

RETTENS DOM (Femte Udvidede Afdeling)

30. januar 2007^{*}

I sag T-340/03,

France Télécom SA, tidligere Wanadoo Interactive SA, Paris (Frankrig), ved
avocats O. Brouwer, H. Calvet, M. Pittie, J. Philippe og T. Janssens,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, først ved S. Rating og É. Gippini
Fournier, som befuldmægtigede, derefter ved É. Gippini Fournier,

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 16. juli 2003
vedrørende en procedure i henhold til artikel [82 EF] (sag COMP/38.233 —
Wanadoo Interactive) eller, subsidiært, en påstand om ophævelse eller nedsættelse af
den bøde, der er pålagt sagsøgeren,

^{*} Processprog: fransk.

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Femte Udvidede Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Vilaras, og dommerne M.E. Martins Ribeiro, F. Dehousse, D. Šváby og K. Jürimäe,
justitssekretær: ekspeditionssekretær J. Palacio González,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 26. april 2005,

afsagt følgende

Dom

Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

- ¹ I forbindelse med udviklingen af adgang til højhastighedsinternet besluttede Kommissionen i juli 1999 i henhold til den kompetence, den er tildelt ved Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikler [81] og [82] (EFT 1959-1962, s. 81), at der inden for Den Europæiske Union skulle indledes en sektorundersøgelse om navnlig leveringen af tjenesteydelser i forbindelse med adgangen til abonnentledningerne og anvendelsen af husstandsabonnentledningerne. Inden for rammerne heraf har de indsamlede oplysninger ført Kommissionen til at foretage en grundig undersøgelse

af Wanadoo Interactive SA's (herefter »WIN«) prisbetingelser for levering af tjenesteydelser med adgang til højhastighedsinternet for husstandskunder i Frankrig. Med henblik herpå har Kommissionen af egen drift indledt en procedure i september 2001.

- 2 WIN var på det omtvistede tidspunkt et selskab i koncernen France Télécom. Wanadoo SA ejede 99,9% af dets aktiekapital. France Télécoms aktieandel i Wanadoo udgjorde mellem 70 og 72,2% i den omtvistede periode. Den koncern, der udgjordes af Wanadoo og dets datterselskaber (herefter »Wanadoo-koncernen«), samlede al France Télécom-koncernens internetvirksomhed samt virksomheden med udgivelse af telefonbøger. Inden for Wanadoo-koncernen varetog WIN det operationelle og tekniske ansvar forbundet med tjenesteydelserne med internetadgang i Frankrig, herunder udbydelsen af ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line).
- 3 Kommissionen fremsendte den første klagepunktsmeddelelse til WIN den 19. december 2001 (herefter »den første klagepunktsmeddelelse«) og en supplerende klagepunktsmeddelelse den 9. august 2002 (herefter »den supplerende klagepunktsmeddelelse«), som WIN besvarede henholdsvis den 4. marts og den 23. oktober 2002.
- 4 Kommissionen sendte den 16. januar 2003 en skrivelse til WIN med betegnelsen »skrivelse om faktiske omstændigheder« (herefter »skrivelsen om faktiske omstændigheder«), hvorved WIN fik aktindsigt i de dokumenter, der havde tjent til udfærdigelsen af den nævnte skrivelse. WIN fik reelt indsigt i sagsakterne den 23. og den 27. januar 2003. Ved skrivelse af 26. februar 2003 anmodede WIN Kommissionen om at afklare flere forhold i skrivelsen om faktiske omstændigheder. Kommissionen svarede ved skrivelse af 28. februar 2003, hvorefter WIN den 4. marts 2003 fremlagde en redegørelse som svar på skrivelsen om faktiske omstændigheder.

- 5 Ved beslutning af 16. juli 2003 vedrørende en procedure i henhold til artikel [82 EF] (sag COMP/38.233 — Wanadoo Interactive) (herefter »beslutningen«), fastslog Kommissionen, at »[WIN] har overtrådt artikel 82 [EF] ved i forbindelse med sine tjenester eXtense og Wanadoo ADSL at have anvendt underbudspriser, således at virksomheden ikke fik dækket sine variable omkostninger indtil august 2001 og heller ikke fik dækket sine samlede omkostninger efter august 2001, inden for rammerne af en plan om at blive den førende på markedet for adgang til højhastighedsinternet under en væsentlig fase i markedets udvikling« (artikel 1). Kommissionen krævede, at WIN bragte denne overtrædelse til ophør (artikel 2), og pålagde selskabet en bøde på 10,35 mio. EUR.
- 6 I beslutningen fastsættes det relevante marked som det franske marked for husstandskunders adgang til højhastighedsinternet. De produkter, der er omfattet af overtrædelsen, er tjenesterne for adgang til højhastighedsinternet med ADSL-teknologi (Wanadoo ADSL og eXtense).
- 7 Det følger af beslutningen, at abonnenten hvad angår Wanadoo ADSL i den omtvistede periode månedligt skulle betale abonnement til France Télécom for levering af en tjeneste, lejen af ADSL-modemmet hos France Télécom samt et abonnement til WIN som leverandør af internetadgang (herefter »FAI«). Som led i eXtense-tjenesten købte brugeren modemmet og betalte udelukkende et månedligt abonnement til WIN svarende til den tjenesteydelse, som France Télécom leverede, og den faste, ubegrænsede internetadgang.
- 8 Kommissionen har efter undersøgelsen af forskellige forhold, herunder markedsandelene (betragtning 211-222 til beslutningen) og virkningen af tilknytningen til France Télécom (betragtning 223-228), fastslået, at WIN har en dominerende stilling på det relevante marked. Kommissionen har herefter godtgjort for, at WIN's praksis med fastsættelse af priser, der er lavere end omkostningerne, er en del af en bevidst underbudsstrategi med henblik på at »blive den førende« på markedet og derfor udgør et misbrug af en dominerende stilling i henhold til artikel 82 EF (betragtning 254).

- 9 Overtrædelsesperioden er ved beslutningen fastsat til perioden fra den 1. marts 2001 til den 15. oktober 2002, hvor den foranstaltning, som France Télécom havde fremlagt i marts 2002, trådte i kraft. De variable omkostninger var ikke blevet dækket af de priser, der blev anvendt fra marts til august 2001, og de samlede omkostninger var ikke blevet dækket efter sidstnævnte dato (beslutningens artikel 1, jf. præmis 5 ovenfor).
- 10 Denne beslutning blev den 23. juli 2003 meddelt WIN, der har nedlagt påstand om annullation heraf ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 2. oktober 2003.
- 11 Efter en virksomhedssammenslutning den 1. september 2004 har France Télécom SA overtaget WIN's rettigheder.

Parternes påstande

- 12 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

- Beslutningen annulleres.
- Subsidiært ophæves eller nedsættes bøden.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

13 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.
- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

I — Påstandene om annullation af beslutningen

14 Sagsøgeren har til støtte for sine påstande om annullation påberåbt sig flere formalitetsanbringender, tilsidesættelse af princippet om individuelle straffe og tilsidesættelse af artikel 82 EF.

A — Anbringendet om tilsidesættelse af kontradiktionsprincippet og af væsentlige formforskrifter

1. Parternes argumenter

15 Det er WIN's opfattelse, at beregningen af omkostninger i en sag om underbudspriser skal anses for et centralt forhold i det pågældende klagepunkt. Ifølge WIN har selskabet ikke blot haft vanskeligheder ved at få aktindsigt, men betydningsfulde forhold i beregningen af de variable og samlede omkostninger, som er indeholdt i

beslutningen, har endvidere aldrig været genstand for en klagepunktsmeddelelse og er kun blevet meddelt ved skrivelsen om faktiske omstændigheder. Dette er en tilsidesættelse af WIN's ret til kontradiktion og en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter. WIN har nemlig gjort gældende, at selskabet hverken kunne vide, hvilken betydning eller hvilken rolle disse forhold skulle have i Kommissionens argumentation og klagepunkter, og at selskabet som følge heraf ikke nyttigt kunne udøve sin ret til kontradiktion i denne forbindelse.

16 Kommissionen har i beslutningen endvidere anvendt beregninger, der såvel vedrørende den anvendte metode som resultaterne er anderledes end de i den supplerende klagepunktsmeddelelse anvendte. Kommissionen har ved at ændre sin test af dækningen ændret sit klagepunkt. Endvidere er overtrædelsens varighed ved beslutningen fastsat til en periode, som er længere end den, der er nævnt i klagepunktsmeddelelsen, uden at parterne har kunnet fremkomme med bemærkninger i denne forbindelse.

17 Kommissionen har vurderet, at WIN's argumenter er af upræcist faktisk omfang, og at de ikke er retligt begrundede. Kommissionen har gjort gældende, at den i skrivelsen om faktiske omstændigheder udelukkende ændrede beregningsfejl, som WIN havde understreget i sit svar på den supplerende klagepunktsmeddelelse, uden at hverken testen eller klagepunkterne blev ændret. Kommissionen har endvidere understreget, at WIN blev hørt om indholdet af skrivelsen om faktiske omstændigheder. Denne skrivelse havde netop til formål, at virksomheden kunne give udtryk for sine synspunkter vedrørende realiteten og relevansen af de påståede faktiske omstændigheder, hvilket WIN ikke undlod. WIN anmodede ved skrivelse af 26. februar 2003 således Kommissionen om at give selskabet nogle afklaringer vedrørende flere forhold i skrivelsen om faktiske omstændigheder. Kommissionen har gjort gældende, at den svarede ved skrivelse af 28. februar 2003, hvorved WIN således fik mulighed for at besvare skrivelsen om faktiske omstændigheder den 4. marts 2003. Kommissionen har anført, at den ved oversendelsen af skrivelsen om faktiske omstændigheder gav WIN fuldstændig aktindsigt i de dokumenter, der havde været benyttet til udfærdigelsen af skrivelsen. WIN fik reelt aktindsigt den 23. og den 27. januar 2003. For så vidt angår tilsidesættelsens varighed forhindrede den omstændighed, at denne stadig foregik ved oversendelsen af klagepunktsmeddelelsen, Kommissionen i at gå ud over denne i fastsættelsen af begyndelsestidspunktet for overtrædelsen.

2. Rettens bemærkninger

18 Det skal indledningsvis bemærkes, at det fremgår af fast retspraksis, at klagepunktsmeddelelsen skal indeholde en fremstilling af klagepunkterne i vendinger, der, selv om de er kortfattede, er tilstrækkeligt klare til, at de interesserede rent faktisk kan få kendskab til, hvilken adfærd Kommissionen lægger dem til last. Kun såfremt dette er tilfældet, har meddelelsen af klagepunkter opfyldt sin rolle i henhold til fællesskabsreglerne, nemlig at give virksomhederne og sammenlutningerne af virksomheder alle de oplysninger, der er nødvendige, for at de kan forsvare sig effektivt, før Kommissionen vedtager en endelig beslutning. Det er desuden fast retspraksis, at dette krav er opfyldt, hvis beslutningen ikke beskylder de pågældende for andre overtrædelser end de i fremstillingen af klagepunkter nævnte og kun tager hensyn til faktiske omstændigheder, som de pågældende har haft lejlighed til at udtale sig om. Kommissionens endelige beslutning skal imidlertid ikke nødvendigvis være en kopi af fremstillingen af klagepunkterne (Rettens dom af 28.2.2002, sag T-86/95, *Compagnie générale maritime m.fl. mod Kommissionen*, Sml. II, s. 1011, præmis 442 og den deri nævnte retspraksis). Tilføjelser i forhold til klagepunktsmeddelelsen, som foretages på baggrund af parternes svarskrift, der viser, at de faktisk har haft mulighed for at udøve retten til kontradiktion, er således tilladelige. Kommissionen kan ligeledes af hensyn til den administrative procedure ændre eller tilføje faktiske eller retlige argumenter til støtte for de fremsatte klagepunkter (Rettens dom af 22.10.2002, sag T-310/01, *Schneider Electric mod Kommissionen*, Sml. II, s. 4071, præmis 438).

19 Det foreliggende anbringende skal vurderes i lyset af ovenstående.

20 Det skal fastslås, at Kommissionen ved afslutningen af undersøgelsesfasen tilsendte WIN den første klagepunktsmeddelelse den 19. december 2001. WIN gjorde sine bemærkninger gældende i sit svar af 4. marts 2002 og under en høring afholdt den 18. marts 2002 (betragtning 153 til beslutningen). Kommissionen tilsendte den 9. august 2002 WIN den supplerende klagepunktsmeddelelse. WIN afgav sine

bemærkninger hertil den 23. oktober 2002 og begærede ikke afholdelse af en høring (betragtning 157 til beslutningen). WIN kunne følgelig udøve sin ret til kontradiktion i forhold til de klagepunkter, Kommissionen gjorde gældende i disse klagepunktsmeddelelser, samtidig som led i besvarelsen af disse og ved høringen.

- 21 De klagepunkter, Kommissionen har lagt til grund i sin beslutning, er ikke forskellige fra dem, der er anført i klagepunktsmeddelelsen.
- 22 Kommissionen anførte nemlig i klagepunktmeddelelsen af 19. december 2001 indledningsvis følgende:

»Den foreliggende klagepunktsmeddelelse vedrører [WIN's], der er et selskab i France Télécom-koncernen, praksis med prisfastsættelse af sine tjenester med adgang til højhastighedsinternet Wanadoo ADSL og Pack [eXtense] i løbet af 2001.

[...]

Under undersøgelserne er det kommet frem, at [WIN] siden begyndelsen af 2001 har foretaget fastsættelse af priser, der er lavere end omkostningerne, for de pågældende tjenesteydelser, hvilket kan betegnes som underbudsadfærd og udgør en overtrædelse af artikel 82 [EF].«

- 23 Kommissionen fastslog i samme klagepunktsmeddelelse ved afslutningen af sin analyse følgende:

»På dette tidspunkt udgør den underbudsprispolitik, som [WIN] har ført siden begyndelsen af 2001, et misbrug af en dominerende stilling [i henhold til] artikel 82[, litra] a) og b), [EF]. Den pågældende praksis er sket på et kritisk tidspunkt for udviklingen af markedet for husstandskunders adgang til højhastighedsinternet samtidig med udbredelsen af ADSL i Frankrig. Denne praksis har givet [WIN] en anselig fordel frem for konkurrenterne eller forhindret disses adgang til eller fortsatte tilstedeværelse på dette marked.«

- 24 Beslutningens artikel 1 er affattet således:

»[WIN] har fra marts 2001 til oktober 2002 overtrådt artikel 82 [EF] ved i forbindelse med sine tjenester eXtense og Wanadoo ADSL at have anvendt underbudspriser, således at virksomheden ikke fik dækket sine variable omkostninger indtil august 2001 og heller ikke fik dækket sine samlede omkostninger efter august 2001, inden for rammerne af en plan om at blive den førende på markedet for adgang til højhastighedsinternet under en væsentlig fase i markedets udvikling.«

- 25 Det ses af sammenligningen mellem den første klagepunktsmeddelelse og beslutningen, at selskabet, markedet og de pågældende produkter er identiske, ligesom den bebrejdede overtrædelse er det, nemlig praksis med underbudspriser i strid med artikel 82 EF.

- 26 Beslutningen er ganske vist meget mere præcis vedrørende dækningen af omkostninger. I modsætning til den første klagepunktsmeddelelse nævnes i beslutningen de variable omkostninger og de fuldstændige omkostninger, og beslutningen sonderer mellem de perioder, der er overvejet i denne forbindelse.

- 27 Denne præcisering blev dog indført i den supplerende klagepunktsmeddelelse, hvis punkt 5.4 har overskriften »Det faktiske misbrug: manglende dækning af variable omkostninger og samlede omkostninger som led i en strategi om at blive førende på markedet«. Kommissionen har i de to fodnoter, som denne overskrift henviser til, præciseret, at »den foreliggende klagepunktsmeddelelse fuldstændiggør i denne henseende den første klagepunktsmeddelelses [punkt] 3.4«, og at »undersøgelsen af dækningen af de samlede omkostninger er et nyt element i forhold til den første klagepunktsmeddelelse«. WIN kendte således allerede til den anvendte metode på dette tidspunkt, og WIN havde mulighed for at fremsætte sine synspunkter.
- 28 Hvad angår skrivelsen om faktiske omstændigheder har den i henhold til sin egen ordlyd til formål at »angive visse faktiske forhold, som ikke er udtrykkeligt nævnt i klagepunktsmeddelelserne, og som Kommissionen kunne henvise til i teksten til en sådan beslutning[, idet d]isse forhold består i dels faktiske omstændigheder, der er gennemgået i Kommissionens sagsakter, som advokater[ne] allerede har haft adgang til, dels forhold, som er indsamlet i løbet af de undersøgelser, der er fortsat efter den 9. august 2002«.
- 29 Det er WIN's opfattelse, at denne skrivelse ændrer testen af dækningen og således det dertil hørende klagepunkt, hvorfor skrivelsen skulle have dannet grundlag for en klagepunktsmeddelelse.
- 30 Det skal indledningsvis understreges, at WIN, bortset fra den blotte omtale af en anderledes inddeling af analyseperioderne, hverken har præciseret i sin stævning, hvori forskellene i metode og resultater består, eller hvilke nye forhold der er indført i skrivelsen om faktiske omstændigheder. WIN har nøjedes med at henvise til den første klagepunktsmeddelelse, til den supplerende klagepunktsmeddelelse og til skrivelsen om faktiske omstændigheder, som selskabet har vedlagt som bilag. Det tilkommer ikke Retten i disse bilag at søge og at identificere de forhold, som kunne støtte søgsmålet. Såfremt stævningens tekst kan underbygges og suppleres på konkrete punkter ved henvisning til bestemte vendinger i de vedlagte dokumenter, kan en generel henvisning til andre akter, selv om de er bilagt stævningen, ikke

afhjælpe, at der i denne ikke er henvist til væsentlige forhold (Rettens dom af 20.3.2002, sag T-31/99, ABB Asea Brown Boveri mod Kommissionen, Sml. II, s. 1881, præmis 113). Der er følgelig ikke grundlag for at foretage en detaljeret sammenligning af klagepunktsmeddelelserne og skrivelsen om faktiske omstændigheder, der er vedlagt stævningen, med henblik på i skrivelsen om faktiske omstændigheder at søge metodeforskelle eller nye forhold. For fuldstændighedens skyld skal det alligevel bemærkes, at denne skrivelse om faktiske omstændigheder ikke indeholder noget klagepunkt og hverken fremsætter eller indfører nogen ændring af metoden til beregning af omkostningernes dækningsgrad. Med skrivelsen ajourføres, præciseres eller rettes forhold, der allerede har været fremsat i klagepunktsmeddelelserne, som svar på WIN's bemærkninger. Skrivelsen ændrer således ikke de i meddelelserne fremsatte klagepunkter.

31 Hvad angår den anderledes inddeling af analyseperioderne, som er det eneste forhold, der er gjort gældende i stævningen til støtte for påstanden om, at testen af dækningen er blevet ændret, har beslutningen rent faktisk forkortet perioden, hvor de variable omkostninger ikke har været dækket, og forlænget perioden, hvor de samlede omkostninger ikke har været dækket. Klagepunktet om, at udgifterne ikke var dækket, omfatter imidlertid som i klagepunktsmeddelelsen hele den pågældende overtrædelsesperiode. Flytningen af begyndelsestidspunktet for overtrædelsen fra januar 2001 i klagepunktsmeddelelserne til marts 2001 i beslutningen er til WIN's fordel. Det kan endvidere ikke lægges Kommissionen til last, at den har taget hensyn til WIN's bemærkninger i selskabets svar på den supplerende klagepunktsmeddelelse. Det fremgår af disse bemærkninger, at Kommissionen kun som følge af en beregningsfejl kom frem til, at perioden for manglende dækning for de variable omkostninger løb fra august til oktober 2001. Kommissionen har således i beslutningen endeligt afbrudt perioden for manglende dækning af de variable omkostning i august 2001.

32 Såfremt det forudsættes, at sagsøgeren med dette argument har gjort gældende, at der er sket en ændring af analyseperioden for variable omkostninger, skal det bemærkes, at den tredje periode netop i beslutningen ikke længere ophører den 31. marts 2001, men varer indtil den 15. februar 2002. Det er Kommissionens opfattelse, at denne ændring er inspireret af ønsket om at få fastsættelsen af perioderne til bedre at stemme overens med udviklingen i WIN's omkostninger. Kommissionen har gjort gældende, at denne ændring kun medfører en forenkling af beregningerne, uden at de generelle konklusioner, som Kommissionen var nået til i den supplerende klagepunktsmeddelelse, ændres.

- 33 Det skal bemærkes, at WIN ikke har anfægtet denne begrundelse og ikke har forklaret, hvorledes denne forlængelse af den tredje periode skader selskabet.
- 34 WIN opfordres med skrivelsen om faktiske omstændigheder endvidere til at afgive bemærkninger til disse faktiske forhold, og selskabet gives mulighed for fuld aktindsigt.
- 35 Det skal understreges, at WIN blot i indledningen til sin stævning har nævnt vanskelighederne ved at få aktindsigt, men ikke har støttet et anbringende om annulation herpå. WIN har i øvrigt ikke gjort gældende, at selskabet ikke har fået indsigt i de begærede akter, men at selskabet måtte fremsende gentagne begæringer, og at man »kun gennem sin udtalte påpasselighed og sin ihærdighed [...] som led i sine anbringender kunne gøre sin ret til aktindsigt gældende«. Det skal heraf udledes, at WIN på trods af de vanskeligheder, selskabet måtte være stødt på, har fået aktindsigt.
- 36 I overensstemmelse med den retspraksis, der er nævnt i præmis 18 ovenfor, blev sagsøgeren oplyst om de væsentligste faktiske forhold og givet mulighed for at kunne give udtryk for sine synspunkter. Der var tidligere blevet holdt en høring den 18. marts 2002, og en ny høring var ikke påkrævet. WIN anmodede i øvrigt hverken efter oversendelsen af den supplerende klagepunktsmeddelelse eller oversendelsen af skrivelsen om faktiske omstændigheder herom.
- 37 Under disse omstændigheder kan argumentationen om, at en tredje meddelelse var nødvendig, ikke tages til følge. WIN kunne endvidere udøve sin ret til kontradiktion i denne forbindelse og undlod ikke at gøre det. Selskabet anmodede nemlig ved skrivelse af 26. februar 2003 Kommissionen om nogle afklaringer vedrørende flere forhold i skrivelsen om faktiske omstændigheder. Kommissionen besvarede dette ved skrivelse af 28. februar 2003. Sagsøgeren tilsendte således Kommissionen en svarskrivelse til skrivelsen om faktiske omstændigheder. WIN fik endvidere rent faktisk aktindsigt den 23. og den 27. januar 2003. WIN har således ikke godtgjort, at oversendelsen af skrivelsen om faktiske omstændigheder medførte en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter og retten til kontradiktion.

38 For fuldstændighedens skyld skal det, såfremt det tilkommer Retten af egen drift at foretage en detaljeret sammenligning af skrivelsen om faktiske omstændigheder og klagepunktsmeddelelserne for at finde forhold, som kan understøtte søgsmålet, bemærkes, at de faktiske forhold, der er detaljeret beskrevet i skrivelsen om faktiske omstændigheder, fuldstændiggjorde eller fremstillede oplysninger, der allerede var indeholdt i klagepunktsmeddelelserne. Undersøgelsen af den reelle gennemsnitsindtjening og den mulige indtjening i begyndelsen af 2002 i skrivelsen om faktiske omstændigheder var nemlig en forlængelse af de beregninger, der var udført i den supplerende klagepunktsmeddelelse, idet man tog hensyn til WIN's skrivelse af 13. december 2002. Endvidere var der allerede tvivl om den båndbredde, France Télécom havde faktureret som led i sin samlingstjeneste, i den første klagepunktsmeddelelse og den supplerende klagepunktsmeddelelse. Der er ved skrivelsen om faktiske omstændigheder i den forbindelse taget hensyn til de oplysninger, som France Télécom leverede den 3. maj og den 21. november 2002. Omkostningen med international »forbindelse« var ligeledes behandlet i den første klagepunktsmeddelelse. Skrivelsen om faktiske omstændigheder har til formål at tage hensyn til France Télécoms forklaringer desangående i en skrivelse af 13. november 2002. Endelig var en umiddelbar vurdering af de forventede omkostninger for nye abonnenter samt en vurdering af de samlede omkostninger allerede blevet fremlagt i den supplerende klagepunktsmeddelelse.

39 Endvidere er visse forhold i skrivelsen om faktiske omstændigheder klart fremstillet til information som svar på WIN's bemærkninger. Kommissionen henviste således efter WIN's skrivelse af 27. september 2002 i sin skrivelse om faktiske omstændigheder til de omkostninger, der var forbundet med flytningen af abonnenter, idet den understregede, at den ikke havde til hensigt at inddrage disse omkostninger i sine beregninger. Kommissionen understregede i skrivelsen om faktiske omstændigheder, hvad angår virkningen af salgets dynamik, at dette forhold ikke gav mulighed for at fastslå, at der forelå underbud, men at det kunne anvendes som led i en diskussion af det forslag, WIN fremsatte i sit svarskrift af 23. oktober 2002, om adskilt at undersøge hver ny generation af abonnenter uafhængigt af tidligere eller senere generationer. Fremstillingen i skrivelsen om faktiske omstændigheder af WIN's omkostninger til reklame- og salgsfremstød tilsigter at bekræfte, at der tages hensyn hertil i den supplerende klagepunktsmeddelelse, hvilket WIN bestred i sin svarskrivelse til denne.

- 40 De eneste forhold, der kan fremlægges som indebærende en ændring af anvendelsen af den metode, Kommissionen har fastsat, er dels den anderledes inddeling af analyseperioderne, dels beregningen af den vægtede gennemsnitlige dækning af omkostningerne som følge af den indtjening, der skabes af abonnentgrundlaget for de pågældende to tjenester.
- 41 Hvad angår inddelingen af analyseperioderne skal der henvises til præmis 31-33 ovenfor.
- 42 Hvad angår beregningen af den vægtede gennemsnitlige dækning af omkostningerne som følge af den indtjening, der skabes af abonnentgrundlaget, har Kommissionen anført, at »denne ændring automatisk gør sig gældende ud fra et enkelt matematisk synspunkt, når der tages hensyn til den store forskel mellem dels omkostninger og indtægter i eXtense-tjenesterne, [og] dels omkostninger og indtægter i Wanadoo-ADSL, som er to gange lavere end det, der gælder for eXtense«. Kommissionen tilføjede i fodnote 77 i beslutningen, at »den har vurderet, at den ikke kan føle sig bundet af en beregningsfejl, der er foretaget på et tidligere tidspunkt i sagsbehandlingen, eftersom den har givet virksomheden mulighed for at gøre sine bemærkninger til berigtigelsen af fejlen gældende som led i retten til kontradiktion, som den i den foreliggende sag har gjort med [skrivelsen om faktiske omstændigheder]«.
- 43 Hvad angår berigtigelsen af fejl skal det fremhæves, at WIN fuldt ud har tilladt dette, eftersom det er til selskabets fordel. WIN henledte i sin svarskrivelse på klagepunktsmeddelelsen Kommissionens opmærksomhed på de fejl, som denne havde begået i sine beregninger. Kommissionen berigtigede i skrivelsen om faktiske omstændigheder disse fejl, uden at WIN anfægtede dette, og når Kommissionen afviste at foretage en berigtigelse, forklarede den årsagerne hertil. Kommissionen kunne derimod efter WIN's opfattelse ikke i en skrivelse vedrørende faktiske forhold berigtige en fejl i en retning, der ikke var fordelagtig for WIN, eftersom dette ville ændre det klagepunkt, der var formuleret i den henseende.

- 44 Det skal således efterprøves, om denne berigtigelse udgør en metodeændring, der kan danne grundlag for et nyt klagepunkt.
- 45 Det skal fastslås, at metoden fortsat er dækningsgraden af de beregnede variable og samlede omkostninger, og at den berigtigelse eller ændring, som er foretaget ved beregningen af det vægtede gennemsnit, på ingen måde ændrer klagepunktet vedrørende praksis med underbudspriser fra begyndelsen af 2001, der fremgår af de to klagepunktsmeddelelser. Den manglende beregning af gennemsnittet i den første klagepunktsmeddelelse forhindrer ikke Kommissionen i at fastslå, at omkostningerne ikke er dækket, idet beregningen af dækningsgraden først er udført produktvis (for eXtense og Wanadoo ADSL).
- 46 Det følger endvidere af WIN's svar på skrivelsen om faktiske omstændigheder, at Kommissionen, eftersom de nye forhold, den har taget hensyn til i skrivelsen om faktiske omstændigheder, medfører en dækningsgrad af de beregnede variable omkostninger på over 100% fra den 1. august 2001, har ændret sin beregningsmetode for at formindske denne grad og opretholde sit klagepunkt om, at de variable omkostninger ikke er blevet dækket i perioden fra den 1. august til den 15. oktober 2001. Et sådant formål forekommer imidlertid ikke at stemme overens med den omstændighed, at Kommissionen i beslutningen endelig har tilendebragt perioden for manglende dækning af de beregnede variable omkostninger den 31. juli 2001. Dette argument kan herefter ikke tages til følge. WIN har således ikke godtgjort, at der foreligger en metodeændring ved skrivelsen om faktiske omstændigheder.
- 47 WIN har ligeledes gjort gældende, at der ved beslutningen er fastsat en varighed for overtrædelsen, som er længere end den, der er nævnt i klagepunktsmeddelelsen, uden at parterne har haft mulighed for at komme til orde i denne forbindelse.
- 48 Det skal for det første fremhæves, at WIN ikke har anfægtet begyndelsestidspunktet for overtrædelsen og Kommissionens flytning af det fra januar til marts 2001 mellem klagepunktsmeddelelsen og beslutningen.

- 49 Hvad angår forlængelsen af overtrædelsesperioden fra juli til den 15. oktober 2002, skal det fastslås, at dersom de to klagepunktsmeddelelser fastsatte begyndelsen af overtrædelsen til januar 2001, angav hverken den ene eller den anden, at overtrædelsen var ophørt. Derimod angav begge, at Kommissionen havde til hensigt at træffe en beslutning med opfordring til WIN om at »bringe overtrædelsen til ophør«. En sådan formulering angav uden tvivl, at den pågældende overtrædelse efter Kommissionens opfattelse endnu ikke var ophørt. Den første klagepunktsmeddelelse henviste ganske vist til faktiske omstændigheder, der dækkede 12 måneder, mens den supplerende klagepunktsmeddelelse dækkede en varighed på 18 måneder. Denne tidsmæssige begrænsning af beviserne og ikke af overtrædelsens varighed til en udløbet periode drager ikke den udtrykkelige konklusion i disse to dokumenter i tvivl. Eksempelvis anføres det i den supplerende klagepunktsmeddelelse:

»Kommissionen har ved afslutningen af sin analyse på dette tidspunkt fundet, at den underbudsprispolitik, som [WIN] har ført siden begyndelsen 2001, [udgør] et misbrug af en dominerende stilling [...]. Af de ovennævnte årsager påtænker Kommissionen at træffe beslutning med bestemmelse om, at [... WIN] bringer overtrædelsen til ophør [...].«

- 50 Det følger klart heraf, at hver klagepunktsmeddelelse angav den varighed, som Kommissionen havde fastsat på grundlag af de oplysninger, den var i besiddelse af på tidspunktet for udarbejdelse af meddelelsen (jf. i denne retning Domstolens dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, *Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen*, Sml. s. 1825, præmis 15), idet overtrædelsen ikke var ophørt. WIN har i øvrigt ikke hævdet at have truffet særlige foranstaltninger, som kunne have bragt den påståede overtrædelse til ophør. Kommissionen har udelukkende i beslutningen fremført, at »misbruget ophørte den 15. oktober 2002, hvor den foranstaltning, som France Télécom havde fremlagt i marts 2002, trådte i kraft«.

- 51 Sætningen i skrivelsen om faktiske omstændigheder, hvorefter »disse faktiske forhold på ingen måde fører til en forlængelse af den periode, der er omfattet af klagepunktsmeddelelserne«, skal forstås ud fra ovenstående betragtninger. Den omstændighed, at skrivelsen om faktiske omstændigheder henviser til »de samlede

beregnete omkostninger i 2002« (jf. s. 6), og at flere data dækker de første ni måneder, endog de 12 måneder i 2002 (jf. navnlig bilag 15.1, 15.2, 20, 21 og 22), er en del af udsigten til, at overtrædelsen fortsatte. Det følger i øvrigt af WIN's svar på skrivelsen om faktiske omstændigheder, at det kunne forstås, at overtrædelsen fortsatte. Flere af selskabets svarelementer henviser faktisk til de første ni måneder, endog de 12 måneder i 2002. WIN har nemlig fremlagt en tabel med titlen »Reklame/vækst for ADSL-grundlaget« vedrørende en periode indtil december 2002 og under samme titel en grafisk fremstilling for perioden fra januar 2001 til september 2002. WIN har endvidere i det samme svar udtalt sig om dækningsgraden for de variable omkostninger indtil den 30. september 2002. Endelig har WIN i samme svarskrivelse anfægtet indtjeningen på 37,03 EUR pr. abonnement, som Kommissionen har taget hensyn til for perioden fra den 15. februar til september 2002. WIN kan således ikke gøre gældende, at retten til kontradiktion er blevet tilsidesat (jf. i denne retning Rettens dom af 15.3.2000, forenede sager 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 og T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 491, præmis 576).

- 52 Sagsøgerens argument om forlængelse af overtrædelsens varighed kan således ikke tages til følge.
- 53 Eftersom det ikke er godtgjort, at der er sket en tilsidesættelse af retten til kontradiktion, kan det foreliggende anbringende ikke tages til følge.

B — *Anbringendet om begrundelsesmangel*

1. Parternes argumenter

- 54 WIN har som led i sin påstand om tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter ligeledes gjort gældende, at Kommissionen uden begrundelse har rejst tvivl om den

rettighed, som er anerkendt for enhver virksomhed, til i god tro at sidestille sig med sine konkurrenters priser. Denne rettighed er fastslået ved Domstolens retspraksis og i Kommissionens tidligere beslutningspraksis. WIN har tilføjet, at det, når beslutningen går betydeligt længere end forudgående beslutninger, påhviler Kommissionen at fremstille sin argumentation udtrykkeligt.

- 55 Kommissionen er af den opfattelse, at det er tilstrækkeligt at henvise til betragtning 314-331 til beslutningen med henblik på at fastslå, at anbringendet om begrundelsesmangel er åbenbart ugrundet.

2. Rettens bemærkninger

- 56 Det skal fastslås, at der i beslutningen er brugt 18 betragtninger (314-331) på argumentet om sidestilling med konkurrenternes priser. Kommissionen har først undersøgt sidestillingen på principielt plan, herefter den stilling, de omfattede konkurrenter rent faktisk havde på markedet, og endelig de faktiske forhold, der efter dens mening svækker WIN's opfattelse.

- 57 Kommissionen har således levet op til sin begrundelsespligt på området. Kommissionen har i overensstemmelse med den retspraksis, WIN har nævnt, begrundet sin beslutning ved at nævne de faktiske forhold, som den retlige begrundelse for foranstaltningen og de overvejelser, der har ført Kommissionen til at træffe sin beslutning, afhænger af (Domstolens dom af 26.11.1975, sag 73/74, Fabricants de papiers peints mod Kommissionen, Sml. s. 1491, præmis 30).

58 Under alle omstændigheder har Kommissionen, selv om der havde været grundlag for i denne sag at anerkende, at den havde en forpligtelse til at fremstille sin begrundelse mere udtrykkeligt, levet op til sin begrundelsespligt.

59 I modsætning til, hvad WIN har påstået, har Kommissionen nemlig ikke begrænset sig til en kortfattet begrundelse ved blot at fastslå, at en dominerende erhvervsdrivende ikke kan sidestille sig med konkurrenternes priser, når dens pris er lavere end omkostningerne. Kommissionen har i betragtning 315 til beslutningen udførligt beskrevet sin opfattelse med flere henvisninger til retspraksis i fodnoten hertil. Denne betragtning er affattet således:

»For det første er det i princippet rigtigt, at nyttilkomne eller virksomheder, der ikke har en dominerende stilling, har ret til at anvende salgsfremmende priser af tidsbegrænset varighed. Deres eneste formål er at henlede forbrugerens opmærksomhed på selve tilstedeværelsen af produktet på en mere overbevisende måde end ved en almindelig reklame, og disse tilbud har ikke negativ virkning på markedet. Derimod er en dominerende erhvervsdrivendes sidestilling med en ikke-dominerende erhvervsdrivendes salgsfremmende priser ikke lovlig. Såfremt det er korrekt, at det ikke er aldeles forbudt for en dominerende erhvervsdrivende at sidestille sig med konkurrenternes priser, bør denne mulighed ikke desto mindre nægtes den pågældende, når den medfører den dominerende virksomheds manglende dækning af omkostningerne til den pågældende tjeneste. Hvis en dominerende stilling ikke kan fratage en virksomhed, der befinder sig i en sådan stilling, rettigheden til at sikre sine egne handelsinteresser, når de trues, kan man ikke tillade en sådan adfærd, når den netop har til formål at styrke denne dominerende stilling og misbruge den. Der påhviler således den dominerende virksomhed et særligt ansvar for ikke med sin adfærd på fællesmarkedet at skade en konkurrence, som er effektiv og ikke fordrejet.«

60 Anbringendet om manglende begrundelse på dette område kan således heller ikke tages til følge, hvorfor ingen af anbringenderne støttet på formforskrifter kan tages til følge.

C — *Anbringendet om tilsidesættelse af princippet om individuelle straffe*

1. Parternes argumenter

- 61 Det er WIN's opfattelse, at Kommissionen har foretaget en åbenbar tilsidesættelse af princippet om individuelle straffe, idet den over for WIN har fastholdt de forhold, som kan tilregnes France Télécom-koncernen, og som hverken WIN eller France Télécom har kunnet fremlægge deres bemærkninger til. Kommissionen har foretaget en sammenblanding af den praksis, der er lagt WIN til last, og France Télécoms praksis. Kommissionen har beskrevet det som iværksættelsen af en samordnet praksis eller af en enhedsstrategi bestemt af France Télécom-koncernen. Proceduren omfatter dog kun WIN. Der er således tale om et »meget usædvanligt forhold ved proceduren«.
- 62 WIN har til støtte for sin opfattelse i sin stævning nævnt flere afsnit i beslutningen og i den supplerende klagepunktsmeddelelse.
- 63 WIN har således gjort gældende, at Kommissionen i betragtning 145 til beslutningen angav de foranstaltninger, WIN og dennes hovedaktionær havde iværksat for at hæmme konkurrenternes udvikling og til egen fordel fordreje væksten på markedet for højhastighed. WIN har ligeledes nævnt betragtning 285 til beslutningen, hvori omtales »en samlingsplan« og understreges, at den »strategi, datterselskabet har fulgt, ikke fuldstændigt kan adskilles fra moderselskabets målsætninger«, samt betragtning 286, hvori Kommissionen har fundet det »interessant at henvise til France Télécoms adfærd på engrosmarkedet«.
- 64 Det er på samme måde WIN's opfattelse, at Kommissionen i den supplerende klagepunktsmeddelelse havde gjort gældende, at en del af de faktiske omstændighe-

der, som Kommissionen fremhævede, kunne »tilregnes France Télécom«, idet det ikke desto mindre blev påstået, at »styrken af forholdet mellem [WIN] og France Télécom [var] sådan [...], at det [var] umuligt at anse de to enheders strategier for ikke at [have] været nært forbundet«. Kommissionen erklærede ligeledes, at WIN's prispolitik fulgte af en »samordnet aftale« mellem denne og France Télécom.

- ⁶⁵ Kommissionen har svaret, at det er tilstrækkeligt at henvise til beslutningens konklusion for at fastslå, at den eneste omhandlede virksomhed er WIN. France Télécom var ikke adressat for beslutningen, eftersom selskabet ikke var lagt noget misbrug af dominerende stilling til last. Kommissionen har derimod erkendt, at beslutningen indeholder hyppige henvisninger til France Télécom som følge af virksomhedens centrale stilling som telefonnetoperatør og i dens egenskab af hovedaktionær i WIN. Disse forhold er relevante for at forstå sammenhængen for markedet i løbet af overtrædelsesperioden.

2. Rettens bemærkninger

- ⁶⁶ Det skal bemærkes, at en virksomhed i medfør af princippet om individuelle straffe og sanktioner kun bør forfølges for omstændigheder, som den pågældende individuelt kritiseres for, et princip, som gælder i enhver administrativ procedure, der kan føre til sanktioner i henhold til Fællesskabets konkurrenceregler (jf. i denne retning Rettens dom af 13.12.2001, forenede sager T-45/98 og T-47/98, Krupp Thyssen Stainless og Acciai speciali Terni mod Kommissionen, Sml. II, s. 3757, præmis 63).
- ⁶⁷ Det skal fastslås, at det ikke følger af beslutningen, at Kommissionen lægger overtrædelser, der er begået af France Télécom og tilregnet denne, WIN til last. De uddrag af beslutningen, hvoraf WIN har udledt, at France Télécoms adfærd drages i tvivl, findes alle i to underafsnit til beslutningen [afsnit I, G, punkt 4, og afsnit II, D,

punkt 3, litra c)], som vedrører forhold om overtrædelsens sammenhæng, og som klart tilsigter at beskrive de rammer, som den adfærd, WIN kritiseres for, er en del af.

68 Henvisningerne til France Télécom er således begrundet i beskrivelsen af det pågældende markeds sammenhæng. France Télécom indtog nemlig en særlig stilling på det pågældende marked i sin egenskab af telefonoperatør, der var uomgængelig for størstedelen af leverandørerne af internetadgang. France Télécom er den oprindelige telekommunikationsvirksomhed i Frankrig. Den driver langdistance netværket på det franske område, der bruges til at føre internettrafikken. Den ejer netværket for lokal telekommunikationsadgang, der forbinder samtlige telefonabonnenter til dens netværk. Anvendelsen af France Télécoms netværk for lokal adgang var på tidspunktet uundværlig for leveringen af en ADSL-tjeneste (betragtning 231 til beslutningen). France Télécom fakturerer sine tjenesteydelser til sine kunder, heriblandt WIN (betragtning 42-59 til beslutningen). France Télécoms sænkning af priserne har følgelig indflydelse på WIN's omkostninger. Denne centrale stilling for France Télécom og virksomhedens egenskab af WIN's hovedaktionær har endvidere medført, at selskabet har deltaget i den administrative sagsbehandling.

69 Kommissionen har endvidere præciseret, at disse forhold om sammenhængen har betydning for sagens forståelse, »selv om de kun delvist kan tilregnes [WIN], og selv om de ikke udgør klagepunkter i forhold til denne« (betragtning 145 til beslutningen), eller at det tilmed »er nyttigt at sætte datterselskabets adfærd i forhold til problematikken med France Télécom-koncernen med henblik på bedre at vurdere rækkevidden af [WIN's] politik og dens plads i en samlet plan« (betragtning 285 til beslutningen), idet det tilføjes, at de forhold, der er beskrevet i betragtning 286-290, »ikke udgør klagepunkter i forhold til [WIN]«, men at »den strategi, datterselskabet har fulgt, ikke fuldstændigt kan adskilles fra moderselskabets målsætninger«.

70 Det fremgår således af beslutningen, hvori Kommissionen stedse sørgede for at præcisere, at elementerne om sammenhængen ikke udgjorde klagepunkter i forhold til sagsøgeren, at Kommissionen ikke tilregnede WIN adfærd, der var iværksat af France Télécom.

- 71 Dette anbringende om tilsidesættelse af princippet om individuelle straffe kan således ikke tages til følge.

D — *Tilsidesættelse af artikel 82 EF*

- 72 Det er WIN's opfattelse, at Kommissionen har tilsidesat artikel 82 EF i flere henseender. Hvad angår den dominerende stilling har Kommissionen fastlagt en upræcis definition af markedet og med urette fundet, at WIN besad en dominerende stilling herpå. Hvad angår misbrug af dominerende stilling har Kommissionen anvendt en test af dækningen af omkostningerne, som er i strid med artikel 82 EF i forhold til såvel de omkostninger, der er taget hensyn til, som den anvendte metode. Kommissionen har endvidere begået alvorlige beregningsfejl. Som led i underbudstesten har Kommissionen nægtet WIN den grundlæggende ret til at sidestille sig med sine konkurrenter. Kommissionen har endvidere foretaget en urigtig retsanvendelse samt anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at påstå, at der forelå en underbudsplan og ved at fastholde, at en godtgørelse af genindvinding af tabene ikke var nødvendig.

1. Den dominerende stilling

a) Den urigtige definition af markedet

Parternes argumenter

- 73 Det er WIN's opfattelse, at den sontring, Kommissionen har foretaget mellem husstandskunders adgang til lavhastighedsinternet og højhastighedsinternet, er

baseret på en meget mangelfuld og selvmodsigende analyse. Efter WIN's opfattelse findes der kun ét marked for internetadgang, som viser sig som en fortsættelse fra lave hastigheder til højhastighed. Dette er godtgjort af fremkomsten af udbud af ADSL i middelhastighed.

- 74 Kommissionen har anerkendt tilstedeværelsen af den almindelige anvendelse og en vis grad af mulighed for substitution mellem adgang til højhastighedsinternet og adgangen til lavhastighedsinternet, men den har nægtet at drage de konklusioner, der gør sig gældende.
- 75 Endvidere er der en egentlig konkurrence mellem højhastighed og lav hastighed, som stammer fra den ubegrænsede karakter af udbuddene af de to former for internetadgang, eftersom brugerne har vist sig relativt uberørte af deres kendetegn.
- 76 Endelig er den enkle forskel i graden af behag eller kvalitet i henhold til Kommissionens faste beslutningspraksis utilstrækkelig til at sondre mellem særskilte relevante markeder, når anvendelsen er ensartet. Det følger af en undersøgelse, som WIN har foretaget, at abonnenterne i 80% af tilfældene benytter den samme slags tilbehør og funktioner.
- 77 Kommissionen har henvist til den fremstilling, den i beslutningen (betragtning 169-204) har anvendt for sondringen mellem højhastighed og lav hastighed. Den har gjort gældende, at den herved har redegjort klart for forskellene i benyttelsen, de tekniske og ydelsesmæssige enkeltheder samt prisforskellene i tjenesterne og indtjeningen pr. abonnent, som forpligter til at sondre mellem de to markeder. Hvad angår graden af substituerbarhed har Kommissionen gjort gældende, at den eneste substitution, der er fastslået, er fuldstændig uens, eftersom den kun finder sted i én retning, nemlig fra lav hastighed til højhastighed. Kommissionen er endvidere af den opfattelse, at sondringen mellem højhastighed og lav hastighed i dag er alment anerkendt.

Rettens bemærkninger

78 Det bemærkes, at det følger af fast retspraksis (Domstolens dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 37, samt Rettens dom af 30.3.2000, sag T-65/96, Kish Glass mod Kommissionen, Sml. II, s. 1885, præmis 62, og af 17.12.2003, sag T-219/99, British Airways mod Kommissionen, Sml. II, s. 5917, præmis 91), at man ved bedømmelsen af spørgsmålet, om en virksomhed indtager en dominerende stilling på et bestemt produktmarked, skal vurdere konkurrencemulighederne på markedet for alle de varer eller tjenesteydelser, som på grund af deres egenskaber er særligt egnede til at opfylde vedvarende behov, og som kun i ringe omfang kan erstattes af andre varer eller tjenesteydelser. Eftersom afgrænsningen af det relevante marked tjener til at afgøre, om vedkommende virksomhed har mulighed for at hindre opretholdelsen af en effektiv konkurrence og for at anlægge en i væsentligt omfang uafhængig adfærd i forholdet til konkurrenterne og — i det foreliggende tilfælde — sine leverandører af tjenesteydelser, kan man ved undersøgelsen i så henseende ikke begrænse sig alene til de omhandlede tjenesteydelsers objektive kendetegn; også konkurrencevilkårene og efterspørgsels- og udbudsstrukturen på det pågældende marked må tillægges betydning.

79 Når en vare kan anvendes til forskellige formål, og når disse forskellige anvendelsesmuligheder opfylder økonomiske behov, som også er forskellige, må det antages, at denne vare efter omstændighederne kan henhøre under forskellige markeder, som eventuelt kan være forskellige såvel med hensyn til konkurrencestruktur som konkurrencevilkår. Dette gør det dog ikke berettiget at antage, at en sådan vare udgør ét og samme marked sammen med alle de øvrige varer, som den kan substitueres med og efter omstændighederne konkurrerer med, under dens forskellige anvendelsesmuligheder.

80 Begrebet det relevante marked (relevant market) indebærer nemlig, at der kan være effektiv konkurrence mellem de varer, som indgår i markedet, hvilket forudsætter en

tilstrækkelig grad af mulighed for udskiftning mellem disse varer, der indgår i samme marked, med henblik på samme anvendelse (Domstolens dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 28).

- 81 Det følger ligeledes af Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (EFT 1997 C 372, s. 5, punkt 7), at der »[v]ed det relevante produktmarked forstås [...] markedet for alle de produkter og/eller tjenesteydelser, som forbrugeren anser for indbyrdes substituerbare på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål«.
- 82 Det skal fastslås, at der ikke kun er en enkel forskel i graden af behag og kvalitet mellem høj og lav hastighed. Det fremgår af de forhold, Kommissionen har fremlagt (betragtning 175 til beslutningen), uden at WIN har modsagt disse, at noget tilgængeligt tilbehør med høj hastighed er uanvendeligt til lav hastighed, herunder f.eks. downloading af meget store filer og interaktive netværksspil. WIN har i øvrigt i sin svarskrivelse af 4. marts 2002 vedrørende klagepunktsmeddelelsen bekræftet, at der fandtes »audiovisuelle og multimedieaktiviteter, der var mere karakteristiske for ADSL«. Endvidere har undersøgelsen, som Forskningscentret for Undersøgelse og Observation af Levevilkår (Crédoc, Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie) har udført for WIN, og som sidstnævnte har fremlagt som bilag til sin stævning, ligeledes taget hensyn til nye anvendelsesmuligheder for eXtense-tjenesten, som er udviklet på internettet, og som er kendetegnende for høj hastighed, dvs. at spille netværksspil, høre online-radio, se online-video og udføre online-køb. Ifølge samme undersøgelse er højhastighedsabonnenten endvidere meget oftere tilsluttet internettet og gennemsnitligt meget længere end lavhastighedsbrugeren.
- 83 For så vidt angår forskellene i de tekniske og ydelsesmæssige enkeltheder følger det af Kommissionens erklæringer (betragtning 181-187 til beslutningen), som sagsøgeren ikke har bestridt, at et betydeligt teknisk særkendetegn ved adgangen til højhastighedsinternet findes i de benyttede modemmers særlige egenskaber. Et

modem til adgang til højhastighedsinternet kan ikke anvendes til lav hastighed og omvendt (betragtning 181 til beslutningen). I tilfælde af høj hastighed er forbindelsen endvidere permanent, og telefonlinjen er ikke optaget.

84 Det skal endvidere vedrørende det franske marked bemærkes, at tilbuddene med højhastighed i den undersøgte periode forudsatte hastigheder fra 512 kbit/s og nedefter (betragtning 185 til beslutningen). Tilbuddene med almindelig, lav hastighed (afgrænset til 56 kbit/s) og ISDN-tilbuddene (Integrated Services Digital Network eller tjenesteintegrerede digitalnet) (64 eller 128 kbit/s) gav kun mulighed for fire til ti gange lavere hastighed. ADSL-udbuddene fra 128 kbit/s og nedefter, som ifølge sagsøgeren vidnede om fortsættelsen mellem lav og høj hastighed, er først opstået ved slutningen af den periode, der er omfattet af beslutningen. Endvidere forbliver forskellen mellem lav og høj hastighed væsentlig selv i tilfælde af et udbud af 128 kbit/s. Ydelsesforskellen var således betydelig i løbet af den pågældende periode.

85 En betydelig prisforskel mellem lav og høj hastighed føjer sig til forskellene i anvendelse, enkeltheder og ydelse (betragtning 188-192 til beslutningen).

86 Hvad angår graden af substituerbarhed skal der ud over den retspraksis, der er nævnt i præmis 78 ovenfor, henvises til de forhold i vurderingen, som Kommissionen har fremsat i sin meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (jf. præmis 81 ovenfor).

87 Det fremgår af denne meddelelse, at der ved vurderingen af efterspørgselssubstitution fastlægges en række varer, som forbrugerne betragter som substitutionsprodukter. Dette kan f.eks. ske ved et tankeeksperiment, hvor man forestiller sig en lille, men varig stigning i de relative priser og vurderer kunders sandsynlige

reaktion på denne stigning. Kommissionen har i denne meddelelses punkt 17 præciseret, at »[...] spørgsmål[et] er, om parternes kunder ville skifte til lettilgængelige substitutionsprodukter [...] på grund af en hypotetisk, lille (i størrelsesordenen 5-10%) varig stigning i den relative pris på de pågældende produkter og i de pågældende områder«.

88 Kommissionen har i betragtning 193 til beslutningen ganske vist erkendt, at lavhastighed og højhastighed udviser en vis grad af mulighed for substituerbarhed. Kommissionen har dog i betragtning 194 tilføjet, at denne virker på meget ulig vis, eftersom kundernes skift fra tilbud med højhastighed til tilbud med lavere hastighed er ubetydelig i forhold til skift i modsat retning. Det er Kommissionens opfattelse, at antallet af skift, såfremt varerne ud fra et efterspørgselssynspunkt var fuldt ud substituerbare, om ikke skulle være ens, men i hvert fald i en sammenlignelig størrelsesorden.

89 Det skal i denne forbindelse for det første fastslås, at det fremgår af de oplysninger, som er indhentet fra WIN og gengivet i beslutningens tabel 7, at antallet af højhastighedsabonnenter, der skiftede til helhedstilbud med lav hastighed, var meget beskeden i den pågældende periode på trods af prisforskellen mellem disse tjenester, der burde have tilskyndet mange internetbrugere til at skifte til lav hastighed. Dette store misforhold i antallet af udskiftninger mellem høj og lav hastighed og omvendt er ikke til støtte for opfattelsen af, at brugerne skulle anse disse tjenester for udskiftelige. WIN har i sin stævning endvidere ikke fremlagt noget præcist forhold, der kan drage denne analyse i tvivl.

90 Det fremgår for det andet, at en undersøgelse, som er foretaget for Kommissionens regning og fremlagt af WIN som bilag til stævningen, viser, at 80% af højhastighedsabonnenterne i tilfælde af prisstigninger for højhastighed i størrelsesorden 5-10% ville opretholde deres abonnement. I henhold til punkt 17 i Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets

konkurrenceret (jf. præmis 87 ovenfor) er den store procentdel af abonnenter, som ikke ville opgive deres højhastighed i tilfælde af prisstigninger på 5-10%, en stærk antydning af, at der ikke foreligger mulighed for udskiftning hvad angår efterspørgslen.

- 91 Følgelig findes det på baggrund af ovenstående overvejelser, at Kommissionen med rette fastslog, at der ikke forelå en tilstrækkelig grad af udskiftelighed mellem høj og lav hastighed, og fastsatte det pågældende marked som markedet for husstands-kunders adgang til højhastighedsinternet.

b) Den mangelfulde undersøgelse af dominerende stilling

Parternes argumenter

- 92 Det er WIN's opfattelse, at Kommissionen med urette fandt, at WIN havde en dominerende stilling. Kommissionens undersøgelse indebar nemlig alvorlige undladelser.
- 93 Markedsstyrken kan på ingen måde vurderes i forhold til de markedsandele, der besiddes på et marked under opbygning. Man skal på et sådant marked anlægge et dynamisk perspektiv og ikke kun vurdere den aktuelle konkurrence, men ligeledes den potentielle konkurrence. Det er WIN's opfattelse, at antallet af potentielle abonnenter er meget betydeligt at dømme efter de franske husstandes underforsyning. WIN har fundet at have godtgjort, at nye aktører trænger ind på markedet, og at der er sket en flerdobling af tilbuddene, som er blevet fulgt af et prisfald.

- 94 Disse forhold beviser konkurrencens virkning på et marked uden hindringer, hvorpå WIN dermed ikke kan besidde en dominerende stilling.
- 95 WIN har bebrejdet Kommissionen, at den ikke har taget nogen form for hensyn hertil og blot har analyseret WIN's markedsandel i sektoren for højhastighed fra den 31. december 2000 til den 31. august 2002. Faldet på mere end 10 procentpoint i WIN's markedsandel fra august 2002 til marts 2003 er et bevis for, at markedet er underlagt konkurrence og udvikling.
- 96 Det er endvidere WIN's opfattelse, at tilhørsforholdet til en koncern med betydelige økonomiske midler og et udbredt distributionsnetværk ikke kan vurderes, uden at konkurrenternes situation overvejes. Kommissionen har ikke foretaget nogen grundig undersøgelse af situationen for selskaberne AOL, T-Online/Club-Internet og Tiscali, som støttes af store koncerner, der har en usædvanlig økonomisk styrke og ligeledes har store distributionsnetværk.
- 97 WIN har endelig gjort gældende, at sammenlægningen af selskabets virksomhed med udgivelse af telefonbøger og internetadgang ikke kan anses for at give selskabet en økonomisk styrke, der kan skabe dets dominerende stilling på det franske marked for adgang til højhastighedsinternet. Andre konkurrenter som T-Online har nemlig ligeledes denne mulighed, og endvidere kunne Wanadoo-koncernen udmærket opfylde behovene for sin FAI-virksomhed uden at anvende de midler, der var skabt ved udgivelsen af fagtelefonbogen.
- 98 Kommissionen har bestridt, at det pågældende marked var under opbygning i den pågældende periode. Den har gjort gældende, at WIN's markedsandel steg

vedholdende i den omtvistede periode. Den er af den opfattelse, at WIN på ingen måde har sået tvivl om den analyse, der er foretaget i beslutningen om den virkning og de fordele, WIN har af sin tekniske, logistiske og forretningsmæssige »støtte« fra France Télécom-koncernen.

Rettens bemærkninger

- ⁹⁹ Det skal indledningsvis bemærkes, at der efter fast retspraksis består en dominerende stilling, når den pågældende virksomhed har en magtposition, som sætter den i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan anlægge en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne (dommen i sagen Michelin mod Kommissionen, nævnt i præmis 78 ovenfor, præmis 30, og Rettens dom af 23.10.2003, sag T-65/98, Van den Bergh Foods mod Kommissionen, Sml. II, s. 4653, præmis 154). Det bemærkes endvidere, at det ikke er nødvendigt for Kommissionen at godtgøre, at en virksomheds konkurrenter nu eller senere vil blive udelukket fra markedet, for at påvise en dominerende stilling.
- ¹⁰⁰ Selv om markedsandelens betydning kan afvige fra marked til marked, udgør meget store markedsandele i sig selv, medmindre der foreligger usædvanlige omstændigheder, et bevis for, at der foreligger en dominerende stilling (dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, nævnt i præmis 80 ovenfor, præmis 41, og Rettens dom af 28.4.1999, sag T-221/95, Endemol mod Kommissionen, Sml. II, s. 1299, præmis 134). Domstolen fastslog i sin dom af 3. juli 1991, AKZO mod Kommissionen (sag C-62/86, Sml. I, s. 3359, præmis 60), at en markedsandel på 50% er en sådan meget stor markedsandel.
- ¹⁰¹ Selv en livlig konkurrence på et bestemt marked udelukker ikke, at en virksomhed kan have en dominerende stilling her, idet denne stilling i det væsentlige er

karakteriseret ved, at virksomheden kan bestemme sin adfærd uden i sin markedsstrategi at skulle tage hensyn til denne konkurrence og uden for så vidt at måtte acceptere skadevirkninger som følge af sin nævnte adfærd (dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, nævnt i præmis 80 ovenfor, præmis 70, jf. ligeledes i denne retning Domstolens dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, Sml. s. 207, præmis 108-129). Om markedet eventuelt er præget af konkurrence har således betydning, bl.a. når det skal vurderes, om der foreligger en dominerende stilling, men det er ikke i sig selv afgørende for denne vurdering.

- 102 Det skal, som Kommissionen med rette har gjort gældende, i henhold til disse kriterier efterprøves, om WIN indtager en dominerende stilling på det pågældende marked.
- 103 Hvad angår markedsandelene skal det fastslås, at WIN's markedsandel i henhold til beslutningens tabel 8 på markedet for højhastighed nåede 50% den 31. marts 2001, var steget til 72% den 31. marts 2002 og forblev stabil på dette niveau indtil august 2002. Det fremgår af parternes svar på Rettens spørgsmål, at denne markedsandel senere, i oktober 2002, var faldet til 63,6% ifølge WIN og ifølge Kommissionen på baggrund af dennes kilder til et tal mellem 63,4 og 71%. WIN havde således i hele den anfægtede periode en meget betydelig markedsandel, som på nær i usædvanlige tilfælde udgør beviset for eksistensen af en dominerende stilling i henhold til den nævnte retspraksis.
- 104 Hvad angår faldet fra august til oktober 2002 kan nedgangen i markedsandele, der fortsat er meget betydelige, ikke i sig selv udgøre et bevis for, at der ikke foreligger en dominerende stilling (jf. i denne retning Rettens dom af 8.10.1996, forenede sager T-24/93 — T-26/93 og T-28/93, Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1201, præmis 77). Selv om man lægger det tal, WIN har fremlagt, til grund, forbliver WIN's markedsandel nemlig væsentlig i slutningen af perioden for overtrædelsen.

- 105 WIN har alligevel gjort gældende, at markedsandelene er et lidet pålideligt tegn i forbindelse med et marked under opbygning, der er kendetegnet ved en endnu begrænset kundekreds.
- 106 Retten finder, at det pågældende marked i henhold til oplysningerne om markedssituationen, som er fremsat i betragtning 218 til beslutningen, og som WIN ikke har anfægtet, i marts 2001 — da overtrædelsen ifølge Kommissionen begyndte — med sikkerhed havde overstået stadiet for igangsætning og forsøg. Markedet for højhastighed var nemlig begyndt at udvikle sig i Frankrig fra 1997. WIN's ADSL-tjeneste og selskabets konkurrenters første tilbud blev fremsat på kommercielt grundlag fra slutningen af 1999. I slutningen af juni 2000 var der allerede ca. 100 000 abonnenter på markedet for husstandskunders adgang til højhastighedsinternet, og ved afslutningen af 2000 var der mere end 180 000 abonnenter i Frankrig. I løbet af første kvartal 2001 udvidede markedet sig med mere end 5 000 nye abonnenter om ugen. Kommissionen har ved blot at lade overtrædelsen gå tilbage til marts 2001 behørigt udelukket startfasen fra sin analyse, fordi den, som det fremgår af betragtning 71 til beslutningen, vurderede, at markedet indtil dette tidspunkt »ikke [...] var tilstrækkeligt udviklet til, at en »underbudstest« kunne have betydning«.
- 107 Det drejede sig ganske vist om et marked i stærk vækst, men dette forhold kan ikke udelukke anvendelsen af konkurrencereglerne og navnlig ikke reglerne i artikel 82 EF.
- 108 Dette marked i stærk vækst var ikke kendetegnet ved stor usikkerhed i den omtvistede periode. Det har tværtimod vist sig, at et meget stabilt hierarki med WIN som leder etablerede sig på markedet.
- 109 I denne forbindelse skal det fremhæves, at Kommissionen i betragtning 213-215 til beslutningen har fuldendt sin analyse af WIN's dominerende stilling ved at foretage en sammenlignende undersøgelse af de markedsandele, WIN og selskabets

konkurrenter havde i den omtvistede periode. Ifølge denne analyse, som sagsøgeren ikke har anfægtet, ses det, at WIN fortsat har mere end otte gange flere ADSL-abonnenter end selskabets nærmeste konkurrenter. Det følger af fast retspraksis, at de markedsandele, som den pågældende virksomhed har i forhold til sine konkurrenter, udgør gyldige tegn på en dominerende stilling (jf. dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, nævnt i præmis 80 ovenfor, præmis 48).

- 110 WIN har dog gjort gældende, at man på et sådant marked skal anlægge et dynamisk perspektiv ved vurderingen af ikke blot den aktuelle konkurrence, men ligeledes den potentielle konkurrence.
- 111 Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at fastslå, at WIN ifølge sine egne fremtidsanalyser, dateret marts 2001, forventede at bevare en samlet markedsandel på 55% i slutningen af 2004. WIN revurderede i juni 2001 selv disse beregninger for indtrængen på markedet. Selskabet mente da at ville besidde mere end tre fjerdedele af ADSL-segmentet ved udgangen af 2004 og mindst 60% af husstandsmarkedet for højhastighed (betragtning 220 og fodnote 255 til beslutningen). Lignende forhold tyder på, at WIN selv anså den potentielle konkurrence for begrænset. Situationen på det pågældende marked begrundes derfor ikke at anse markedsandelene for et lidet pålideligt tegn.
- 112 Kommissionen tog som led i sin undersøgelse af WIN's stilling på markedet ligeledes i betragtning 223-246 til beslutningen hensyn til den omstændighed, at WIN gennem sin »støtte« fra France Télécom-koncernen havde været begunstiget af meget væsentlige fordele, som bidrog til selskabets dominerende stilling.
- 113 Det skal i denne forbindelse fastslås, at Kommissionen i modsætning til, hvad WIN har gjort gældende, i betragtning 226-228 til beslutningen reelt har undersøgt situationen for de konkurrenter, WIN har nævnt, dvs. AOL, T-Online og Tiscali. Kommissionen konkluderede i betragtning 228, at uanset de pågældende koncerners

beslutning om at støtte deres franske datterselskabers investeringer og handelsinitiativer, kunne ingen af dem påstå, at de begunstigede disse med en teknisk »støtte«, en logistisk »støtte« og en »støtte« i form af et handelsnetværk i Frankrig, der var ligeså afgørende som den støtte, France Télécom tilbød WIN.

- 114 Hvad for det første angår det store forhandlernet, som de konkurrerende koncerner ifølge WIN besad, skal det understreges, at det på det franske område, som er det eneste, der er omfattet af beslutningen, under ingen omstændigheder og langt fra kan nå størrelsen af France Télécoms net, som var den oprindelige telekommunikationsoperatør i Frankrig.
- 115 Blandt de handelsfordele, som WIN er begunstiget af, uden at selskabet i øvrigt har bestridt dette, skal især nævnes netværket af France Télécoms kontorer, som sikrede forhandlingen af WIN's produkter på hele det franske område.
- 116 WIN har for det andet heller ikke bestridt de tekniske fordele, der efter Kommissionens opfattelse følger af France Télécoms »støtte«. Kommissionen har fremført, uden at WIN har modsagt den, at WIN i hele 2000 og de syv første måneder i 2001 har været begunstiget af særbehandling, der har givet sig udslag i et udbud, som er langt mindre tvingende end det, der er fremlagt af selskabets konkurrenter, og i real time-adgang til de konvertible linjers databaser.
- 117 Det franske konkurrenceråd har i øvrigt understreget disse fordele i sin afgørelse 02-MC-03 af 27. februar 2002 om selskabets T-Onlines sagsanlæg og begæring om bevarelsesforanstaltninger, der fremgår af bilaget til svarskriftet. Konkurrencerådet har beordret France Télécom til at stille en Extranet-server til rådighed for samtlige FAI, hvorved de får mulighed for at få adgang til de samme oplysninger som dem, WIN besad, og til at bestille den materielle anvendelse af ADSL-forbindelsen hos France Télécoms særtjenester på samme betingelser om effektivitet som dem, WIN

er indrømmet. Konkurrencerådet har i afventning af installationen af dette system pålagt France Télécom at indstille markedsføringen i sine handelskontorer af WIN's ADSL-tjenester. Konkurrencerådets afgørelse blev, som det er understreget i betragtning 146 til beslutningen, stadfæstet af cour d'appel de Paris (Frankrig) ved dom af 9. april 2002.

- 118 Det skal således fastslås, at Kommissionen med rette har fundet, at France Télécoms »støtte« til WIN har givet WIN fordele, der i forhold til WIN's konkurrenter kan bidrage til selskabets dominerende stilling.
- 119 Det sidste forhold, som Kommissionen har fremført i undersøgelsen af WIN's stilling på det pågældende marked, er den fordel, Wanadoo-koncernen har af sin tilstedeværelse på markedet for telefonbøger. Den har gjort gældende, at meget givtige aktiviteter på dette marked på betydelig vis kan mindske påvirkningen af koncernen som følge af WIN's tabsgivende salg på markedet for adgang til højhastighedsinternet.
- 120 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at denne vurdering fra Kommissionen vedrører et andet marked end markedet for levering af højhastighedsinternet. Wanadoo-koncernens tilstedeværelse på markedet for telefonbøger udgør, som WIN har gjort gældende, herved ikke et forhold, der på afgørende vis bekræfter WIN's dominerende stilling på det pågældende marked.
- 121 Henset til ovenstående omstændigheder må det følgelig antages, at Kommissionen med rette har fundet, at WIN besad en dominerende stilling på det pågældende marked i den omfattede periode.

2. Misbrug af dominerende stilling

a) Klagepunkterne om testen af dækningen af omkostningerne

- ¹²² Tvisten vedrører i denne forbindelse metoden til beregning af dækningsgraden og de beregningsfejl, som Kommissionen angiveligt har begået ved dens anvendelse.

Den urigtige metode til beregning af dækningsgraden af omkostninger

— Parternes argumenter

- ¹²³ Det er WIN's opfattelse, at Kommissionen har foretaget en urigtig retsanvendelse ved at benytte en statistisk test for dækning af omkostningerne, som på ingen måde afspejler den økonomiske virkelighed af rentabiliteten ved WIN's abonnenter. En del af omkostningerne og samtlige indtægter er nemlig, hvad angår abonnenterne, udbredt over et langt tidsrum, og omkostningerne varierer i løbet af perioden. Kommissionens metode medfører ligeledes, at erhvervelsesomkostningerne tillægges 48 gange de løbende månedlige omkostninger, ganske som de var på tidspunktet for tegningen af abonnementet, og at det herved fremkomne samlede beløb sammenlignes med 48 gange de månedlige indtægter, ganske som de var på samme tidspunkt, uden at der tages hensyn til de løbende månedlige omkostningers tilpasning over tid.
- ¹²⁴ Hvad angår de omkostninger, der skal tages hensyn til, har WIN gjort gældende, at Kommissionen for at afgøre, om omkostningerne reelt dækkes, er forpligtet til at undersøge enhver oplysning, som den besidder på tidspunktet for beslutningen, såfremt den anerkender disse oplysningers gyldighed. Kommissionen har udeladt ethvert fald i de beviste og anerkendte omkostninger fra abonnementstegningen til

oktober 2002, eller Kommissionen har nærmere bestemt taget hensyn til omkostningsfaldet for alle, der har tegnet abonnement efter denne dato, men har ikke ajourført de løbende omkostninger for dem, der tidligere havde tegnet abonnement. I tilfælde af en kunde, der tegnede abonnement hos WIN den 1. juni 2001, har selskabet gjort gældende, at Kommissionen har fastsat en oprindelig løbende omkostning på 54,39 EUR om måneden indtil slutningen af maj 2005 (dvs. i 48 måneder), skønt dette fra august 2001 ikke længere svarede til den reelle omkostning, eftersom den ifølge bilag 3 til beslutningen fra denne dato højst udgjorde 34,72 EUR om måneden.

- 125 WIN har forelagt Kommissionen resultater, der er baseret på en discounted cash flow-metode, med henblik på at beregne abonnenternes nettokapitalværdi. Denne metode består i for hver abonnent at opstille samtlige omkostninger og indtægter; vedkommende giver anledning til, at ajourføre dem ved anvendelse af en kalkulationsrentesats, der tages fra de finansielle markeder, og ved at tillægge den »discounted cash flow«, der opnås herefter. Produktomkostningen udgøres af den erhvervesomkostning, der oprindeligt er betalt, hvortil kommer de løbende månedlige omkostninger. WIN har gjort gældende, at denne metode, der er den eneste troværdige på det økonomiske plan, er alment anerkendt og i overensstemmelse med de økonomiske investeringsberegninger, der foretages af økonomer og finansfolk. Det franske konkurrenceråd har anvendt denne metode, og gyldigheden heraf er blevet anerkendt i medfør af den rapport, der er udarbejdet af Oxera for Office of Fair Trading (OFT, konkurrencemyndigheden i Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland). Metoden viser, at de samlede omkostninger — undtaget omkostningerne i marts 2001, som i henhold til resultatet af beregningen kun dækkes 98 eller 99% — og navnlig WIN's variable omkostninger dækkes i hele perioden.

- 126 Kommissionen er enig med WIN i, at det er nødvendigt at fremskrive visse omkostninger, men ikke i, hvilken metode der skal anvendes. For at vurdere den økonomiske balance i WIN's tjenester, har Kommissionen gjort gældende, at der skal anvendes en dynamisk metode, der tager hensyn til den omstændighed, at visse poster med variable omkostninger og navnlig dem, der er forbundet med erhvervsafviklingen af en abonnent, dækkes af de indtægter, virksomheden påregner at få fra denne abonnent i løbet af forretningsforholdet. Ved at sprede disse variable, ikke-løbende omkostninger på 48 måneder har Kommissionen ligeledes taget hensyn til

den normale varighed af et abonnement, som kan tjene til en virksomheds sammenligningsgrundlag med henblik på tilbagebetaling af selskabets investering inden for et rimeligt tidsrum.

¹²⁷ Kommissionen har ved anvendelsen af sin metode gjort gældende, at den har udledt samtlige anvendte tal fra de oplysninger, WIN har afgivet. Det drejer sig således om tal, der er fastslået ud fra en efterfølgende betragtning. Der er ingen rubrik med fiktive omkostninger. Kommissionen har hævdet, at den for samtlige abonnenter fuldt ud har taget hensyn til omkostningsfaldene på det præcise tidspunkt, hvor disse indtraf.

¹²⁸ Kommissionen har endvidere gjort gældende, at der i denne sag ikke kan gives WIN medhold i den discounted cash flow-metode, selskabet har påberåbt sig. Det er Kommissionens opfattelse, at denne metode ikke giver mulighed for at drage en konklusion om underbud. WIN har endvidere ikke anvendt beregninger af kapitalværdien af de pågældende produkter på tidspunktet for sagens omstændigheder. Anvendelsen af discounted cash flow-metoden i denne sag finder endvidere hverken støtte i Fællesskabets retspraksis eller i Kommissionens beslutningspraksis. Den metode, sagsøgeren har foreslået, er under alle omstændigheder ikke den traditionelle metode, eftersom WIN har foreslået at adskille indtægterne fra nye kunder som »gruppe« og for hver af dem analysere, om discounted cash flow er positivt over en femårig periode. WIN vil endvidere indarbejde den faktiske rentetilvækst, der er forekommet ved afslutningen af overtrædelsen, i sin analyse.

— Rettens bemærkninger

¹²⁹ Det skal indledningsvis bemærkes, at Kommissionen, når valget af metode til beregning af dækningsgraden af omkostningerne indebærer, at den skal foretage en vanskelig økonomisk vurdering, skal anerkendes en bred skønsmargen (jf. i denne

retning Domstolens dom af 28.5.1998, sag C-7/95 P, Deere mod Kommissionen, Sml. I, s. 3111, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis). Prøvelsesretten skal således begrænses til efterprøvelsen af, at sagsbehandlings- og begrundelsesreglerne er overholdt, samt rigtigheden af de faktiske omstændigheder, og at der ikke foreligger et åbenbart urigtigt skøn og magtfordrejning.

130 Det følger af retspraksis vedrørende underbudspriser, at priser, der er lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger, medfører en formodning for, at der ikke foreligger aftalte priser, samt at priser, der er lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger, men højere end de gennemsnitlige variable omkostninger, skal anses for at udgøre misbrug, såfremt de er fastsat som led i en plan, hvis formål er at fjerne en konkurrent (dommen i sagen AKZO mod Kommissionen, nævnt i præmis 100 ovenfor, præmis 71 og 72, og Rettens dom af 6.10.1994, sag T-83/91, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. II, s. 755, præmis 148 og 149, stadfæstet ved Domstolens dom af 14.11.1996, sag C-333/94 P, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. I, s. 5951, præmis 41).

131 Kommission har i beslutningen fremlagt tre forskellige analyser med henblik på at belyse sin fremgangsmåde. Den første, som er fremført i betragtning 73-75 til beslutningen, er en analyse blot foretaget på grundlag af regnskabet, hvorved indtægterne og omkostningerne umiddelbart medtages. Der er ifølge WIN tale om en bruttoberegning af indtægter og udgifter, der er registreret i selskabets regnskaber. De to parter har begge anerkendt, at denne metode er uegnet. Selv om WIN har afvist enhver betydning af denne første analyse, har selskabet ikke anfægtet de tal, der er taget hensyn til. Overordnet set har selskabet anerkendt, at »næsten alle data vedrørende omkostningerne hidrører fra WIN, hvor sjældne data stammer fra France Télécom«.

132 Den anden analyse, som er beskrevet i betragtning 76-86 til beslutningen, vedrører den effektive dækning af de beregnede omkostninger. Kommissionen har i henhold til indfrielsesprincippet benyttet teorien om en fordeling af omkostningerne til erhvervelse af kunder på 48 måneder. Kommissionen har på grundlag heraf undersøgt dækningen af de beregnede variable omkostninger og af de samlede

beregnete omkostninger hver for sig, idet den har gjort gældende, at Domstolen har fastsat to test med hensyn til dækningen af omkostninger, alt efter om den dominerende virksomheds adfærd er en del af en plan om udelukkelse af konkurrenter. Det er denne analyse, der ligger til grund for Kommissionens beslutning.

133 Kommissionen har endvidere i betragtning 97-106 til beslutningen udført en tredje, supplerende analyse af dækningen af de beregnede omkostninger, der kunne forudses på et tidligere tidspunkt. Som WIN har gjort gældende i sit svar på Rettens spørgsmål, indeholder denne tredje analyse vitterlig en meget anderledes tilgang, eftersom Kommissionen ikke har forsøgt at fremstille de reelle omkostninger og indtægter. Denne analyse sigter imidlertid i henhold til beslutningen kun til at »bibringe en supplerende afklaring«. Kommissionen har nemlig i betragtning 72 til beslutningen udtrykkeligt angivet, at »udelukkende tilgangen til de beregnede omkostninger giver rigtig mulighed for at træffe en afgørelse«. Kommissionen har således anvendt den anden metode vedrørende de beregnede omkostninger som grundlag for at konkludere, at omkostningerne ikke var dækket. Som følge heraf skal metodens lovlighed efterprøves, uden at det er nødvendigt at tage stilling til lovligheden af den supplerende analyse af dækningen af de beregnede omkostninger, der kunne forudses på et tidligere tidspunkt.

134 Det fremgår klart af betragtning 73-75 til beslutningen, at anvendelsen af regnskabsmetoden — som blev benyttet i sagerne, der lå til grund for dommen i sagen AKZO mod Kommissionen, nævnt i præmis 100 ovenfor, og dommene af 6. oktober 1994 og 14. november 1996 i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, nævnt i præmis 130 ovenfor — hvorved der tages hensyn til omkostningerne, som de klart og enkelt fremgår af virksomhedens regnskaber, i denne sag medfører meget lave dækningsgrader, nemlig 30% for perioden fra januar til juli 2001, 60% for perioden fra august til december 2001 og 83% for perioden fra januar til juni 2002 (beslutningens tabel 2).

135 Kommissionen har imidlertid i betragtning 75 til beslutningen vurderet, at eftersom omkostningerne til erhvervelse af kunder på et marked under udvikling udgør en betydelig del af udgifterne, »[kunne] de dækningsgrader, der er anført i beslutningens tabel 2, således i sig selv være tilstrækkelige til at kvalificere underbudspriser«.

- 136 Som Kommissionen har anført i betragtning 76 til beslutningen, har den i den foreliggende sammenhæng fundet, at »virksomhedens hensigt ikke [var] straks at virkeliggøre et øjeblikkeligt positivt regnskabsresultat«, men »at opnå et dækningsniveau af de løbende omkostninger (netværksomkostninger og produktionsomkostninger), der var tilstrækkeligt til, at den frie margen på disse løbende omkostninger inden for en rimelig tidsramme skulle dække de ikke-løbende variable omkostninger, som blev investeret i forretningsudvikling af de pågældende produkter«. Kommissionen besluttede således at beregne de variable, ikke-løbende omkostninger ved at sprede dem over en vis varighed i henhold til indfrielsesprincippet.
- 137 Kommissionen besluttede således at sprede omkostningerne til erhvervelse af kunder over 48 måneder. WIN har tiltrådt denne opfattelse, idet selskabet har anført, at den gennemsnitlige varighed af abonnementerne snarere ville være fem år fra ordren, og at fire år ville være en minimumsvurdering. Det skal dog bemærkes, at WIN ikke har udført sådanne indfrielser, eftersom de pågældende udgifter blev bogført på tidspunktet for deres afholdelse som løbende almindelige omkostninger. Endvidere har flere af WIN's konkurrenter i deres forretningsplaner foretaget en spredning af de ikke-løbende variable omkostninger over tid, men af en kortere varighed end den, Kommissionen har fastsat i denne sag (betragtning 79 samt fodnote 70 og 71 til beslutningen). Den valgte spredningsperiode forekommer følgelig ikke urigtig.
- 138 Kommissionen fandt ved at anvende denne metode, at de priser, WIN benyttede, ikke gav selskabet mulighed for at dække sine variable omkostninger indtil august 2001 og ej heller sine samlede omkostninger fra januar 2001 til oktober 2002 (beslutningens tabel 3 og 4), hvilket der ikke er tvivl om under hensyntagen til dækningsniveauet af de variable omkostninger.
- 139 Den metode, Kommissionen har anvendt, skal således vurderes i forhold til det forfulgte formål, nemlig testen af dækning af omkostninger i henhold til artikel 82 EF og i forhold til den kritik, WIN har fremsat.

- ¹⁴⁰ Det skal for det første fastslås, at Kommissionen i modsætning til, hvad WIN har gjort gældende, ikke har anvendt en statisk dækningstest, hvilket i øvrigt ville have været langt mere ufordelagtigt for WIN (jf. præmis 134 ovenfor).
- ¹⁴¹ Det følger klart af beslutningen (betragtning 76 og 77), at Kommissionen besluttede at beregne kundernes erhvervelsesomkostninger over 48 måneder for at tage hensyn til den omstændighed, at omkostningerne og indtægterne pr. abonnent for abonnementernes vedkommende er spredt over et langt tidsrum.
- ¹⁴² Endvidere medfører metoden i modsætning til, hvad WIN har gjort gældende, på ingen måde, at erhvervelsesomkostningerne tilføjes 48 gange til de løbende månedlige omkostninger, sådan som de forelå på tidspunktet for tegningen af abonnementet, og at summen heraf blev sammenlignet med 48 gange de månedlige indtægter, sådan som de forelå på samme dato.
- ¹⁴³ Det skal ved gennemlæsningen af beslutningen og dens bilag tværtimod fastslås, at Kommissionen for hver periode af overtrædelsen og for alle abonnenterne har medregnet de efterfølgende prisfald, der forekom i løbet af den anfægtede periode. Kommissionen har opbygget sin analyse ud fra disse fald.
- ¹⁴⁴ Den 31. juli 2001 — svarende til afslutningen af den første periode, som Kommissionen har taget hensyn til med henblik på analysen af de beregnede, variable omkostninger (beslutningens tabel 3) — falder sammen med nedsættelsen af prisen for den nationale og regionale samling af trafikken. Den anden periode tager hensyn til denne prisnedsættelse ved at anvende de nye priser. Afslutningen af den anden periode, den 15. oktober 2001, falder sammen med indledningen af en periode med gratis installation, som France Télécom normalt fakturerede kunderne

for. Der blev ligeledes herved taget hensyn til nedsættelsen af de således opståede omkostninger. Endelig markerer grænsen mellem den tredje og den fjerde periode, som er fastsat til den 15. februar 2002, ændringen af prisfastsættelsen for tjenesten med international »forbindelse« og geniværksættelsen af France Télécoms opkrævning af installationsgebyr.

145 Følgelig er det i modsætning til, hvad WIN har gjort gældende, klart, at de forskellige perioder, der er taget hensyn til, netop tilsigter at tage hensyn til nedsættelsen af de påberåbte omkostninger.

146 Det følger endvidere navnlig af sammenligningen af beslutningens bilag 1, 3, 5 og 7, for så vidt angår eXtense-tjenesten, samt bilag 2, 4, 6 og 8 for så vidt angår tjenesten Wanadoo ADSL, at de nye priser og andre dele af omkostningerne i hver af de indregnede perioder ikke blot anvendes på de abonnementer, der var tegnet fra begyndelsen af overtrædelsesperioden, men ligeledes på det samlede grundlag.

147 Hvis man f.eks. sammenligner de variable, løbende omkostninger, som fremgår af tabellen vedrørende eXtense-tjenesten i beslutningens bilag 1, og som vedrører perioden fra den 8. januar til den 31. juli 2001, med omkostningerne af samme art, som fremgår af bilag 3, men som dækker perioden fra den 1. august til den 15. oktober 2001, viser det sig, at prisen for den nationale eller lokale samling af trafikken er ændret fra 151 til 52,43 franske franc (FRF), og at satsen for tjenester med ADSL-adgang er ændret fra 185 til 140 FRF. Disse prisfald er der vitterlig blevet taget hensyn til ikke kun for de abonnementer, der var tegnet fra begyndelsen af overtrædelsesperioden (tabel 3.2 i beslutningens bilag 3), men ligeledes for hele grundlaget (tabel 3.1 i samme bilag).

148 Det følger på samme vis af en sammenligning af beslutningens bilag 2 og 4 vedrørende de beregnede, variable omkostninger til Wanadoo ADSL, at prisen for den nationale eller lokale samling af trafikken for det samlede grundlag er ændret fra 151 FRF i den første periode til 52 FRF i den anden periode.

- 149 Endvidere medfører den gratis installation for nye abonnenter på eXtense-tjenesten (tabel 5.2 i beslutningens bilag 5), der gælder fra den 15. oktober 2001, en nedsættelse af installationsudgifterne for det samlede grundlag (tabel 5.1 i samme bilag) fra 53,40 til 27,16 EUR. Disse udgifter stiger til 32,37 EUR (tabel 7.1 i beslutningens bilag 7), såfremt installationsudgifterne for de nye abonnenter på eXtense-tjenesten regnes fra den 15. februar 2002 (tabel 7.2 i samme bilag).
- 150 Hvad angår omkostningerne for international »forbindelse« viser sammenligningen af beslutningens bilag 5 og 7 for eXtense-tjenesten samt sammenligningen af beslutningens bilag 6 og 8 vedrørende Wanadoo ADSL, at faldet fra 3,19 til 1,62 EUR, der skete fra tredje til fjerde periode, ikke blot har indvirkning på de nye abonnenter, men ligeledes på det samlede grundlag (tabel 7.1 i bilag 7 eller tabel 8.1 i bilag 8 til beslutningen, alt efter hvilket produkt der er tale om).
- 151 Kommissionen har således taget hensyn til de forskellige prisændringer i sin vurdering af omkostningerne.
- 152 Det skal i denne forbindelse understreges, at Kommissionen med rette har fundet, at de indtægter og omkostninger, der ligger efter overtrædelsesperioden, ikke kan opføres på regnskabet til vurdering af dækningsgraden af omkostningerne i løbet af den pågældende periode. Det følger af retspraksis, at artikel 82 EF omfatter den stilling, den pågældende virksomhed indtager på fællesmarkedet på tidspunktet, hvor denne begår det påståede misbrug (Domstolens dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663, præmis 450). WIN kan således ikke føje de priser og omkostninger, som ligger senere end oktober 2002, til sine beregninger. Følgelig kan sagsøgerens anbringender, som er støttet på priser og omkostninger, der ligger senere end oktober 2002, ikke drage Kommissionens vurdering i tvivl.

- 153 Endelig skal det hvad angår WIN's anbringender, hvorefter kun discounted cash flow-metoden er relevant med henblik på beregningen af dækningsgraden i den foreliggende sag, bemærkes, at selv hvis WIN kunne godtgøre den passende karakter i visse henseender af den metode, selskabet har gjort gældende, er dette ikke tilstrækkeligt til at bevise, at den metode, Kommissionen har anvendt i denne sag, er ulovlig. Det tilkommer sagsøgeren at godtgøre denne ulovlighed. Den forudgående gennemgang har afsløret, at Kommissionen ikke anlagde et åbenbart urigtigt skøn ved at vælge denne metode.
- 154 Det kan fastslås, at WIN ikke har godtgjort, at Kommissionen har anvendt en ulovlig test af dækningen af omkostningerne i denne sag ved at anvende de data, der fremgår af WIN's regnskaber, og ved at rette disse til fordel for WIN for at tage hensyn til den særlige sammenhæng, det pågældende marked befandt sig i, alt imens Kommissionen overholdt de ufravigelige krav til undersøgelsen i henhold til artikel 82 EF.
- 155 For fuldstændighedens skyld skal det fastslås, dels at det ikke følger af retspraksis, at anvendelsen af discounted cash flow-metoden gjorde sig gældende i denne sag, dels at WIN ikke har fremført noget argument, der kan godtgøre, at Kommissionen i denne forbindelse har anlagt et åbenbart urigtigt skøn.
- 156 Anbringenderne vedrørende metoden til beregning af dækningsgraden af omkostningerne kan således ikke tages til følge.

Beregningsfejl ved gennemførelsen af den anvendte metode

— Parternes argumenter

- 157 Det er WIN's opfattelse, at Kommissionen har begået fejl ved gennemførelsen af sin egen beregningsmetode, navnlig ved beregningen af de faste og variable

omkostninger. Kommissionen har valgt forskellige værdier til at skildre de samme omkostninger, hvilket systematisk har været til ugunst for WIN. Kommissionen har således på vilkårlig vis udledt forskelle, der kan anses for at udtrykke måneder med gratis abonnement tilbudt til kunderne. Disse fejl forklarer i vidt omfang, at Kommissionen er nået frem til den konklusion, at omkostningerne ikke dækkes. WIN har for yderligere bemærkninger til disse beregningsfejl henvist til et af bilagene til sin stævning.

158 Kommissionen har vurderet, at de påståede beregningsfejl, der skulle være begået i beslutningen, ikke identificeres i selve stævningen, eftersom henvisningen til de vedlagte bilag er generel. Dette subsidiære anbringende bør således afvises.

159 Det er endvidere Kommissionens opfattelse, at WIN ikke går så vidt som at påstå, at rettelsen af disse fejl ville have ført til et andet resultat, eftersom dækningsgraden ville forblive under 100%. Dette anbringende er således under alle omstændigheder ikke relevant.

160 WIN har i sin replik svaret, at anbringendet, som var fremsat præcist i stævningen, kan antages til realitetsbehandling, idet kun detaljerne om beregningsfejlene fremgik af bilag. Det er således efter WIN's opfattelse heller ikke irrelevant. Dette anbringende godtgør nemlig, at dækningsgraden for de samlede omkostninger skifter fra et interval på 90-91% til et interval på 98-99%. Kommissionen har vurderet, at en dækningsgrad på 99,7% ikke udgør en overtrædelse.

161 WIN har i sin replik anfægtet inddragelsen af reklamer i de variable omkostninger og beregningen af den gennemsnitlige dækningsgrad af omkostningerne for de pågældende to tjenester.

— Rettens bemærkninger

- ¹⁶² Der skal indledningsvis sondres mellem iværksættelsen af metoden til fastsættelse af dækningsgraden af omkostningerne og beregningerne i egentlig forstand, som er afgrænsede til enkelte matematiske udregninger. Det følger af WIN's processkrifter, at selskabet ikke i det væsentlige drager de matematiske beregninger i tvivl, men den omstændighed, at der er taget hensyn til visse urigtige forhold.
- ¹⁶³ Iværksættelsen af metoden til fastsættelse af dækningsgraden af omkostningerne medfører til forskel fra selve beregningerne en kompliceret økonomisk vurdering fra Kommissionens side, og den skal indrømmes en bred skønsmargin (jf. i denne retning dommen i sagen Deere mod Kommissionen, nævnt i præmis 129 ovenfor, præmis 34). Domstolskontrollen skal følgelig afgrænses til at efterprøve, om reglerne om procedure og begrundelse samt om den materielle rigtighed af de faktiske forhold er overholdt, at der ikke foreligger et åbenbart urigtigt skøn, og at der ikke foreligger magtfordrejning.
- ¹⁶⁴ Uafhængigt af, om det foreliggende anbringende kan antages til realitetsbehandling, skal det, som Kommissionen har gjort gældende, fremhæves, at selv når der tages hensyn til alle de påståede fejl, og de bevises, forbliver den dækningsgrad af de samlede omkostninger, som WIN ville opnå, ifølge selskabet selv under 99% og endda 98% for eXtense-tjenesten. Det ville fortsat opretholde klagepunktet om, at de samlede omkostninger ikke dækkes i hele den pågældende periode.
- ¹⁶⁵ I denne forbindelse kan den omstændighed, at Kommissionen under anvendelse af sine skønsmålinger kunne tillade, at en dækningsgrad af de variable omkostninger på 99,7% ikke udgjorde en overtrædelse, ikke forpligte Kommissionen til at gøre det samme for dækningsgrader af de samlede omkostninger på henholdsvis 98 og 99%. Dette anbringende kan således ikke tages til følge, idet det ikke kan tillægges vægt.

166 Hvad angår den påståede afvisning af dette anbringende skal det for fuldstændighedens skyld bemærkes, at stævninger i henhold til artikel 21 i Domstolens statut og artikel 44, stk. 1, litra c), i Rettens procesreglement skal indeholde en angivelse af søgsmålets genstand og en kort fremstilling af søgsmålsgrundene. Disse angivelser skal være tilstrækkeligt klare og præcise til, at sagsøgte kan tilrettelægge sit forsvar, og Retten i givet fald på det således foreliggende grundlag kan tage stilling til sagen (Rettens kendelse af 29.11.1993, sag T-56/92, Koelman mod Kommissionen, Sml. II, s. 1267, præmis 21).

167 Det skal ligeledes bemærkes, at bilagene, såfremt stævningen kan underbygges og fuldstændiggøres på særlige områder ved hjælp af henvisninger til dertil bilagte akter, har en rent bevismæssig og instrumental funktion (Rettens dom af 7.11.1997, sag T-84/96, Cipeke mod Kommissionen, Sml. II, s. 2081, præmis 34). Bilagene kan således ikke tjene til grundlag for et anbringende, der er kortfattet fremsat i stævningen, med fremsættelse af kritikpunkter og argumenter, som ikke fremgår af stævningen. Sagsøgeren skal i sin stævning angive de præcise kritikpunkter, som Retten skal tage stilling til, samt på mere eller mindre kortfattet vis de retlige og faktiske omstændigheder, som disse støttes på (Domstolens dom af 31.3.1992, sag C-52/90, Kommissionen mod Danmark, Sml. I, s. 2187, præmis 17, og Rettens kendelse af 28.4.1993, sag T-85/92, De Hoe mod Kommissionen, Sml. II, s. 523, præmis 20).

168 Følgelig kan dette anbringende antages til realitetsbehandling inden for rammerne af de fejl, der klart er redegjort for i stævningen, nemlig valget af forskellige værdier som repræsentation for de samme omkostninger og udledelsen af forskelle, der kan anses for at udtrykke måneder med gratis abonnement tilbudt til kunderne. Det må derimod afvises for så vidt angår inddragelsen af reklamer i de variable omkostninger og beregningen af den gennemsnitlige dækningsgrad af omkostningerne for de to tjenester, som er forhold, der kun er nævnt og fremført i et af bilagene til stævningen.

169 Dette anbringende skal følgelig delvist afvises fra realitetsbehandling og kan under alle omstændigheder ikke tillægges vægt, jf. præmis 165.

b) Anbringenderne vedrørende testen af underbud

- 170 Det er WIN's opfattelse, at Kommissionen har foretaget urigtig retsanvendelse og begået åbenbare urigtige skøn ved iværksættelsen af testen af underbud, hvilket bør medføre annullation af beslutningen som følge af tilsidesættelse af artikel 82 EF. WIN har påberåbt sig begrundelsen støttet på selskabets ret til at sidestille sig med sine konkurrenters priser, at der ikke forelå en plan om underbud og begrænsning af konkurrencen, og at det var nødvendigt at bevise, at tabene blev genindvundet.

Begrundelsen om WIN's ret til at sidestille sig med sine konkurrenters priser

— Parternes argumenter

- 171 Det er WIN's opfattelse, at retten for den erhvervsdrivende, uanset dennes karakter, til i god tro at sidestille sig med den pris, som en konkurrent tidligere har anvendt, er grundlæggende for konkurrenceprocessen. Kommissionen har i sin beslutningspraksis selv anerkendt denne ret, den er anerkendt i retspraksis og ved enighed i den økonomiske teori og analyse. Den omstændighed, at konkurrenternes priser svarer til priser, der er lavere end den pågældende virksomheds omkostninger, har ingen betydning i denne forbindelse.
- 172 Det er årsagen til, at Kommissionen selv i sin beslutning 83/462/EØF af 29. juli 1983 om en procedure i henhold til [artikel 82 EF] (IV/30.698 — ECS/AKZO: foreløbige forholdsregler, EFT L 252, s. 13) udtrykkeligt gav den pågældende dominerende virksomhed tilladelse til at anvende priser, der lå under dens omkostninger, for i god tro at sidestille sig med den pris, der forudgående var blevet anvendt af

konkurrenterne. Domstolen har som led i en sag anlagt til prøvelse af denne beslutning netop fremhævet, at Kommissionen principielt ikke drager en dominerende virksomheds ret til at sidestille sig med konkurrenterne i tvivl, og Domstolen har selv meget klart fastslået dette princip.

¹⁷³ Kommissionen har endvidere i sine supplerende konstateringer gengivet de faktiske omstændigheder urigtigt ved med urette at anfægte WIN's sidestilling med sine konkurrenter.

¹⁷⁴ Kommissionen har fundet, at såfremt sidestilling med konkurrenternes priser ikke fuldstændigt er forbudt for en virksomhed, der befinder sig i en dominerende stilling, er denne mulighed ikke åben for virksomheden, hvis det medfører priser, der er lavere end omkostningerne ved den pågældende tjeneste. Det er Kommissionens opfattelse, at den dominerende virksomheds prispolitik i denne sag i form af sidestilling med en anden, ikke-dominerende erhvervsdrivendes tilbudspriser, som ikke giver den mulighed for at dække sine omkostninger, ikke er begrundet. Kommissionen har endvidere vurderet, at WIN's konkurrenter ikke befandt sig i en dominerende stilling, og Kommissionen har for fuldstændighedens skyld anfægtet rigtigheden af WIN's påstande, hvorefter selskabets prispolitik kun udgjorde en sidestilling med dets konkurrenters priser.

¹⁷⁵ Under alle omstændigheder er diskussionen om sidestilling efter Kommissionens opfattelse irrelevant. Beslutningen er nemlig afgrænset til at bebrejde WIN for at opretholde sine priser efter marts 2001 på et tidspunkt, hvor selskaberne Noos og Mangoosta havde hævet deres priser med mere end 20%, og hvor der ikke længere var tale om sidestilling. Kommissionen har i denne forbindelse henvist til betragtning 331 til beslutningen.

— Rettens bemærkninger

¹⁷⁶ Det skal først fastslås, at Kommissionen på ingen måde har anfægtet den erhvervsdrivendes ret til at sidestille sig med den pris, som en konkurrent tidligere

har anvendt. Kommissionen har i betragtning 315 til beslutningen gjort gældende, at »såfremt det er korrekt, at det ikke er aldeles forbudt for en dominerende erhvervsdrivende at sidestille sig med konkurrenternes priser, bør denne mulighed ikke desto mindre nægtes den pågældende, når den medfører den dominerende virksomheds manglende dækning af omkostningerne til den pågældende tjeneste«.

177 WIN har imidlertid vurderet, at Kommissionen således har tilsidesat sin beslutningspraksis og Domstolens praksis.

178 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at der var tale om en begrænset fastslåelse af en dominerende virksomheds ret til sidestilling i de fortilfælde, WIN har gjort gældende. Dette gælder såvel beslutning 83/462 om foreløbige forholdsregler som den efterfølgende dom fra Domstolen (dommen i sagen AKZO mod Kommissionen, nævnt i præmis 100 ovenfor, præmis 134).

179 Kommissionen har nemlig i beslutning 83/462 ikke tilladt AKZO generelt at sidestille sig med konkurrenternes priser, men kun at foretage sidestilling i forhold til en bestemt kunde med priserne fra en anden producent, som ville være i stand til at levere den. Denne tilladelse til sidestilling under meget præcise betingelser fremgik endvidere ikke af den endelige beslutning, der blev vedtaget i samme sag (Kommissionens beslutning 85/609/EØF af 14.12.1985 om en procedure i henhold til [artikel 82 EF] (IV/30.698 — ECS/AKZO Chemie), EFT L 374, s. 1).

180 WIN kan følgelig ikke på dette grundlag alene gøre gældende, at Kommissionen i sin beslutningspraksis har anerkendt en ret for dominerende virksomheder til at sidestille sig med sine konkurrenters priser selv i tilfælde, hvor dette ville medføre anvendelsen af priser, der lå under virksomhedernes omkostninger.

181 Domstolen har i dommen i sagen AKZO mod Kommissionen, nævnt i præmis 100 ovenfor, som er den eneste dom, WIN har henvist til som støtte for sit synspunkt, ganske vist ikke principielt draget en dominerende virksomheds ret til sidestilling i tvivl. Domstolen har imidlertid ved at finde, at Kommissionen med rette havde fastslået, at der ikke forelå et konkurrerende tilbud, ikke skullet tage stilling til lovligheden af en dominerende virksomheds sidestilling med sine konkurrenters priser, hvor en sådan sidestilling medfører priser, der er lavere end omkostningerne.

182 Det kan således ikke gøres gældende, at en dominerende virksomheds ret til at sidestille sig med konkurrenceprisen er absolut, og at Kommissionen og Domstolen har anerkendt den som sådan i deres praksis, særligt når denne ret ville medføre en begrundelse for anvendelsen af underbudspriser, der endvidere er forbudt i henhold til traktaten.

183 Kommissionen har i denne sag fundet, at denne mulighed for sidestilling skal nægtes den dominerende virksomhed, når den medfører den dominerende virksomheds manglende dækning af omkostningerne til den pågældende tjeneste.

184 Denne begrænsnings forenelighed med fællesskabsretten skal således efterprøves.

185 Det skal bemærkes, at selv om en dominerende stilling i henhold til retspraksis ikke kan berøve en virksomhed, der har en sådan stilling, retten til at forsvare sine egne handelsmæssige interesser, når disse trues, og selv om der må indrømmes virksomheden ret til i rimeligt omfang at foretage handlinger, som den skønner hensigtsmæssige med henblik på beskyttelse af disse interesser, kan man ikke tillade sådanne former for adfærd, når de netop har til formål at styrke denne dominerende stilling og misbruge den (dommen i sagen United Brands mod Kommissionen, nævnt i præmis 101 ovenfor, præmis 189, samt Rettens dom af 1.4.1993, sag

T-65/89, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, Sml. II, s. 389, præmis 117, og dommen i sagen *Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen*, nævnt i præmis 104 ovenfor, præmis 146).

¹⁸⁶ De særlige forpligtelser, som er pålagt virksomheder, der befinder sig i en dominerende stilling, er gentagne gange blevet bekræftet ved retspraksis. Retten har i sin dom af 17. juli 1998, *ITT Promedia mod Kommissionen* (sag T-111/96, Sml. II, s. 2937, præmis 139), udtalt, at det følger af arten af de forpligtelser, der pålægges ved artikel 82 EF, at virksomheder i dominerende stilling under særlige omstændigheder kan miste retten til at udvise adfærd eller gennemføre handlinger, som ikke i sig selv ville være misbrug, og som ikke ville kunne kritiseres, hvis de var udvist eller gennemført af virksomheder, der ikke var dominerende.

¹⁸⁷ WIN kan således ikke påberåbe sig en absolut ret til at sidestille sig med sine konkurrenters priser som begrundelse for sin adfærd. Såfremt det er rigtigt, at en dominerende virksomheds sidestilling med konkurrenternes priser ikke i sig selv er misbrug eller kan kritiseres, kan det ikke udelukkes, at dette bliver tilfældet, når sidestillingen ikke blot tilsigter at beskytte virksomhedens interesser, men har til formål at styrke den dominerende stilling og misbruge den.

Den påståede mangel på en plan om underbud og konkurrencebegrænsning

— Parternes argumenter

¹⁸⁸ Det er WIN's opfattelse, at underbud forudsætter en betydelig konkurrencebegrænsning. Det er selskabets overbevisning, at en underbudsstrategi på ingen måde kan anses for rationel, såfremt det er umuligt, at konkurrenterne fortrænges eller i det mindste stoppes eller begrænses i deres adfærd. Følgelig har Kommissionen ved

at straffe WIN, selv om den anerkender, at WIN's markedsandel er faldet under den påståede overtrædelsesperiode, og at konkurrencen ved afslutningen af den pågældende periode var stærk, begået en alvorlig tilsidesættelse af artikel 82 EF. WIN har ikke haft mulighed for at fjerne sine konkurrenter på markedet ved at opretholde for lave priser. Derudover er det særligt ulogisk at søge at fortrænge konkurrenter i denne sektor, hvor adgangshindringerne er begrænsede, på et område af denne art, idet dette, selv når en udelukkelse sker, medfører mulig adgang på alle niveauer, hvilket ophæver den eventuelle interesse i en udelukkelse af konkurrenterne.

- 189 Kommissionen har begået et alvorligt fejlskøn ved at bebrejde WIN udelukkelsen af selskabet Mangoosta. Denne virksomheds fallit skyldes nemlig kun en særlig risikabel strategisk politik og på ingen måde WIN's prisfastsættelse.
- 190 WIN har endvidere anfægtet den omstændighed, at Kommissionen har antaget, at visse af konkurrenternes manglende mulighed for at sidestille sig med WIN's priser skyldes disses langsomme udvikling. Kommissionen har ikke taget hensyn til WIN's konkurrenters vilje til at holde sig til udviklingen af lav hastighed til skade for ADSL, der ikke ansås som bæredygtigt.
- 191 Kommissionen har ligeledes begået et åbenbart urigtigt skøn ved at finde, at priser, som var fuldkomment rationelle i en sammenhæng med stærk konkurrence, som havde bidraget til udviklingen af markedet, og som ligger til grund for den stærke konkurrence, der findes i dag, er underbudspriser. Forbrugerne har under alle omstændigheder aldrig lidt skade, eftersom disse er begunstiget af lave priser.
- 192 Endelig er det WIN's opfattelse, at den strategi, selskabet har vedtaget, på ingen måde kan anses for at afsløre nogen som helst hensigt til underbud. Kommissionen

har blot fremhævet nogle forhold, der tilsigter at godtgøre WIN's formodede hensigt til at fjerne sine konkurrenter, men har ikke bevist en objektiv udelukkelsesplan. Det grundlæggende i Kommissionens argumentation om den påståede hensigt hviler på en vilkårlig og fordrejet udvælgelse af interne dokumenter, som er fundet i WIN's lokaler.

193 Kommissionen er af den opfattelse, at godtgørelsen af, at WIN's underbudspriser har konkret virkning, ikke er afgørende med henblik på at fastslå den pågældende overtrædelse. Kommissionen har gjort gældende, at artikel 82 EF skal finde anvendelse fra det øjeblik, hvor der er en risiko for fjernelse af konkurrencen, uden at det er nødvendigt at afvente, at målet om udelukkelse nås.

194 Kommissionen har hvad angår planen om underbud gjort gældende, at det følger af fast retspraksis, at det formodes, at der foreligger forsæt i tilfælde, hvor priserne er lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger, og at forsættet skal bevises på grundlag af alvorlige og samstemmende indicier i tilfælde af, at priserne er lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger, men højere end de gennemsnitlige variable omkostninger. Kommissionen mener, at den i beslutningen har fremlagt alvorlige indicier, der beviser, at virksomheden forsætligt havde indledt sig på en strategi om forkøbsret på markedet og afgrænsning af konkurrencen.

— Rettens bemærkninger

195 Hvad angår anvendelsen af artikel 82 EF og sondringen mellem genstanden for og virkningen af misbruget skal det understreges, at bevisførelsen for det konkurrencebegrænsende formål og for den konkurrencebegrænsende virkning med henblik på anvendelsen af den nævnte artikel i givet fald kan falde sammen. Hvis det nemlig er bevist, at en markedsdominerende virksomheds adfærd har til formål at begrænse konkurrencen, vil denne adfærd ligeledes kunne have denne virkning. For så vidt angår praksis på prisområdet fastslog Domstolen i dommen i sagen AKZO mod Kommissionen (nævnt i præmis 100 ovenfor), at priser, der er lavere end de

gennemsnitlige variable omkostninger hos en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, i sig selv anses for misbrug, idet den eneste interesse, virksomheden kan have i at anvende sådanne priser, er at fjerne sine konkurrenter, og at priser, der er lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger, men højere end de gennemsnitlige variable omkostninger, anses for misbrug, når de fastsættes som led i en plan om at fjerne en konkurrent. Domstolen krævede ikke i denne sag, at der blev ført bevis for de konkrete virkninger af den omhandlede adfærd (jf. i denne retning Rettens dom af 30.9.2003, sag T-203/01, Michelin mod Kommissionen, Sml. II, s. 4071, præmis 241 og 242).

¹⁹⁶ Det skal endvidere tilføjes, at når en virksomhed, der har en dominerende stilling, faktisk gennemfører en praksis med henblik på at fortrænge en konkurrent, er den omstændighed, at det ønskede resultat ikke blev opnået, ikke tilstrækkeligt til at udelukke et misbrug af en dominerende stilling som omhandlet i artikel 82 EF (dommen i sagen *Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen*, nævnt i præmis 104 ovenfor, præmis 149, og Rettens dom af 7.10.1999, sag T-228/97, *Irish Sugar mod Kommissionen*, Sml. II, s. 2969, præmis 191).

¹⁹⁷ Det følger klart heraf, at det første element i den misbrug, den dominerende virksomhed har iværksat, for så vidt angår underbudspriser udgøres af, at virksomhedens omkostninger ikke dækkes. Hvis de variable omkostninger ikke dækkes, forudsættes det andet element, dvs. forsættet til underbud, at foreligge, hvorimod det for de priser, der er lavere end gennemsnittet af de samlede omkostninger, skal bevises, at der foreligger en plan om udelukkelse af konkurrencen. Dette forsæt til udelukkelse skal i henhold til dommen af 6. oktober 1994 i sagen *Tetra Pak mod Kommissionen* (nævnt i præmis 130 ovenfor, præmis 151) godtgøres på grundlag af alvorlige og samstemmende indicier.

¹⁹⁸ Kommissionen har i denne sag godtgjort, at WIN har en dominerende stilling, og har i beslutningens artikel 1 holdt WIN ansvarlig for, at de variable omkostninger indtil august 2001 samt de samlede omkostninger fra dette tidspunkt til oktober

2002 ikke blev dækket. For perioden, hvor de samlede omkostninger ikke blev dækket, skulle Kommissionen således for at godtgøre overtrædelsen fremlægge alvorlige indicier for, at der forelå en strategi om »at blive den førende« på markedet.

¹⁹⁹ I betragtning 110 til beslutningen henvises der til dokumenter, som er spredt over hele den omtvistede periode, og som godtgør, at WIN havde en strategi om »at blive den førende« på markedet for højhastighed, særligt:

- et dokument fra juli 2000, hvori det følgende mål for andet halvår 2000 og hele 2001 udtrykkes: »Vi skal blive den førende på ADSL-markedet med et alt inklusive-tilbud [plus] pack, og investeringerne i 2001 skal øges, men den økonomiske balance skal være negativ«
- e-post af juli 2000 vedrørende en diskussion om det passende prisniveau, hvoraf fremgår: »Vi vil få besvær med at blive den førende på dette marked med en pris, der er for høj«
- rammeskrivelsen for 2001 med følgende angivelser: »det er nødvendigt, at vi bliver den førende på ADSL-markedet«
- beretning af 28. februar 2001, hvorved man omtalte »en kampagne om at blive den førende på området for højhastighed fra [WIN's] side«
- strategiplanen for 2002-2004, hvori der for perioden 2001-2003 henvises til den stærke udvikling af højhastighed og målsætningen om »at blive den førende på et marked, der anses som værdiskabende«.

200 Endvidere godtgør nogle af WIN's dokumenter, at selskabet forsøgte at erhverve og herefter bevare meget betydelige markedsandele. I rammeskrivelsen for 2001 angives f.eks. at »70[...] -80% af ADSL-markedet skal tilhøre [WIN]«. WIN's direktørs beretning til France Télécoms bestyrelse i juni 2001 omtalte en markedsandel på 80% for hele perioden 2001-2004 på området for »adskilte tilbud som Wanadoo ADSL« og en markedsandel stigende fra 50% i gennemsnit i 2001 til 72% i 2004 på området for »pakketilbud som eXtense«.

201 WIN har ganske vist bestridt rækkevidden af disse dokumenter og navnlig betydningen af begrebet »blive den førende«, som anvendes heri. Det er WIN's opfattelse, at sådanne uformelle og spontane, endda uovervejede, udtalelser kun afspejler sprogbrugen i beslutningsprocessen. De binder kun ophavsmændene og ikke virksomheden.

202 Det skal imidlertid fremhæves, at disse udtalelser hidrører fra virksomhedens ledelse, og at visse er blevet fremsat som led i formelle beretninger for beslutningsorganer eller ved en gennemarbejdet rammeskrivelse. Deres spontane og uovervejede karakter forekommer således tvivlsom.

203 WIN har i sin stævning og især i visse bilag hertil endvidere gjort gældende, at hovedparten af de angiveligt bebyrdende dokumenter og erklæringer er taget ud af deres sammenhæng, og at Kommissionen bevidst har undladt at tage hensyn til talrige begunstigende erklæringer.

204 Det skal fastslås, at WIN i sin stævning blot har gjort gældende, at Kommissionen har benyttet talrige uddrag af interne dokumenter, som den ikke placerede i deres rette sammenhæng. Et så uklart argument giver ikke sagsøgte mulighed for at

forsvare sig og giver ikke Retten mulighed for i givet fald at tage stilling uden andre tilgrundliggende oplysninger (kendelsen i sagen Koelman mod Kommissionen, nævnt i præmis 166 ovenfor, præmis 21). Det er i strid med bilagenes rent bevismæssige og instrumentale funktion, at disse kan tjene til detaljeret at godtgøre en påstand, der ikke er tilstrækkeligt klart og præcist fremsat i stævningen.

205 Dette anbringende, som WIN vil udlede af, at der er taget hensyn til angiveligt bebyrdende dokumenter uden for deres sammenhæng, og at der ikke er taget hensyn til talrige begunstigende erklæringer, kan således ikke tages til følge.

206 For fuldstændighedens skyld skal det fremhæves, at antagelsen af, at der foreligger forsæt til udelukkelse af konkurrencen, end ikke forsvinder, såfremt man placerer vendingen »vi vil få besvær med at blive den førende på dette marked med en pris, der er for høj« i sin sammenhæng, dvs., hvis man lader vendingen »vores priser er højere« gå forud herfor og lader den efterfølges af »vores konkurrenter ligger under vores priser«.

207 På samme måde kan vendingen »det er nødvendigt, at vi bliver den førende på ADSL-markedet« ikke forstås anderledes end, at der er en hensigt til at blive den førende, selv om vendingen placeres i den sammenhæng, som WIN har gjort gældende, med en udbredt konkurrence. Den omstændighed, at den erklæring, Kommissionen har nævnt, er efterfulgt af erklæringen, hvorefter »gennemførelsen af konkurrence på ADSL udløser et fald i priserne på Netissimo (detail- og engrospriserne) fra begyndelsen af 2001« og »fastsættelsen af prisbetingelserne for opsplnitning af abonnentledninger uden tvivl ligeledes bidrager til faldet i ADSL-priserne«, svækker ikke den nødvendighed, WIN har opstillet, for at blive den førende på markedet.

208 Hvad angår vendingen, hvorefter »70[...]80% af ADSL-markedet skal tilhøre Wanadoo«, anfægtes den reelt ikke. WIN har blot gjort gældende, at der heri ikke er

nævnt nogen eventuel anvendelse af lave priser, og at der følgelig ikke er forbindelse mellem de fastsatte priser og formålene hermed i forhold til markedsandele. Desuagtet fjerner den omstændighed, at måden til at opnå 70-80% af andelen på ADSL-markedet ikke omtales, intet fra det forfulgte formål.

209 Disse erklæringer, som fremgår af selskabets interne dokumenter, udgør under alle omstændigheder et indicium for, at der foreligger en plan om underbud, hvilket styrkes af andre forhold.

210 Det følger af betragtning 279 ff. til beslutningen, at forsættet til afgrænsning af konkurrencen ligeledes følger af den omstændighed, at WIN var bevidst om, at selskabets strategi med fastsættelse af urentable priser i forbindelse med betydeligt salg ikke var økonomisk holdbar for dets konkurrenter.

211 Den ansvarlige for ADSL-tjenesterne omtalte i e-post til direktøren for WIN i slutningen af april 2001 (betragtning 279 til beslutningen og fodnote 319) de konkurrenter, som enten ikke underskrev France Télécoms tilbud om support eller var »åndeløse«.

212 WIN vidste ligeledes, at den manglende mulighed for at følge WIN's detailpriser uden at forøge tabet afholdt AOL fra at trænge ind på markedet for højhastighed. En e-post fra France Télécom til WIN's marketingdirektør den 29. juni 2001 havde nemlig som vedhæftet fil et indlæg fra AOL Frances direktør, der var affattet således (fodnote 321 i beslutningen):

»Da Cégétel var vores aktionær, fremsatte vi et tilbud sammen med Monaco Telecom og havde 500 abonnenter. Vi har ikke fremsat tilbuddet i Frankrig,

eftersom France Télécoms salgstilbud på ADSL ikke i dag giver os mulighed for indtjening. Teknisk set er vi parate, men vi har ikke til hensigt at tabe penge.»

213 Det fremgår ligeledes af et dokument med titlen »Analyse af meddelelse — teleselskaber — en bemærkning til lovgivningen om internet i Frankrig« af 20. juli 2001, at WIN havde foretaget en detaljeret analyse af de fordele, selskabet havde som den første aktive på markedet (betragtning 280 til beslutningen og fodnote 322). Dette dokument påviste, at en konkurrent, som havde mindre trafik end WIN, havde en mindre margin på netværksomkostningerne end dem, der var forudset for WIN.

214 Det følger af det ovenstående, at WIN's reklamering i 2001 og begyndelsen af 2002 med så fremadstræbende handelsformål, at en ikke-dominerende virksomhed kunne have problemer med at deltage under umiddelbart ugunstige rentabilitetsbetingelser, medførte en afskrækkelse af rivaliserende virksomheder. Dette fulgte af formålet med udelukkelse af konkurrence, som virksomheden forfulgte.

215 Det skal på grundlag af samtlige ovenstående overvejelser fastslås, at Kommissionen har fremlagt alvorlige og samstemmende indicier for, at der forelå en plan om underbud i hele overtrædelsesperioden. Den logik, som denne strategi var undergivet, fremgår klart af en meddelelse fra WIN's strategiledelse fra december 2001, hvorefter:

»Højhastighed og ADSL-markedet er fortsat i nogle år undergivet en erobringspolitik, eftersom det strategiske mål er at opnå en dominerende stilling på noget af markedet, ved at rentabilitetstidspunktet først indtræder senere.«

- 216 Kommissionen har i overensstemmelse med dommen i sagen AKZO mod Kommissionen, nævnt i præmis 100 ovenfor, og dommene af 6. oktober 1994 og 14. november 1996 i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, nævnt i præmis 130 ovenfor, således godtgjort de to forhold, som kræves som bevis for, at der foreligger en praksis med underbudspriser, der ligger lavere end en dominerende virksomheds samlede omkostninger.
- 217 De argumenter, som WIN har gjort gældende om stordriftsfordele og virkningen af indsig, der i denne sag skulle begrunde, at priserne var fastsat lavere end omkostningerne, kan ikke rejse tvivl om den konklusion, Retten er nået til. En virksomhed, der anvender underbudspriser, er nemlig begunstiget af stordriftsfordele og af indsigsvirkninger som følge af en øget produktion, der netop skyldes denne praksis. Opnåede stordriftsfordele og indsigsvirkninger kan således ikke fritage virksomheden for dens ansvar i henhold til artikel 82 EF.
- 218 Det følger heraf, at anbringendet om mangel på en plan om underbud således ikke kan tages til følge.

Genindvinding af tab

— Parternes argumenter

- 219 WIN har gjort gældende, at genindvindingen af tab er et selvstændigt led i testen af underbud, som Kommissionen skal bevise. WIN er af den opfattelse, at såfremt en dominerende virksomhed — navnlig fordi adgangen til markedet anses for lettere — ikke med rimelighed kan forvente på lang sigt at nedsætte konkurrencen med henblik på at genindvinde sit tab, er det ikke hensigtsmæssigt for denne virksomhed at indlade sig på en underbudsprispolitik. I dette tilfælde går årsagen til

virksomhedens politik om lave priser nødvendigvis længere end en underbudsstrategi.

- 220 Ifølge WIN deles denne opfattelse af hele den økonomiske og juridiske teori samt af talrige konkurrencedomstole og -myndigheder, herunder De Forenede Staters, men ligeledes flere af Den Europæiske Unions medlemsstater. Fællesskabsretspraksis har selv aldrig udelukket, at der skal føres et sådant bevis.
- 221 Konkurrencevilkårene på markedet for adgang til højhastighedsinternet er helt forskellige fra de betingelser, Retten og Domstolen har skullet tage stilling til i tidligere underbudssager. Adgangshindringerne på dette marked er nemlig beskedne, væksten er stor, konkurrencesituationen er ikke fast, og de faktiske og potentielle nytilkomne er talrige. Kommissionen har således begået en alvorlig retlig fejl ved at fastholde, at det ikke er nødvendigt at godtgøre genindvindingen af tabet.
- 222 Det er endvidere WIN's opfattelse, at Kommissionen har begået et andet åbenbart urigtigt skøn sammen med urigtig retsanvendelse ved at finde, at den har oplyst om beviset for en mulighed for genindvinding af tab.
- 223 Kommissionen har gjort gældende, at en godtgørelse af genindvinding af tab ikke går forud for fastslåelsen af, at der foreligger underbudspriser i strid med artikel 82 EF. Den mener, at retspraksis er klar i denne forbindelse. Subsidiært har Kommissionen fremhævet, at genindvinding af tab i denne sag er sandsynliggjort ved opbygningen af markedet og ved udsigten til de hertil knyttede indtægter.

— Rettens bemærkninger

224 Domstolen har i dommen i sagen AKZO mod Kommissionen, nævnt i præmis 100 ovenfor (præmis 71 og 72), fastslået, at der foreligger to forskellige analysemetoder, når det skal efterprøves, om en virksomhed har anvendt underbudspriser. For det første skal priser, der er lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger, altid anses for at være udtryk for misbrug. I dette tilfælde kan man ikke forestille sig et andet økonomisk formål end fjernelsen af en konkurrent, eftersom hver produceret og solgt enhed medfører et tab for virksomheden. For det andet skal priser, der er lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger, men højere end de gennemsnitlige variable omkostninger, kun anses for misbrug, når det kan bevises, at der foreligger en plan om fjernelse (dom af 14.11.1996 i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, nævnt i præmis 130 ovenfor, præmis 41).

225 Domstolen fastslog i sin dom af 14. november 1996 i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, nævnt i præmis 130 ovenfor (præmis 42 og 43), at Retten i den appellerede dom havde fulgt den samme tankegang — en tankegang, Domstolen havde erklæret gyldig. Domstolen udtalte:

»42 For så vidt angik ikke-aseptiske kartoner, der blev solgt i Italien mellem 1976 og 1981, konstaterede Retten, at priserne var langt lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger. Det var derfor ikke nødvendigt at føre bevis for, at Tetra Pak havde til hensigt at eliminere sine konkurrenter. I 1982 lå priserne på disse kartoner mellem gennemsnittet af de variable omkostninger og gennemsnittet af de samlede omkostninger. Dette er grunden til, at Retten i præmis 151 i den anfægtede dom forsøgte — hvilket ikke i øvrigt er blevet kritiseret af sagsøgeren — at påvise, at Tetra Pak havde til hensigt at eliminere en konkurrent.

43 Det er tillige med rette, at Retten i præmis 189, 190 og 191 i den anfægtede dom fulgte nøjagtig den samme metode med hensyn til salg af ikke-aseptiske maskiner i Det Forenede Kongerige mellem 1981 og 1984.«

226 Hvad angår genindvinding af tab tilføjede Domstolen i den nævnte doms præmis 44:

»[U]nder de i sagen foreliggende omstændigheder findes det ikke påkrævet endvidere at kræve som yderligere bevis, at det påvises, at Tetra Pak havde en reel chance for at genindvinde sine tab. Udbud til underbudspriser skal kunne sanktioneres, så snart der er risiko for eliminering af konkurrenterne. I den foreliggende sag konstaterede Retten i præmis 151 og 191 i den anfægtede dom, at der forelå en sådan risiko. Af hensyn til formålet, som er at sikre, at konkurrencen ikke fordrejes, kan man ikke vente på, at en sådan strategi fører til, at konkurrenterne faktisk elimineres.«

227 Kommissionen kunne således i henhold til Fællesskabets retspraksis anse priser, der var lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger, for at være misbrug. I dette tilfælde formodes en sådan prispraksis at have til formål at fjerne konkurrencen (jf. i denne retning dommen af 6.10.1994 i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, nævnt i præmis 130 ovenfor, præmis 148). Hvad angår de samlede omkostninger skulle Kommissionen herudover bevise, at WIN's praksis med underbudspriser var et led i en plan, der tilsigtede at »blive den førende« på markedet. I de to tilfælde var det ikke nødvendigt som supplerende bevis at godtgøre, at WIN havde en reel mulighed for at genindvinde sit tab.

228 Kommissionen har således med rette fundet, at godtgørelsen af en genindvinding af tabet ikke var en forudgående betingelse for at fastslå, at der forelå en praksis med underbudspriser.

229 Det skal i henhold til dommene af 6. oktober 1994 og 14. november 1996 i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, nævnt i præmis 130 ovenfor, og dommen i sagen AKZO mod Kommissionen, nævnt i præmis 100 ovenfor, når der foreligger priser,

der er lavere end de samlede omkostninger, men højere end de variable omkostninger, derimod efterprøves, om de er en del af en plan om fjernelse af konkurrencen. Retten har i præmis 215 ovenfor fastslået, at Kommissionen har fremlagt alvorlige og samstemmende indicier for, at der forelå en plan om underbud i hele overtrædelsesperioden.

- 230 Samtlige anbringender, der er fremført til støtte for påstanden om annullation af beslutningen, skal derfor forkastes.

II — *De subsidære påstande om ophævelse eller nedsættelse af bøden*

- 231 WIN har subsidiært anfægtet størrelsen af den bøde, selskabet er blevet pålagt, og påstået ophævelse eller en meget væsentlig nedsættelse af denne sanktion. WIN har til støtte for disse påstande påberåbt sig, at der er sket en tilsidesættelse af princippet om individuelle straffe og princippet om ingen straf uden lov, at der ikke foreligger nogen virkning af den pågældende praksis, at varigheden af overtrædelsen er fastsat urigtigt, og at der er sket en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet.

A — *Tilsidesættelse af princippet om individuelle straffe og princippet om ingen straf uden lov*

1. Tilsidesættelse af princippet om individuelle straffe

a) Parternes argumenter

- 232 Det er WIN's opfattelse, at Kommissionen har tilsidesat princippet om individuelle straffe ved at lægge France Télécoms adfærd til grund for at forfølge WIN.

Kommissionen har indrømmet, at overtrædelsen blev bragt til ophør ved France Télécoms indgreb. Kommissionen har endvidere taget hensyn til France Télécoms adfærd for at vurdere, om den overtrædelse, WIN angiveligt har begået, var af forsætlig karakter.

- 233 Kommissionen har tilbagevist dette anbringende ved hovedsageligt at henvise til sit svar på det samme anbringende, som WIN har fremsat som led i sine hovedpåstande. Kommissionen har tilføjet, at WIN's forsæt til udelukkelse er grundigt underbygget af virksomhedens interne dokumenter, eftersom de lejlighedsvis henvisninger til France Télécom på ingen måde er afgørende.

b) Rettens bemærkninger

- 234 Dette anbringende falder i høj grad sammen med det, WIN hovedsageligt har påberåbt sig i sin annullationspåstand. Der skal således henvises til præmis 66-71 ovenfor.
- 235 Endvidere medfører fastsættelsen af afslutningen på WIN's overtrædelse til datoen for prisfaldet, der blev foretaget af France Télécom, ikke, at forfølgelsen af WIN er støttet på sidstnævntes adfærd. Den pågældende overtrædelse er klart tilskrevet WIN og ikke France Télécom. WIN kunne selv have bragt overtrædelsen til ophør inden France Télécoms indgriben og uden denne indgriben. Den omstændighed, at afslutningen af overtrædelsen ikke er en følge af WIN's adfærd, ændrer ikke på selskabets overtrædelse. Overtrædelsen er direkte forbundet med omkostningsniveauet. Eftersom visse af disse omkostninger følger direkte af priser, der er fastsat af leverandørselskaber, kan afslutningen af overtrædelsen i visse tilfælde logisk set følge af disse virksomheders adfærd.

236 Dette argument om tilsidesættelse af princippet om individuelle straffe kan således ikke tages til følge.

2. Anbringendet om tilsidesættelse af princippet om ingen straf uden lov

a) Parternes argumenter

237 Det er WIN's opfattelse, at selskabet ved beslutningen er blevet forfulgt i henhold til nye retsregler. Kommissionen har vedrørende sidestillingen foretaget en fuldstændig kursændring i forhold til sin hidtidige beslutningspraksis. Endvidere har Kommissionen anvendt en ukendt og uforudsigelig underbudstest.

238 Der er ikke fortilfælde vedrørende underbudspriser på et marked under opbygning. Kommissionen har for første gang anvendt den beregningsmetode, den har benyttet i denne sag, og fastsat den i løbet af proceduren. WIN har ud fra den metode, der anvendes af flere nationale konkurrencemyndigheder, fundet, at selskabet med god ret kunne anse sine priser for ikke at være udtryk for underbud.

239 Kommissionen har gjort gældende, at artikel 82 EF og artikel 15 i forordning nr. 17 udgør det eneste retsgrundlag for at pålægge en bøde i den foreliggende sag, og at disse bestemmelser på ingen måde er nye. Kommissionen har påberåbt sig fast retspraksis, hvorefter dens hidtidige beslutningspraksis ikke i sig selv tjener som retlig ramme for bødepåleggelse i konkurrencesager.

240 Kommissionen har for fuldstændighedens skyld tilføjet, at praksis med underbudspriser i retspraksis allerede er blevet kvalificeret som en overtrædelse af artikel 82 EF.

b) Rettens bemærkninger

241 WIN kan ikke gøre gældende, at den forfulgte adfærd ikke udgjorde en overtrædelse på det tidspunkt, hvor den blev foretaget. Ethvert misbrug fra en virksomhed af sin dominerende stilling på markedet eller på en væsentlig del heraf henhører under artikel 82 EF.

242 Efter fast retspraksis angiver opregningen af forskellige former for misbrug i artikel 82 EF endvidere ikke udtømmende de former for udnyttelse af en dominerende stilling, der er forbudt i henhold til traktaten (Domstolens dom af 21.2.1973, sag 6/72, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, Sml. s. 215, præmis 26, og af 16.3.2000, forenede sager C-395/96 P og C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1365, præmis 112).

243 Endvidere er en praksis med underbudspriser i retspraksis allerede blevet kvalificeret som en overtrædelse af artikel 82 EF. Denne praksis er blevet forfulgt af Kommissionen og har ligeledes dannet grundlag for dommen i sagen AKZO mod Kommissionen, nævnt i præmis 100 ovenfor, og dommene af 6. oktober 1994 og 14. november 1996 i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, nævnt i præmis 130 ovenfor, hvorved en underbudstest støttet på sondringen mellem variable og samlede omkostninger ganske som i denne sag blev anvendt.

244 Kommissionen har i denne sag imidlertid tilpasset denne test ved til fordel for WIN at sprede kundernes erhvervelsesomkostninger med henblik på at tage hensyn til det pågældende markeds kendetegn.

245 Det skal i denne forbindelse fastslås, at anvendelsen af den metode, der blev benyttet i disse sager, under alle omstændigheder gav WIN mulighed for at forudse, at selskabet eventuelt ville blive pålagt en sanktion i henhold til artikel 82 EF. WIN kan ikke påberåbe sig den omstændighed, at man ikke kunne forudse en tilpasning af denne metode, som var til gunst for selskabet.

246 Det fremgår heller ikke af hverken Kommissionens beslutningspraksis eller af retspraksis, at WIN med rette under omstændighederne i denne sag kunne forvente at blive indrømmet en ret til at sidestille sig med sine konkurrenters priser (jf. præmis 176-187 ovenfor), eller at der ville blive anvendt en discounted cash flow-metode (jf. præmis 153-156 ovenfor), og at der ville blive taget hensyn til de margener, der var tilkommet efter overtrædelsens ophør (jf. præmis 152 ovenfor). Endvidere befandt markedet sig under den pågældende periode ikke længere i startfasen (jf. præmis 106 ovenfor).

247 WIN har imidlertid påberåbt sig Kommissionens beslutning 2001/354/EF af 20. marts 2001 om en procedure i henhold til artikel 82 [EF] (sag COMP/35.141 — Deutsche Post AG) (EFT L 125, s. 27, betragtning 47), hvori Kommissionen ikke pålagde en bøde for manglende dækning af meromkostningerne, eftersom det indtil da ikke var godtgjort, hvilken norm for omkostningsdækning der skulle anvendes på de tjenester, der var udsat for konkurrence fra en virksomhed, som udbød flere produkter og tjenester, og som var begunstiget af et eneretsområde.

248 I denne sag gjorde klageren gældende, at Deutsche Post AG anvendte indtægter fra det rentable brevmonopol, som udgjorde dets eneretsområde, til at finansiere tabsgivende salg inden for erhvervspakketjenesterne med henblik på at udelukke sine konkurrenter fra denne sektor. Kommissionen forfulgte ved beslutningen Deutsche Posts tildeling af loyalitetsrabat og pålagde i henhold hertil selskabet en bøde på 24 mio. EUR. Den pålagte bøde omfattede imidlertid ikke pakketjenester til priser, der lå under meromkostningerne.

249 Det skal understreges, at Deutsche Posts situation i denne sag udviste nogle meget særegne kendetegn. Virksomheden udøvede aktiviteter, der alt efter omstændighederne var underlagt monopolet ud fra dets opgaver af almen interesse eller var underlagt konkurrence. Denne sag rejste således problemstillingen med at fastlægge en standard for omkostningsdækning for en virksomhed, der er begunstiget af et eneretsområde, og som kan anvende de værdier, der bliver til inden for dette område, til at dække sine tab inden for et andet område, der er underlagt konkurrence. Virksomheden kunne i en lignende sammenhæng opleve usikkerhed med hensyn til de regler, der fandt anvendelse. Situationen for WIN, der kun virker på et marked underlagt konkurrence, kan ikke sammenlignes med Deutsche Posts situation og skal i denne forbindelse snarere sammenlignes med AKZO's og Tetra Paks.

250 Det skal endvidere fremhæves, at selv om der ved beslutning 2001/354 ikke blev fastsat en bøde herfor, blev det dog i dens artikel 2 fastslået, at Deutsche Post overtrådte artikel 82 EF ved at tilbyde pakketjenester i salgsektoren til en pris, der var lavere end meromkostningerne. Eftersom denne beslutning blev vedtaget den 20. marts 2001 og offentliggjort i EF-Tidende den 5. maj 2001, burde WIN på tidspunktet for den anfægtede overtrædelse — fra marts 2001 til oktober 2002 — således vide, at sådanne handlinger udgjorde en overtrædelse. Det skal som led i den foreliggende sag ligeledes fremhæves, at det er WIN selv, der har bestridt henvisningen til meromkostningerne og i sit svar på den supplerende klagepunktsmeddelelse har glædet sig over, at Kommissionen har forladt denne metode. WIN kan således på nuværende tidspunkt ikke bebrejde Kommissionen denne ændring.

251 Såfremt det endelig forudsættes, at der, selv om anvendelsen af underbudspriser ikke er en ny overtrædelse, under alle omstændigheder skal tages hensyn til de særlige kendetegn for markedet for adgang til højhastighedsinternet, kunne Kommissionens afgørelse i en tidligere beslutning om ikke at pålægge en bøde, fordi de fastslåede overtrædelser var relativt nye, ikke give virksomheder, som begår overtrædelser, for hvilke Kommissionen ikke tidligere har pålagt sanktioner, en immunitet. Kommissionen tager således i hver enkelt sag som led i sin skønsmæssige beføjelse stilling til,

om det er hensigtsmæssigt at fastsætte en bøde med henblik på at pålægge en sanktion for den fastslåede overtrædelse og sikre effektiviteten i konkurrenceretten (Rettens dom af 22.10.1997, forenede sager T-213/95 og T-18/96, SCK og FNK mod Kommissionen, Sml. II, s. 1739, præmis 239).

252 Det følger heraf, at Kommissionen i denne sag ikke har tilsidesat princippet om ingen straf uden lov.

B — *Manglende virkning af den pågældende praksis*

1. Parternes argumenter

253 Det er WIN's opfattelse, at Kommissionen ikke har formået at godtgøre, at WIN's påståede praksis har nogen form for virkning på markedet. Den bøde, som WIN er blevet pålagt, bør således i henhold hertil nedsættes.

254 WIN har hvad angår sin markedsandel gjort gældende, at Kommissionen selv i sin beslutning har udtalt, at markedsandelen holder sig på ca. 50%, mens den udgjorde 72% i oktober 2002, hvor overtrædelsen ophørte, dvs. et fald på en tredjedel på blot ni måneder. Dette er tilstrækkeligt bevis for, at markedsopbygningen ikke er blevet varigt påvirket af den angiveligt konkurrencebegrænsende adfærd.

255 Konkurrencen har endvidere selv i den omtvistede periode været meget stærk på markedet for internetadgang. Der var i september 2002 mere end 70 tilbud til

forbrugerne. Nye leverandører af internetadgang kom ind på markedet, mens priserne faldt efter konkurrenternes påvirkning. Konkurrenternes udvikling blev ikke hæmmet, og selskabet Mangoostas forsvinden kan ikke tilregnes WIN.

256 WIN har i denne forbindelse fundet, at Kommissionens udtalelse om, at WIN's påståede praksis har påvirket markedsopbygningen grundlæggende, blot er en formodning, der ikke er underbygget af noget konkret faktisk forhold, der beviser de reelle vanskeligheder for WIN's konkurrenter.

257 Kommissionen har bestridt de data, WIN har fremlagt, ved at gøre gældende, at de skiftevis omhandler den samlede virksomhed med levering af internetadgang, hvor højhastighed og lav hastighed blandes sammen, eller delen med levering af adgang til ADSL-højhastighedsinternet, alt efter det mest fordelagtige for WIN's opfattelse.

258 Kommissionen har gjort gældende, at en sammenligning mellem forøgelsen af salget og de forskellige aktører på markedet i løbet af 2001 indtil efteråret 2002 klart viser, at WIN's strategi gav selskabet mulighed for at hæmme konkurrencen og styrke sin stilling. Der har ikke været nogle betydelige nytilkomne på markedet i den omtvistede periode.

2. Rettens bemærkninger

259 I overensstemmelse med retningslinjerne for beregning af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, i EKSF-traktaten (EFT 1998 C 9, s. 3) skal der ved vurderingen af overtrædelsens grovhed tages hensyn til

overtrædelsens art, overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet og det berørte markeds udstrækning.

260 WIN har bestridt, at den pågældende overtrædelse har haft en indvirkning på markedet. Forskellige forhold vidner dog om det modsatte.

261 For det første steg WIN's andel på markedet for højhastighed først fra 50-72% (betragtning 400 og tabel 8 til beslutningen) fra overtrædelsens begyndelse til august 2002, uanset at den ifølge de data, WIN har fremlagt i sit svar på Rettens skriftlige spørgsmål, siden faldt til 63,6% i oktober 2002. Det skal endvidere understreges, at WIN's nærmeste konkurrent besad en markedsandel på 8%, og at de øvrige konkurrenter befandt sig under 2,5% (betragtning 376 til beslutningen). Det følger af beslutningens tabel 9, som WIN ikke har bestridt, at selskabet i hele perioden på udtalt vis har udbygget afstanden til sin nærmeste konkurrent.

262 For det andet forsvandt en konkurrent, selskabet Mangoosta, fra markedet (betragtning 400 til beslutningen). WIN har ganske vist vurderet, at Mangoostas fallit blot skyldtes en særlig risikabel, strategisk politik og på ingen måde WIN's prisfastsættelse. Det skal dog fremhæves, at Mangoosta ved markedsføringen af sine produkter til en pris, der var en anelse højere end WIN's, led sådanne tab, at selskabet endelig i marts 2001 hævede sine priser med 20%, hvilket ikke forhindrede, at Mangoosta blev taget under konkursbehandling den 2. august 2001 (betragtning 384 til beslutningen). En meget lille konkurrents forsvinden fra markedet, som anvendte priser, der var en anelse højere end WIN's, udgør i denne sag et forhold, der vidner om vanskelighederne ved at trænge ind på markedet.

263 For det tredje blev der i den omhandlede periode registreret en stor nedgang i de konkurrerende kabeloperatørers markedsandele (beslutningens tabel 14), hvorimod der på ADSL-området fortsat var en meget lille grad af indtrængen fra konkurrenter.

WIN har ikke bestridt, at kabeloperatørernes markedsandele er faldet, selv om selskabet har fundet, at dette ikke skyldes selskabets prispolitik, men udviklingen af ADSL til skade for kabel. Det skal ikke desto mindre understreges, at WIN i september 2001 vurderede, at kabeloperatørerne var de eneste sande konkurrenter på markedet for adgang til højhastighedsinternet (fodnote 444 i beslutningen), og at ADSL udgjorde »et marked, der i slutningen af 2001 var domineret af [WIN], men samlet set var lidet aktivt«.

264 For det fjerde havde WIN's praksis afskrækkende virkning på konkurrenternes adgang og udvikling. Flere af dem har faktisk bekræftet, at det var umuligt for dem under hensyn til de oppebårne omkostninger at sidestille sig med WIN's priser uden at lide tab (jf. betragtning 379 og fodnote 451 til beslutningen). Antallet af nytilkomne har endvidere været beskedent. WIN har påberåbt sig tilfældene med selskaberne Dixinet og Net pratique. I slutningen af august 2002 havde Dixinet imidlertid kun 10 abonnenter på sine ADSL- og telefonitjenester, mens Net pratique, som først markedsførte sin tjeneste i sommeren 2002, dvs. mod slutningen af overtrædelsen, kun havde 1 400 abonnenter seks måneder senere.

265 I denne forbindelse er WIN's argument, som henfører visse konkurrenters langsomme udvikling til et strategisk valg og til deres ønske om at koncentrere sig om lav hastighed til skade for ADSL, som ikke blev anset for bæredygtigt, ikke overbevisende. Såfremt det er rigtigt, at visse konkurrenter oprindeligt kunne tvivle på udviklingen af højhastighed, kan det ikke formodes, at de forblev af den opfattelse over for dette markeds betydelige vækst. Klagen fra selskabet T-Online, der leverer internetadgang under mærket Club Internet, over for de franske konkurrencemyndigheder udgør nærmere en formodning for det modsatte. På samme måde giver erklæringen fra direktøren for AOL France, der er nævnt i præmis 212 ovenfor, anledning til at antage, at årsagen til denne virksomheds fravær på markedet for højhastighed på tidspunktet var forbundet med de tab, man ville lide som følge af WIN's tilbud, og ikke et ønske om at begrænse sig til lav hastighed.

266 Hvad angår WIN's argument, hvorefter forbrugerne ikke har lidt skade af selskabets prispraksis, men derimod har draget fordel heraf, skal det bemærkes, at Domstolen

har fastslået, at artikel 82 EF ikke alene vedrører praksis, som kan forvolde forbrugerne umiddelbar skade, men ligeledes praksis, som forvolder dem skade ved at påvirke en effektiv konkurrencestruktur (dommen i sagen Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, nævnt i præmis 242 ovenfor, præmis 26).

- ²⁶⁷ Dette anbringende om manglende virkning af den pågældende praksis kan således ikke tages til følge.

C — Urigtig fastsættelse af overtrædelsens varighed

1. Parternes argumenter

- ²⁶⁸ WIN har gjort gældende, at afslutningen af den overtrædelse, der bebrejdes selskabet, ifølge Kommissionen skyldes France Télécoms prisnedsættelse den 15. oktober 2002. France Télécom meddelte denne nedsættelse i april 2002. Gennemførelsen af denne foranstaltning blev forsinket af godkendelsesproceduren hos Autorité de régulation des télécommunications (myndigheden for regulering af telekommunikation, »ART«). WIN bør således under ingen omstændigheder holdes ansvarlig for overtrædelsen efter marts 2002, hvorfor overtrædelsens varighed kun kan være 13 måneder.
- ²⁶⁹ WIN har endvidere gjort gældende, at Kommissionen i sin beslutning har fastsat overtrædelsens varighed til at være længere end den, der var fastsat i klagepunktsmeddelelsen. Retten bør således fastslå, at den overtrædelsesvarighed, der kan tilregnes WIN, maksimalt er 17 måneder, og nedsætte bøden herefter.

- 270 Kommissionen har til det sidste argument svaret, at man ikke kan betragte klagepunktsmeddelelserne som udtryk for en afgrænset varighed af overtrædelsen, mens denne stadig forelå.
- 271 Hvad angår argumentet om forsinkelsen af France Télécoms prisnedsættelse som følge af ART's godkendelsesprocedure har Kommissionen fundet, at WIN ikke kan påberåbe sig denne.

2. Rettens bemærkninger

- 272 Hvad angår den påståede forlængelse af varigheden af overtrædelsen i forhold til klagepunktsmeddelelserne skal der henvises til præmis 49-52 ovenfor, hvoraf fremgår, at dette argument ikke kan tages til følge.
- 273 Hvad angår France Télécoms bekendtgørelse af nedsættelsen af sine engrospriser fra april 2002, skal det understreges, at overtrædelsen ikke ophørte denne dato, men ved den effektive gennemførelse af denne prisnedsættelse. France Télécoms prisnedsættelse har mekanisk medført et fald i omkostningerne. WIN's priser ophørte med at være lavere end selskabets samlede omkostninger, og overtrædelsen ophørte. WIN kunne på et hvilket som helst tidspunkt have bragt overtrædelsen til ophør uden at afvente denne prisnedsættelse fra France Télécom, f.eks. ved at hæve sine priser eller mindske andre omkostninger. Selskabet har imidlertid ikke truffet nogen foranstaltninger i denne retning.
- 274 Det følger heraf, at der under hensyn til den påståede overtrædelses varighed ikke er grundlag for at nedsætte bødens størrelse.

D — *Tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet*

1. Parternes argumenter

²⁷⁵ WIN har for det første gjort gældende, at der ved fastsættelsen af bøden ikke er taget hensyn til selskabets stilling i forhold til samarbejde og gennemsigtighed. Selskabet har for det andet kritiseret den omstændighed, at Kommissionen hverken ved fastsættelsen af bødens grundbeløb eller som formildende omstændighed har lagt den løbende ophævelse af overtrædelsen til grund. Omfanget af overtrædelsen blev fra august 2001 begrænset som følge af France Télécoms nedsættelse af engrospriserne, selv før sidstnævnte var blevet underrettet om Kommissionens undersøgelse. France Télécom ophørte ikke med at udvise sin konstante vilje til hurtigst muligt at løse det problem, Kommissionen havde fremhævet.

²⁷⁶ Kommissionen har fundet, at der ikke foreligger formildende eller skærpende omstændigheder i denne sag.

2. Rettens bemærkninger

²⁷⁷ Hvad for det første angår det påståede samarbejde følger det af fast retspraksis, at et samarbejde ved undersøgelsen, der ikke går ud over de forpligtelser, der påhviler virksomhederne i henhold til artikel 11, stk. 4 og 5, i forordning nr. 17, ikke kan begrunde en bødenedsættelse (jf. i denne retning Rettens dom af 10.3.1992, sag T-12/89, Solvay mod Kommissionen, Sml. II, s. 907, præmis 341 og 342, og af 14.5.1998, sag T-317/94, Weig mod Kommissionen, Sml. II, s. 1235, præmis 283).

- 278 Kommissionen har i betragtning 412 til beslutningen nævnt den omstændighed, at WIN som formildende omstændighed havde påberåbt sig gennemsigtigheden og selskabets fuldstændige samarbejde i afviklingen af den foreliggende procedure. Kommissionen har dog fastslået, »at virksomheden blot på normal vis har levet op til oplysningsforpligtelserne over for Kommissionen, som det påhviler virksomheden i henhold til forordning nr. 17«.
- 279 WIN har i sin stævning gjort gældende, at Kommissionen ikke har taget hensyn til, at WIN hele tiden samarbejdede fuldstændigt i proceduren og udviste en fuldstændig gennemsigtig adfærd. WIN har tilføjet, at Kommissionen i øvrigt på selskabets opfordring gennemførte et besøg i selskabets lokaler og tog afskrifter af dokumenter vedrørende selskabets omkostninger og udarbejdelsen af dets forretningstilbud. Hverken WIN's stævning eller replik indeholder andre nærmere oplysninger om dette samarbejde.
- 280 Det skal fastslås, at WIN ikke har fremlagt noget forhold, der kan afkræfte, at selskabet blot opfyldte de forpligtelser, der påhvilede det i henhold til forordning nr. 17. WIN har særligt ikke godtgjort, at selskabet selv indbød Kommissionens til sine lokaler før indledningen af undersøgelsen. Kommissionen har nemlig i sit svarskrift gjort gældende, at sagsøgeren ikke kan udlede en formildende omstændighed af det forhold, at Kommissionen blot har foretaget disse kontrolundersøgelser på stedet i henhold til artikel 14, stk. 2, i forordning nr. 17 »ved at træffe aftale med virksomheden i dennes lokaler«.
- 281 Subsidiært er det — selv om det forudsættes bevist, at den omstændighed, at WIN selv kunne indbyde Kommissionen til at aflægge besøg i sine lokaler uden at forvente, at Kommissionen ved beslutning ville kræve kontrolundersøgelser — ikke tilstrækkeligt til at godtgøre, at der på dette snævre område var et samarbejde, som kunne begrunde, at der blev taget hensyn hertil som formildende omstændighed. Det skal bemærkes, at artikel 14 i forordning nr. 17 bestemmer, at Kommissionen til løsning af de opgaver, den er tildelt i henhold til artikel 81 EF, kan foretage alle nødvendige kontrolundersøgelser hos virksomheder. Kommissionens repræsentanter kan navnlig få adgang til samtlige lokaler og tage afskrifter af forretningspapirer. Kommissionens kontrolundersøgelser kan udføres på grundlag af en begrænset

fuldmagt (artikel 14, stk. 2) eller bestemmes ved beslutning (artikel 14, stk. 3). Den omstændighed, at Kommissionen i denne sag ikke har foretaget det ved beslutning, kan ikke i sig selv medføre »en virksomheds effektive samarbejde i proceduren« i henhold til retningslinjerne for beregning af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, i EKSF-traktaten.

282 For det andet skal det hvad angår argumenterne om løbende ophævelse af overtrædelsen understreges, at WIN ikke selv har truffet nogen foranstaltning i denne retning. WIN kan ikke til sin ansvarsfraskrivelse påberåbe sig France Télécoms handlinger. Selv om sidstnævntes tiltag har kunnet have en positiv indvirkning på markedet inden overtrædelsens ophør, kan tiltagene ikke ændre kvalificeringen af den overtrædelse, WIN har begået, ved at tiltagene gør den mindre alvorlig. WIN's underbudspriser på det pågældende marked udgør nemlig en alvorlig overtrædelse af konkurrencereglerne. Den omstændighed, at intensiteten af visse forhold i misbruget har varieret i løbet af den anfægtede periode, kan ikke ændre denne kvalificering (jf. i denne retning dommen af 30.9.2003 i sagen Michelin mod Kommissionen, nævnt i præmis 195 ovenfor, præmis 278).

283 Det følger af det ovenstående, at WIN's anbringende om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet ikke kan tages til følge, hvorfor Kommissionen bør frifindes for påstanden om ophævelse eller nedsættelse af bøden.

284 På grundlag af ovenstående bør Kommissionen frifindes.

Sagens omkostninger

²⁸⁵ Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor tilpligtes at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Kommissionens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Femte Udvidede Afdeling)

1) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.

2) Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.

Vilaras

Martins Ribeiro

Dehousse

Šváby

Jürimäe

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 30. januar 2007.

E. Coulon

Justitssekretær

M. Vilaras

Afdelingsformand

Indhold

Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger	II - 118
Parternes påstande	II - 121
Retlige bemærkninger	II - 122
I — Påstandene om annullation af beslutningen	II - 122
A — Anbringendet om tilsidesættelse af kontradiktionsprincippet og af væsentlige formforskrifter	II - 122
1. Parternes argumenter	II - 122
2. Rettens bemærkninger	II - 124
B — Anbringendet om begrundelsesmangel	II - 134
1. Parternes argumenter	II - 134
2. Rettens bemærkninger	II - 135
C — Anbringendet om tilsidesættelse af princippet om individuelle straffe .	II - 137
1. Parternes argumenter	II - 137
2. Rettens bemærkninger	II - 138
D — Tilsidesættelse af artikel 82 EF	II - 140
1. Den dominerende stilling	II - 140
a) Den urigtige definition af markedet	II - 140
Parternes argumenter	II - 140
Rettens bemærkninger	II - 142
b) Den mangelfulde undersøgelse af dominerende stilling	II - 146
Parternes argumenter	II - 146
Rettens bemærkninger	II - 148

2. Misbrug af dominerende stilling	II - 154
a) Klagepunkterne om testen af dækningen af omkostningerne ..	II - 154
Den urigtige metode til beregning af dækningsgraden af omkostninger	II - 154
— Parternes argumenter	II - 154
— Rettens bemærkninger	II - 156
Beregningsfejl ved gennemførelsen af den anvendte metode ..	II - 163
— Parternes argumenter	II - 163
— Rettens bemærkninger	II - 165
b) Anbringenderne vedrørende testen af underbud	II - 167
Begrundelsen om WIN's ret til at sidestille sig med sine konkurrenters priser	II - 167
— Parternes argumenter	II - 167
— Rettens bemærkninger	II - 168
Den påståede mangel på en plan om underbud og konkurrencebegrænsning	II - 171
— Parternes argumenter	II - 171
— Rettens bemærkninger	II - 173
Genindvinding af tab	II - 180
— Parternes argumenter	II - 180
— Rettens bemærkninger	II - 182
II — De subsidiaire påstande om ophævelse eller nedsættelse af bøden	II - 184
A — Tilsidesættelse af princippet om individuelle straffe og princippet om ingen straf uden lov	II - 184
1. Tilsidesættelse af princippet om individuelle straffe	II - 184
a) Parternes argumenter	II - 184
b) Rettens bemærkninger	II - 185
	II - 201

2. Anbringendet om tilsidesættelse af princippet om ingen straf uden lov	II - 186
a) Parternes argumenter	II - 186
b) Rettens bemærkninger	II - 187
B — Manglende virkning af den pågældende praksis	II - 190
1. Parternes argumenter	II - 190
2. Rettens bemærkninger	II - 191
C — Urigtig fastsættelse af overtrædelsens varighed	II - 194
1. Parternes argumenter	II - 194
2. Rettens bemærkninger	II - 195
D — Tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet	II - 196
1. Parternes argumenter	II - 196
2. Rettens bemærkninger	II - 196
Sagens omkostninger	II - 199