koelman mot kommissionen, punkt 21). Det skulle strida mot bilagornas funktion att enbart tjäna som bevismaterial och som ett medel för målets utredning, om dessa kunde användas för att i detalj utveckla ett påstående som inte var tillräckligt klart och precist framställt i ansökan.

205 WIN:s invändning, om att dokument som påstås tala till bolagets nackdel har beaktats tagna ur sitt sammanhang och att talrika uttalanden som talar till bolagets fördel inte har beaktats, kan därför inte godtas.

206 För fullständighetens skull skall det framhållas att antagandet om att det förelåg uppsåt till att eliminera konkurrensen inte försvinner, även om man sätter uttrycket "[v]i kommer att få det svårt att lägga beslag på marknaden med ett alltför högt pris" i sitt sammanhang, det vill säga genom att låta det föregås av "vi har alltför höga priser" och genom att låta det följas av "våra konkurrenter kommer att ha lägre priser än vi".

207 På samma sätt kan uttrycket "[d]et är nödvändigt för oss att lägga beslag på ADSL-marknaden" inte förstås på annat sätt än som en avsikt att "lägga beslag på marknaden", även om det sätts i det sammanhang som WIN har gjort gällande med avseende på en utbredd konkurrens. Att det uttalande som kommissionen har nämnt följs av uttalandet att "införandet av konkurrens på ADSL-marknaden kommer att utlösa en våg av prissänkningar av Netissimo (i detaljist- och grossistledet) från början av år 2001" och "fastställandet av prisvillkoren för uppdelning av det lokala accessnätet [kommer] utan tvivel också att bidra till prissänkningar på ADSL", försvagar inte WIN:s uttalande om att det är nödvändigt att lägga beslag på marknaden.

208 Uttrycket enligt vilket "70 ... till 80 procent av ADSL-marknaden skall tillfalla Wanadoo" har i själva verket inte bestritts. WIN har endast gjort gällande att det

inte har nämnts något om en eventuell användning av låga priser och att det följaktligen inte finns något samband mellan de fastställda priserna och bolagets målsättningar i fråga om marknadsandelar. Det förhållandet att det inte stod någonting om tillvägagångssättet för att uppnå 70–80 procent av ADSL-marknaden förminskar emellertid inte på något sätt den eftersträvade målsättningen.

- 209 Dessa uttalanden, som förekommer i bolagets interna dokument, utgör i alla händelser ett indicium på att det förelåg en underprissättningsplan, vilket styrks av andra förhållanden.
- 210 Enligt skäl 279 och följande skäl i beslutet framgår uppsåtet att undergräva konkurrensen likaledes av det förhållandet att WIN visste att bolagets strategi med fastställande av olönsamma priser i kombination med stora försäljningsvolymerna inte var ekonomiskt hållbar för dess konkurrenter.
- 211 Den ansvarige för ADSL-tjänsterna omtalade i ett elektroniskt brev till WIN:s verkställande direktör i slutet av april 2001 (skäl 279 i beslutet och fotnot 319) de konkurrenter som antingen inte tecknade sig för France Télécoms erbjudande om support eller var "helt slut".
- 212 WIN visste också att den omständigheten att det var omöjligt att följa bolagets detaljistpriser utan att lida förluster avhöll AOL från att inträda på marknaden för höghastighetsinternet. Ett elektroniskt brev av den 29 juni 2001 från France Télécom till WIN:s direktör för strategisk marknadsföring hade nämligen som bilagd fil ett uttalande från AOL:s verkställande direktör, som hade följande lydelse (fotnot 321 i beslutet):

"På den tiden då vi ägdes av Cégétel lanserade vi ett erbjudande tillsammans med Monaco Telecom och hade 500 abonnenter. Vi lanserade inte detta erbjudande i

Frankrike eftersom France Télécoms återförsäljningserbjudande på ADSL inte gör det möjligt för oss idag att tjäna pengar. Tekniskt sett är vi redo men vi har inte för avsikt att förlora pengar.”

- 213 Det följer också av ett dokument med rubriken ”Analys av meddelande — Telekommunikationer — Synpunkter på regleringen av Internet i Frankrike” av den 20 juli 2001 att WIN i detalj hade analyserat de fördelar som bolaget åtnjöt i egenskap av största aktör på marknaden (skäl 280 och fotnot 322 i beslutet). Av detta dokument framgick att en konkurrent med mindre trafik än WIN hade en marginal på nätverkskostnaderna som var flera procentsatser lägre än dem som WIN kunde räkna med.
- 214 Av det anförda följer att WIN:s tillkännagivande år 2001 och i början av år 2002 av tämligen ambitiösa kommersiella målsättningar, som ett icke-dominerande företag kunde ha svårigheter att nå under de ofördelaktiga lönsamhetsvillkor som gällde vid den aktuella tidpunkten, hade som verkan att avskräcka rivaliserande företag. Detta följde av företagets målsättning att eliminera all konkurrens.
- 215 Mot bakgrund av ovanstående överväganden skall det slås fast att kommissionen har tillhandahållit allvarliga och samstämmiga uppgifter om att det förelåg en underprissättningsplan under hela överträdelseperioden. Logiken bakom denna strategi framgår tydligt av ett meddelande från WIN:s strategiska ledning från december 2001, vari följande anges:

”Höghastighetsinternet och ADSL-marknaden kommer fortfarande att under några år följa en erövringslogik, där den strategiska målsättningen är att erhålla en dominerande ställning i fråga om marknadsandelar, och där lönsamhetsfasen inträder först senare.”

- 216 I överensstämmelse med domen i det ovan i punkt 100 nämnda målet AKZO mot kommissionen och domarna av den 6 oktober 1994 och av den 14 november 1996 i det ovan i punkt 130 nämnda målet Tetra Pak mot kommissionen, har kommissionen därför fastställt de två förhållanden som krävs för att bevisa att ett företag i dominerande ställning tillämpar underprissättning med priser som understiger de totala kostnaderna.
- 217 De argument som WIN har fört fram om stordriftsfördelar och läroeffekter som i det förevarande målet skulle motivera att de fastställda priserna var lägre än kostnaderna kan inte sätta i fråga den slutsats, som förstainstansrätten har kommit fram till. Ett företag som tillämpar underprissättning kan nämligen dra nytta av stordriftsfördelar och läroeffekter som följd av en ökad produktion, som beror på just denna prissättning. De stordriftsfördelar och läroeffekter som WIN har erhållit kan således inte frånta företaget dess ansvar enligt artikel 82 EG.
- 218 Härav följer att invändningen om att det inte förelåg någon underprissättningsplan inte kan godtas.

### Återhämtning av förluster

#### — Parternas argument

- 219 WIN har anfört att återhämtningen av förluster helt och hållet utgör en del av underprissättningstestet som kommissionen måste bevisa. WIN anser att såvida ett företag i dominerande ställning — särskilt som det är lätt att inträda på den aktuella marknaden — inte rimligen kan förvänta sig att begränsa konkurrensen på lång sikt för att återhämta sina förluster, är det inte rationellt för detta företag att inlåta sig på en underprissättningspolitik. I en sådan situation har den politik med låga priser



som företaget har fört med nödvändighet sin förklaring på annat håll än i en underprissättningsstrategi.

- 220 Enligt WIN delas denna uppfattning av den samlade ekonomiska och rättsvetenskapliga doktrinen och av talrika konkurrensdomstolar och konkurrensmyndigheter, däribland dem i Förenta staterna, men också i flera av Europeiska unionens medlemsstater. I gemenskapens rättspraxis har det aldrig uteslutits att det skulle föreligga ett krav på bevis för detta.
- 221 Konkurrensvillkoren på marknaden för höghastighetsinternet är dock helt annorlunda än dem som förstainstansrätten och domstolen har haft att pröva i de tidigare mål som rör underprissättning. Inträdeshindren på denna marknad är nämligen låga, tillväxten är stark, konkurrenssituationen har inte stelnat och de nya faktiska och potentiella aktörerna på marknaden är talrika. Kommissionen har således gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning av allvarligt slag genom att hävda att det inte var nödvändigt att bevisa att förlusterna hade återhämtats.
- 222 Kommissionen har vidare enligt WIN:s uppfattning gjort sig skyldig till en annan uppenbart oriktig bedömning kombinerad med en felaktig rättstillämpning genom att anse sig ha bevisat att det fanns en möjlighet att återhämta förlusterna.
- 223 Kommissionen har gjort gällande att det inte är nödvändigt att först bevisa att förlusterna har återhämtats för att kunna fastställa att det föreligger underprissättning i strid med artikel 82 EG. Kommissionen anser att rättspraxis är tydlig på denna punkt. I andra hand har kommissionen framhållit att återhämtningen av förlusterna i förevarande fall har gjorts sannolik genom marknadens struktur och genom utsikterna till de härtill knutna intäkterna.

## — Förstainstansrättens bedömning

224 I domen i det ovan i punkt 100 nämnda målet AKZO mot kommissionen (punkterna 71 och 72) slog domstolen fast att det finns två olika analysmetoder för att avgöra om ett företag har tillämpat underprissättning. För det första skall priser som är lägre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna alltid anses som missbruk. I ett sådant fall är något annat ekonomiskt syfte än att slå ut en konkurrent inte tänkbart, eftersom varje producerad och såld enhet medför en förlust för företaget. För det andra skall priser som är lägre än de genomsnittliga totala kostnaderna men högre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna endast betraktas som missbruk om det kan bevisas att det förelåg en plan för att eliminera konkurrensen (domen av den 14 november 1996 i det ovan i punkt 130 nämnda målet Tetra Pak mot kommissionen, punkt 41).

225 Domstolen fann i sin dom i det ovan i punkt 130 nämnda målet Tetra Pak mot kommissionen (punkterna 42 och 43) att förstainstansrätten i den överklagade domen hade följt samma resonemang, ett resonemang som domstolen godtog. Domstolen uttalade följande:

”42 ... I fråga om försäljningen av icke-aseptiska kartonger i Italien mellan åren 1976 och 1981 konstaterade förstainstansrätten att priserna var betydligt lägre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna. Det var därför inte nödvändigt att bevisa att avsikten var att slå ut konkurrenterna. År 1982 låg priserna på dessa kartonger mellan de genomsnittliga rörliga kostnaderna och de genomsnittliga sammanlagda kostnaderna. Av den anledningen bemödade sig förstainstansrätten i punkt 151 i den överklagade domen, för övrigt utan att i detta avseende kritiserar av klaganden, om att fastställa att Tetra Pak hade för avsikt att slå ut en konkurrent.

43 Det var likaledes med rätta som förstainstansrätten, i punkt[erna] 189–191 i den överklagade domen, följde exakt samma resonemang i fråga om försäljningen av icke-aseptiska maskiner i Förenade kungariket mellan åren 1981 och 1984.”

226 I fråga om återhämtning av förluster tillade domstolen i punkt 44 i den nämnda domen följande:

”...[U]nder omständigheterna i förevarande fall skulle det inte vara lämpligt att som ytterligare bevisning kräva att det dessutom visades att Tetra Pak hade en verklig möjlighet att återhämta sina förluster. Det måste nämligen vara möjligt att vidta sanktionsåtgärder mot underprissättning så snart det finns en risk för att konkurrenterna slås ut. Förstainstansrätten konstaterade i punkt[erna] 151 och 191 i den överklagade domen att det fanns en sådan risk i detta fall. Målsättningen, som är att bevara en konkurrens som inte är snedvriden, medger inte att man inväntar att en sådan strategi leder till att konkurrenterna faktiskt slås ut.”

227 Kommissionen kunde således i enlighet med gemenskapens rättspraxis anse att de priser som var lägre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna utgjorde missbruk. I ett sådant fall presumeras en sådan prissättning kunna leda till att konkurrenter slås ut (se, för ett liknande resonemang, domen av den 6 oktober 1994 i det ovan i punkt 130 nämnda målet Tetra Pak mot kommissionen, punkt 148). I fråga om de totala kostnaderna hade kommissionen dessutom att bevisa att WIN:s underprissättning ingick i en plan för att ”lägga beslag på” marknaden. Inte i något av de båda fallen var det nödvändigt att som ytterligare bevisning visa att WIN hade en verklig möjlighet att återhämta sina förluster.

228 Det var således med rätta som kommissionen ansåg att det inte var nödvändigt att först bevisa att förlusterna hade återhämtats för att kunna fastställa att det förelåg underprissättning.

229 Det skall enligt domarna av den 6 oktober 1994 och av den 14 november 1996 i det ovan i punkt 130 nämnda målet Tetra Pak mot kommissionen och domen i det ovan i punkt 100 nämnda målet AKZO mot kommissionen, när priserna är lägre än de

totala kostnaderna men högre än de rörliga kostnaderna, däremot prövas om de ingår i en plan för att eliminera konkurrensen. Förstainstansrätten har emellertid i punkt 215 ovan slagit fast att kommissionen har tillhandahållit allvarliga och samstämmiga uppgifter om att det förelåg en underprissättningsplan under hela överträdelseperioden.

230 Talan kan därför inte bifallas på någon av de grunder som anförts till stöd för yrkandet om ogiltigförklaring av beslutet.

## II — *Andrahandsyrkandet om upphävande eller nedsättning av böterna*

231 WIN har i andra hand bestritt det bötesbelopp som bolaget har ålagts och yrkat att böterna skall upphävas eller sättas ned väsentligt. Bolaget har till stöd för sitt yrkande åberopat åsidosättande av principen om att straff skall vara individuella och av den straffrättsliga legalitetsprincipen, åberopat att den tillämpade prissättningen saknade verkan och att den fastställda varaktigheten av överträdelsen är felaktig, samt åberopat åsidosättande av proportionalitetsprincipen.

### A — *Åsidosättande av principen om att straff skall vara individuella och av den straffrättsliga legalitetsprincipen*

1. Huruvida principen om att straff skall vara individuella har åsidosatts

a) Parternas argument

232 Enligt WIN:s uppfattning har kommissionen åsidosatt principen om att straff skall vara individuella genom att lägga France Télécoms beteende till grund för att vidta

sanktionsåtgärder mot WIN. Kommissionen har medgett att överträdelsen upphörde genom France Télécoms ingripande. Kommissionen har vidare tagit hänsyn till France Télécoms beteende vid bedömningen av huruvida den överträdelse som WIN påstås ha begått var av uppsåtlig karaktär.

- 233 Kommissionen har avfärdat denna grund genom att i huvudsak hänvisa till sitt svar på samma grund, som WIN har anfört inom ramen för sitt förstahandsyrkande. Kommissionen har lagt till att det finns rikligt med stöd för WIN:s uppsåt att eliminera konkurrensen i företagens interna dokument, varför de enstaka hänvisningarna till France Télécom på intet sätt är avgörande.

b) Förstainstansrättens bedömning

- 234 Denna grund sammanfaller till stor del med den som WIN har gjort gällande inom ramen för sitt yrkande om ogiltigförklaring. Det skall därför hänvisas till punkterna 66–71 ovan.
- 235 Att fastställa upphörandet av WIN:s överträdelse till det datum då France Télécom genomförde sina prissänkningar är vidare inte detsamma som att grunda beslutet att vidta sanktionsåtgärder mot WIN på France Télécoms beteende. Den aktuella överträdelsen har mycket tydligt tillskrivits WIN och inte France Télécom. WIN kunde självt ha bringat överträdelsen till att upphöra innan France Télécoms ingripande och utan detta ingripande. Det förhållandet att överträdelsens upphörande inte berodde på ett agerande från WIN:s sida förändrar inte bolagets överträdelse. Överträdelsen är direkt knuten till kostnadsnivån. Eftersom vissa av dessa kostnader beror direkt på priser som är fastställda av leverantörsföretag, kan överträdelsens upphörande i vissa fall logiskt sett vara en följd av dessa företags ageranden.

236 Detta argument, vilket avser att principen om att straff skall vara individuella har åsidosatts, kan således inte godtas.

## 2. Den grund som avser att den straffrättsliga legalitetsprincipen har åsidosatts

### a) Parternas argument

237 Enligt WIN:s uppfattning har bolaget genom beslutet påförts sanktionsåtgärder på grundval av två nya rättsregler. Kommissionen har i fråga om anpassning till konkurrenternas priser gjort en fullständig omsvängning i förhållande till sin tidigare beslutspraxis. Vidare har kommissionen använt ett okänt och oförutsebart underprissättningstest.

238 Det finns inget prejudikat som rör underprissättning på en framväxande marknad. Kommissionen har för första gången tillämpat den beräkningsmetod, som den valde i förevarande fall, och definierat den under förfarandets gång. WIN anser utifrån den metod som har antagits av flera nationella konkurrensmyndigheter att bolaget rätteligen kunde anse att dess priser inte utgjorde underprissättning.

239 Kommissionen har för sin del gjort gällande att artikel 82 EG och artikel 15.2 i förordning nr 17 utgör de enda rättsliga grunderna för att ålägga böter i det förevarande fallet och att dessa bestämmelser på inget sätt är nya. Kommissionen har åberopat fast rättspraxis, enligt vilken dess tidigare beslutspraxis inte i sig tjänar som den rättsliga ramen för åläggande av böter på konkurrensområdet.

240 Kommissionen har för fullständighetens skull lagt till att underprissättning redan har betecknats som en överträdelse av artikel 82 EG i rättspraxis.

b) Förstainstansrättens bedömning

241 WIN kan inte göra gällande att det beivrade beteendet inte utgjorde en överträdelse vid tiden då det begicks. Varje missbruk från ett företags sida av dess dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna omfattas nämligen av artikel 82 EG.

242 Det följer dessutom av fast rättspraxis att uppräknningen av missbruk i artikel 82 EG inte är en uttömmande uppräknning av de sätt att missbruka en dominerande ställning som är förbjudna enligt fördraget (domstolens dom av den 21 februari 1973 i mål 6/72, Europemballage och Continental Can mot kommissionen, REG 1973, s. 215, punkt 26, svensk specialutgåva, volym 2, s. 89, och av den 16 mars 2000 i de förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. I-1365, punkt 112).

243 Vidare har underprissättning redan betecknats som en överträdelse av artikel 82 EG i rättspraxis. Underprissättning har beivrats av kommissionen och har likaledes gett upphov till domen i det ovan i punkt 100 nämnda målet AKZO mot kommissionen och domarna av den 6 oktober 1994 och av den 14 november 1996 i det ovan i punkt 130 nämnda målet Tetra Pak mot kommissionen, i vilka det tillämpades ett sådant underprissättningstest — grundat på distinktionen mellan rörliga och totala kostnader — som det som tillämpats i förevarande fall.

244 Kommissionen har i detta fall emellertid anpassat testet genom att till fördel för WIN sprida ut kostnaderna för att värva kunder för att ta hänsyn till den relevanta marknadens särdrag.

- 245 Det skall i detta avseende konstateras att tillämpningen av den metod som använts i dessa mål under alla omständigheter skulle ha kunnat göra det möjligt för WIN att förutse att bolaget riskerade att dömas till ansvar enligt artikel 82 EG. WIN kan inte åberopa att bolaget inte kunde förutse en ändring av denna metod, som var till fördel för bolaget.
- 246 Det följer inte heller av kommissionens beslutspraxis eller av rättspraxis att WIN under omständigheterna i det aktuella fallet rätteligen kunde förvänta sig att en rätt för bolaget att anpassa sig efter konkurrenternas priser skulle erkännas (se punkterna 176–187 ovan) eller att den diskonterade kassaflödes-metoden skulle tillämpas (se punkterna 153 och 156 ovan), och att de marginaler som tillkommit efter överträdelsens upphörande skulle beaktas (se punkt 152 ovan). Vidare befann sig marknaden under den aktuella perioden inte längre i uppstartningsfasen (se punkt 106 ovan).
- 247 WIN har emellertid åberopat kommissionens beslut 2001/354/EG av den 20 mars 2001 i ett förfarande enligt artikel 82 [EG] (ärende COMP/35.141 — Deutsche Post AG) (EGT L 125, s. 27, skäl 47), i vilket kommissionen inte ålade böter för bristande täckning av tilläggskostnaderna, eftersom det ännu inte var klart vilken standard för kostnadstäckning som skulle tillämpas på de tjänster som i konkurrens utförts av ett flerprodukts- eller flertjänstsföretag som förfogar över ett reglerat område.
- 248 I detta ärende hade klaganden gjort gällande att Deutsche Post AG använde intäkter från det lönsamma brevmonopolet för att finansiera icke kostnadstäckande försäljning på området pakettjänster åt företaget för att slå ut sina konkurrenter på detta område. Kommissionen beivrade genom beslutet Deutsche Posts beviljande av trohetsrabatter och ålade därför bolaget böter på 24 miljoner euro. De beslutade böterna omfattade emellertid inte de pakettjänster som genomförts till lägre priser än tilläggskostnaderna.



249 Det skall framhållas att Deutsche Posts situation i detta ärende uppvisade mycket speciella särdrag. Företaget utövade verksamheter som, beroende på omständigheterna, antingen var hänförliga till företagets monopol grundat på dess uppgifter av allmänintresse eller var utsatta för konkurrens. I detta ärende uppkom härigenom problemet att fastställa en standard för kostnadstäckning för ett företag, som förfogar över ett reglerat område, och som kan använda sina vinster på detta reglerade område till att täcka sina förluster på ett annat område som är utsatt för konkurrens. I ett sådant sammanhang kunde det aktuella företaget vara osäkert på vilka bestämmelser som var tillämpliga. Emellertid kan situationen för WIN, som endast har verkat på en konkurrensutsatt marknad, inte jämföras med Deutsche Posts situation, utan skall i detta hänseende snarare liknas vid den situation som AKZO och Tetra Pak befann sig i.

250 Det skall vidare anmärkas att även om kommissionen inte fastställde böter i detta avseende, slog den i artikel 2 i beslut 2001/354 fast att Deutsche Post hade överträtt artikel 82 EG genom att tillhandahålla pakettransporter på området postorderhandel till priser som var lägre än tilläggskostnaderna. Eftersom detta beslut meddelades den 20 mars 2001 och offentliggjordes i Officiella tidningen den 5 maj 2001, borde WIN vid tiden för den omtvistade överträdelsen — från mars 2001 till oktober 2002 — således ha känt till att sådana handlingar utgjorde en överträdelse. Det skall också anmärkas att det i förevarande mål är WIN självt som har bestritt hänvisningen till tilläggskostnaderna och som i sitt svar på det kompletterande meddelandet om invändningar välkomnade att kommissionen hade övergett denna metod. WIN kan således inte nu klandra kommissionen för denna ändring.

251 Om det slutligen antas att det, även om underprissättning inte är en ny överträdelse, under alla omständigheter skall tas hänsyn till särdragen som kännetecknar marknaden för höghastighetsinternet, kan kommissionens beslut att inte ålägga böter i ett tidigare beslut med anledning av att de konstaterade överträdelserna var av relativt ny karaktär inte ge en immunitet åt företag som begår överträdelser som tidigare inte har beivrats av kommissionen. Det är mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall som kommissionen, vid utövandet av sitt utrymme för skönsmässig bedömning, beslutar huruvida det är lämpligt att ålägga

böter för att beivra den konstaterade överträdelsen och upprätthålla effektiviteten i konkurrensrätten (förstainstansrättens dom av den 22 oktober 1997 i de förenade målen T-213/95 och T-18/96, SCK och FNK mot kommissionen, REG 1997, s. II-1739, punkt 239).

252 Följaktligen har kommissionen i det förevarande fallet inte åsidosatt den straffrättsliga legalitetsprincipen.

## B — *Huruvida den tillämpade prissättningen saknade verkan*

### 1. Parternas argument

253 Kommissionen har enligt WIN inte kunnat bevisa att den prissättning som bolaget påstås ha tillämpat har haft någon inverkan på marknaden. Det bötesbelopp som bolaget har ålagts skall därför sättas ned även av denna anledning.

254 När det gäller WIN:s marknadsandel har bolaget gjort gällande att kommissionen själv i beslutet har hävdats att den kommer att ligga kvar på omkring 50 procent, trots att den uppgick till 72 procent i oktober 2002, som är datumet för överträdelsens upphörande, vilket innebär en minskning med en tredjedel på endast nio månader. Detta räcker för att visa att marknadsstrukturen inte har påverkats långsiktigt av det påstått konkurrensbegränsande beteendet.

255 Dessutom har konkurrensen även under den period som tvisten gäller varit mycket livlig på marknaden för tillhandahållande av tillgång till Internet. Det förelåg

i september 2002 mer än 70 erbjudanden riktade till konsumenterna. Nya Internetleverantörer inträdde på marknaden, medan priserna sänktes under trycket från konkurrenterna. Konkurrenternas utveckling hämmades inte och försvinnandet av bolaget Mangoosta kan inte tillskrivas WIN.

256 WIN anser i detta hänseende att kommissionens påstående att den av bolaget tillämpade prissättningen påverkade marknadsstrukturen i grunden endast utgör en presumtion som inte stöds av något konkret förhållande som visar att bolagets konkurrenter har upplevt några verkliga svårigheter.

257 Kommissionen har bestritt de uppgifter som WIN har anfört och gjort gällande att de antingen rör den samlade verksamhet som avser tillhandahållande av tillgång till Internet, där hög- och låghastighetsinternet har blandats samman, eller det särskilda segmentet för tillhandahållande av tillgång till höghastighetsinternet som avser ADSL, beroende på vilket som är mest fördelaktigt för WIN:s ståndpunkter.

258 Enligt kommissionen visar en jämförelse mellan den ökning av försäljningen som de olika aktörerna på marknaden upplevde under år 2001 och fram till hösten 2002 tydligt att WIN:s strategi gjorde det möjligt för bolaget att hämma konkurrensen och befästa sin ställning. Under den period som tvisten gäller inträdde exempelvis inga nya aktörer av vikt på marknaden.

## 2. Förstainstansrättens bedömning

259 I enlighet med riktlinjerna för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget (EGT C 9, 1998, s. 3), skall man

vid bedömningen av överträdelsens allvar beakta överträdelsens art, dess konkreta påverkan på marknaden och omfattningen av den relevanta geografiska marknaden.

- 260 WIN har bestritt att den aktuella överträdelsen haft någon påverkan på marknaden. Olika förhållanden pekar emellertid på motsatsen.
- 261 För det första steg WIN:s andel på marknaden för höghastighetsinternet först från 50 till 72 procent (skäl 400 och tabell 8 i beslutet), från överträdelsens början till augusti 2002 även om den, enligt de uppgifter WIN har lämnat i sitt svar på förstainstansrättens skriftliga frågor, sedan sjönk till 63,6 procent i oktober 2002. Det skall vidare understrykas att WIN:s närmaste konkurrent innehade en marknadsandel på 8 procent och att alla övriga konkurrenter låg på under 2,5 procent (skäl 376 i beslutet). Det framgår av tabell 9 i beslutet, som WIN inte har bestritt, att bolaget sett över hela perioden på ett markant sätt ökade avståndet till sin närmaste konkurrent.
- 262 För det andra försvann en konkurrent, bolaget Mangoosta, från marknaden (skäl 400 i beslutet). WIN anser förvisso att Mangoostas konkurs endast berodde på en särskilt riskabel strategisk politik och inte på WIN:s prissättning. Det skall emellertid framhållas att Mangoosta genom att lansera sina produkter till ett pris som var aningen högre än WIN:s priser, led sådana förluster att bolaget i mars 2001 slutligen höjde sina priser med 20 procent, vilket inte hindrade att bolaget blev föremål för ett förenklat konkursförfarande den 2 augusti 2001 (skäl 384 i beslutet). En mycket liten konkurrents försvinnande från marknaden, vilken tillämpade priser som var lägre än dess kostnader men aningen högre än WIN:s priser, utgör i detta mål minst sagt ett förhållande som visar svårigheten att penetrera marknaden.
- 263 För det tredje noterades en kraftig minskning av de konkurrerande kabeloperatörernas marknadsandelar under den aktuella perioden (tabell 14 i beslutet), medan konkurrenterna inom ADSL-segmentet fortsatt hade mycket låga penetrations-

nivåer. WIN har inte bestritt att kabeloperatörernas marknadsandelar minskade, men anser inte att detta berodde på dess prissättningspolitik utan på utvecklingen av ADSL på bekostnad av kabel. Det skall likväl understrykas att WIN i september 2001 bedömde att kabeloperatörerna var de enda verkliga konkurrenterna på marknaden för höghastighetsinternet (fotnot 444 i beslutet), och att ADSL utgjorde "en marknad som i slutet av år 2001 dominerades av [bolaget], men som totalt sett inte var särskilt aktiv".

264 För det fjärde hade den av WIN tillämpade prissättningen en avskräckande effekt med avseende både på konkurrenternas inträde på marknaden och deras utveckling. Flera av dem har bekräftat att det var omöjligt för dem att anpassa sig efter WIN:s priser, med beaktande av de kostnader som var förenade med en sådan anpassning, utan att lida förluster (se skäl 379 och fotnot 451 i beslutet). Antalet nya aktörer som inträdde på marknaden var dessutom mycket litet. WIN har hänvisat till bolagen Dixinet och Net pratique. Dixinet hade emellertid endast tio abonnenter till sina ADSL- och telefonitjänster i slutet av augusti 2002, medan Net pratique, som lanserade sin tjänst först under sommaren 2002, det vill säga mot slutet av överträdelsen, endast hade 1 400 abonnenter sex månader senare.

265 I detta avseende är WIN:s argument, som hänför vissa konkurrenters långsamma utveckling till ett strategiskt val och till deras vilja att koncentrera sig på segmentet för låghastighetsinternet på bekostnad av ADSL, som inte ansågs bärkraftig, inte övertygande. Även om vissa konkurrenter till en början kunde tvivla på utvecklingen av höghastighetsinternet, kan det inte antas att de förblev av denna uppfattning när de bevittnade den omfattande tillväxten på denna marknad. Det klagomål som ingetts av bolaget T-Online, som är Internetleverantör under namnet Club Internet, vid de franska konkurrensmyndigheterna gör snarare att man kan utgå från motsatsen. På samma sätt ger uttalandet av verkställande direktören för AOL France, som har citerats i punkt 212 ovan, anledning att tro att skälet till detta företags frånvaro på marknaden för höghastighetsinternet vid den tidpunkten hängde samman med de förluster som det hade lidit till följd av WIN:s betydande erbjudande, och inte på en vilja att begränsa sig till segmentet för låghastighetsinternet.

266 Vad gäller WIN:s argument att konsumenterna inte har skadats av bolagets prissättning utan tvärtom har gynnats, skall det erinras om att domstolen har slagit

fast att artikel 82 EG inte endast avser de förfaranden som kan leda till direkt skada för konsumenterna utan också förfaranden som är skadliga för dem, då de påverkar strukturen för effektiv konkurrens (domen i det ovan i punkt 242 nämnda målet Europemballage och Continental Can mot kommissionen, punkt 26).

<sup>267</sup> Talan kan således inte vinna bifall på den grunden att den tillämpade prissättningen saknade verkan.

*C — Huruvida överträdelsens varaktighet fastställdes felaktigt*

### 1. Parternas argument

<sup>268</sup> WIN har gjort gällande att den överträdelse som bolaget klandras för enligt kommissionens uppfattning upphörde till följd av France Télécoms prissänkningar den 15 oktober 2002. France Télécom tillkännagav dock denna sänkning redan i april 2002. Genomförandet av denna åtgärd försenades av godkännandeförfarandet vid Autorité de régulation des télécommunications (myndigheten för reglering på telekommunikationsområdet, nedan kallad ART). WIN kan därför inte under någon omständighet hållas ansvarigt för överträdelsen efter mars 2002, varför överträdelsen som längst varade i 13 månader.

<sup>269</sup> WIN har vidare gjort gällande att kommissionen i sitt beslut fastställde överträdelsens varaktighet till att vara längre än vad som anförts i meddelandena om invändningar. Förstainstansrätten bör därför slå fast att varaktigheten av den överträdelse som kan tillskrivas WIN maximalt är 17 månader och sätta ned böterna i enlighet härmed.

- 270 Kommissionen har bemött det sistnämnda argumentet genom att anföra att man inte kan läsa ut av meddelandena om invändningar att överträdelsen hade en avgränsad varaktighet, medan denna fortfarande pågick.
- 271 Kommissionen anser att WIN inte kan åberopa det argument som avser att France Télécoms prissänkningar var försenade till följd av godkännandeförfarandet vid ART.

## 2. Förstainstansrättens bedömning

- 272 I fråga om den påstådda förlängningen av överträdelsens varaktighet i förhållande till meddelandena om invändningar, skall det hänvisas till punkterna 49–52 ovan, varav det framgår att detta argument inte kan godtas.
- 273 Det skall, vad avser France Télécoms tillkännagivande av att det ämnade sänka sina grossistpriser redan i april 2002, framhållas att överträdelsen inte upphörde vid detta datum, utan när dessa prissänkningar de facto genomfördes. France Télécoms prissänkningar medförde automatiskt en kostnadssänkning. WIN:s priser upphörde därmed att vara lägre än bolagets totala kostnader och överträdelsen upphörde. WIN hade när som helst kunnat få överträdelsen att upphöra utan att invänta denna prissänkning från France Télécom, exempelvis genom att höja sina priser eller minska andra utgiftsposter. WIN vidtog emellertid ingen sådan åtgärd.
- 274 Av det anförda följer att det inte finns skäl att sätta ned det ålagda bötesbeloppet med hänsyn till den påstådda överträdelsens varaktighet.

## D — *Huruvida proportionalitetsprincipen har åsidosatts*

### 1. Parternas argument

<sup>275</sup> WIN har invänt mot att det vid fastställandet av bötesbeloppet inte har tagits hänsyn till bolagets samarbetsvilja och öppenhet. Bolaget har vidare kritiserat det förhållandet att kommissionen varken vid fastställandet av grundbeloppet för böterna eller som en förmildrande omständighet beaktade överträdelsens gradvisa upphörande. Överträdelsens omfattning minskade redan i augusti 2001 till följd av France Télécoms sänkning av grossistpriserna, även innan det sistnämnda bolaget underrättades om kommissionens undersökning. France Télécom visade en konstant vilja att så fort som möjligt lösa det problem som kommissionen hade identifierat.

<sup>276</sup> Kommissionen anser att det inte finns några förmildrande eller försvårande omständigheter i detta fall.

### 2. Förstainstansrättens bedömning

<sup>277</sup> Vad för det första angår det påstådda samarbetet, framgår det av fast rättspraxis att om ett företag inte samarbetar under utredningen i större utsträckning än vad som åligger det enligt artikel 11.4 och 11.5 i förordning nr 17, är en nedsättning av bötesbeloppet inte motiverad (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 10 mars 1992 i mål T-12/89, Solvay mot kommissionen, REG 1992, s. II-907, punkterna 341 och 342, och av den 14 maj 1998 i mål T-317/94, Weig mot kommissionen, REG 1998, s. II-1235, punkt 283).



- 278 Kommissionen har i skäl 412 i beslutet nämnt att WIN hade åberopat sin öppenhet och sitt fulla samarbete under det förevarande förfarandet som förmildrande omständigheter. Kommissionen har dock slagit fast att "företaget endast på ett normalt sätt har uppfyllt de skyldigheter att tillhandahålla kommissionen information som åligger bolaget enligt förordning nr 17".
- 279 WIN har i sin ansökan gjort gällande att kommissionen inte har tagit hänsyn till att bolaget samarbetade fullt ut under hela förfarandet och uppvisade en fullständig öppenhet. WIN har lagt till att det för övrigt var på dess initiativ som kommissionen avlade ett besök i bolagets lokaler och tog kopior av olika dokument avseende bolagets kostnader och utarbetandet av dess kommersiella erbjudanden. Varken bolagets ansökan eller dess replik innehåller några ytterligare upplysningar om detta samarbete.
- 280 Det skall slås fast att WIN inte har framlagt något förhållande som kan vederlägga att bolaget endast uppfyllde de skyldigheter som åligger det i enlighet med förordning nr 17. WIN har särskilt inte lyckats visa att bolaget på eget initiativ hade inbjudit kommissionen till sina lokaler innan undersökningen inleddes. Kommissionen har nämligen i sitt svaromål gjort gällande att sökanden inte som en förmildrande omständighet kan åberopa att kommissionen endast genomförde sina undersökningar på ort och ställe med stöd av artikel 14.2 i förordning nr 17 "genom att bestämma en tid med bolaget för att besöka dess lokaler".
- 281 Alternativt, även om detta antas vara bevisat, räcker inte den omständigheten att bolaget på eget initiativ inbjöd kommissionen att besöka bolagets lokaler, utan att invänta att kommissionen beslutade om undersökningar genom beslut, för att visa ett sådant nära samarbete som kan motivera att det beaktas som en förmildrande omständighet. Det skall anmärkas att det i artikel 14 i förordning nr 17 föreskrivs att kommissionen, vid fullgörandet av de uppgifter som den tilldelats genom artikel 81 EG, får genomföra alla nödvändiga undersökningar hos företag. Kommissionens bemyndigade tjänstemän kan bland annat gå in i vilka lokaler som helst och göra kopior av affärshandlingar. Kommissionens undersökningar kan genomföras med stöd av enbart en fullmakt (artikel 14.2) eller beslut (artikel 14.3).

Det förhållandet att kommissionen i det förevarande fallet inte har genomfört undersökningen med stöd av ett sådant beslut kan inte ensamt betyda att "företaget har samarbetat effektivt i förfarandet" i den mening som avses i riktlinjerna för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget.

282 För det andra skall det, vad angår WIN:s argument om att överträdelsen upphörde gradvis, framhållas att WIN inte självt har vidtagit någon åtgärd i denna riktning. Bolaget kan inte till sitt försvar åberopa France Télécoms handlingar. Även om de åtgärder som vidtagits av sistnämnda företag kan ha haft en positiv inverkan på marknaden innan överträdelsens upphörande, kan de inte ändra beteckningen av den överträdelse som WIN gjort sig skyldigt till genom att göra den mindre allvarlig. De underpriser som WIN tillämpade på den relevanta marknaden utgör nämligen en allvarlig överträdelse av konkurrensreglerna. Det förhållandet att intensiteten av vissa faktorer som innebar missbruk varierade under den aktuella perioden kan inte ändra denna beteckning (se, för ett liknande resonemang, domen av den 30 september 2003 i det ovan i punkt 195 nämnda målet Michelin mot kommissionen, punkt 278).

283 Av vad som anförts följer att talan inte kan vinna framgång på den grund som avser åsidosättande av proportionalitetsprincipen, varför yrkandet om upphävande eller nedsättning av böterna skall ogillas.

284 Av vad som anförts följer att talan skall ogillas.

## Rättegångskostnader

285 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet, skall kommissionens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen i utökad sammansättning)

följande:

- 1) **Talan ogillas.**
  
- 2) **Sökanden skall ersätta rättegångskostnaderna.**

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 30 januari 2007.

E. Coulon  
Justitiesekreterare

M. Vilaras  
Ordförande

## Innehållsförteckning

Bakgrund och förfarande .....	II - 118
Parternas yrkanden .....	II - 121
Rättslig bedömning .....	II - 122
I — Yrkandet om ogiltigförklaring av beslutet .....	II - 122
A — Åsidosättande av rätten till försvar och väsentliga formföreskrifter ....	II - 122
1. Parternas argument .....	II - 122
2. Förstainstansrättens bedömning .....	II - 124
B — Bristande motivering .....	II - 134
1. Parternas argument .....	II - 134
2. Förstainstansrättens bedömning .....	II - 135
C — Den grund som avser åsidosättande av principen om att straff skall vara individuella .....	II - 137
1. Parternas argument .....	II - 137
2. Förstainstansrättens bedömning .....	II - 138
D — Huruvida artikel 82 EG har åsidosatts .....	II - 140
1. Den dominerande ställningen .....	II - 140
a) Huruvida definitionen av marknaden var felaktig .....	II - 140
Parternas argument .....	II - 140
Förstainstansrättens bedömning .....	II - 142
b) Huruvida prövningen av den dominerande ställningen var bristfällig .....	II - 146
Parternas argument .....	II - 146
Förstainstansrättens bedömning .....	II - 148

2. Missbruket av en dominerande ställning .....	II - 154
a) Invändningarna avseende testet av kostnadstäckningen .....	II - 154
Huruvida metoden för beräkning av kostnadernas täckningsgrad var felaktig .....	II - 154
— Parternas argument .....	II - 154
— Förstainstansrättens bedömning .....	II - 156
Huruvida det gjordes beräkningsfel vid tillämpningen av den använda metoden .....	II - 163
— Parternas argument .....	II - 163
— Förstainstansrättens bedömning .....	II - 165
b) Invändningarna avseende underprissättningstestet .....	II - 167
Det skäl som avser WIN:s rätt att anpassa sina priser efter konkurrenternas priser .....	II - 167
— Parternas argument .....	II - 167
— Förstainstansrättens bedömning .....	II - 168
Den påstådda avsaknaden av en plan för underprissättning och konkurrensbegränsning .....	II - 171
— Parternas argument .....	II - 171
— Förstainstansrättens bedömning .....	II - 173
Återhämtning av förluster .....	II - 180
— Parternas argument .....	II - 180
— Förstainstansrättens bedömning .....	II - 182
II — Andrahandsyrkandet om upphävande eller nedsättning av böterna .....	II - 184
A — Åsidosättande av principen om att straff skall vara individuella och av den straffrättsliga legalitetsprincipen .....	II - 184
1. Huruvida principen om att straff skall vara individuella har åsidosatts .....	II - 184
a) Parternas argument .....	II - 184
b) Förstainstansrättens bedömning .....	II - 185
	II - 201

2.	Den grund som avser att den straffrättsliga legalitetsprincipen har åsidosatts .....	II - 186
	a) Parternas argument .....	II - 186
	b) Förstainstansrättens bedömning .....	II - 187
B —	Huruvida den tillämpade prissättningen saknade verkan .....	II - 190
	1. Parternas argument .....	II - 190
	2. Förstainstansrättens bedömning .....	II - 191
C —	Huruvida överträdelsens varaktighet fastställdes felaktigt .....	II - 194
	1. Parternas argument .....	II - 194
	2. Förstainstansrättens bedömning .....	II - 195
D —	Huruvida proportionalitetsprincipen har åsidosatts .....	II - 196
	1. Parternas argument .....	II - 196
	2. Förstainstansrättens bedömning .....	II - 196
	Rättegångskostnader .....	II - 199