

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Quinta ampliada)
de 30 de enero de 2007*

En el asunto T-340/03,

France Télécom SA, anteriormente Wanadoo Interactive SA, con domicilio social en París, representada por los Sres. O. Brouwer, H. Calvet, M. Pittie, J. Philippe y T. Janssens, abogados,

parte demandante,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada inicialmente por los Sres. S. Rating y É. Gippini Fournier, en calidad de agentes, y posteriormente por el Sr. Gippini Fournier,

parte demandada,

que tiene por objeto la anulación de la Decisión de la Comisión de 16 de julio de 2003 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo [82 CE] (asunto COMP/38.233 – Wanadoo Interactive) o, con carácter subsidiario, la anulación o reducción de la multa impuesta a la demandante,

* Lengua de procedimiento: francés.

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
(Sala Quinta ampliada),

integrado por el Sr. M. Vilaras, Presidente, y la Sra. M. E. Martins Ribeiro, los Sres. F. Dehousse y D. Šváby y la Sra. K. Jürimäe, Jueces;
Secretario: Sr. J. Palacio González, administrador principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 26 de abril de 2005;

dicta la siguiente

Sentencia

Hechos y procedimiento

- ¹ En el contexto del desarrollo del acceso a Internet de alta velocidad, la Comisión decidió, en julio de 1999, abrir una investigación sectorial en el seno de la Unión Europea, en virtud de los poderes que le confiere el artículo 12, apartado 1, del Reglamento n° 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos [81] y [82] del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22). Dicha investigación tenía por objeto, concretamente, el suministro de

servicios relativos al acceso al bucle local y a la utilización del bucle local residencial. En este marco, la información obtenida llevó a la Comisión a examinar en detalle las tarifas que practicaba Wanadoo Interactive SA (en lo sucesivo, «WIN») por el suministro de servicios de acceso a Internet de alta velocidad a los clientes del acceso residencial en Francia. Para ello, inició de oficio un procedimiento en septiembre de 2001.

- 2 En la época controvertida, WIN era una sociedad del grupo France Télécom. El 99,9 % de su capital pertenecía a Wanadoo SA. La participación de France Télécom en el capital de Wanadoo osciló entre el 70 y el 72,2 % durante el período controvertido. El grupo formado por Wanadoo y sus filiales (en lo sucesivo, «grupo Wanadoo») concentraba todas las actividades de Internet del grupo France Télécom, así como las actividades de edición de guías telefónicas. Dentro del grupo Wanadoo, WIN tenía a su cargo las responsabilidades operativas y técnicas vinculadas a los servicios de acceso a Internet en el territorio francés, incluidos los servicios ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line, línea de abonado digital asimétrica).

- 3 La Comisión remitió a WIN un primer pliego de cargos (en lo sucesivo, «primer pliego de cargos») el 19 de diciembre de 2001 y un pliego de cargos adicional el 9 de agosto de 2002 (en lo sucesivo, «pliego de cargos adicional»), a los que WIN respondió el 4 de marzo y el 23 de octubre de 2002, respectivamente.

- 4 El 16 de enero de 2003, la Comisión envió a WIN un escrito llamado «precisión de los hechos» (en lo sucesivo, «precisión de los hechos»), en el que le daba acceso al expediente que había servido para la redacción de dicha carta. Efectivamente, WIN tuvo acceso al expediente los días 23 y 27 de enero de 2003. Mediante escrito de 26 de febrero de 2003, WIN solicitó a la Comisión que le aclarara diversos aspectos de la precisión de los hechos. La Comisión respondió mediante carta de 28 de febrero de 2003, de forma que WIN presentó un escrito de contestación a la precisión de los hechos el 4 de marzo de 2003.

- 5 Mediante Decisión de 16 de julio de 2003, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo [82 CE] (asunto COMP/38.233 — Wanadoo Interactive) (en lo sucesivo, «Decisión»), la Comisión declaró que «[WIN] infringió el artículo 82 [CE] al practicar, para sus servicios eXtense y Wanadoo ADSL, precios predatorios que no le permitieron cubrir sus costes variables hasta agosto de 2001 ni cubrir sus costes totales desde agosto de 2001, en el marco de un plan con el que pretendía apropiarse del mercado de acceso a Internet de alta velocidad en una fase decisiva de su desarrollo» (artículo 1). La Comisión le ordenó poner fin a esta infracción (artículo 2) y le impuso una multa de 10,35 millones de euros (artículo 4).

- 6 La Decisión define como mercado de referencia el mercado francés de acceso a Internet de alta velocidad para los clientes del acceso residencial. Los productos a los que se refiere la infracción son los servicios de acceso a Internet de alta velocidad mediante la tecnología ADSL (Wanadoo ADSL y eXtense).

- 7 Según la Decisión, en el caso de Wanadoo ADSL, en la época controvertida el abonado debía pagar una cuota mensual a France Télécom por la prestación del servicio, el alquiler del módem ADSL a France Télécom, así como una cuota a WIN en tanto que proveedor del acceso a Internet (en lo sucesivo, «PAI»). En el marco del servicio eXtense, el usuario compraba el módem y pagaba una única cuota mensual a WIN correspondiente al servicio proporcionado por France Télécom y a una tarifa plana para el acceso a Internet.

- 8 Después de examinar los diferentes elementos, entre ellos las cuotas de mercado (considerandos 211 a 222 de la Decisión) y los efectos de la «vinculación» a France Télécom (considerandos 223 a 228), la Comisión llegó a la conclusión de que WIN se encontraba en una posición dominante en el mercado de referencia. A continuación, se consagró a demostrar que la práctica de tarifas por debajo de los costes aplicada por WIN se inscribía en el marco de una estrategia intencionada de depredación para «apropiarse» del mercado y, por ello, constituía un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 82 CE (considerando 254).

- 9 La Decisión fija como inicio del período de infracción el 1 de marzo de 2001 y su final el 15 de octubre de 2002, fecha de entrada en vigor del remedio propuesto por France Télécom en marzo de 2002. Según la Decisión, los costes variables no se cubrieron con las tarifas practicadas de marzo a agosto de 2001 y los costes totales tampoco a partir de esta última fecha (artículo 1 de la Decisión, véase el apartado 5 *supra*).
- 10 Esta Decisión fue notificada a WIN el 23 de julio de 2003, quien solicitó su anulación mediante demanda presentada ante el Tribunal de Primera Instancia el 2 de octubre de 2003.
- 11 A raíz de una operación de fusión que tuvo lugar el 1 de septiembre de 2004, France Télécom SA se subrogó en los derechos de WIN.

Pretensiones de las partes

- 12 La parte demandante solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- Anule la Decisión.

- Con carácter subsidiario, suprima o reduzca el importe de la multa.

- Condene en costas a la demandada.

13 La Comisión solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- Desestime el recurso.

- Condene en costas a la demandante.

Fundamentos de Derecho

I. Sobre las pretensiones que tienen por objeto que se anule la Decisión

14 En apoyo de sus pretensiones de anulación, la demandante invoca diversos motivos de forma, la violación del principio de individualidad de las penas y la infracción del artículo 82 CE.

A. Sobre el motivo basado en la vulneración del derecho de defensa y en la existencia de vicios sustanciales de forma

1. Alegaciones de las partes

15 Según WIN, en un asunto en el que se denuncian precios predatorios, el cálculo de los costes debe considerarse un elemento central de la imputación en cuestión. Sin embargo, en su opinión, no sólo tuvo dificultades para acceder al expediente, sino que, además, determinados elementos importantes del cálculo de los costes variables

y totales contenidos en la Decisión no fueron jamás objeto de un pliego de cargos y sólo fueron comunicados mediante la precisión de los hechos. Esto constituye una violación del derecho de defensa de WIN y un vicio sustancial de forma. WIN alega que, en efecto, no podía conocer la importancia ni el lugar que dichos elementos iban a ocupar en el razonamiento y en las imputaciones de la Comisión y, en consecuencia, no podía ejercer de forma eficaz su derecho de defensa a este respecto.

16 Añade que, en la Decisión, la Comisión aplicó cálculos que, tanto en el plano del método utilizado como en lo que atañe a los resultados, son diferentes de los utilizados en el pliego de cargos adicional. Al modificar su análisis de cobertura, la Comisión modificó su acusación. Por otra parte, la Decisión fija una duración de la infracción superior a la mencionada en el pliego de cargos, sin que las partes hayan podido realizar observaciones al respecto.

17 La Comisión estima que las alegaciones de WIN son inexactas en cuanto a los hechos e infundadas en Derecho. Afirma que, en la precisión de los hechos, se limitó a corregir los errores de cálculo subrayados por WIN en su respuesta al pliego de cargos adicional, sin modificar su análisis ni sus imputaciones. Subraya, además, que WIN fue oída sobre el contenido de la precisión de los hechos. Ésta tenía precisamente por objeto que la empresa pudiera hacer conocer de forma útil su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos alegados, y WIN no dejó de hacerlo. En efecto, mediante escrito de 26 de febrero de 2003, WIN pidió a la Comisión que le aclarase varios aspectos de la precisión de los hechos. La Comisión afirma haber respondido mediante carta de 28 de febrero de 2003, lo que permitió a WIN responder a su vez a dicha precisión de los hechos el 4 de marzo de 2003. La Comisión señala también que, cuando le envió la precisión de los hechos, dio acceso a WIN a la totalidad del expediente que sirvió para su redacción. Afirma que, efectivamente, WIN tuvo acceso al expediente los días 23 y 27 de enero de 2003. En lo que atañe a la duración de la infracción, el hecho de que ésta estuviera todavía en curso en el momento de la remisión del pliego de cargos impidió a la Comisión ir más allá de la determinación del punto de partida de dicha infracción.

2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

18 Hay que recordar, *a priori*, que el pliego de cargos debe contener, según jurisprudencia reiterada, una exposición de los motivos en términos suficientemente claros, aunque sean concisos, para permitir a los interesados conocer efectivamente qué conductas les reprocha la Comisión. Solamente si cumple este requisito puede el pliego de cargos cumplir la función que le atribuyen los Reglamentos comunitarios y que consiste en facilitar a las empresas y asociaciones de empresas todos los datos necesarios para que puedan defenderse efectivamente antes de que la Comisión adopte una decisión definitiva. Además, es jurisprudencia reiterada que se cumple dicho requisito cuando la decisión no imputa a los interesados infracciones diferentes a las mencionadas en el pliego de cargos y cuando sólo tiene en cuenta los hechos sobre los que los interesados han tenido posibilidad de justificarse. Sin embargo, la decisión final de la Comisión no tiene por qué ser necesariamente una copia del pliego de cargos (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de febrero de 2002, *Compagnie générale maritime y otros/Comisión*, T-86/95, Rec. p. II-1011, apartado 442 y la jurisprudencia que se cita). Así, cabe admitir que a la luz del escrito de respuesta de las partes se añadan extremos al pliego de cargos, cuyos argumentos demuestren que pudieron ejercer efectivamente su derecho de defensa. La Comisión puede asimismo, en vista del procedimiento administrativo, revisar o añadir argumentos de hecho o de Derecho en defensa de los cargos que imputa (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de octubre de 2002, *Schneider Electric/Comisión*, T-310/01, Rec. p. II-4071, apartado 438).

19 El presente motivo debe ser analizado a la luz de las consideraciones anteriores.

20 Es necesario constatar que el 19 de diciembre de 2001, una vez concluida la fase de investigación, la Comisión dirigió a WIN el primer pliego de cargos. Ésta formuló sus observaciones en su respuesta de 4 de marzo de 2002 y con ocasión de una comparecencia que tuvo lugar el 18 de marzo de 2002 (considerando 153 de la Decisión). El 9 de agosto de 2002, la Comisión envió a WIN el pliego de cargos

adicional. WIN presentó sus observaciones al mismo el 23 de octubre de 2002 y no solicitó que se practicara una nueva comparecencia (considerando 157 de la Decisión). En consecuencia, WIN pudo ejercer su derecho de defensa respecto de las acusaciones formuladas por la Comisión en estos pliegos de cargos, tanto en el marco de sus respuestas a los mismos como en la comparecencia.

- 21 Pues bien, las acusaciones realizadas por la Comisión en su Decisión no difieren de las expuestas en los pliegos de cargos.

- 22 En efecto, en su pliego de cargos de 19 de diciembre de 2001, la Comisión expone lo siguiente a modo de introducción:

«El presente pliego de cargos tiene por objeto las prácticas en materia de tarifas de [WIN], una de las sociedades del grupo France Télécom, por sus servicios de acceso a Internet de alta velocidad Wanadoo ADSL y Pack [eXtense] durante el año 2001.

[...]

Durante la investigación, ha salido a la luz que desde el principio del año 2001 [WIN] desarrolla prácticas en materia de tarifas por los servicios de que se trata inferiores a los costes, que pueden calificarse de comportamientos predatorios y constituir una infracción del artículo 82 [CE].»

23 En este mismo pliego de cargos, al final de su análisis, la Comisión concluye lo siguiente:

«[En este contexto,] la política de precios predatorios practicada por [WIN] desde el principio del año 2001 constituye un abuso de posición dominante [en el sentido del] artículo 82 [CE, letras] a) y b). Las prácticas en cuestión han tenido lugar en una fase crítica del desarrollo del mercado de acceso a Internet de alta velocidad para los clientes del acceso residencial, contemporáneo a la expansión del ADSL en Francia. Han proporcionado a [WIN] una ventaja considerable sobre sus competidores o impedido la entrada o la permanencia de éstos en este mercado.»

24 El artículo 1 de la Decisión tiene el siguiente tenor literal:

«De marzo de 2001 a octubre de 2002, [WIN] infringió el artículo 82 [CE] al practicar, para sus servicios eXtense y Wanadoo ADSL, precios predatorios que no le permitieron cubrir sus costes variables hasta agosto de 2001 ni cubrir sus costes totales desde agosto de 2001, en el marco de un plan con el que pretendía apropiarse del mercado de acceso a Internet de alta velocidad en una fase decisiva de su desarrollo.»

25 La comparación entre el primer pliego de cargos y la Decisión revela que la empresa, el mercado y los productos en cuestión son idénticos, así como la infracción que se imputa, a saber, la práctica de precios predatorios contraria al artículo 82 CE.

26 Ciertamente, la Decisión es mucho más precisa en lo que atañe a la cobertura de los costes. Al contrario que el primer pliego de cargos, la Decisión hace referencia a los costes variables y a los costes totales y distingue los períodos considerados a este respecto.

- 27 Sin embargo, tal precisión se introdujo en el pliego de cargos adicional, cuyo punto 5.4 se titula «La concreción del abuso: falta de cobertura de los costes variables y los costes totales en el marco de una estrategia de apropiación del mercado». En las dos notas a pie de página a las que remite este título, la Comisión precisa que «a este respecto, el presente pliego de cargos completa [el punto] 3.4 del primer pliego de cargos» y que «el examen de la cobertura de los costes totales es un elemento nuevo respecto del primer pliego de cargos». En consecuencia, el método utilizado ya era conocido en ese momento por WIN, que pudo manifestar su punto de vista.
- 28 En cuanto a la precisión de los hechos, su finalidad es, según sus propios términos, «señalar determinados elementos de hecho no mencionados de forma explícita en los pliegos de cargos, a los que la Comisión podría referirse en el texto de tal Decisión; elementos que consisten, en parte, en hechos descritos en los documentos del expediente de la Comisión a los que [los] abogados ya han tenido acceso, y en parte, en datos recogidos durante las investigaciones que se desarrollaron después del 9 de agosto de 2002».
- 29 Según WIN, esta precisión de los hechos modifica el análisis de cobertura y, en consecuencia, la imputación correspondiente, por lo que debería haber sido objeto de un pliego de cargos.
- 30 Para empezar, procede señalar que, aparte de la mera mención a la distinta delimitación de los períodos de análisis, WIN no ha precisado en su demanda en qué consisten las diferencias en el método o en los resultados, ni cuáles son los nuevos datos aportados en la precisión de los hechos. Se ha limitado a realizar una remisión al primer pliego de cargos, al pliego de cargos adicional y a la precisión de los hechos, que adjunta como anexos. Pues bien, no corresponde al Tribunal de Primera Instancia buscar e identificar en estos anexos los elementos que pueden fundamentar el recurso. Aunque el cuerpo de la demanda pueda confirmarse y completarse, en aspectos específicos, mediante remisiones a pasajes determinados de documentos adjuntos, una remisión global a otros escritos, aun adjuntos a la

demanda, no puede paliar la falta de los elementos esenciales en ésta (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2002, ABB Asea Brown Boveri/ Comisión, T-31/99, Rec. p. II-1881, apartado 113). En consecuencia, no procede realizar una comparación detallada de los pliegos de cargos y de la precisión de los hechos, adjuntos a la demanda, para buscar en ésta diferencias de método o elementos nuevos. No obstante, es necesario destacar, a mayor abundamiento, que esta precisión de los hechos no contiene ninguna imputación y no anuncia ni introduce cambio alguno en el método de cálculo de las tasas de cobertura de los costes. Con frecuencia, en respuesta a las observaciones de WIN, actualiza, afina o corrige elementos ya presentes en los pliegos de cargos. Por lo tanto, no modifica las imputaciones formuladas en éstos.

31 En cuanto a la distinta delimitación de los períodos de análisis, único elemento invocado en la demanda en apoyo de la alegación basada en la modificación del análisis de cobertura, la Decisión reduce, efectivamente, el período de falta de cobertura de los costes variables y alarga el período de falta de cobertura de los costes totales. Sin embargo, la acusación de falta de cobertura de los costes se refiere, como en el pliego de cargos, a todo el período de infracción de que se trata. Además, este aplazamiento del inicio de la infracción de enero de 2001 en el pliego de cargos a marzo de 2001 en la Decisión es favorable a WIN. Por otra parte, no puede reprocharse a la Comisión haber tenido en cuenta las observaciones de WIN formuladas en su respuesta al pliego de cargos adicional. Según estas observaciones, la Comisión había llegado a la conclusión de que no se cubrían los costes variables entre agosto y octubre de 2001 debido a un error de cálculo. Por ello, en la Decisión, la Comisión finalmente situó el final del período de falta de cobertura de los costes variables en agosto de 2001.

32 Suponiendo que, mediante esta alegación, la demandante invoque la modificación de la delimitación de los períodos de análisis de los costes variables, es necesario destacar que, efectivamente, en la Decisión, el tercer período no termina ya el 31 de diciembre de 2001, sino que se alarga hasta el 15 de febrero de 2002. Según la Comisión, esta modificación se inspira en la preocupación por hacer coincidir con la evolución de los costes soportados por WIN la delimitación de períodos utilizada. Afirma que este cambio sólo supone una simplificación de los cálculos, sin modificar las conclusiones generales a las que había llegado la Comisión en el pliego de cargos adicional.

- 33 Es necesario señalar que WIN no ha rechazado esta justificación y que tampoco ha explicado de qué forma le perjudica esta prórroga del tercer período.
- 34 Además, la precisión de los hechos requiere a WIN para que realice observaciones sobre estos elementos de hecho y le ofrece la posibilidad de acceder a todos los documentos del expediente.
- 35 Es necesario subrayar que, en la parte introductoria de su demanda, WIN se contenta con mencionar dificultades de acceso al expediente, pero no hace de ello un motivo de anulación. Tampoco afirma no haber obtenido los documentos que solicitó, sino haber tenido que realizar peticiones reiteradas y deber únicamente «a su extrema atención y a su perseverancia [...] haber conseguido, en la medida de sus posibilidades, hacer valer su derecho de acceso al expediente». De lo anterior debe deducirse que, a pesar de las dificultades que haya podido encontrar, WIN tuvo acceso al expediente.
- 36 En consecuencia, conforme a la jurisprudencia citada en el apartado 18 *supra*, la demandante fue informada de los elementos de hecho esenciales y tuvo ocasión de dar a conocer de forma útil su punto de vista. Ya había tenido lugar una primera comparecencia el 18 de marzo de 2002 y no era necesaria una nueva. Por lo demás, WIN no la solicitó, ni tras la remisión del pliego de cargos adicional ni tras la remisión de la precisión de los hechos.
- 37 Resulta de lo anterior que no puede estimarse la alegación según la cual era necesario un tercer pliego de cargos. Además, WIN pudo ejercer su derecho de defensa a este respecto y no dejó de hacerlo. En efecto, mediante escrito de 26 de febrero de 2003, solicitó a la Comisión algunas aclaraciones respecto de la precisión de los hechos. La Comisión respondió mediante carta de 28 de febrero de 2003. La demandante remitió entonces a la Comisión un escrito de contestación a la precisión de los hechos. Además, WIN tuvo efectivamente acceso al expediente los días 23 y 27 de enero de 2003. En consecuencia, WIN no ha demostrado que el envío de la precisión de los hechos constituyera un vicio sustancial de forma ni vulnerara su derecho de defensa.

38 A mayor abundamiento, en el caso de que procediera considerar que corresponde al propio Tribunal de Primera Instancia realizar una comparación detallada entre la precisión de los hechos y los pliegos de cargos en busca de elementos que apoyen el recurso, debe señalarse que los elementos fácticos detallados en la precisión de los hechos completaban o desarrollaban información ya contenida en los pliegos de cargos. En efecto, el examen, en la precisión de los hechos, del ingreso medio real y del ingreso teórico al principio del año 2002 prolonga los cálculos realizados en el pliego de cargos adicional, habida cuenta de la carta de WIN de 13 de diciembre de 2002. Además, ya se había tratado del ancho de banda facturado por France Télécom en el marco del servicio de encaminamiento en el primer pliego de cargos y en el pliego de cargos adicional. La precisión de los hechos toma en consideración la información proporcionada sobre este tema por France Télécom el 3 de mayo y el 21 de noviembre de 2002. Asimismo, el coste de la «conectividad» internacional se había abordado en el primer pliego de cargos. La precisión de los hechos pretende recoger las explicaciones proporcionadas a este respecto por France Télécom en una carta de 13 de noviembre de 2002. Para terminar, ya se había presentado en el pliego de cargos adicional una primera estimación de los costes previsibles para los nuevos abonados y una estimación de los costes totales.

39 Por lo demás, determinados elementos de la precisión de los hechos tienen un carácter claramente informativo en respuesta a observaciones de WIN. Así, a raíz de la carta de WIN de 27 de septiembre de 2002, la Comisión hace referencia, en la precisión de los hechos, a los costes relacionados con las mudanzas de los abonados subrayando que no pretende incorporar estos costes en sus cálculos. En cuanto al efecto de la dinámica de las ventas, la Comisión subraya, en la precisión de los hechos, que este elemento no permite llegar a una conclusión sobre la depredación, pero puede utilizarse en el marco de la discusión de la propuesta, formulada por WIN en su escrito de contestación de 23 de octubre de 2002, de estudiar de forma separada cada nueva generación de abonados, independientemente de las generaciones anteriores o posteriores. La finalidad de los argumentos, contenidos en la precisión de los hechos, sobre los gastos publicitarios o promocionales de WIN es confirmar que el pliego de cargos adicional los había tenido en cuenta en los costes variables, aspecto que WIN había negado en su respuesta al mismo.

- 40 Los únicos elementos de los que puede decirse que producen un cambio en la aplicación del método elegido por la Comisión son, por una parte, la distinta delimitación de los períodos de análisis y, por otra parte, el cálculo de las medias ponderadas de cobertura de los costes en función de los ingresos generados por los abonados a los dos servicios de que se trata.
- 41 Respecto de la distinta distribución de los períodos de análisis, procede remitirse a los apartados 31 a 33 *supra*.
- 42 En lo que atañe al cálculo de las medias ponderadas de cobertura de los costes en función de los ingresos generados por los abonados, la Comisión expone que «este cambio viene impuesto desde un punto de vista meramente aritmético, habida cuenta de la gran diferencia entre los costes y los ingresos del servicio eXtense, por una parte, [y] los costes y los ingresos del servicio Wanadoo ADSL, por otra, que son dos veces inferiores a los de eXtense». En la nota a pie de página n° 77 de la Decisión, la Comisión añade que «opina que no está atada por un error de cálculo cometido en una etapa anterior del procedimiento, siempre que dé a la empresa la oportunidad de realizar observaciones respecto de la rectificación del error en el marco de su derecho de defensa, y así lo ha hecho en el presente caso mediante [la precisión de los hechos]».
- 43 En cuanto a la rectificación de los errores, debe destacarse que WIN la admite perfectamente cuando le es favorable. En su respuesta al pliego de cargos adicional, WIN señala a la Comisión los errores que ésta cometió en sus cálculos. En la precisión de los hechos, la Comisión rectifica estos errores sin oposición por parte de WIN o, cuando la Comisión se niega a ello, explica la razón. Por el contrario, según WIN, en una carta relativa a elementos fácticos, la Comisión no puede rectificar un error cometido en un sentido que no le es favorable, porque esto equivaldría a modificar la imputación formulada en su contra.

- 44 En consecuencia, procede verificar si dicha rectificación representa un cambio de método que da lugar a una nueva imputación.
- 45 Pues bien, es necesario constatar que el método sigue siendo el del cálculo de la tasa de cobertura de los costes variables y totales corregidos y que la rectificación o la modificación realizada en el cálculo de la media ponderada no altera en nada la imputación de práctica de precios predatorios desde el principio del año 2001 que aparece en los dos pliegos de cargos. La inexistencia de un cálculo de la media en el primer pliego de cargos no impide a la Comisión llegar a la conclusión de que los costes no se cubren, puesto que el cálculo de la tasa de cobertura se hace, en primer lugar, por producto (eXtense o Wanadoo ADSL).
- 46 Por lo demás, de la respuesta de WIN a la precisión de los hechos se desprende que, como los nuevos elementos que tuvo en cuenta la Comisión en la precisión de los hechos llevaron a una tasa de cobertura de los costes variables corregidos superior al 100 % a partir del 1 de agosto de 2001, la Comisión modificó su método de cálculo para reducir esta tasa y mantener su imputación de falta de cobertura de los costes variables durante el período comprendido entre el 1 de agosto y el 15 de octubre de 2001. Sin embargo, tal objetivo no parece conciliable con el hecho de que, en definitiva, en la Decisión la Comisión fijó el final del período de falta de cobertura de los costes variables corregidos el 31 de julio de 2001. En consecuencia, esta alegación no puede prosperar. WIN no ha demostrado por tanto un cambio de método en la precisión de los hechos.
- 47 WIN ha alegado también que la Decisión constata una duración de la infracción superior a la mencionada en el pliego de cargos, sin que las partes hayan tenido la ocasión de expresarse a este respecto.
- 48 En primer lugar, es necesario señalar que WIN jamás se ha opuesto al punto de partida de la infracción ni a que la Comisión lo aplazase de enero a marzo de 2001 entre el pliego de cargos y la Decisión.

49 En cuanto a la ampliación de la duración de la infracción del mes de julio al 15 de octubre de 2002, es necesario constatar que, si bien los dos pliegos de cargos fijaban el principio de la infracción en el mes de enero de 2001, ninguno de los dos señalaba que la infracción hubiera terminado. Más bien al contrario, tanto uno como otro anunciaban que la Comisión tenía la intención de adoptar una Decisión en la que se requiriese a WIN para que «pusiera fin a la infracción». Tal formulación señalaba sin ambigüedades que, según la Comisión, la infracción en cuestión todavía no había terminado. Ciertamente, el primer pliego de cargos aludía a hechos referidos a un período de doce meses y el pliego de cargos adicional a una duración de dieciocho meses. Esta limitación en el tiempo de los elementos de prueba, y no de la duración de la infracción, a un período transcurrido no contradice la conclusión explícita de ambos documentos. A título ilustrativo, el pliego de cargos adicional indica:

«Al final de su análisis, la Comisión considera que la política de precios predatorios practicada por [WIN] desde el principio del año 2001 constituye un abuso de posición dominante [...] Por las razones anteriormente expuestas, la Comisión se propone adoptar una Decisión en la que se declare que [... WIN] debe poner fin a la infracción [...].»

50 De lo anterior resulta claramente que cada pliego de cargos señalaba la duración determinada por la Comisión sobre la base de la información de que disponía en el momento de su elaboración (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 1983, *Musique diffusion française y otros/Comisión*, 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartado 15), al no haber terminado la infracción. Por lo demás, WIN nunca afirmó haber adoptado medidas especiales que pusieran fin a la infracción alegada. Hasta la Decisión, la Comisión no declaró que «el abuso terminó el 15 de octubre de 2002, fecha de entrada en vigor del remedio propuesto por France Télécom en marzo de 2002».

51 La frase de la precisión de los hechos según la cual «estos elementos de hecho no conducen de ninguna manera a alargar el período al que se refiere el pliego de cargos» debe entenderse a la luz de las consideraciones que preceden. La circunstancia de que la precisión de los hechos evoque «los costes totales corregidos

en 2002» (véase la página 6) y que varios datos cubran los nueve primeros meses, incluso los doce meses del año 2002 (véanse, en particular, los anexos 15.1 y 15.2, 20, 21 y 22), se inscribe en la perspectiva de la prosecución de la infracción. Por lo demás, de la respuesta de WIN a la precisión de los hechos resulta que estaba en situación de comprender que la infracción continuaba. Varios puntos de su respuesta se refieren a los nueve primeros meses, incluso a los doce meses del año 2002. En efecto, presentó un cuadro titulado «Publicidad/Crecimiento del mercado ADSL» que se refería a un período que abarcaba hasta diciembre de 2002 y, con el mismo título, un gráfico que cubría el período comprendido entre enero de 2001 y septiembre de 2002. Además, siempre en esta respuesta, WIN se manifestó acerca de las tasas de cobertura de los costes variables hasta el 30 de septiembre de 2002. Para terminar, en esta misma respuesta, WIN rechaza el beneficio de 37,03 euros por abono que la Comisión tuvo en cuenta para el período del 15 de febrero a septiembre de 2002. Por consiguiente, WIN no puede afirmar que se haya vulnerado su derecho de defensa (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491, apartado 576).

- 52 En consecuencia, procede desestimar la alegación de la demandante relativa a la ampliación de la duración de la infracción.
- 53 Puesto que no se ha demostrado ninguna vulneración del derecho de defensa, debe desestimarse el presente motivo.

B. Sobre el motivo basado en falta de motivación

1. Alegaciones de las partes

- 54 En el marco de su alegación de la existencia de un vicio sustancial de forma, WIN también aduce que la Comisión pone en entredicho, sin motivarlo, el derecho que se

reconoce a toda empresa a equiparar de buena fe sus precios a los de sus competidores. Este derecho está consagrado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y en la práctica decisoria anterior de la Comisión. WIN añade que, cuando la Decisión va mucho más allá que las decisiones precedentes, incumbe a la Comisión desarrollar su razonamiento de manera explícita.

- 55 Por su parte, la Comisión estima que basta con referirse a los considerandos 314 a 331 de la Decisión para constatar que el motivo basado en la falta de motivación sobre este aspecto es manifiestamente infundado.

2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 56 Resulta obligado constatar que la Decisión consagra 18 considerandos (314 a 331) a la alegación relativa a la equiparación de los precios a los de los competidores. En primer lugar, la Comisión examina dicha equiparación en el plano de los principios; en segundo lugar, la posición efectivamente ocupada en el mercado por los competidores señalados y, en tercer lugar, los elementos de hecho que, en su opinión, invalidan la tesis de WIN.

- 57 En consecuencia, la Comisión cumplió con su obligación de motivación en la materia. Conforme a la jurisprudencia citada por WIN, la Comisión motivó su Decisión al mencionar los elementos fácticos de los que depende la justificación legal de la medida y las consideraciones que la llevaron a tomar su Decisión (sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 1975, *Papiers peints/Comisión*, 73/74, Rec. p. 1491, apartado 30).

58 En todo caso, aun admitiendo que en el caso de autos la Comisión estuviera obligada a desarrollar su razonamiento de una manera más explícita, no habría dejado de hacerlo.

59 En efecto, al contrario de lo que alega WIN, la Comisión no se limita a una motivación sucinta afirmando pura y simplemente que un operador dominante no puede ajustar sus precios a los de sus competidores cuando su precio es inferior a sus costes. Detalla su postura en el considerando 315 de la Decisión acompañándolo de varias referencias a la jurisprudencia en notas a pie de página. Este considerando tiene el siguiente tenor:

«En primer lugar, en el plano de los principios, es cierto que las empresas que acaban de entrar en el mercado o las que no ejercen una posición dominante tienen derecho a practicar precios promocionales durante períodos limitados. Su único objeto consiste en llamar la atención del consumidor sobre la propia existencia del producto, de forma más persuasiva que mediante un mero mensaje publicitario, y estas ofertas no tienen un efecto negativo en el mercado. Por el contrario, que el operador dominante equipare sus precios a los promocionales del operador no dominante no está justificado. Si bien es cierto que, en términos absolutos, no está prohibido que el operador dominante equipare sus precios a los de sus competidores, no lo es menos que esta facultad debe serle negada cuando implica que la empresa dominante no cubra los costes del servicio de que se trata. Aunque una posición dominante no puede privar a una empresa que se encuentra en tal posición del derecho a proteger sus propios intereses comerciales cuando éstos se ven amenazados, no pueden admitirse tales comportamientos cuando su objeto es precisamente reforzar tal posición dominante y abusar de ella. Así, incumbe a la empresa dominante una responsabilidad especial de no perjudicar, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común.»

60 En consecuencia, el motivo basado en la falta de motivación en la materia tampoco puede prosperar, de forma que procede desestimar la totalidad de los motivos de forma.

C. Sobre el motivo basado en la violación del principio de individualidad de las penas

1. Alegaciones de las partes

- 61 Según WIN, la Comisión viola de forma manifiesta el principio de individualidad de las penas cuando utiliza en su contra elementos que imputa al grupo France Télécom y sobre los que ni WIN ni France Télécom han tenido la posibilidad de presentar observaciones. La Comisión confunde las prácticas que reprocha a WIN y las de France Télécom. A juicio de WIN, las describe como la ejecución de una acción concertada o de una estrategia única definida por el grupo France Télécom. Sin embargo, el procedimiento sólo se refiere a WIN. En consecuencia, se trata de una «grave anomalía procesal».
- 62 En apoyo de sus tesis, WIN cita en la demanda diversos pasajes de la Decisión y del pliego de cargos adicional.
- 63 En este sentido, WIN alega que en el considerando 145 de la Decisión, la Comisión denunció los medios empleados por ella y su accionista principal para estancar el desarrollo de los competidores y desviar en su beneficio el crecimiento del mercado de alta velocidad. WIN cita también el considerando 285 de la Decisión, que menciona «un plan conjunto» y subraya que la «estrategia seguida por la filial no puede disociarse completamente de los objetivos de la sociedad matriz», así como el considerando 286 en el que la Comisión estima «interesante referirse al comportamiento de France Télécom en el mercado al por mayor».
- 64 Asimismo, según WIN, en el pliego de cargos adicional la Comisión había declarado que una parte de los hechos que señalaba eran «imputables a France Télécom», al

tiempo que afirmaba, sin embargo, que «la intensidad de las relaciones entre [WIN] y France Télécom [era] tal [...] que [era] imposible considerar que las estrategias de las dos entidades no [estuvieran] estrechamente relacionadas». La Comisión afirmó también que la política de precios de WIN era el resultado de una «acción concertada» entre ésta y France Télécom.

- 65 La Comisión responde que basta referirse a la parte dispositiva de la Decisión para constatar que la única empresa a la que se refiere es WIN. La Decisión no se dirigió a France Télécom, ya que no se le reprochaba ningún abuso de posición dominante. Por el contrario, la Comisión admite que la Decisión contiene frecuentes referencias a France Télécom debido a su posición central como operador de la red telefónica y a su calidad de accionista mayoritario de WIN. Estos elementos son pertinentes para comprender el contexto del mercado durante el período de infracción.

2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 66 Procede recordar que, en virtud del principio de individualidad de las penas y de las sanciones, una empresa sólo debe ser sancionada por los hechos que se le imputen individualmente, principio aplicable en todo procedimiento administrativo que pueda dar lugar a la imposición de sanciones en virtud de las normas comunitarias sobre competencia (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de diciembre de 2001, *Krupp Thyssen Stainless y Acciai speciali Terni/Comisión*, T-45/98 y T-47/98, Rec. p. II-3757, apartado 63).
- 67 Es necesario constatar que no resulta de la Decisión que la Comisión reproche a WIN infracciones supuestamente cometidas por France Télécom y que le hayan sido imputadas a ella. En efecto, todos los pasajes de la Decisión de los que WIN pretende extraer una crítica al comportamiento de France Télécom se sitúan en dos

subdivisiones de la Decisión [parte I, G, punto 4, y parte II, D, punto 3, letra c)] que se refieren a elementos del contexto de la infracción y pretenden claramente describir el marco en el que se inscribe el comportamiento recriminado a WIN.

- 68 Por lo tanto, las referencias a France Télécom se justifican por la descripción del contexto del mercado de referencia. En efecto, France Télécom ocupaba una posición particular en ese mercado en su calidad de operador telefónico ineludible para la mayoría de los proveedores de acceso a Internet. France Télécom es el operador tradicional de las telecomunicaciones en Francia. Explora las redes de larga distancia en el territorio francés utilizadas para conducir el tráfico de Internet. Es propietaria de la red de acceso local de telecomunicaciones que conecta a su red a la totalidad de los abonados al teléfono. Pues bien, en aquella época, la utilización de la red local de France Télécom era indispensable para suministrar un servicio ADSL (considerando 231 de la Decisión). France Télécom factura sus servicios a sus clientes, entre los que se encuentra WIN (considerandos 42 a 59 de la Decisión). La reducción de las tarifas de France Télécom tiene, por lo tanto, un impacto sobre los costes de WIN. Por lo demás, esta posición central de France Télécom y su calidad de accionista mayoritario de WIN la llevaron a participar en el procedimiento administrativo.
- 69 Además, la Comisión procura precisar que estos elementos del contexto, «aunque sólo sean en parte imputables a [WIN] y no constituyan acusaciones contra ella» son importantes para la comprensión del asunto (considerando 145 de la Decisión) o incluso, que «para apreciar mejor el alcance de la política de [WIN] y su inserción en un plan conjunto, resulta útil poner en perspectiva el comportamiento de la filial en la problemática del grupo France Télécom» (considerando 285 de la Decisión), al tiempo que añade que los elementos descritos en los considerandos 286 a 290 «no constituyen imputaciones contra [WIN]» sino que «la estrategia seguida por la filial no puede disociarse completamente de los objetivos de la sociedad matriz».
- 70 En consecuencia, resulta de la Decisión, en la que la Comisión siempre procuró precisar que los elementos del contexto no constituyen imputaciones contra la demandante, que la Comisión no ha atribuido a WIN comportamientos realizados por France Télécom.

71 Por lo tanto, debe desestimarse este motivo, basado en la violación del principio de individualidad de las penas.

D. Sobre la infracción del artículo 82 CE

72 Según WIN, la Comisión infringió el artículo 82 CE en varios aspectos. Respecto de la posición dominante, la Comisión realizó, según ella, una definición inexacta del mercado y se equivocó al considerar que WIN tenía en él una posición dominante. En lo que atañe al abuso de posición dominante, afirma que la Comisión aplicó un análisis de cobertura de los costes contrario al artículo 82 CE tanto en lo que se refiere a los costes considerados como al método aplicado; además, cometió burdos errores de cálculo. En el marco del análisis de depredación, la Comisión negó a WIN el derecho fundamental a equiparar sus precios a los de sus competidores. Además, incurrió en un error de Derecho al que se añade un error de apreciación manifiesto al llegar a la conclusión de que existía un plan de depredación y al sostener que la demostración de la recuperación de las pérdidas no era necesaria.

1. Sobre la posición dominante

a) Sobre la definición errónea del mercado

Alegaciones de las partes

73 Según WIN, la distinción realizada por la Comisión entre el acceso a Internet de baja velocidad y el acceso a Internet de alta velocidad para clientes del acceso residencial

se apoya en un análisis lleno de graves lagunas y contradictorio. En su opinión, sólo existe un único mercado de acceso a Internet, que se presenta como una continuidad desde la baja velocidad hasta la alta velocidad. Esto queda demostrado, a su juicio, por la aparición de ofertas de ADSL de velocidad media.

- 74 WIN afirma que la Comisión reconoce la existencia de usos comunes y de un cierto grado de sustituibilidad entre el acceso a Internet de alta velocidad y el acceso a Internet de baja velocidad, pero se niega a sacar de ello las conclusiones que proceden.
- 75 Además, existe una verdadera competencia entre la alta velocidad y la baja velocidad, cuyo origen se encuentra en el carácter ilimitado de las ofertas de estos dos tipos de acceso a Internet, ya que los usuarios se muestran relativamente indiferentes a sus características.
- 76 Para terminar, aduce que según la práctica decisoria reiterada de la Comisión, una mera diferencia en el grado de confort o de calidad es insuficiente para distinguir mercados de referencia diferentes cuando el uso es similar. Partiendo de esa premisa, WIN señala que, de una encuesta presentada por ella resulta que, en el 80 % de los casos, los abonados utilizan el mismo tipo de aplicaciones y de funciones.
- 77 Por su parte, la Comisión remite a los argumentos dedicados en la Decisión (considerandos 169 a 204) a la distinción entre alta velocidad y baja velocidad. Afirma que allí puso en evidencia diferencias de uso, de particularidades técnicas y de prestaciones así como diferencias de precio de los servicios y de ingresos por abonado que obligan a distinguir entre los dos mercados. En cuanto al grado de sustituibilidad, la Comisión alega que la única sustitución constatada es completamente asimétrica, ya que opera en un solo sentido, a saber, de la baja velocidad a la alta velocidad. Por lo demás, la Comisión estima que la diferencia entre alta velocidad y baja velocidad está universalmente reconocida en la actualidad.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 78 Procede recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia (sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, Michelin/Comisión, 322/81, Rec. p. 3461, apartado 37; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 30 de marzo de 2000, Kish Glass/Comisión, T-65/96, Rec. p. II-1885, apartado 62, y de 17 de diciembre de 2003, British Airways/Comisión, T-219/99, Rec. p. II-5917, apartado 91), para el examen de la posición eventualmente dominante de una empresa en un mercado sectorial determinado, las posibilidades de competencia deben apreciarse en el marco del mercado que agrupe al conjunto de productos o servicios que, en razón de sus características, sean especialmente aptos para satisfacer necesidades permanentes y escasamente sustituibles por otros productos o servicios. Además, dado que la determinación del mercado relevante sirve para evaluar si la empresa de que se trata tiene la posibilidad de impedir el mantenimiento de una competencia efectiva y de obrar, en buena medida, de forma independiente con respecto a sus competidores y, en el presente caso, a sus prestadores de servicios, no es posible, a este respecto, limitarse únicamente al examen de las características objetivas de los servicios relevantes, sino que es preciso, asimismo, tomar en consideración las condiciones de competencia y la estructura de la oferta y la demanda en el mercado.
- 79 Cuando un producto puede ser utilizado para varios fines y cuando esos diferentes usos responden a necesidades económicas, que a su vez también son diferentes, hay que admitir que ese producto puede pertenecer, según el caso, a mercados separados, que pueden tener características diferentes, tanto desde el punto de vista de la estructura como de las condiciones de la competencia. Esta constatación no justifica, sin embargo, la conclusión de que un producto de estas características constituye un único mercado con todos los demás productos que pueden sustituirlo en todos sus diferentes usos posibles, y con los que, según el caso, puede competir.
- 80 El concepto de mercado relevante (relevant market) implica, en efecto, que pueda existir una competencia efectiva entre los productos que forman parte del mismo, lo

que supone un grado suficiente de intercambiabilidad, a efectos del mismo uso, entre todos los productos que forman parte de un mismo mercado (sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión, 85/76, Rec. p. 461, apartado 28).

- 81 De la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO 1997, C 372, p. 5, punto 7) resulta igualmente que «el mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos».
- 82 Resulta obligado constatar que entre la alta y la baja velocidad no existe únicamente una mera diferencia de confort o de calidad. De los elementos aportados por la Comisión (considerando 175 de la Decisión) resulta, sin que WIN lo haya negado, que determinadas aplicaciones disponibles con la alta velocidad no se pueden utilizar con la baja velocidad como, por ejemplo, la descarga de ficheros muy voluminosos y los juegos interactivos en red. Por otra parte, WIN confirmó, en su respuesta al pliego de cargos de 4 de marzo de 2002, que existían «actividades audiovisuales/multimedia más específicas del ADSL». Además, el estudio realizado por el Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie (Crédoc) por cuenta de WIN y aportado por ésta como anexo a la demanda muestra también los nuevos usos desarrollados en Internet por el servicio eXtense y que son específicos de la alta velocidad, a saber, practicar juegos en red, escuchar una radio en línea, ver un vídeo en línea y realizar compras en línea. Por lo demás, según este mismo estudio, el abonado a la alta velocidad se conecta mucho más a menudo y, como media, mucho más tiempo que el usuario de baja velocidad.
- 83 En lo que atañe a las diferencias entre las particularidades técnicas y las prestaciones, resulta de las afirmaciones de la Comisión (considerandos 181 a 187 de la Decisión), que no han sido desmentidas por la demandante, que una particularidad técnica importante del acceso a Internet de alta velocidad reside en la especificidad de los

módems que se utilizan. Un módem de acceso a Internet de alta velocidad no puede utilizarse para la baja velocidad, y *viceversa* (considerando 181 de la Decisión). Por otra parte, en el caso de la alta velocidad, la conexión es permanente y la línea telefónica está libre.

84 Además, en el caso del mercado francés, es necesario señalar que, durante el período examinado, las ofertas de alta velocidad comprendían velocidades en sentido descendente del orden de 512 kbits/s (considerando 185 de la Decisión). Las ofertas de baja velocidad tradicional (limitada a 56 kbits/s) y las ofertas RDSI (red digital de servicios integrados) o ISDN (Integrated Services Digital Network) (64 o 128 kbits/s) sólo permitían velocidades de cuatro a diez veces inferiores. Las ofertas ADSL de 128 kbits/s en sentido descendente que, según la demandante, ilustrarían la continuidad entre la baja y la alta velocidad, sólo aparecieron al final del período al que se refiere la Decisión. Además, incluso en el caso de una oferta de 128 kbits/s, la diferencia entre la baja y la alta velocidad sigue siendo muy importante. Por lo tanto, la diferencia de prestaciones era significativa durante el período considerado.

85 A estas diferencias de uso, particularidades y prestaciones se añade una gran diferencia de precio entre la baja y la alta velocidad (considerandos 188 a 192 de la Decisión).

86 En lo que atañe al grado de sustituibilidad, es necesario recordar, además de la jurisprudencia citada en el apartado 78 *supra*, los elementos de apreciación enunciados por la Comisión en su Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (véase el apartado 81 *supra*).

87 Según esta Comunicación, el análisis de la sustituibilidad de la demanda implica la determinación de la serie de productos que el consumidor considera substitutivos. Para llegar a esta determinación puede realizarse un ejercicio mental, que presuponga una variación pequeña y no transitoria de los precios relativos y que

analice la posible reacción de los consumidores frente a esta variación. En el punto 17 de esta Comunicación, la Comisión precisa que «la cuestión que debe resolverse es la de si los clientes de las partes estarían dispuestos a pasar a productos sustitutivos fácilmente disponibles [...] en respuesta a un pequeño (5 % a 10 %) y permanente incremento hipotético de los precios relativos para los productos y zonas considerados».

88 En el considerando 193 de la Decisión, la Comisión admite que, ciertamente, la baja velocidad y la alta velocidad tienen un cierto grado de sustituibilidad. Sin embargo, en el considerando 194 añade que ésta funciona de forma profundamente asimétrica, ya que la migración de clientes de ofertas de alta velocidad a ofertas de baja velocidad es ínfima respecto de las migraciones en el otro sentido. Pues bien, según la Comisión, si los productos fueran perfectamente sustituibles desde el punto de vista de la demanda, las tasas de migración serían, si no idénticas, al menos de una magnitud comparable.

89 A este respecto, debe señalarse, en primer lugar, que de los datos proporcionados por WIN y reproducidos en el cuadro 7 de la Decisión resulta que las tasas de migración de los abonados a la alta velocidad hacia las ofertas integrales de baja velocidad eran muy débiles en el período de referencia a pesar de la diferencia de precios entre estos servicios, que hubiera debido incitar a numerosos internautas a pasarse a la baja velocidad. Esta gran desproporción en las tasas de migración entre alta y baja velocidad y a la inversa no apoya la tesis de la intercambiabilidad de estos servicios a los ojos de los consumidores. Por otra parte, en la demanda, WIN no presentó ningún elemento preciso que desvirtuara este análisis.

90 En segundo lugar, resulta que una encuesta realizada por cuenta de la Comisión y presentada por WIN como anexo a su demanda muestra que, en caso de aumento del precio de la alta velocidad entre un 5 y un 10 %, el 80 % de los abonados a la alta velocidad conservaría su abono. Pues bien, en virtud del punto 17 de la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a

efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (véase el apartado 87 *supra*), este alto porcentaje de abonados que no abandonarían la alta velocidad en caso de aumento del precio entre un 5 y un 10 % constituye un gran indicio de la falta de sustitución del lado de la demanda.

- 91 En consecuencia, sobre la base de la totalidad de los elementos que anteceden, procede considerar que la Comisión tenía razón al concluir que no existía un grado suficiente de intercambiabilidad entre la alta y la baja velocidad y al definir el mercado de referencia como el de acceso a Internet de alta velocidad para clientes del acceso residencial.

b) Sobre las lagunas en la apreciación de la posición dominante

Alegaciones de las partes

- 92 Según WIN, la Comisión se equivocó al considerar que su posición era dominante. Afirma que el análisis de la Comisión tiene grandes carencias.
- 93 Afirma que el poder de mercado no puede nunca apreciarse respecto de las cuotas de mercado en un mercado emergente. En este tipo de mercado, es necesario situarse en una perspectiva dinámica, apreciar no sólo la competencia actual sino también la potencial. Según WIN, el número de abonados potenciales es muy importante, dado que los hogares franceses están insuficientemente equipados. WIN estima que ha demostrado la emergencia de nuevos actores en este mercado y la multiplicación de las ofertas, que ha venido acompañada de una disminución de los precios.

- 94 Estos elementos dan fe, según WIN, del vigor de la competencia en un mercado sin barreras en el que, por lo tanto, ella no puede tener una posición dominante.
- 95 WIN reprocha a la Comisión no haber tenido en cuenta lo anterior y haberse limitado a analizar su cuota de mercado en el segmento de la alta velocidad entre el 31 de diciembre de 2000 y el 31 de agosto de 2002. Sin embargo, la caída en más de diez puntos de su cuota de mercado entre agosto de 2002 y marzo de 2003 demuestra el carácter competitivo y evolutivo del mercado.
- 96 Además, siempre según WIN, la pertenencia a un grupo con importantes recursos financieros y una amplia red de distribución no puede apreciarse independientemente de la situación de sus competidores. Sin embargo, la Comisión no realizó ningún examen detallado de la situación de las sociedades AOL, T-Online/Club-Internet y Tiscali, que están «vinculadas» a grandes grupos con un poder financiero excepcional y que disponen también de una gran red de distribución.
- 97 Para terminar, WIN sostiene que no puede considerarse que la concentración de sus actividades de edición de guías telefónicas y de acceso a Internet le confiera un poder financiero que pueda determinar su posición dominante en el mercado francés del acceso a Internet de alta velocidad. En efecto, por una parte, otros competidores como T-Online tienen también esta posibilidad y, por otra parte, el grupo Wanadoo podría perfectamente cubrir las necesidades de su actividad de PAI sin recurrir a la liquidez generada por la edición de las páginas amarillas de la guía telefónica.
- 98 La Comisión rechaza el carácter emergente del mercado de referencia durante el período considerado. Alega que la cuota de mercado de WIN aumentó de forma

continúa durante el período litigioso. Estima que WIN no ha puesto en absoluto en entredicho el análisis realizado en la Decisión sobre las sinergias y ventajas que se derivan para WIN de su «vinculación» técnica, logística y comercial al grupo France Télécom.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 99 Con carácter preliminar, procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, una posición dominante se demuestra por el hecho de que la empresa de que se trata se encuentra en una situación de poder económico que le da la facultad de oponerse al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, permitiéndole actuar, en gran medida, de manera independiente respecto a sus competidores, a sus clientes y, finalmente, a los consumidores (sentencia Michelin/Comisión, citada en el apartado 78 *supra*, apartado 30, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de octubre 2003, Van den Bergh Foods/Comisión, T-65/98, Rec. p. II-4653, apartado 154). De entrada, hay que señalar que no es preciso que la Comisión demuestre que los competidores de una empresa vayan a ser excluidos del mercado, incluso a largo plazo, para acreditar la existencia de una posición dominante.
- 100 Por otra parte, aunque la magnitud de las cuotas de mercado puede variar de un mercado a otro, unas cuotas extremadamente elevadas constituyen por sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante (sentencia Hoffmann-La Roche/Comisión, citada en el apartado 80 *supra*, apartado 41, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de abril de 1999, Endemol/Comisión, T-221/95, Rec. p. II-1299, apartado 134). El Tribunal de Justicia declaró en su sentencia de 3 de julio de 1991, AKZO/Comisión (C-62/86, Rec. p. I-3359, apartado 60), que así sucedía con una cuota de mercado del 50 %.
- 101 El hecho de que haya competencia, incluso fuerte, en un mercado no excluye la posibilidad de una posición dominante en ese mismo mercado, ya que dicha

posición se caracteriza esencialmente por la capacidad de actuar sin necesidad de tener en cuenta, en la estrategia de mercado, esa competencia y sin sufrir, no obstante, los efectos perjudiciales de esa actitud (sentencia Hoffmann-La Roche/Comisión, citada en el apartado 80 *supra*, apartado 70; véase también, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, *United Brands/Comisión*, 27/76, Rec. p. 207, apartados 108 a 129). Así pues, la posible existencia de competencia en el mercado constituye, ciertamente, una circunstancia pertinente, en particular, para apreciar la existencia de una posición dominante, si bien no constituye en sí misma una circunstancia determinante a tal efecto.

102 Procede verificar si, según estos criterios, como afirma la Comisión, WIN se encuentra en una posición dominante en el mercado de referencia.

103 Respecto de las cuotas de mercado, es necesario constatar que, según el cuadro 8 de la Decisión, la cuota de WIN en el mercado de la alta velocidad alcanzó el 50 % el 31 de marzo de 2001, llegó al 72 % el 31 de marzo de 2002 y permaneció estable en este nivel hasta agosto de 2002. Resulta de las respuestas de las partes a las cuestiones planteadas por el Tribunal de Primera Instancia que esta cuota se redujo posteriormente en octubre de 2002 al 63,6 % según WIN y a una cifra que la Comisión sitúa entre un 63,4 y un 71 % dependiendo de la fuente. En consecuencia, durante todo el período litigioso WIN tuvo una cuota de mercado extremadamente importante que constituye, salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante en el sentido de la jurisprudencia antes citada.

104 Respecto del descenso que tuvo lugar entre los meses de agosto y octubre de 2002, la reducción de cuotas de mercado todavía muy importantes no puede constituir, por sí sola, prueba de la inexistencia de posición dominante (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de octubre de 1996, *Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión*, T-24/93 a T-26/93 y T-28/93, Rec. p. II-1201, apartado 77). Incluso partiendo de la cifra presentada por WIN, su cuota de mercado seguía siendo considerable al final del período de la infracción.

- 105 Sin embargo, WIN alega que las cuotas de mercado son un indicio poco fiable en el contexto de un mercado emergente, que se caracteriza por una clientela todavía reducida.
- 106 El Tribunal de Primera Instancia considera que, según la información relativa a la situación del mercado expuesta en el considerando 218 de la Decisión y que WIN no ha rechazado, el mercado de referencia ciertamente había superado la fase de lanzamiento o de experimentación en marzo de 2001, fecha del principio de la infracción según la Comisión. En efecto, el mercado de alta velocidad se desarrolló en Francia a partir de 1997. Los servicios ADSL de WIN y las primeras ofertas de sus competidores se empezaron a comercializar a finales del año 1999. Al término del mes de junio de 2000, el mercado de acceso a Internet de alta velocidad para los clientes del acceso residencial contaba ya con 100.000 abonados y, al final de año 2000, superaba los 180.000 abonados en Francia. Durante el primer trimestre de 2001, el mercado crecía a un ritmo de más de 5.000 nuevos abonados por semana. Cuando remontó la infracción únicamente al mes de marzo de 2001, como señala el considerando 71 de la Decisión, por estimar que hasta entonces el mercado «no había [...] alcanzado un nivel de desarrollo suficiente para que su “análisis de depredación” fuera significativo», la Comisión excluyó debidamente de su análisis la fase de puesta en marcha.
- 107 Ciertamente, se trataba de un mercado con un crecimiento muy fuerte, pero este elemento no puede excluir la aplicación de las reglas de la competencia y, en especial, las del artículo 82 CE.
- 108 Durante la época litigiosa, este mercado en expansión no se caracterizó por una gran inestabilidad. Por el contrario, se constata que en él se había instalado una jerarquía bastante estable, con WIN a la cabeza.
- 109 A este respecto, debe señalarse que, en los considerandos 213 a 215 de la Decisión, la Comisión completa su análisis de la posición dominante de WIN con el examen comparativo de las cuotas de mercado de WIN y de sus competidores durante la

época litigiosa. Según este análisis, al que la demandante no se opone, resulta que WIN siempre tuvo un número de abonados ADSL más de ocho veces superior al de los abonados de su competidor principal. Pues bien, según la jurisprudencia, la comparación entre las cuotas de mercado de la empresa afectada y las de sus competidores constituye un indicio válido de posición dominante (sentencia Hoffmann-La Roche/Comisión, apartado 80 *supra*, apartado 48).

- 110 Sin embargo, WIN alega que, en este tipo de mercado, es necesario situarse en una perspectiva dinámica, apreciar no sólo la competencia actual sino también la potencial.
- 111 A este respecto, basta constatar que, según sus propios análisis prospectivos del mes de marzo de 2001, WIN mantendría una cuota del 55 % del total del mercado al final de 2004. En junio de 2001, la propia WIN corrigió nuevamente estas previsiones de penetración del mercado. Pensaba entonces tener más de tres cuartos del segmento del ADSL a finales de 2004 y al menos el 60 % del mercado de alta velocidad de los clientes del acceso residencial (considerando 220 y nota a pie de página nº 255 de la Decisión). Tales datos indican que la propia WIN consideraba que la competencia potencial era limitada. Por consiguiente, la situación del mercado de referencia no justifica que se considere que las cuotas de mercado sean un indicio poco fiable.
- 112 Además, en el marco de su examen de la posición de WIN en el mercado, la Comisión también tuvo en cuenta, en los considerandos 223 a 246 de la Decisión, el hecho de que WIN, gracias a su «vinculación» al grupo France Télécom, había disfrutado de ventajas muy apreciables que contribuyeron a su posición dominante.
- 113 A este respecto, procede señalar que, al contrario de lo que afirma WIN, la Comisión sí examinó en la Decisión, en los considerandos 226 a 228, la situación de los competidores citados por WIN, a saber AOL, T-Online y Tiscali. En el considerando 228 llegó a la conclusión de que, cualquiera que fuera la disposición de los grupos en

cuestión a apoyar las inversiones y las iniciativas comerciales de sus filiales francesas, ninguno de ellos podía pretender proporcionarles una «vinculación» técnica, una «vinculación» logística y una «vinculación» en términos de red comercial en Francia tan determinante como la que ofrecía France Télécom a WIN.

- 114 En primer lugar, respecto de la amplia red de distribución de la que, según WIN, disponían los grupos competidores, debe destacarse que, en el territorio francés, el único al que se refiere la Decisión, ninguna puede, en ningún caso, alcanzar ni de lejos la importancia de la de France Télécom, el operador tradicional de las telecomunicaciones en Francia.
- 115 Entre las ventajas comerciales de las que disfrutó WIN, sin que por lo demás ésta lo niegue, debe mencionarse sobre todo la red de agencias de France Télécom, que garantizaron la distribución de los productos de WIN en todo el territorio francés.
- 116 En segundo lugar, WIN tampoco ha negado las ventajas técnicas que resultan, según la Comisión, de su «vinculación» a France Télécom. La Comisión alegó, sin que WIN se haya opuesto, que ésta recibió un trato preferencial durante todo el año 2000 y los siete primeros meses del año 2001, que se tradujeron en una oferta a medida mucho menos exigente que la que se ofreció a sus competidores y en un acceso en tiempo real a los ficheros de las líneas convertibles.
- 117 Por lo demás, estas ventajas fueron subrayadas por el Conseil de la concurrence (Consejo de defensa de la competencia francés) en su Decisión 02-MC-03, de 27 de febrero de 2002, relativa al sometimiento y a la solicitud de medidas cautelares presentada por la sociedad T-Online, que figura en anexo al escrito de contestación. El Conseil de la concurrence ordenó a France Télécom poner a disposición de todos los PAI un servidor Extranet que les permitiera acceder a las mismas informaciones

que aquéllas de las que disponía WIN y dar instrucciones a los servicios especializados de France Télécom para que realizasen materialmente la conexión ADSL con los mismos niveles de eficacia que los prestados a WIN. A la espera de la puesta en marcha de este sistema, el Conseil de la concurrence ordenó a France Télécom que suspendiera la comercialización de los servicios ADSL de WIN en sus agencias comerciales. Tal como subraya el considerando 146 de la Decisión, la Decisión del Conseil de la concurrence fue confirmada por la Cour d'appel de Paris en su sentencia de 9 de abril de 2002.

- 118 En consecuencia, resulta obligado constatar que la Comisión tenía razón al considerar que la «vinculación» de WIN a France Télécom le procuró ventajas frente a sus competidores que contribuían a su posición dominante.
- 119 El último elemento señalado por la Comisión en su examen de la posición de WIN en el mercado de referencia es la ventaja que supone para el grupo Wanadoo estar presente en el mercado de los anuarios. Alega que las muy rentables actividades en este mercado pueden atenuar de forma considerable el efecto para el grupo de la venta a pérdida practicada por WIN en el mercado de acceso a Internet de alta velocidad.
- 120 A este respecto, es necesario señalar que esta apreciación de la Comisión se refiere a un mercado distinto del relativo al suministro de Internet de alta velocidad. Por ello, tal como afirma WIN, la presencia del grupo Wanadoo en el mercado de guías telefónicas no constituye un elemento que corrobore de forma decisiva la posición dominante de WIN en el mercado de referencia.
- 121 En consecuencia, habida cuenta de todas las consideraciones que anteceden, procede considerar que la Comisión obró correctamente al considerar que WIN se encontraba en una posición dominante en el mercado de referencia durante el período de que se trata.

2. Sobre el abuso de posición dominante

a) Sobre las imputaciones relativas al análisis de cobertura de los costes

- ¹²² El litigio se refiere, a este respecto, al método de cálculo de la tasa de cobertura de los costes y a los errores de cálculo que supuestamente cometió la Comisión en su aplicación.

Sobre el error en el método de cálculo de la tasa de cobertura de los costes

— Alegaciones de las partes

- ¹²³ WIN afirma que la Comisión incurrió en un error de Derecho al aplicar un análisis de cobertura de los costes estático, que no refleja en absoluto la realidad económica de la rentabilidad de los abonados de WIN. En efecto, en el caso de los abonos, una parte de los costes y la totalidad de los ingresos se distribuyen temporalmente a lo largo de un período extenso y los costes varían con el transcurso del tiempo. Sin embargo, señala, el método de la Comisión equivale a sumar los costes de adquisición a 48 veces el importe de los costes ordinarios mensuales, tal como existían en la fecha de alta del abono, y a comparar este total a 48 veces los ingresos ordinarios mensuales, tal como existían en la misma fecha, sin tener en cuenta la adaptación de los costes ordinarios mensuales en el tiempo.
- ¹²⁴ Respecto de los costes que deben tenerse en cuenta, WIN alega que, para determinar si los costes están efectivamente cubiertos, la Comisión tiene el deber de examinar toda la información de la que dispone en la fecha de la Decisión, dado que reconoce la validez de esta información. Sin embargo, la Comisión ignoró todas las reducciones de costes demostradas y reconocidas, entre el alta de un abono y el

mes de octubre de 2002 o, más concretamente, la Comisión tomó en cuenta la reducción de los costes para todos los que se abonaron después de esta fecha, pero no para poner al día los costes ordinarios de los que se abonaron antes. Tomando el ejemplo de un cliente que se abonó con ella el 1 de junio de 2001, WIN alega que la Comisión le atribuye un coste ordinario inicial de 54,39 euros al mes hasta el final del mes de mayo de 2005 (es decir, durante 48 meses), cuando este coste ya no corresponde al coste real desde el mes de agosto de 2001, dado que, según el anexo 3 de la Decisión, a partir de esa fecha ya sólo es de 34,72 euros al mes.

125 WIN presentó a la Comisión resultados basados en el método de los flujos de tesorería actualizados para que ésta calculase el valor actualizado neto (en lo sucesivo, «VAN») de los abonados. Este método consiste en hacer una relación, para cada abonado, de todos los costes e ingresos que genera, actualizarlos aplicándoles una tasa de actualización proporcionada por los mercados financieros y sumar los flujos de tesorería actualizados así obtenidos. El coste del producto consiste en el coste de adquisición pagado inicialmente, al que se añaden los costes mensuales ordinarios. WIN afirma que este método, el único fiable desde un punto de vista económico, está reconocido universalmente y es conforme con los cálculos económicos de las inversiones realizadas por los economistas y los operadores financieros. Este es el método aplicado por el Conseil de la concurrence francés y su validez se reconoce en el informe elaborado por Oxera para el Office of Fair Trading (OFT, autoridad de la competencia del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte). Dicho método demuestra, según WIN, que los costes totales –salvo los del mes de marzo de 2001, que sólo se cubrieron en un 98 o 99 % según el producto– y *a fortiori* los costes variables de WIN se cubrieron durante todo el período.

126 La Comisión coincide con WIN en la necesidad de escalonar determinados costes, pero no en el método que debe utilizarse. Afirma que, para valorar el equilibrio económico de los servicios de WIN, escogió un método dinámico que tiene en cuenta el hecho de que determinadas partidas de los costes variables y, concretamente, las relativas a captar a un abonado, se compensarán con los

ingresos que la empresa piensa obtener de este abonado a lo largo de toda la relación comercial. Así, al escalonar estos costes variables extraordinarios durante 48 meses, tuvo en cuenta la duración típica de la vida de un abono que podría servir de referencia para una empresa que quisiera obtener un rendimiento sobre el capital invertido en un plazo razonable.

- 127 La Comisión alega que todos los datos que utilizó cuando aplicó este método fueron extraídos de la información proporcionada por WIN. Por lo tanto, se trata de cifras constatadas *ex post*. No hay ningún elemento de coste que sea ficticio. La Comisión afirma que tuvo plenamente en cuenta las disminuciones de los costes para todos los abonados, en el preciso momento en que éstas tuvieron lugar.
- 128 Además, la Comisión rechaza la pertinencia de la aplicación, en el caso de autos, del método de los flujos de tesorería actualizados preconizado por WIN. En su opinión, este método no permite que se saquen conclusiones respecto de la deprecación. Por otra parte, afirma, WIN prácticamente no utilizaba cálculos de VAN para los productos de que se trata en la época litigiosa. La utilización del método de los flujos de tesorería actualizados en el caso de autos no tiene ningún apoyo en la jurisprudencia comunitaria ni en la práctica decisoria de la Comisión. En todo caso, el método propuesto por la demandante no es, según la Comisión, el método tradicional, ya que WIN propone dividir los flujos entrantes de nuevos clientes en tantos «grupos» como corresponda y, para cada uno de ellos, analizar si el flujo de tesorería es positivo durante un período de cinco años. Además, WIN integra en su análisis la rentabilidad incrementada por el hecho de haber puesto fin a la infracción.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 129 Con carácter preliminar, es necesario recordar que, en la medida en que la elección del método de cálculo de la tasa de cobertura de los costes implica una valoración económica compleja, ha de reconocerse a la Comisión una amplia facultad de

apreciación (véase, este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de mayo de 1998, *Deere/Comisión*, C-7/95 P, Rec. p. I-3111, apartado 34, y la jurisprudencia que se cita). En consecuencia, el control del juez debe limitarse a comprobar si se respetaron las normas de procedimiento y de motivación, así como la exactitud material de los hechos, la inexistencia de error de apreciación manifiesto y de desviación de poder.

130 De la jurisprudencia relativa a los precios predatorios resulta, por una parte, que los precios inferiores a la media de los costes variables permiten presumir el carácter eliminatorio de una práctica de precios y, por otra parte, que los precios inferiores a la media de los costes totales pero superiores a la media de los costes variables deben considerarse abusivos cuando se fijan en el marco de un plan destinado a eliminar a un competidor (sentencia *AKZO/Comisión*, apartado 100 *supra*, apartados 71 y 72; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 1994, *Tetra Pak/Comisión*, T-83/91, Rec. p. II-755, apartados 148 y 149, confirmada por la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 1996, *Tetra Pak/Comisión*, C-333/94 P, Rec. p. I-5951, apartado 41).

131 En la Decisión, la Comisión presentó tres análisis distintos para aclarar su actuación. El primero, expuesto en los considerandos 73 a 75 de la Decisión, constituye un análisis sobre una base contable sencilla, que integra de forma instantánea los ingresos y los costes. Se trata, según la propia WIN, de una medición bruta de las entradas y las salidas registradas en su contabilidad. Ambas partes coinciden en reconocer el carácter inadecuado de este método. Si bien WIN niega todo significado a este primer análisis, no rechaza las cifras que tiene en cuenta. De forma general, reconoce que «la casi totalidad de los datos relativos a los costes proceden de WIN, raros son los datos que proceden de France Télécom».

132 El segundo análisis, descrito en los considerandos 76 a 86 de la Decisión, se refiere a la cobertura real de los costes corregidos. Siguiendo el principio de amortización de un inmovilizado, la Comisión partió de la hipótesis de un escalonamiento de los costes de la captación de clientela a lo largo de 48 meses. Sobre esta base, examinó por separado la cobertura de los costes variables corregidos y la de los costes totales

corregidos, afirmando que el Tribunal de Justicia prevé dos análisis de cobertura del coste, en función de si las prácticas de la empresa dominante se inscriben o no en el marco de un plan destinado a eliminar a un competidor. Éste es el análisis que fundamenta la Decisión de la Comisión.

133 Además, en los considerandos 97 a 106 de la Decisión, la Comisión realizó un tercer análisis complementario de la cobertura de los costes corregidos previsibles *ex ante*. Ciertamente, como afirma WIN en su respuesta a las preguntas planteadas por el Tribunal de Primera Instancia, este tercer análisis traduce un enfoque muy diferente, ya que la Comisión no pretende detallar los costes e ingresos reales. Sin embargo, según la Decisión, la única finalidad de este análisis es «aportar una luz complementaria». En efecto, en el considerando 72 de la Decisión, la Comisión declara expresamente que «sólo el análisis de los costes corregidos permite verdaderamente llegar a una conclusión». En consecuencia, la Comisión recurre al segundo método, al de los costes corregidos, para concluir que los costes no se cubren. Por consiguiente, procede verificar la legalidad del mismo, sin que sea necesario pronunciarse sobre la legalidad del análisis complementario de la cobertura de los costes previsibles *ex ante*.

134 De los considerandos 73 a 75 de la Decisión se desprende claramente que la aplicación del método contable empleado en los asuntos que dieron lugar a la sentencia AKZO/Comisión, citada en el apartado 100 *supra*, y a las sentencias de 6 de octubre de 1994 y de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión, citadas en el apartado 130 *supra*, que tiene en cuenta los costes tal y como resultan pura y simplemente de la contabilidad de la empresa, lleva, en el caso de autos, a tasas de cobertura muy bajas, a saber, 30 % en el período comprendido entre enero y julio de 2001, 60 % para el que va de agosto a diciembre de 2001 y 83 % para el que va de enero a junio de 2002 (cuadro 2 de la Decisión).

135 Sin embargo, en el considerando 75 de la Decisión, la Comisión estimó que, en un mercado en fase de crecimiento, los costes de adquisición de la clientela representan una parte significativa de los gastos, por lo que «las tasas de cobertura indicadas en el cuadro 2 no [podían] por sí mismas, resultar concluyentes para calificar unos precios de predatorios».

- 136 Tal como declara en el considerando 76 de la Decisión, la Comisión consideró que, en el presente contexto, «el objetivo de la empresa no [era] obtener inmediatamente un resultado contable positivo instantáneo», sino «alcanzar un nivel de cobertura de los gastos ordinarios (costes de red y costes de producción) suficiente para que el margen que resulte de estos costes recurrentes cubra, en un horizonte de tiempo razonable, los costes variables no ordinarios invertidos en el desarrollo comercial de los productos en cuestión». En consecuencia, la Comisión decidió volver a procesar los costes variables extraordinarios escalonándolos a lo largo de un cierto tiempo, según el principio de amortización.
- 137 Así, la Comisión optó por escalonar los costes de captación de la clientela a lo largo de 48 meses, decisión que WIN comparte plenamente al tiempo que señala que, sin embargo, la duración media de los abonos es más bien del orden de cinco años y que cuatro años es una estimación mínima. Sin embargo, es necesario observar que WIN no practica estas amortizaciones, sino que los gastos en cuestión se contabilizan en el momento en que se realizan, como gastos corrientes ordinarios. Además, algunos de sus competidores, en sus planes de negocios, realizan un escalonamiento en el tiempo de los costes variables extraordinarios, pero a lo largo de períodos inferiores a los utilizados por la Comisión en el caso de autos (considerando 79 y notas a pie de página nºs 70 y 71 de la Decisión). En consecuencia, el plazo de escalonamiento escogido no resulta erróneo.
- 138 Cuando aplicó este método, la Comisión consideró que los precios practicados por WIN no le permitieron cubrir sus costes variables hasta agosto de 2001 ni sus costes totales de enero de 2001 a octubre de 2002 (cuadros 3 y 4 de la Decisión); y no había duda respecto de la falta de cobertura de los costes totales hasta agosto de 2001, habida cuenta del nivel de cobertura de los costes variables.
- 139 En consecuencia, el método adoptado por la Comisión debe apreciarse a la luz del objetivo perseguido, a saber, el análisis de cobertura de los costes en el marco del artículo 82 CE, y confrontado con las críticas formuladas por WIN.

- 140 En primer lugar, es necesario constatar que, al contrario de lo que alega WIN, la Comisión no ha utilizado un análisis de cobertura estático, que, por lo demás, hubiera sido mucho más desfavorable para WIN (véase el apartado 134 *supra*).
- 141 Resulta claramente de la Decisión (considerandos 76 y 77) que, para tener en cuenta el hecho de que, en el caso de estos abonos, los costes y los ingresos generados por abonado se distribuyen en el tiempo en un período largo, la Comisión decidió volver a procesar los costes de captación de clientela a lo largo de 48 meses.
- 142 Además, al contrario de lo que afirma WIN, el método no equivale en absoluto a sumar los costes de adquisición a 48 veces el importe de los costes ordinarios mensuales, tal como existían en la fecha de suscripción del abono, y a comparar este total a 48 veces los ingresos ordinarios mensuales, tal como existían en la misma fecha.
- 143 Por el contrario, al leer la Decisión y sus anexos, es necesario constatar que, para cada período de la infracción considerado y para todos los abonados, la Comisión integró las sucesivas bajadas de tarifas que tuvieron lugar durante el período litigioso. Incluso estructuró su análisis en función de estas bajadas.
- 144 En efecto, el final del primer período considerado por la Comisión para el análisis de los costes variables corregidos (cuadro 3 de la Decisión), el 31 de julio de 2001, coincide con la bajada de las tarifas del encaminamiento nacional y regional del tráfico. El segundo período tiene en cuenta esta reducción de los costes aplicando las nuevas tarifas. El final del segundo período, el 15 de octubre de 2001, coincide con el principio de un período de gratuidad de los gastos de puesta en servicio que France

Télécom normalmente factura a los prestatarios. Aquí también se tiene en cuenta la reducción de los costes así producida. Para terminar, la frontera entre el tercer y el cuarto período, que se fija el 15 de febrero de 2002, marca el cambio de tarificación del servicio de «conectividad» internacional y el restablecimiento de la facturación de los gastos de puesta en servicio por parte de France Télécom.

- 145 Por lo tanto, al contrario de lo que alega WIN, resulta claramente que los distintos períodos tomados en consideración tienen como finalidad precisamente tener en cuenta la reducción de los costes que se invoca.
- 146 Además, de la comparación de los anexos 1, 3, 5 y 7 de la Decisión, para el servicio eXtense, así como de los anexos 2, 4, 6 y 8 de la Decisión, para Wanadoo ADSL, resulta que, en cada período considerado, las nuevas tarifas y los demás componentes de los costes se aplican no sólo a los abonos suscritos desde el principio del período de infracción, sino que también se repercuten sobre toda la clientela acumulada.
- 147 Si se comparan, por ejemplo, los costes variables ordinarios que aparecen en el cuadro relativo al servicio eXtense adjunto como anexo 1 a la Decisión, que se refiere al período comprendido entre el 8 de enero y el 31 de julio de 2001, con los de la misma naturaleza que figuran en anexo 3 pero que se refieren al período comprendido entre el 1 de agosto y el 15 de octubre de 2001, resulta que, entre uno y otro período, el precio del encaminamiento nacional o regional del tráfico pasó de 151 a 52,43 francos franceses (FRF) y el del coste del servicio de acceso a ADSL de 185 a 140 FRF. Pues bien, estas bajadas de precios sí se tuvieron en cuenta, no sólo para los abonos suscritos desde el principio del período de la infracción (cuadro 3.2 del anexo 3 de la Decisión), sino también para la totalidad de la clientela acumulada (cuadro 3.1 de este mismo anexo).
- 148 Asimismo, de la comparación de los anexos 2 y 4 de la Decisión respecto de los costes variables corregidos de Wanadoo ADSL resulta que el precio del encaminamiento nacional o regional del tráfico para toda la clientela pasó, entre los períodos primero y segundo, de 151 a 52 FRF.

- 149 Por otra parte, la gratuidad de los gastos de puesta en servicio para los nuevos abonados al servicio eXtense (cuadro 5.2 del anexo 5 de la Decisión) a partir del 15 de octubre de 2001 provocó una reducción de gastos de puesta en servicio para toda la clientela (cuadro 5.1 de este mismo anexo) de 53,40 a 27,16 euros. Por el contrario, estos gastos vuelven a subir a 32,37 euros (cuadro 7.1 del anexo 7 de la Decisión) cuando los gastos de puesta en servicio para los nuevos abonados al servicio eXtense se vuelven a cobrar a partir del 15 de febrero de 2002 (cuadro 7.2 de este mismo anexo).
- 150 En cuanto al coste de la «conectividad» internacional, la comparación de los anexos 5 y 7 de la Decisión respecto del servicio eXtense así como la de los anexos 6 y 8 de la Decisión respecto de Wanadoo ADSL muestran que la reducción de 3,19 a 1,62 euros, que tuvo lugar entre el tercer y el cuarto período, se repercutió no sólo a los nuevos abonados sino también a toda la clientela (cuadro 7.1 del anexo 7 o cuadro 8.1 del anexo 8 de la Decisión, según el producto).
- 151 En consecuencia, la Comisión tuvo en cuenta las distintas variaciones de las tarifas en su evaluación de los costes.
- 152 A este respecto, debe señalarse que la Comisión consideró acertadamente que los ingresos y los costes posteriores a la infracción no podían tenerse en cuenta para evaluar la tasa de cobertura de los costes durante el período considerado. En efecto, según la jurisprudencia, el artículo 82 CE se refiere a la posición ocupada en el mercado común por la empresa interesada en el momento en que ésta ha cometido la acción supuestamente abusiva (sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663, apartado 450). En consecuencia, WIN no puede incluir en sus cálculos precios y costes posteriores al mes de octubre de 2002. Por lo tanto, las alegaciones de la demandante basadas en los precios y los costes posteriores al mes de octubre de 2002 no pueden poner en entredicho la apreciación de la Comisión.

- 153 Para terminar, respecto de la alegación de WIN según la cual el método del flujo de tesorería actualizado es el único pertinente para calcular las tasas de cobertura en el caso de autos, procede señalar que, aunque WIN demostrase el carácter adaptado en determinados aspectos del método que preconiza, esto no es suficiente para probar la ilegalidad del método utilizado por la Comisión en el caso de autos. Corresponde a la demandante demostrar tal ilegalidad. Sin embargo, el examen que antecede ha demostrado que la Comisión no cometió un error manifiesto de apreciación al escoger este método.
- 154 En conclusión, WIN no ha demostrado que la Comisión haya aplicado, en el caso de autos, un análisis de cobertura de los costes ilegal cuando utilizó los datos registrados en la contabilidad de WIN, corrigiéndolos de forma favorable a ésta para tener en cuenta el contexto particular del mercado en cuestión, al tiempo que respetaba los imperativos de examen exigidos por el artículo 82 CE.
- 155 A mayor abundamiento, resulta obligado constatar, por una parte, que no resulta de la jurisprudencia que en el caso de autos fuera necesario utilizar el método de los flujos de tesorería actualizados y, por otra parte, que WIN no ha aportado ningún argumento que demuestre que la Comisión cometió un error manifiesto de apreciación a este respecto.
- 156 Por consiguiente, las alegaciones relativas al método del cálculo de la tasa de cobertura de los costes deben desestimarse.

Sobre los errores de cálculo en la aplicación del método utilizado

— Alegaciones de las partes

- 157 Según WIN, la Comisión cometió errores al aplicar su propio método de cálculo, concretamente en sus cálculos de los costes fijos y variables. La Comisión seleccionó

valores distintos para representar los mismos costes, de forma sistemáticamente desfavorable para WIN. También dedujo de forma arbitraria diferencias destinadas a reflejar meses de abono gratuito regalados a los clientes. Estos errores explican en gran parte la conclusión de falta de cobertura de los costes a la que llega la Comisión. Para desarrollar más ampliamente sus alegaciones relativas a estos errores de cálculo, WIN remite a uno de los anexos de su demanda.

158 La Comisión estima que la propia demanda no identifica los supuestos errores de cálculo cometidos en la Decisión, ya que la remisión al documento adjunto es genérica. Por lo tanto, este motivo subsidiario debe, a su juicio, ser declarado inadmisibile.

159 Además, según la Comisión, WIN no llega a afirmar que la rectificación de estos errores hubiera llevado a un resultado distinto, ya que la tasa de cobertura seguiría siendo inferior al 100 %. Por ello, este motivo es, en todo caso, inoperante.

160 En su réplica, WIN respondió que, puesto que el anexo sólo contenía los pormenores de los errores de cálculo, el motivo, presentado de forma concreta en la demanda, era admisible. En su opinión, tampoco es inoperante. En efecto, este motivo demuestra que las tasas de cobertura de los costes totales pasan de una horquilla del 90 al 91 % a una horquilla del 98 al 99 %. Pues bien, según WIN, la Comisión ha estimado que una tasa de cobertura del 99,7 % no constituye una infracción.

161 WIN rechazó en su réplica la inclusión de la publicidad en los costes variables y el cálculo de la media de las tasas de cobertura de los costes para los dos servicios de que se trata.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 162 Con carácter preliminar, debe distinguirse entre la aplicación del método de determinación de la tasa de cobertura de los costes y los cálculos propiamente dichos, que se limitan a meras operaciones matemáticas. De los escritos de WIN resulta que, en esencia, no rechaza los cálculos aritméticos, sino la consideración de determinados elementos erróneos.
- 163 La puesta en práctica del método de determinación de las tasas de cobertura de los costes, a diferencia de los propios cálculos, implica, por parte de Comisión, una valoración económica compleja y debe reconocérsele un amplio poder de apreciación (véase, en este sentido, la sentencia Deere/Comisión, citada en el apartado 129 *supra*, apartado 34). Por lo tanto, el control del juez debe limitarse a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, la exactitud material de los hechos y la inexistencia de error de apreciación manifiesto y de desviación de poder.
- 164 Independientemente de la admisibilidad del presente motivo, debe destacarse, como afirma la Comisión, que aunque todos los errores alegados se tuvieran en cuenta y se demostrasen, la tasa de cobertura de los costes totales que WIN alcanzaría seguiría siendo, según la propia WIN, inferior al 99 % e incluso al 98 % para el servicio eXtense. En consecuencia, esto mantendría la imputación de falta de cobertura de los costes totales durante todo el período considerado.
- 165 A este respecto, el hecho de que, haciendo uso de su amplio poder de apreciación, la Comisión haya podido admitir que una tasa de cobertura de los costes variables del 99,7 % no constituye una infracción no la obliga a tratar de la misma forma una tasa del 98 o del 99 %, según el caso, de los costes totales. Por lo tanto, procede desestimar este motivo por inoperante.

- 166 Además, respecto de la supuesta inadmisibilidad de este motivo, con arreglo al artículo 21 del Estatuto del Tribunal de Justicia y al artículo 44, apartado 1, letra c), del Reglamento de Procedimiento, toda demanda deberá contener la cuestión objeto del litigio y la exposición sumaria de los motivos invocados. Esta información debe ser suficientemente clara y precisa para permitir que la parte demandada prepare su defensa y que el Tribunal de Primera Instancia resuelva el recurso, en su caso, sin apoyarse en otras informaciones (auto del Tribunal de Primera Instancia de 29 de noviembre de 1993, Koelman/Comisión, T-56/92, Rec. p. II-1267, apartado 21).
- 167 También debe recordarse que, aunque el cuerpo de la demanda pueda confirmarse y completarse, en aspectos específicos, mediante remisiones a pasajes determinados de documentos adjuntos, los anexos tienen una función puramente probatoria e instrumental (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de noviembre de 1997, Cipeke/Comisión, T-84/96, Rec. p. II-2081, apartado 34). Por lo tanto, los anexos no pueden servir para desarrollar un motivo expuesto de forma sucinta en la demanda mediante la formulación de imputaciones o alegaciones que no figuren en ésta. La demandante debe indicar en su demanda las imputaciones precisas sobre las que se solicita al Tribunal de Primera Instancia que se pronuncie, así como, al menos en forma sumaria, los elementos de hecho y de Derecho en los que se basan dichas imputaciones (sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1992, Comisión/Dinamarca, C-52/90, Rec. p. I-2187, apartado 17, y auto del Tribunal de Primera Instancia de 28 de abril de 1993, De Hoe/Comisión, T-85/92, Rec. p. II-523, apartado 20).
- 168 En consecuencia, este motivo es admisible únicamente respecto de los errores enunciados claramente en la demanda, a saber, la selección de valores diferentes para representar los mismos costes y la deducción de diferencias destinadas a reflejar meses de abono gratuitos regalados a los clientes. Por el contrario, no es admisible en lo que atañe a la inclusión de la publicidad en los costes variables y al cálculo de la media de las tasas de cobertura de los costes para los dos servicios examinados, elementos que sólo se mencionan y desarrollan en uno de los anexos a la demanda.
- 169 En consecuencia, procede desestimar este motivo por ser en parte inadmisibles y, en todo caso, inoperante, tal como se señaló en el apartado 165.

b) Sobre las imputaciones relativas al análisis de deprecación

- ¹⁷⁰ Según WIN, la Comisión cometió un error de Derecho y errores manifiestos de apreciación en la aplicación del análisis de deprecación que deben dar lugar a la anulación de la Decisión por infracción del artículo 82 CE. WIN invoca la justificación basada en su derecho a equiparar sus precios a los de sus competidores, la inexistencia de un plan de deprecación y de disminución de la competencia y la necesidad de demostrar la recuperación de las pérdidas.

Sobre la justificación basada en el derecho de WIN a equiparar sus precios a los de sus competidores

— Alegaciones de las partes

- ¹⁷¹ Según WIN, el derecho de un operador, sea el que sea, a equiparar de buena fe su precio al practicado con anterioridad por un competidor constituye la esencia del proceso de la competencia. Afirma que este derecho está reconocido por la propia práctica decisoria de la Comisión, por la jurisprudencia y por las enseñanzas unánimes de la doctrina y el análisis económico. El hecho de que los precios practicados por los competidores correspondan a precios inferiores a los costes de la empresa interesada no tiene ninguna importancia a este respecto.
- ¹⁷² WIN aduce que ésta es la razón por la que la propia Comisión, en su Decisión 83/462/CEE, de 29 de julio de 1983, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo [82 CE] (IV/30.698 — ECS/Akzo — Medidas provisionales, DO L 252, p. 13), autorizó expresamente a la empresa dominante a practicar precios inferiores a sus costes para ajustarlos de buena fe a los precios previamente practicados por los

competidores. Señala que, por su parte, el Tribunal de Justicia, en el marco del recurso contra esta Decisión, señaló precisamente que la Comisión no ponía en duda, en el plano de los principios, el derecho de una empresa dominante a equiparar sus precios a los de sus competidores, y consagró él mismo de forma muy clara este principio.

- 173 Afirma además que, en sus constataciones accesorias, la Comisión incurrió en un error en la apreciación de los hechos al negar sin fundamento que WIN hubiese ajustado sus precios a los de sus competidores.
- 174 La Comisión considera que, si bien equiparar sus precios a los de sus competidores no está prohibido, en términos absolutos, a una empresa en posición dominante, esta posibilidad no le está abierta si implica la práctica de precios inferiores a los costes del servicio en cuestión. En el caso de autos, según la Comisión, como la política de precios de la empresa dominante no le permitía cubrir sus costes, no estaba justificado que se ajustase a los precios de promoción de otro operador no dominante. Por lo demás, la Comisión estimó que los competidores de WIN no estaban en posición dominante y negó, a mayor abundamiento, la exactitud de las afirmaciones de WIN según las cuales sus prácticas de precios sólo constituían una equiparación de los mismos a los de sus competidores.
- 175 En todo caso, según la Comisión, la discusión relativa a la equiparación de precios es estéril. En efecto, la Decisión se limita a reprochar a WIN el mantenimiento de sus precios después del mes de marzo de 2001, en una época en que las sociedades Noos y Mangoosta habían aumentado sus precios más del 20 % y en que ya no podía hablarse de equiparación. A este respecto, se remite al considerando 331 de la Decisión.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 176 Es necesario señalar, en primer lugar, que la Comisión no niega en absoluto el derecho de un operador a ajustarse al precio practicado con anterioridad por un

competidor. En el considerando 315 de la Decisión, afirma que, «si bien es cierto que, en términos absolutos, no está prohibido que el operador dominante equipare sus precios a los de sus competidores, no lo es menos que esta facultad debe serle negada cuando implica que la empresa dominante no cubra los costes del servicio de que se trata».

177 Sin embargo, WIN estima que la Comisión ignora su práctica decisoria y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

178 A este respecto, debe señalarse que, en los precedentes invocados por WIN, la consagración del derecho de una empresa dominante a equiparar sus precios estaba limitada. Esta observación es válida tanto en lo que atañe a la Decisión 83/462, por la que se ordenaban medidas provisionales, como a la sentencia del Tribunal de Justicia que siguió a aquélla (sentencia AKZO/Comisión, apartado 100 *supra*, apartado 134).

179 En efecto, en la Decisión 83/462, la Comisión no autorizó una equiparación general de los precios de AKZO a los de sus competidores, sino que la autorizó sólo en el caso de un cliente particular respecto de los precios de otro productor que pudiera darle suministro. Además, tal autorización de equiparación de precios en circunstancias muy precisas, no figuraba en la Decisión definitiva que recayó en el mismo asunto [Decisión 85/609/CEE de la Comisión, de 14 de diciembre de 1985, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo [82 CE] (IV/30.698 – ECS/ AKZO Chemie) (DO L 374, p. 1)].

180 En consecuencia no cabe afirmar sobre esta única base que, en su práctica decisoria, la Comisión haya reconocido a las empresas dominantes el derecho a equiparar sus precios a los de sus competidores, incluso cuando ello les condujese a practicar precios inferiores a sus costes.

- 181 Ciertamente, en la sentencia AKZO/Comisión, citada en el apartado 100 *supra*, que es la única jurisprudencia citada por WIN en apoyo de su tesis, el Tribunal de Justicia no puso en entredicho, en el plano de los principios, el derecho de una empresa dominante a equiparar sus precios. Sin embargo, al considerar que la Comisión había constatado con razón la inexistencia de una oferta competidora, el Tribunal de Justicia no tuvo que pronunciarse sobre la legalidad de que una empresa dominante ajuste sus precios a los de los competidores en el caso de que tal equiparación implique precios inferiores a los costes.
- 182 En consecuencia, no puede afirmarse que el derecho de un empresa dominante a ajustar sus precios a los de la competencia sea absoluto y que haya sido reconocido como tal por la Comisión en su práctica decisoria y por la jurisprudencia, especialmente cuando este derecho suponga justificar el recurso a precios predatorios que, por otra parte, prohíbe el Tratado.
- 183 En el caso de autos, la Comisión considera que esta facultad de equiparar precios debe negarse a la empresa dominante cuando implique la falta de cobertura de los costes del servicio en cuestión.
- 184 Por lo tanto, procede verificar la compatibilidad de esta restricción con el Derecho comunitario.
- 185 Con carácter preliminar, procede recordar que, según una jurisprudencia reiterada, si bien una posición dominante no puede privar a una empresa que se encuentra en tal posición del derecho a proteger sus propios intereses comerciales cuando éstos se ven amenazados, y si bien debe reconocérsele, en una medida razonable, la facultad de adoptar las medidas que considere apropiadas para proteger dichos intereses, no pueden admitirse tales comportamientos cuando su objeto sea precisamente

reforzar tal posición dominante y abusar de ella (sentencia *United Brands/Comisión*, citada en el apartado 101 *supra*, apartado 189; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, *BPB Industries y British Gypsum/Comisión*, T-65/89, Rec. p. II-389, apartado 117, y *Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión*, citada en el apartado 104 *supra*, apartado 146).

- 186 Las obligaciones específicas impuestas a las empresas en posición dominante han sido confirmadas por la jurisprudencia en repetidas ocasiones. En su sentencia de 17 de julio de 1998, *ITT Promedia/Comisión* (T-111/96, Rec. p. II-2937), apartado 139, el Tribunal de Primera Instancia declaró que resulta de la naturaleza de las obligaciones impuestas por el artículo 82 CE que, en circunstancias específicas, las empresas que ocupan una posición dominante pueden ser privadas del derecho a adoptar comportamientos, o a realizar actos, que no son en sí mismos abusivos y que ni siquiera serían reprochables si hubieran sido adoptados o realizados por empresas no dominantes.
- 187 WIN no puede invocar un derecho absoluto a equiparar sus precios a los de sus competidores para justificar su comportamiento. Si bien es cierto que el ajuste de los precios de la empresa dominante a los de los competidores no es, en sí mismo, abusivo ni condenable, no puede excluirse que sí lo sea cuando no se dirija únicamente a proteger sus intereses, sino que tenga la finalidad de reforzar esta posición dominante y abusar de ella.

Sobre la supuesta inexistencia de un plan de depredación y de reducción de la competencia

— Alegaciones de las partes

- 188 Según WIN, la depredación implica una reducción significativa de la competencia. En su opinión, si no existe ninguna posibilidad de que los competidores sean eliminados del mercado o, al menos, frenados o constreñidos en su comportamiento, no puede en ningún caso considerarse racional una estrategia de

depredación. En consecuencia, la Comisión cometió una grave infracción del artículo 82 CE al sancionar a WIN a pesar de que reconoce que su cuota de mercado se redujo de forma importante durante el período de la supuesta infracción y que la competencia al final del período de que se trata era intensa. WIN alega que no tenía ninguna posibilidad de expulsar del mercado a sus competidores manteniendo precios demasiado bajos. Además, puesto que las barreras de entrada en este sector son débiles, resulta especialmente irracional intentar eliminar a los competidores en un segmento de este tipo, ya que, aun cuando se produjera tal eliminación ello implicaría enfrentarse a una posible entrada en todo momento, lo que anula el eventual interés de expulsar a los competidores.

189 En opinión de WIN, la Comisión cometió un grave error de apreciación al reprocharle la eliminación de la sociedad Mangoosta. En efecto, según ella, la quiebra de esta empresa se debió únicamente a una política estratégica particularmente arriesgada y en ningún caso a las tarifas de WIN.

190 Además, WIN rechaza el hecho de que la Comisión achaque la lentitud en el crecimiento de determinados competidores a que les era imposible ajustarse a los precios de WIN. Afirma que la Comisión no tuvo en cuenta la voluntad de los competidores de WIN de concentrarse en el desarrollo de la baja velocidad en detrimento del ADSL, que no consideraban prometedor.

191 La Comisión también cometió, según WIN, un error de apreciación manifiesto al considerar predatorios precios que eran perfectamente racionales en un contexto muy competitivo, que contribuyeron a desarrollar el mercado y que son el origen de la gran competencia que existe hoy en día. En todo caso, el consumidor jamás fue perjudicado, ya que disfrutó de precios bajos.

192 Para terminar, según WIN, la estrategia que adoptó no puede en ningún caso considerarse reveladora de ninguna intención predatoria. Afirma que la Comisión se

ha limitado a aportar elementos para demostrar una supuesta intención de WIN de eliminar a sus competidores, pero no ha sacado a la luz ningún plan de expulsión objetivo. Lo esencial de la argumentación de la Comisión respecto de la supuesta expulsión se apoya en una selección arbitraria y sesgada de documentos internos tomados en los locales de WIN.

193 Por su parte, la Comisión estima que la demostración de los efectos concretos de los precios predatorios practicados por WIN no es determinante a los efectos de constatar la infracción en cuestión. Alega que el artículo 82 CE debe aplicarse tan pronto como exista un riesgo de eliminación de la competencia, sin que sea necesario que se alcance el objetivo de expulsión.

194 Respecto del plan de depredación, la Comisión afirma que resulta de la jurisprudencia que el elemento intencional se presume en los casos de precios inferiores a los costes variables medios y debe probarse, sobre la base de indicios serios y concordantes, en el caso de precios inferiores a la media de los costes totales pero superiores a la media de los costes variables. La Comisión estima que en la Decisión expuso indicios serios que demuestran que la empresa había puesto en marcha intencionadamente una estrategia de «apropiación» del mercado y estancamiento de la competencia.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

195 En lo que atañe a los requisitos de aplicación del artículo 82 CE y a la distinción entre el objeto y el efecto de la práctica abusiva, es necesario subrayar que, a los efectos de la aplicación de dicho artículo, la demostración del objeto y del efecto contrario a la competencia puede, en su caso, confundirse. En efecto, si se demuestra que el objeto perseguido por el comportamiento de una empresa en posición dominante es restringir la competencia, este comportamiento también puede

producir ese efecto. Así, en relación con las prácticas en materia de precios, el Tribunal de Justicia declaró, en su sentencia AKZO/Comisión, citada en el apartado 100 *supra*, que los precios inferiores a la media de los costes variables aplicados por una empresa que ocupa una posición dominante deben considerarse en sí mismos abusivos, ya que el único interés que puede tener la empresa en aplicar tales precios consiste en eliminar a sus competidores, y que los precios inferiores a la media de los costes totales pero superiores a la media de los costes variables son abusivos cuando se fijan en el marco de un plan que tiene por objeto eliminar a un competidor. En dicho asunto, el Tribunal de Justicia no exigió ninguna demostración de los efectos concretos de las prácticas en cuestión (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2003, Michelin/Comisión, T-203/01, Rec. p. II-4071, apartados 241 y 242).

¹⁹⁶ Además, es necesario añadir que, cuando una empresa en situación de posición dominante aplica efectivamente una práctica que tiene por objeto eliminar a un competidor, la circunstancia de que no se alcance el resultado previsto no basta para descartar la calificación de abuso de posición dominante a efectos del artículo 82 CE (sentencias del Tribunal de Primera Instancia Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión, citada en el apartado 104 *supra*, apartado 149, y de 7 de octubre de 1999, Irish Sugar/Comisión, T-228/97, Rec. p. II-2969, apartado 191).

¹⁹⁷ De lo anterior resulta claramente que, cuando se trata de precios predatorios, el primer elemento de la práctica abusiva aplicada por la empresa dominante consiste en la falta de cobertura de sus costes. En el caso de la falta de cobertura de los costes variables, se presume el segundo elemento, es decir, la intención predatoria, mientras que, para los precios inferiores a la media de los costes totales, es necesario demostrar la existencia de un plan de expulsión de la competencia. Conforme a la sentencia de 6 de octubre de 1994, Tetra Pak/Comisión (citada en el apartado 130 *supra*, apartado 151), esta intención de eliminación debe demostrarse sobre la base de indicios serios y concordantes.

¹⁹⁸ En el caso de autos, la Comisión demostró la posición dominante de WIN y utilizó en su contra, en el artículo 1 de la Decisión, la falta de cobertura de sus costes variables hasta agosto de 2001 y la falta de cobertura de sus costes totales a partir de

esa fecha y hasta octubre de 2002. Por lo tanto, para demostrar la infracción respecto del período de falta de cobertura de los costes totales, estaba obligada a presentar indicios serios de la existencia de una estrategia de «apropiación» del mercado.

¹⁹⁹ En su considerando 110, la Decisión menciona diversos documentos, repartidos a lo largo de todo el período litigioso, que demuestran la existencia de una estrategia de «apropiación» del mercado de alta velocidad por parte de WIN, en particular:

- un documento de julio de 2000 que expresa el siguiente objetivo para el segundo semestre del año 2000 y para el año 2001: «apropiarse del mercado ADSL con oferta integral [más] pack y acelerar las inversiones 2001, pero balance financiero negativo»;
- un correo electrónico de julio de 2000, relativo a una discusión sobre el nivel adecuado de precios, que señalaba: «nos va costar apropiarnos de este mercado con un precio demasiado alto»;
- el resumen de orientación para 2001 con las siguientes indicaciones: «apropiarnos del mercado de ADSL es una necesidad»;
- una presentación de 28 de febrero de 2001 en la que se evoca una «campana de apropiación del sector alta velocidad por [WIN]»;
- el plan estratégico para 2002-2004 que recuerda, con respecto al período 2001-2003 el gran desarrollo de la alta velocidad y el objetivo de «apropiación de un mercado considerado como generador de valor».

- 200 Además, ciertos documentos de WIN prueban que ésta pretendía adquirir y conservar cuotas de mercados muy significativas. El resumen de orientación para 2001 señala, por ejemplo, que «70 [...] a 80 % del mercado ADSL debe corresponder a [WIN]». Una presentación del Presidente y Director General de WIN al comité ejecutivo de France Télécom fechada en junio de 2001 evoca una cuota de mercado del 80 % durante todo el período 2001-2004 en el nicho de las «ofertas “disociadas” del tipo Wanadoo ADSL» y una cuota de mercado que aumenta desde un 50 % de media en 2001 a un 72 % en 2004 en el nicho de las «ofertas “paquete” del tipo eXtense».
- 201 Ciertamente, WIN ha negado la trascendencia de estos documentos y concretamente el significado del término «apropiación» que en ellos se emplea. Afirma que estas palabras informales y espontáneas, incluso irreflexivas, sólo son el reflejo de la dialéctica del proceso decisorio. Sólo comprometen a sus autores y no a la empresa.
- 202 Sin embargo, es necesario destacar que estas palabras proceden de ejecutivos que pertenecen al personal directivo de la empresa y que algunas se pronunciaron en el marco de presentaciones formales ante instancias de decisión o de un resumen de orientación muy elaborado. En consecuencia, su carácter espontáneo e irreflexivo resulta dudoso.
- 203 Sin embargo, en su demanda y sobre todo en determinados anexos a su demanda, WIN ha alegado que la mayor parte de los documentos y declaraciones que pretenden utilizarse en su contra se sacaron de contexto y que la Comisión dejó de tener en cuenta, de forma intencionada, numerosas declaraciones en su defensa.
- 204 Resulta obligado señalar que, en su demanda, WIN se limita a alegar que la Comisión utiliza numerosos extractos de documentos internos que se abstiene de situar en su verdadero contexto. Una afirmación tan vaga no permite que la parte

demandada prepare su defensa y que el Tribunal de Primera Instancia resuelva el recurso, en su caso, sin apoyarse en otras informaciones (auto Koelman/Comisión, citado en el apartado 166 *supra*, apartado 21). Sería contrario a la función puramente probatoria e instrumental de los anexos que éstos pudieran servir para demostrar de forma detallada una alegación no presentada con la suficiente claridad y precisión en la demanda.

205 En consecuencia, debe desestimarse este motivo, que WIN pretende basar en que se tomaron en consideración, fuera de contexto, documentos que supuestamente le son contrarios y no se tuvieron en cuenta numerosas declaraciones en su defensa.

206 A mayor abundamiento, debe destacarse que, aun devolviendo a su contexto la expresión «nos va a costar apropiarnos de este mercado con un precio demasiado alto», es decir, haciéndola preceder de «estamos posicionados en un nivel de tarifas demasiado elevado» y haciéndola seguir de «nuestros competidores estarán por debajo en términos tarifarios», no desaparece la idea de una intención de eliminar a la competencia.

207 Asimismo, la expresión «apropiarnos del mercado de ADSL es una necesidad» no puede interpretarse de otra forma que como una intención de «apropiación» aunque se sitúe en el contexto de competencia generalizada alegado por WIN. El hecho de que la declaración a la que se refiere la Comisión vaya seguida de la declaración de que «el ejercicio de la competencia en el ADSL va a poner en marcha un movimiento de bajada de las tarifas de Netissimo (al por menor y al por mayor) desde principios de 2001» y «la fijación de las condiciones tarifarias del acceso desagregado al bucle local [contribuirá] también sin duda a la reducción de las tarifas ADSL» no invalida la necesidad pregonada de WIN de «apropiarse» del mercado.

208 Respecto del texto según el cual «70 [...] a 80 % del mercado ADSL debe corresponder a Wanadoo», no es realmente refutado. WIN se limita a afirmar que

en él no se hace ninguna mención a un eventual recurso a precios bajos y que, en consecuencia, no existe relación entre los precios fijados y sus objetivos en términos de cuota de mercado. Sin embargo, el hecho de que la forma de llegar a conseguir el 70 a 80 % del mercado de ADSL no se mencione no quita nada al objetivo perseguido.

- 209 En todo caso, estas declaraciones, que figuran en documentos internos de la sociedad, constituyen un indicio de la existencia de un plan de depredación, que confirman otros elementos.
- 210 Según los considerandos 279 y siguientes de la Decisión, la intención de estancar a la competencia resulta también del hecho de que WIN sabía sus competidores no podían resistir económicamente su estrategia de tarifas no rentables unida a grandes volúmenes de ventas.
- 211 En un correo electrónico destinado al Presidente y Director General de WIN, fechado a finales de abril de 2001 (considerando 279 de la Decisión y nota a pie de página nº 319), el responsable de los servicios ADSL evoca a los competidores que o bien no firman la oferta de servicios de apoyo de France Télécom o bien están «sin aliento».
- 212 WIN sabía también que la imposibilidad de seguir sus tarifas al por menor sin sufrir pérdidas detenía la entrada de AOL en el mercado de alta velocidad. En efecto, un correo electrónico de France Télécom al Director de marketing estratégico de WIN de 29 de junio de 2001 lleva como documento adjunto una intervención del Presidente y Director General de AOL Francia que tiene el siguiente tenor (nota a pie de página nº 321 de la Decisión):

«En la época en que nuestro accionista era Cégétel, habíamos lanzado una oferta con Monaco Telecom y teníamos 500 abonados. No la hemos lanzado en Francia ya que

la oferta de venta ADSL de France Télécom no nos permite hoy en día ganar dinero. Desde un punto de vista técnico, estamos preparados, pero perder dinero no es nuestro trabajo.»

- 213 Resulta también de un documento que lleva por título «Análisis de nota — Telecomunicaciones — Apuntes sobre la normativa de Internet en Francia», de 20 de julio de 2001, que WIN había analizado con detalle las ventajas de las que disfrutaba en su situación de actor principal del mercado (considerando 280 y nota a pie de página nº 322 de la Decisión). Este documento ponía de manifiesto que un competidor que dispusiera de un tráfico menor al de WIN obtendría márgenes sobre los costes de red varios puntos por debajo de los previstos por WIN.
- 214 Resulta de los elementos que anteceden que la publicación por WIN en 2001, y al principio del año 2002, de objetivos comerciales bastante ambiciosos, que una empresa no dominante podía tener dificultades en conseguir en las circunstancias de rentabilidad desfavorables del momento, producía el efecto de desanimar a las empresas rivales. Esto tenía su origen en el objetivo de eliminación de la competencia perseguido por la empresa.
- 215 Sobre la base de la totalidad de las consideraciones anteriores, resulta obligado constatar que la Comisión ha presentado indicios serios y concordantes de la existencia de un plan de depredación durante todo el período de infracción. La lógica a la que obedece esta estrategia resulta claramente de una nota de la dirección estratégica de WIN de diciembre de 2001, según la cual:

«La alta velocidad y el mercado de ADSL responderán todavía durante algunos años a una lógica de conquista, en la que el objetivo estratégico será conseguir una posición dominante por lo que respecta a la cuota de mercado, y la fase de rentabilidad no llegará hasta más tarde.»

- 216 En consecuencia, conforme a la sentencia AKZO/Comisión, citada en el apartado 100 *supra*, y a las sentencias de 6 de octubre de 1994 y de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión, citada en el apartado 130 *supra*, la Comisión ha demostrado los dos elementos que requiere la prueba de que una empresa dominante ha practicado precios predatorios inferiores a los costes totales.
- 217 Las alegaciones formuladas por WIN sobre las economías de escala y los efectos de aprendizaje destinados a justificar la práctica de tarifas por debajo de los costes en el caso de autos no desvirtúan la conclusión a la que ha llegado el Tribunal de Primera Instancia. En efecto, la empresa que practica precios predatorios puede conseguir economías de escala y efectos de aprendizaje derivados de una producción incrementada precisamente gracias a esta práctica. Las economías de escala y los efectos de aprendizaje obtenidos no pueden, por lo tanto, exonerar a la empresa de su responsabilidad conforme al artículo 82 CE.
- 218 Resulta de lo anterior que no puede estimarse el motivo basado en la inexistencia de un plan de depredación.

Sobre la recuperación de las pérdidas

— Alegaciones de las partes

- 219 WIN alega que la recuperación de las pérdidas constituye en sí mismo un elemento autónomo del análisis de depredación, que la Comisión debe probar. Opina que si la empresa en posición dominante no puede esperar razonablemente reducir la competencia a largo plazo para recuperar sus pérdidas, en particular porque es fácil entrar en el mercado de referencia, no es razonable por su parte iniciar una política de precios predatorios. En este supuesto, la política de precios bajos practicada por

la empresa encuentra necesariamente su explicación fuera de una estrategia de depredación.

- 220 Según WIN, esta postura es compartida por la totalidad de la doctrina económica y jurídica, así como por numerosos órganos jurisdiccionales y autoridades de la competencia, entre las que figuran las de Estados Unidos así como las de varios Estados miembros de la Unión Europea. La propia jurisprudencia comunitaria no ha excluido nunca que tal demostración deba realizarse.
- 221 Sin embargo, añade, las circunstancias de la competencia en el mercado de acceso a Internet de alta velocidad son totalmente distintas de las que han debido examinar el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia en los asuntos de depredación anteriores. En efecto, las barreras de entrada en este mercado son débiles, el crecimiento es fuerte, la situación de la competencia no está consolidada y los nuevos competidores reales y potenciales son numerosos. De ello concluye que la Comisión incurre en un grave error de Derecho cuando sostiene que no es necesario demostrar la recuperación de las pérdidas.
- 222 Además, según WIN, la Comisión cometió otro error manifiesto de apreciación al que se añade un error de Derecho, al estimar que había aportado la prueba de una posibilidad de recuperación de las pérdidas.
- 223 La Comisión afirma que la demostración de la recuperación de las pérdidas no es un requisito previo a la constatación de precios predatorios contrarios al artículo 82 CE. Estima que la jurisprudencia es clara a este respecto. Con carácter subsidiario, la Comisión señala que la estructura del mercado y las perspectivas de beneficios que se le asocian hacen creíble la recuperación de las pérdidas en el caso de autos.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

224 En la sentencia AKZO/Comisión, citada en el apartado 100 *supra* (apartados 71 y 72), el Tribunal de Justicia consagró la existencia de dos métodos de análisis diferentes para verificar si una empresa ha practicado precios predatorios. En primer lugar, los precios inferiores a la media de los costes variables deben considerarse siempre abusivos. En tal caso, es inconcebible que exista algún objetivo económico que no sea la eliminación de un competidor, pues cada unidad producida y vendida supone una pérdida para la empresa. En segundo lugar, los precios inferiores a la media de los costes totales, pero superiores a la media de los costes variables, sólo pueden considerarse abusivos cuando pueda demostrarse que existe un plan de eliminación (sentencia de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión, citada en el apartado 130 *supra*, apartado 41).

225 En su sentencia de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión, citada en el apartado 130 *supra* (apartados 42 y 43), el Tribunal de Justicia constató que, en la sentencia impugnada, el Tribunal de Primera Instancia había seguido el mismo razonamiento, razonamiento que avaló. El Tribunal de Justicia explicó que:

«42.[...] el Tribunal de Primera Instancia [...] comprobó que, por lo que respecta a las ventas de envases de cartón no asépticos en Italia entre 1976 y 1981, los precios eran muy inferiores a la media de los costes variables. La prueba de la intención de eliminar a los competidores resultaba por tanto innecesaria. En 1982, los precios de dichos envases se hallaban situados entre la media de los costes variables y la media de los costes totales. Esta es la razón por la que el Tribunal se esforzó en demostrar, en el apartado 151 de la sentencia recurrida, que Tetra Pak tenía la intención de eliminar a un competidor, sin que por otra parte la recurrente lo critique a este respecto.

43. El Tribunal de Primera Instancia actuó también lícitamente al seguir exactamente el mismo razonamiento en relación con las ventas de máquinas no asépticas en el Reino Unido entre 1981 y 1984, en los apartados 189 a 191 de la sentencia recurrida.»

226 Respecto de la recuperación de las pérdidas, el Tribunal de Justicia añadió, en el apartado 44 de la sentencia antes citada:

«[...] en las circunstancias del presente asunto, no sería oportuno exigir además, como prueba adicional, una demostración de que Tetra Pak tenía una oportunidad real de recuperar sus pérdidas. En efecto, una práctica de precios predatorios debe poder ser sancionada tan pronto como exista un riesgo de eliminación de los competidores. Pues bien, en el presente asunto, el Tribunal de Primera Instancia señaló la existencia de dicho riesgo en los apartados 151 y 191 de la sentencia recurrida. El objetivo buscado, que es el de preservar una competencia no falseada, no permite esperar a que una estrategia de tales características logre la eliminación efectiva de los competidores.»

227 Por consiguiente, conforme a la jurisprudencia comunitaria, la Comisión podía considerar abusivos los precios inferiores a la media de los costes variables. En este caso, se presume el carácter eliminatorio de tal práctica de precios (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 1994, Tetra Pak/Comisión, citada en el apartado 130 *supra*, apartado 148). En lo que atañe a los costes totales, la Comisión debía, además, aportar la prueba de que la práctica de precios predatorios de WIN se inscribía en el marco de un plan destinado a «apropiarse» del mercado. En ambos supuestos, no era necesario demostrar, como prueba adicional, que WIN tenía una posibilidad real de recuperar sus pérdidas.

228 En consecuencia, la Comisión tenía razón al considerar que la demostración de la recuperación de las pérdidas no era un requisito previo a la constatación de una práctica de precios predatorios.

229 Por el contrario, conforme a las sentencias de 6 de octubre de 1994 y de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión, citadas en el apartado 130 *supra*, y AKZO/Comisión, citada en el apartado 100 *supra*, en el caso de precios inferiores a los

costes totales pero superiores a los costes variables, es necesario verificar si se inscriben en el marco de un plan de eliminación de la competencia. Pues bien, en el apartado 215 *supra*, el Tribunal de Primera Instancia llegó a la conclusión de que la Comisión había aportado indicios serios y concordantes de la existencia de un plan de depredación durante todo el período de la infracción.

230 En virtud de lo anterior, procede desestimar la totalidad de los motivos formulados en apoyo de la solicitud de anulación de la Decisión.

II. Sobre las pretensiones subsidiarias que tienen por objeto la supresión o la reducción de la multa

231 Con carácter subsidiario, WIN impugna el importe de la multa que se le ha impuesto y pide la supresión o una reducción muy sustancial de esta multa. En apoyo de estas pretensiones invoca la violación de los principios de individualidad y de legalidad de las penas, la inexistencia de efectos de las prácticas de que se trata, un error en la determinación de la duración de la infracción y la violación del principio de proporcionalidad.

A. Violación de los principios de individualidad y de legalidad de las penas

1. Sobre la violación del principio de individualidad de las penas

a) Alegaciones de las partes

232 Según WIN, la Comisión violó el principio de individualidad de las penas al basarse en comportamientos de France Télécom para sancionarla. Por una parte, la

Comisión ha admitido que fue la intervención de France Télécom lo que puso fin a la infracción. Por otra parte, la Comisión tuvo en cuenta el comportamiento de France Télécom para apreciar el carácter intencionado de la infracción supuestamente cometida por WIN.

- 233 La Comisión rechaza este motivo remitiéndose esencialmente a su respuesta al mismo motivo formulado por WIN en el marco de sus pretensiones principales. La Comisión añade que la intención de exclusión de WIN se ha demostrado con creces mediante documentos internos de la empresa y que las referencias ocasionales a France Télécom no son en absoluto determinantes.

b) Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 234 Este motivo coincide en gran parte con el invocado por WIN con carácter principal en el marco de sus pretensiones de anulación. Procede, por lo tanto, realizar una remisión a los apartados 66 a 71 *supra*.
- 235 Por lo demás, fijar el final de la infracción de WIN en la fecha de la bajada de tarifas practicada por France Télécom no equivale a basarse en el comportamiento de ésta para sancionar a WIN. La infracción en cuestión se imputa muy claramente a WIN y no a France Télécom. La propia WIN habría podido poner fin a la infracción antes de la intervención de France Télécom y sin esta intervención. El hecho de que el final de la infracción no sea el resultado de un comportamiento de WIN no quita nada a su infracción. Ésta está directamente relacionada con el nivel de los costes. Como algunos de esos costes proceden directamente de los precios fijados por las empresas proveedoras, el final de la infracción puede, lógicamente, resultar en algunos casos del comportamiento de estas empresas.

236 En consecuencia, procede desestimar esta alegación basada en la violación del principio de individualidad de las penas.

2. Sobre el motivo basado en la violación del principio de legalidad de las penas

a) Alegaciones de las partes

237 Según WIN, la Decisión la sancionó sobre la base de dos reglas jurídicas nuevas. Por una parte, en lo que atañe a la equiparación de precios, se ha producido un cambio de rumbo total de la Comisión respecto de su práctica decisoria anterior. Por otra parte, la Comisión eligió un método de análisis de depredación inédito e imprevisible.

238 Afirma que no existen antecedentes en materia de precios predatorios en un mercado emergente. La Comisión aplica por primera vez el método de cálculo elegido en el caso de autos, definiéndolo a lo largo del procedimiento. WIN estima que, según el método adoptado por diversas autoridades nacionales de la competencia, podía considerar legítimamente que sus precios no eran predatorios.

239 Por su parte, la Comisión alega que el artículo 82 CE y el artículo 15, apartado 2, del Reglamento n° 17 constituyen las únicas bases jurídicas de la imposición de la multa en el presente asunto y que estas disposiciones no son nuevas en absoluto. Invoca la jurisprudencia reiterada según la cual su práctica decisoria anterior no sirve por sí misma de marco jurídico para la imposición de multas en materia de competencia.

240 Añade, a mayor abundamiento, que en la jurisprudencia, la práctica de precios predatorios ya ha sido calificada de infracción del artículo 82 CE.

b) Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

241 WIN no puede pretender que el comportamiento sancionado no constituía una infracción en el momento en que tuvo lugar. En efecto, toda explotación abusiva por parte de una empresa de su posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo entra en el ámbito de aplicación del artículo 82 CE.

242 Además, es jurisprudencia reiterada que la enumeración de las prácticas abusivas contenida en el artículo 82 CE no agota las formas de explotación abusiva de posición dominante prohibidas por el Tratado (sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, *Europemballage y Continental Can/Comisión*, 6/72, Rec. p. 215, apartado 26, y de 16 de marzo de 2000, *Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión*, C-395/96 P y C-396/96 P, Rec. p. I-1365, apartado 112).

243 Por lo demás, la práctica de precios predatorios ya ha sido calificada de infracción del artículo 82 CE. Fue sancionada por la Comisión y dio lugar a la sentencia *AKZO/Comisión*, citada en el apartado 100 *supra*, y a las sentencias de 6 de octubre de 1994 y de 14 de noviembre de 1996, *Tetra Pak/Comisión*, citada en el apartado 130 *supra*, que aplicaron un análisis de depredación basado en la distinción entre los costes variables y los costes totales, como el que se ha utilizado en el caso de autos.

244 Sin embargo, en el presente asunto la Comisión adaptó este análisis escalonando, de forma favorable a WIN, los costes de captación de la clientela para tener en cuenta las características del mercado en cuestión.

- 245 A este respecto, es necesario señalar que, en todo caso, el método utilizado en esos asuntos habría podido permitir a WIN prever que se exponía eventualmente a una condena en virtud del artículo 82 CE. WIN no puede invocar el hecho de que no pudo prever una adaptación de este método que le era favorable.
- 246 Tampoco resulta de la práctica decisoria de la Comisión ni de la jurisprudencia que WIN pudiera legítimamente esperar que, en circunstancias como las del asunto de autos, se le reconociese un derecho a equiparar sus precios a los de sus competidores (véanse los apartados 176 a 187 *supra*) ni a aplicar el método de los flujos de tesorería actualizados (véanse los apartados 153 y 156 *supra*) y que se tuviesen en cuenta márgenes posteriores al fin de la infracción (véase el apartado 152 *supra*). Por lo demás, el mercado no estaba ya en fase de puesta en marcha durante el período considerado (véase el apartado 106 *supra*).
- 247 Sin embargo, WIN ha invocado la Decisión 2001/354/CE de la Comisión, de 20 de marzo de 2001, en un procedimiento con arreglo al artículo 82 [CE] (Asunto COMP/35.141 — Deutsche Post AG) (DO L 125, p. 27; considerando 47), en la que la Comisión no exigió ninguna multa por la falta de cobertura de los costes adicionales porque, hasta ese momento, no se había dado una respuesta a la cuestión de qué norma sobre cobertura de costes debía aplicarse a los servicios prestados en régimen de competencia por parte de una empresa multiproductos o multiservicios que dispusiera de un ámbito reservado.
- 248 En ese asunto, el denunciante había alegado que Deutsche Post AG utilizaba los beneficios procedentes del lucrativo monopolio de los envíos de correspondencia para financiar unas ventas que no cubrían los costes en el ámbito de los servicios de paquetería empresarial con el objeto de eliminar a sus competidores en ese sector. En su Decisión, la Comisión sancionó la concesión de descuentos por fidelidad por parte de Deutsche Post y la condenó por ello a una multa de 24 millones de euros. Sin embargo, la multa impuesta no se refería al transporte de paquetes a precios inferiores a los costes adicionales.

249 Es necesario señalar que, en ese asunto, la situación de Deutsche Post presentaba características muy particulares. La empresa realizaba actividades que, según los casos, entraban en el ámbito del monopolio basado en su misión de interés público o en el de la competencia. De esta forma, el asunto planteaba el problema de la norma de cobertura de los costes por una empresa que explota un sector reservado y que puede utilizar los beneficios realizados en ese sector reservado para cubrir sus pérdidas en otro sector abierto a la competencia. En tal contexto, la empresa podía experimentar una incertidumbre respecto de las normas aplicables. Sin embargo, la situación de WIN, que sólo opera en un mercado abierto a la competencia, no puede compararse a la de Deutsche Post y, a este respecto, es más bien asimilable a la de AKZO y Tetra Pak.

250 Por lo demás, es necesario señalar que, si bien no fija una multa por esta razón, la Decisión 2001/354 no deja de constatar, en su artículo 2, que Deutsche Post cometió una infracción del artículo 82 CE al ofrecer servicios de paquetería en el ámbito de la venta a distancia a precios inferiores a los costes adicionales. Puesto que esta Decisión se dictó el 20 de marzo de 2001 y se publicó en el Diario Oficial el 5 de mayo de 2001, WIN debía saber en la época de la infracción litigiosa –de marzo de 2001 a octubre de 2002– que tales actuaciones constituían una infracción. Debe señalarse también que, en el marco del presente asunto, es la propia WIN la que rechaza el recurso a los costes adicionales y se alegró, en su respuesta al pliego de cargos adicional, de que la Comisión hubiera abandonado este método. En consecuencia, WIN no puede reprochar este cambio a la Comisión.

251 Para terminar, en todo caso, incluso suponiendo que fuera necesario tener en cuenta las características particulares del mercado de Internet de alta velocidad a pesar de que la práctica de precios predatorios no sea una infracción nueva, la decisión de la Comisión de no imponer una multa en una decisión anterior debido al carácter relativamente nuevo de las infracciones comprobadas no confiere inmunidad a las empresas que cometen infracciones que no han sido sancionadas previamente por la Comisión. En efecto, en el contexto específico de cada asunto, la Comisión, en

ejercicio de su facultad de apreciación, decide sobre la oportunidad de imponer una multa para sancionar la infracción comprobada y preservar la eficacia del Derecho de la competencia (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de octubre de 1997, SCK y FNK/Comisión, T-213/95 y T-18/96, Rec. p. II-1739, apartado 239).

252 En consecuencia, la Comisión no ha violado el principio de legalidad de las penas en el presente asunto.

B. Inexistencia de efectos de las prácticas controvertidas

1. Alegaciones de las partes

253 Según WIN, la Comisión no ha sido capaz de aportar la prueba de ningún tipo de efecto de las supuestas prácticas de WIN en el mercado. Por lo tanto, el importe de la multa que se le ha impuesto debería reducirse también por esa razón.

254 Respecto de su cuota de mercado, WIN alega que la propia Comisión afirma en su Decisión que se mantiene alrededor del 50 % cuando en octubre de 2002, fecha del fin de la infracción, se elevaba al 72 %, es decir, una disminución de un tercio en sólo nueve meses. Esto debería bastar para demostrar que las estructuras del mercado no se vieron afectadas de forma duradera por sus prácticas supuestamente contrarias a la competencia.

255 Añade que, incluso durante el período litigioso, la competencia fue muy fuerte en el mercado de acceso a Internet. En septiembre de 2002 existían más de 70 ofertas

destinadas a los consumidores. Nuevos PAI entraron en el mercado, mientras que los precios de las ofertas bajaron impulsados por los competidores. El desarrollo de los competidores no encontró obstáculos y la desaparición de la sociedad Mangoosta no es imputable a WIN.

256 WIN considera, a este respecto, que la afirmación de la Comisión según la cual las supuestas prácticas de WIN afectaron profundamente a la estructura del mercado constituye una mera presunción que no se apoya en ningún hecho concreto que demuestre las dificultades efectivas de los competidores de WIN.

257 La Comisión rechaza los datos proporcionados por WIN alegando que se refieren alternativamente a la totalidad de la actividad de suministro de acceso a Internet, incluidas alta y baja velocidad, o al segmento del suministro de acceso a Internet de alta velocidad ADSL, en función de lo que sea más favorable a las tesis de WIN.

258 La Comisión afirma que una comparación del incremento de las ventas de los distintos actores del mercado a lo largo del año 2001 hasta el otoño de 2002 muestra claramente que la estrategia de WIN le permitió parar a la competencia y reforzar su posición. Por ejemplo, no se produjeron nuevas entradas significativas en el mercado durante la época litigiosa.

2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

259 Conforme a las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA (DO 1998, C 9, p. 3), para evaluar la gravedad de la infracción ha de

tomarse en consideración su naturaleza, sus repercusiones concretas sobre el mercado y la dimensión del mercado geográfico afectado.

260 Pues bien, WIN ha negado que la infracción de que se trata haya tenido un impacto en el mercado. Sin embargo, distintos elementos dan fe de lo contrario.

261 En primer lugar, la cuota de mercado de WIN en el mercado de alta velocidad aumentó en un principio del 50 al 72 % (considerando 400 y cuadro 8 de la Decisión) entre el principio de la infracción y el mes de agosto de 2002 a pesar de que, según los datos facilitados por WIN en su respuesta a las preguntas escritas formuladas por el Tribunal de Primera Instancia, a continuación descendió hasta alcanzar un 63,6 % en octubre de 2002. Además, es necesario señalar que el competidor más próximo de WIN tenía una cuota de mercado del 8 %, al tiempo que todos los demás competidores se situaban por debajo del 2,5 % (considerando 376 de la Decisión). Se deduce del cuadro 9 de la Decisión, que no ha sido rechazado por WIN, que durante todo el período WIN aumentó de manera pronunciada su distancia respecto de su competidor principal.

262 En segundo lugar, un competidor, la sociedad Mangoosta, desapareció del mercado (considerando 400 de la Decisión). Ciertamente, WIN estima que la quiebra de Mangoosta se debe únicamente a una política estratégica particularmente arriesgada y en ningún caso a las tarifas practicadas por WIN. Sin embargo, resulta obligado señalar que, al haber lanzado sus productos a un precio ligeramente superior a los de WIN, Mangoosta sufría tales pérdidas que finalmente incrementó sus precios en un 20 % en el mes de marzo de 2001, lo que no pudo evitar su suspensión de pagos el 2 de agosto de 2001 (considerando 384 de la Decisión). La desaparición de un competidor muy marginal que practicaba precios inferiores a sus costes pero ligeramente superiores a los precios de WIN constituye, en el caso de autos, al menos un elemento que corrobora la dificultad de penetrar en el mercado.

263 En tercer lugar, durante el período de que se trata se registró un gran deterioro de las cuotas de mercado de los operadores de cable competidores (cuadro 14 de la Decisión), mientras que los competidores en el segmento de ADSL se mantenían en

niveles de penetración muy débiles. WIN no niega el deterioro de las cuotas de mercado de los operadores de cable, pero opina que no se debe a su política de precios sino al desarrollo del ADSL en detrimento del cable. Sin embargo, debe señalarse que, en septiembre de 2001, WIN estimaba que los operadores de cable eran los únicos verdaderos competidores en el mercado de acceso a Internet de alta velocidad (nota a pie de página nº 444 de la Decisión) y que el ADSL constituía un «mercado a finales de 2001 dominado por [ella] pero en conjunto poco activo».

264 En cuarto lugar, las prácticas de WIN tuvieron un efecto disuasorio sobre la entrada o el desarrollo de los competidores. En efecto, varios de entre ellos confirmaron que les resultaba imposible ajustar sus precios a los de WIN sin registrar pérdidas, habida cuenta de los costes soportados (véanse el considerando 379 y la nota a pie de página nº 451 de la Decisión). Por lo demás, las nuevas entradas fueron marginales. WIN ha evocado los casos de las sociedades Dixinet y Net pratique. Sin embargo, a finales de agosto de 2002, Dixinet sólo tenía diez abonados a sus servicios de ADSL y de telefonía, mientras que Net pratique, que no lanzó su servicio hasta el verano de 2002, es decir, al final de la infracción, sólo contaba con 1.400 abonados seis meses después.

265 A este respecto, la alegación de WIN, que atribuye la lentitud de la progresión de determinados competidores a una decisión estratégica y a la voluntad de concentrarse en la baja velocidad en detrimento del ADSL, que no consideraban prometedor, no es convincente. Si bien es cierto que determinados competidores pudieron, al principio, tener dudas respecto del desarrollo de la alta velocidad, no puede presumirse que hayan persistido en esta opinión frente al gran crecimiento de este mercado. La acción de la sociedad T-Online, proveedor de acceso a Internet con la marca Club Internet, ante las autoridades francesas de la competencia deja más bien suponer lo contrario. Asimismo, la declaración del Presidente y Director General de AOL Francia, citada en el apartado 212 *supra*, hace pensar que la razón de la ausencia de esta empresa en el mercado de la alta velocidad en aquella época estaba relacionada con las pérdidas que hubiera sufrido en dicho mercado a causa de la elevada oferta de WIN y no a su voluntad de limitarse a la baja velocidad.

266 En lo que atañe al argumento de WIN según el cual los consumidores no han sido perjudicados por sus prácticas en materia de precios, sino que, por el contrario, han

sido los beneficiarios, es necesario recordar que el Tribunal de Justicia ha precisado que el artículo 82 CE se refiere, no sólo a las prácticas que pueden causar un perjuicio directo a los consumidores, sino también a las que les perjudican indirectamente al atentar contra una estructura de competencia efectiva (sentencia *Europemballage y Continental Can/Comisión*, citada en el apartado 242 *supra*, apartado 26).

267 En consecuencia, procede desestimar este motivo, basado en la inexistencia de efectos de las prácticas controvertidas.

C. Error en la determinación de la duración de la infracción

1. Alegaciones de las partes

268 WIN alega, por una parte, que el final de la infracción que se le reprocha se debe, según la Comisión, a la reducción de tarifas practicada por France Télécom el 15 de octubre de 2002. Sin embargo, afirma, France Télécom había anunciado esta reducción desde el mes de abril de 2002 pero su aplicación se había retrasado por el proceso de homologación de la Autorité de régulation des télécommunications (ART). De ello concluye que no se puede en ningún caso hacer responsable a WIN de la infracción más allá del mes de marzo de 2002, de forma que la duración de la infracción sólo puede ser de trece meses.

269 Por otra parte, aduce que la Comisión fijó en su Decisión una duración de la infracción superior a la referida en los pliegos de cargos. En consecuencia, el Tribunal de Primera Instancia debería, según WIN, constatar que la duración de la infracción que se le podría imputar es, como máximo, de diecisiete meses, y reducir la multa en consecuencia.

- 270 A esta última alegación, la Comisión responde que no puede interpretarse que los pliegos de cargos enunciaran una duración limitativa de la infracción cuando ésta estaba todavía en curso.
- 271 En cuanto a la alegación basada en el retraso en la reducción de las tarifas de France Télécom a causa del proceso de homologación de la ART, la Comisión estima que WIN no puede invocarla.

2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 272 En lo que atañe a la supuesta ampliación de la duración de la infracción respecto a los pliegos de cargos, es necesario hacer una remisión a los apartados 49 a 52 *supra*, de los que resulta que debe desestimarse esta alegación.
- 273 Respecto del anuncio realizado por France Télécom de bajar sus tarifas al por mayor desde el mes de abril de 2002, procede señalar que la infracción no terminó en esa fecha, sino cuando se aplicó la reducción efectiva de las tarifas. De forma mecánica, esta reducción de las tarifas de France Télécom dio lugar a una reducción de los costes. Los precios de WIN dejaron de ser inferiores a sus costes totales y terminó la infracción. Win podría haber puesto fin a la infracción en cualquier momento, sin esperar a esta disminución de las tarifas de France Télécom, por ejemplo, elevando sus tarifas o reduciendo otras partidas de costes. Sin embargo, no adoptó ninguna medida en este sentido.
- 274 Resulta de lo anterior que no procede reducir el importe de la multa impuesta a la vista de la alegada duración de la infracción.

D. *Violación del principio de proporcionalidad*

1. Alegaciones de las partes

²⁷⁵ En primer lugar, WIN denuncia que en la determinación del importe de la multa no se tuvo en cuenta su actitud de cooperación y transparencia. En segundo lugar, critica el hecho de que la Comisión no haya considerado la desaparición progresiva de la infracción ni en la determinación del importe de base de la multa ni como circunstancia atenuante. La magnitud de la infracción se redujo desde el mes de agosto de 2001 debido a una bajada de las tarifas al por mayor de France Télécom, antes incluso de que ésta estuviera informada de la investigación de la Comisión. France Télécom no dejó de mostrar su voluntad permanente de resolver lo más rápido posible el problema señalado por la Comisión.

²⁷⁶ La Comisión considera que no existen circunstancias atenuantes ni agravantes en el caso de autos.

2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

²⁷⁷ En primer lugar, en cuanto a la cooperación alegada, es jurisprudencia reiterada que una colaboración con la investigación que no sobrepase el nivel derivado de las obligaciones que incumben a las empresas en virtud del artículo 11, apartados 4 y 5, del Reglamento nº 17 no justifica una reducción de la multa (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 10 de marzo de 1992, *Solvay/Comisión*, T-12/89, Rec. p. II-907, apartados 341 y 342, y de 14 de mayo de 1998, *Weig/Comisión*, T-317/94, Rec. p. II-1235, apartado 283).

- 278 En el considerando 412 de la Decisión, la Comisión menciona el hecho de que WIN había invocado como circunstancias atenuantes su transparencia y su plena cooperación en el desarrollo del presente procedimiento. Sin embargo, la Comisión constata «que la empresa se ha limitado al mero cumplimiento normal de las obligaciones de informar a la Comisión que le incumben en virtud del Reglamento nº 17».
- 279 En su demanda, WIN alega que la Comisión no tuvo en cuenta el hecho de que ella siempre cooperó plenamente en el procedimiento y adoptó un comportamiento completamente transparente. WIN añade que, además, con su invitación motivó a la Comisión a visitar sus locales y tomar copias de los documentos relativos a sus costes y a la elaboración de sus ofertas comerciales. Ni la demanda ni la réplica contienen más precisiones respecto de esta cooperación.
- 280 En necesario constatar que WIN no ha presentado ningún documento que pueda invalidar que se limitó a cumplir las obligaciones que le incumbían en virtud del Reglamento nº 17. En particular, WIN no demuestra haber invitado ella misma a la Comisión a sus locales antes del inicio de la investigación. En efecto, la Comisión afirma, en su escrito de contestación, que la demandante no puede basar una circunstancia atenuante en el hecho de que la Comisión se limitara a realizar verificaciones *in situ* sobre la base del artículo 14, apartado 2, del Reglamento nº 17 «tomando una cita con la empresa en sus locales».
- 281 Con carácter subsidiario, aun suponiéndolo demostrado, el hecho de que ella misma invitara a la Comisión a realizar una visita a sus locales sin esperar a que ésta ordenase verificaciones mediante decisión no bastaría para demostrar una cooperación tan estrecha como para que se pudiera justificar su consideración como circunstancia atenuante. Debe señalarse que el artículo 14 del Reglamento nº 17 dispone que, en el cumplimiento de las tareas que le son asignadas por el artículo 81 CE, la Comisión puede proceder a cuantas verificaciones considere necesarias en las empresas. Sus agentes acreditados pueden, en particular, acceder a todos los locales y hacer copias de los documentos profesionales. Las verificaciones de la Comisión pueden realizarse en virtud de un simple mandato escrito

(artículo 14, apartado 2) o pueden ordenarse mediante decisión (artículo 14, apartado 3). El hecho de que la Comisión no procediera por la vía de una decisión en el caso de autos no implica por sí mismo una «colaboración efectiva de la empresa en el procedimiento», en el sentido de las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n° 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA.

282 En segundo lugar, respecto de las alegaciones relativas a la eliminación progresiva de la infracción, es necesario subrayar, por una parte, que la propia WIN no adoptó ninguna medida en este sentido. No puede invocar en su defensa los esfuerzos realizados por France Télécom. Por otra parte, aunque las actuaciones de ésta hayan podido tener una incidencia positiva en el mercado antes del final de la infracción, no pueden alterar la calificación de la infracción cometida por WIN, convirtiéndola en menos grave. En efecto, los precios predatorios practicados por WIN en el mercado de referencia constituyen una infracción grave de las reglas de la competencia. El hecho de que la intensidad de determinados elementos abusivos haya podido variar a lo largo del período litigioso no puede modificar esta calificación (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de septiembre de 2003, Michelin/Comisión, citada en el apartado 195 *supra*, apartado 278).

283 De las consideraciones anteriores resulta que no procede admitir el motivo que WIN basa en la violación del principio de proporcionalidad, de forma que deben desestimarse las pretensiones que tienen por objeto la supresión o la reducción de la multa.

284 En consecuencia, sobre la base del conjunto de las consideraciones anteriores, procede desestimar el recurso.

Costas

285 A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber sido desestimadas las pretensiones de la parte demandante, procede condenarla en costas, conforme a lo solicitado por la Comisión.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Quinta ampliada)

decide:

- 1) Desestimar el recurso.**

- 2) Condenar en costas a la demandante.**

Vilaras

Martins Ribeiro

Dehousse

Šváby

Jürimäe

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 30 de enero de 2007.

El Secretario

El Presidente

E. Coulon

M. Vilaras

Índice

Hechos y procedimiento	II - 118
Pretensiones de las partes	II - 121
Fundamentos de Derecho	II - 122
I. Sobre las pretensiones que tienen por objeto que se anule la Decisión	II - 122
A. Sobre el motivo basado en la vulneración del derecho de defensa y en la existencia de vicios sustanciales de forma	II - 122
1. Alegaciones de las partes	II - 122
2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 124
B. Sobre el motivo basado en falta de motivación	II - 134
1. Alegaciones de las partes	II - 134
2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 135
C. Sobre el motivo basado en la violación del principio de individualidad de las penas	II - 137
1. Alegaciones de las partes	II - 137
2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 138
D. Sobre la infracción del artículo 82 CE	II - 140
1. Sobre la posición dominante	II - 140
a) Sobre la definición errónea del mercado	II - 140
Alegaciones de las partes	II - 140
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 142
b) Sobre las lagunas en la apreciación de la posición dominante	II - 146
Alegaciones de las partes	II - 146
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 148

2.	Sobre el abuso de posición dominante	II - 154
a)	Sobre las imputaciones relativas al análisis de cobertura de los costes	II - 154
	Sobre el error en el método de cálculo de la tasa de cobertura de los costes	II - 154
	— Alegaciones de las partes	II - 154
	— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 156
	Sobre los errores de cálculo en la aplicación del método utilizado.	II - 163
	— Alegaciones de las partes	II - 163
	— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 165
b)	Sobre las imputaciones relativas al análisis de depredación	II - 167
	Sobre la justificación basada en el derecho de WIN a equiparar sus precios a los de sus competidores	II - 167
	— Alegaciones de las partes	II - 167
	— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 168
	Sobre la supuesta inexistencia de un plan de depredación y de reducción de la competencia	II - 171
	— Alegaciones de las partes	II - 171
	— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 173
	Sobre la recuperación de las pérdidas	II - 180
	— Alegaciones de las partes	II - 180
	— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 182
II.	Sobre las pretensiones subsidiarias que tienen por objeto la supresión o la reducción de la multa	II - 184
A.	Violación de los principios de individualidad y de legalidad de las penas ..	II - 184
1.	Sobre la violación del principio de individualidad de las penas	II - 184
a)	Alegaciones de las partes	II - 184
b)	Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 185
		II - 201

2. Sobre el motivo basado en la violación del principio de legalidad de las penas	II - 186
a) Alegaciones de las partes	II - 186
b) Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 187
B. Inexistencia de efectos de las prácticas controvertidas	II - 190
1. Alegaciones de las partes	II - 190
2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 191
C. Error en la determinación de la duración de la infracción	II - 194
1. Alegaciones de las partes	II - 194
2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 195
D. Violación del principio de proporcionalidad	II - 196
1. Alegaciones de las partes	II - 196
2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 196
Costas	II - 199