

РЕШЕНИЕ НА ПЪРВОИНСТАНЦИОННИЯ СЪД (пети разширен състав)

30 януари 2007 година *

По дело T-340/03,

France Télécom SA, известно преди като Wanadoo Interactive SA, установено в Париж (Франция), представлявано от O. Brouwer, H. Calvet, M. Pittie, J. Philippe и T. Janssens, avocats,

жалбоподател,

срещу

Комисия на Европейските общности, за която се явяват първоначално г-н S. Rating и г-н É. Gippini Fournier, в качеството на представители, впоследствие г-н Gippini Fournier,

ответник,

с предмет искане за отмяна на Решение на Комисията от 16 юли 2003 г. относно процедура по прилагане на член [82 ЕО] (Преписка COMP/38.233 — Wanadoo Interactive) или при условията на евентуалност искане за отмяна или намаляване на наложена на жалбоподателя глоба

* Език на производството: френски.

ПЪРВОИНСТАНЦИОННИЯТ СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ ОБЩНОСТИ
(пети разширен състав),

състоящ се от: г-н М. Vilaras, председател, г-жа М. Е. Martins Ribeiro, г-н F. Dehousse, г-н D. Šváby и г-жа К. Jürimäe, съдии,

секретар: г-н J. Palacio González, главен администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и на съдебното заседание от 26 април 2005 г.,

постанови настоящото

Решение

Факти и процедура

- ¹ В контекста на развитието на достъпа до високоскоростен Интернет през юли 1999 г. Комисията взема решение за провеждане на отраслово проучване в рамките на Европейския съюз по силата на правомощията ѝ по член 12, параграф 1 от Регламент № 17 на Съвета от 6 февруари 1962 г., Първи регламент за прилагане на членове [81] и [82] от Договора (ОВ 13, 1962 г., стр. 204), посветено по-специално на доставката на услуги, свързани с достъпа до местната абонатна линия и използването на местните домашни абонатни линии. В хода на това проучване събраната информация насочва Комисията към подробно разглеждане на тарифните условия на Wanadoo Interactive SA

(наричано по-нататък „WIN“) за доставката на услуги за предоставяне на достъп до високоскоростен Интернет, предназначени за домашни потребители във Франция. За тази цел през септември 2001 г. тя открива процедура по своя инициатива.

- 2 Към момента на настъпването на спорните факти WIN е дружество от групировката France Télécom. Wanadoo SA притежава 99,9 % от неговия капитал. Участието на France Télécom в капитала на Wanadoo варира между 70 % и 72,2 % към момента на настъпване на спорните факти. Групировката, състояща се от Wanadoo и дъщерните му дружества (наричана по-нататък „групировката Wanadoo“), обединява всички дейности на групировката France Télécom, свързани с Интернет, както и дейностите по издаване на телефонни указатели. В тази групировка WIN осигурява изпълнението на оперативните и технически задължения, свързани с услугите за предоставяне на достъп до Интернет на територията на Франция, включително услугите ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line, асиметрична цифрова абонатна линия).
- 3 На 19 декември 2001 г. Комисията отправя до WIN първо известие за нарушения (наричано по-нататък „първо известие за нарушения“) и на 9 август 2002 г. — допълнително известие за нарушения (наричано по-нататък „допълнително известие за нарушения“), на които WIN отговаря съответно, на 4 март и на 23 октомври 2002 г.
- 4 На 16 януари 2003 г. Комисията изпраща на WIN писмо, определено като „фактологично писмо“ (наричано по-нататък „фактологично писмо“), като му дава достъп до преписката, послужила за изготвянето на това писмо. На практика WIN получава достъп до преписката на 23 и 27 януари 2003 г. С писмо от 26 февруари 2003 г. WIN иска Комисията да му предостави разяснения относно редица аспекти на фактологичното писмо. Комисията отговаря с писмо от 28 февруари 2003 г. и така на 4 март 2003 г. WIN представя писмен отговор на фактологичното писмо.

- 5 С Решение от 16 юли 2003 г. относно процедура по прилагане на член [82 ЕО] (Преписка COMP/38.233 — Wanadoo Interactive) (наричано по-нататък „Решението“) Комисията установява, че „[WIN] е нарушило член 82 [ЕО], като за услугите си eXtense и Wanadoo ADSL прилага хищнически цени, които не покриват променливите му разходи до август 2001 г. и не покриват съвкупните му разходи след август 2001 г., в рамките на план, насочен към предопределяне на пазара за предоставяне на достъп до високоскоростен Интернет на важен етап от развитието му“ (член 1). Комисията му нарежда да преустанови това нарушение (член 2) и му налага глоба от 10,35 милиона EUR (член 4).
- 6 Решението определя разглеждания пазар като френския пазар за предоставяне на достъп до високоскоростен Интернет за домашни потребители. Продуктите, за които се отнася нарушението, са услугите за достъп до високоскоростен Интернет чрез технологията ADSL (Wanadoo ADSL и eXtense).
- 7 Според Решението в случая с Wanadoo ADSL през периода на спора абонатът трябва да заплаща месечен абонамент на France Télécom за предоставяне на услугата, да наеме модема ADSL от France Télécom, както и да заплаща абонамент на WIN, в качеството му на доставчик на достъпа до Интернет (наричан по-нататък „FAI“). При услугата eXtense модемът се закупува от потребителя и последният заплаща само месечен абонамент на WIN, съответстващ на услугата, предоставяна от France Télécom, и на предварително определен неограничен достъп до Интернет.
- 8 След изследване на различни елементи, между които пазарните дялове (съображения 211—222 от Решението) и ефекта на „опората“ от страна на France Télécom (съображения 223—228), Комисията заключава, че WIN заема господстващо положение на въпросния пазар. След това тя се заема да докаже, че прилаганата от WIN практика за определяне на цени под стойността на разходите се вписва в рамките на преднамерена хищническа стратегия, провеждана с оглед „предопределяне“ на пазара, и поради това представлява злоупотреба с господстващо положение по смисъла на член 82 ЕО (съображение 254).

- 9 Решението определя 1 март 2001 г. за начало на периода на нарушение и 15 октомври 2002 г. за край, като това е датата на влизане в сила на мярката за отстраняване на нередностите, предприета от France Télécom през март 2002 г. Прилаганите тарифи не покриват променливите разходи от март до август 2001 г. и съвкупните разходи след последната дата (член 1 от Решението, вж. точка 5, посочена по-горе).
- 10 Това Решение е съобщено на WIN на 23 юли 2003 г., което е депозирано на 2 октомври 2003 г. в секретариата на Първоинстанционния съд жалба иска неговата отмяна.
- 11 В резултат на действия, довели до сливане, настъпило на 1 септември 2004 г., France Télécom SA става титуляр на правата на WIN.

Искания на страните

- 12 Жалбоподателят иска от Първоинстанционния съд:

- да отмени Решението,

- при условията на евентуалност да отмени или намали размера на глобата,

- да осъди ответника да заплати съдебните разходи.

13 Комисията иска от Първоинстанционния съд:

— да отхвърли жалбата,

— да осъди жалбоподателя да заплати съдебните разходи.

От правна страна

I — По искането за отмяна на Решението

14 В подкрепа на искането си за отмяна жалбоподателят се позовава на редица правни основания за нарушения на процесуалните изисквания, за нарушение на принципа за личната отговорност и за нарушение на член 82 ЕО.

A — По правното основание, изведено от нарушение на правото на защита и на съществени процесуални изисквания

1. Доводи на страните

15 Според WIN изчисляването на разходите по дело, свързано с хищнически цени, трябва да се счита за основен елемент от въпросното твърдението за нарушение. Дружеството твърди обаче, че е срещнало не само трудности при достъпа до преписката, но нещо повече — съществени елементи от изчисленията на променливите и съвкупните разходи, съдържащи се в

Решението, никога не са били предмет на известие за нарушения и са съобщени само посредством фактологичното писмо. Според WIN става дума за нарушение на правото му на защита и за нарушение на съществени процесуални изисквания. Всъщност WIN твърди, че не е могло да установи нито значението, нито мястото, които тези елементи е трябвало да заемат в доводите и твърденията на Комисията за нарушения, и така не е могло валидно да упражни правото на защита в това отношение.

- 16 Освен това в Решението си Комисията е приложила изчисляване, което както по отношение на използвания метод, така и от гледна точка на резултатите, е различно от използваното в допълнителното известие за нарушения. Промеждинската проверката на покриване на разходите, Комисията е променила своето твърдение за нарушение. Освен това Решението установявало по-голяма продължителност на нарушението, отколкото посочената в известието за нарушения, без страните да могат да вземат отношение по това.
- 17 Комисията счита, че доводите на WIN са фактически неправилни и правно необосновани. Тя твърди, че във фактологичното писмо само е поправила грешките в изчислението, подчертани от WIN в отговора му на допълнителното известие за нарушения, без да променя нито проверката, нито твърденията за нарушения. Освен това тя подчертава, че WIN е било изслушано относно съдържанието на фактологичното писмо. Това писмо имало за цел именно да даде възможност на предприятието реално да се запознае с нейната гледна точка относно истинността и релеванността на твърденията — нещо, което WIN не е пропуснало да направи. Така с писмо от 26 февруари 2003 г. WIN иска от Комисията да му предостави разяснения относно редица аспекти на фактологичното писмо. Комисията твърди, че е отговорила с писмо от 28 февруари 2003 г., като така е дала възможност на WIN на свой ред да отговори на фактологичното писмо с писмо от 4 март 2003 г. Комисията твърди, че по време на изпращането на фактологичното писмо е предоставила на WIN достъп до цялата преписка, послужила за основа при изготвянето му. На практика WIN е имало достъп до преписката на 23 и 27 януари 2003 г. Що се отнася до продължителността на нарушението, фактът, че последното е в ход по време на изпращането на известието за нарушения, не дава възможност на Комисията да определи друго, освен началото на нарушението.

2. Съображения на Първоинстанционния съд

- 18 Уместно е веднага да се напомни, че съгласно постоянната съдебна практика известието за нарушения трябва да съдържа изложение на твърденията за нарушения, съставено с достатъчно ясни изрази, било то и кратки, за да се даде възможност на заинтересованите лица действително да се запознаят с поведението, в което ги упреква Комисията. Всъщност само при това условие известието за нарушения може да изпълни предназначението, което регламентите на Общността му възлагат и което се състои в предоставяне на всички необходими елементи на предприятията и сдруженията на предприятия, за да могат те ефективно да изградят своята защита, преди Комисията да вземе окончателно решение. Освен това съгласно постоянната съдебна практика това изискване е спазено, щом Решението не твърди, че заинтересованите лица са извършили нарушения, различни от посочените в изложението на твърденията за нарушения, и взема предвид само фактите, по които заинтересованите лица са имали възможност да дадат обяснения. Все пак окончателното решение на Комисията не трябва непременно да повтаря дословно изложението на твърденията за нарушения (Решение на Първоинстанционния съд от 28 февруари 2002 г. по дело *Compagnie générale maritime* и др./Комисия, T-86/95, *Recueil*, стр. II-1011, точка 442 и посочената съдебна практика). Допустими са също допълнения към известието за нарушения, направени в светлината на писмения отговор на страните, чиито доводи доказват, че те са могли действително да упражнят правото си на защита. Предвид административната процедура Комисията също може да ревизира или добавя фактически или правни доводи в подкрепа на формулираните от нея твърдения за нарушения (Решение на Първоинстанционния съд от 22 октомври 2002 г. по дело *Schneider Electric/Комисия*, T-310/01, *Recueil*, стр. II-4071, точка 438).
- 19 Настоящото правно основание следва да се прецени в светлината на гореказаното.
- 20 Трябва да се приеме, че на 19 декември 2001 г., в края на фазата на разследването, Комисията изпраща първото известие за нарушенията на WIN. Последното излага становището си в своя отговор от 4 март 2002 г. и в изслушването, състояло се на 18 март 2002 г. (съображение 153 от Решението). На 9 август 2002 г. Комисията изпраща на WIN допълнителното известие за нарушенията. На 23 октомври 2002 г. WIN представя своето становище по него

и не прави искане да се проведе изслушване (съображение 157 от Решението). При това положение WIN е могло да упражни правото си на защита по отношение на твърдените нарушения, на които се позовава Комисията в тези известия за нарушения, както в дадените по тях отговори, така и при изслушването.

- 21 Впрочем твърденията за нарушения, които Комисията повдига в своето решение, не се различават от изложените в известието за нарушенията.
- 22 Всъщност във въведението на своето известие за нарушенията от 19 декември 2001 г. Комисията излага следното:

„Настоящото известие за нарушенията се отнася до ценообразуващите практики на (WIN) едно от дружествата от групировката France Télécom, за предоставяните от него услуги за достъп до високоскоростен Интернет Wanadoo ADSL и Pack [eXtense] през 2001 г.

[...]

По време на разследването става ясно, че от началото на 2001 г. (WIN) прилага ценообразуващи практики за въпросните услуги под стойността на разходите, които могат да се квалифицират като хищническо поведение и да представляват нарушение на член 82 [EO].“

23 В същото известие за нарушенията, в края на своя анализ Комисията заключава следното:

„[На този етап] провежданата от [WIN] от началото на 2001 г. политика на хищнически цени представлява злоупотреба с господстващо положение [по смисъла на] член 82 [букви] а) и б) [ЕО]. Въпросните практики се прилагат в критичен етап от развитието на пазара за достъп до високоскоростен Интернет за домашни потребители, по време на разпространението на ADSL във Франция. Те са дали на [WIN] значително преимущество пред неговите конкуренти или са възпрепятствали тяхното навлизане или оставане на този пазар.“

24 Впрочем член 1 от Решението е формулиран така:

„От март 2001 г. до октомври 2002 г. [WIN] е нарушавало член 82 [ЕО], като е практикувало хищнически цени за своите услуги eXtense и Wanadoo ADSL, които не покриват променливите му разходи до август 2001 г., както и съвкупните му разходи след август 2001 г., в рамките на план, насочен към предопределяне на пазара за предоставяне на достъп до високоскоростен Интернет на важен етап от развитието му.“

25 Сравнението между първото известие за нарушенията и Решението показва идентичност на дружеството, пазара и съответните продукти, както и на твърдяното нарушение, а именно практиката на хищнически цени, която противоречи на член 82 ЕО.

26 Несъмнено Решението е много по-ясно в частта относно покриването на разходите. За разлика от първото известие за нарушенията, Решението отбелязва променливите разходи и съвкупните разходи и отграничава разглежданите в това отношение периоди.

- 27 Все пак това уточнение е въведено в допълнителното известие за нарушения, където точка 5.4 е озаглавена „Същност на злоупотребата: непокриване на променливите и съвкупните разходи в рамките на стратегия за предопределяне на пазара“. В двете бележки под линия, към които препраща това заглавие, Комисията уточнява, че „[в] това отношение настоящото известие за нарушения допълва [точка] 3.4 от първото известие за нарушения“ и че „преглед[ът] на покриването на съвкупните разходи е нов елемент, в сравнение с първото известие за нарушения“. Следователно на този етап WIN вече е запознато с използвания метод и е могло да представи своята гледна точка.
- 28 Фактологичното писмо, видно от самата му формулировка, има за цел да „посочи някои фактически елементи, които не са изрично посочени в известието за нарушения, на които Комисията може да се позове в текста на такова решение [; т]ези елементи се състоят отчасти от факти, описани в документите от преписката на Комисията, до които адвокати[те] вече са имали достъп, и отчасти от доказателства, събрани по време на разследването, проведено след 9 август 2002 г.“
- 29 Според WIN това писмо изменя проверката на покриването на разходите и следователно съответното твърдение за нарушение, поради което е трябвало да бъде предмет на известие за нарушения.
- 30 Следва веднага да се подчертае, че като изключим простото упоменаване на различното деление на анализирани периоди, в жалбата си WIN не уточнява в какво се състоят различията в метода или в резултатите, нито кои са новите елементи, въведени с фактологичното писмо. То се ограничава до препращане към първото известие за нарушения, към допълнителното известие за нарушения и към фактологичното писмо, които прилага към жалбата. Не Първоинстанционният съд обаче трябва да изследва и да установява в тези приложения фактите, които могат да обосноват жалбата. Ако по конкретни точки текстът на жалбата може да се обоснове и допълни посредством препращане към определени пасажии от приложени към нея документи, едно общо препращане към други писмени материали, макар и приложени към жалбата, не може да компенсира липсата на съществени елементи в нея (Решение на Първоинстанционния съд от 20 март 2002 г. по дело ABB Asea Brown Boveri/Комисия, T-31/99, Recueil, стр. II-1881, точка 113). При това положение няма причина да се пристъпва към подробно сравняване на

приложенията към жалбата известия за нарушения и фактологично писмо с цел търсене в последното на различия в метода или нови елементи. При все това за пълнота на изложението следва да се отбележи, че фактологичното писмо не съдържа никакво твърдение за нарушение, не съобщава и не въвежда никаква промяна в метода за изчисляване на размера на покриване на разходите. Често в отговор на забележките на WIN то актуализира, дообработва или поправя вече представените в известията за нарушения факти. Следователно то не променя изложените в известията твърдения за нарушения.

31 Относно различното деление на анализирания период — единственият елемент в жалбата, изтъкнат в подкрепа на твърдението за промяна в проверката за покриването на разходите, Решението в действителност е съкратило периода, през който не е налице покриване на променливите разходи и е удължило периода, през който не са покрити съвкупните разходи. При все това твърдението за нарушение, състоящо се в липса на покриване на разходите, обхваща, както в известието за нарушения, целия период на посоченото нарушение. Освен това преместването на началото на нарушението от януари 2001 г., както е в известието за нарушения, на март 2001 г., както е в Решението, е в полза на WIN. Комисията освен това не може да бъде упрекната, че е взела предвид забележките на WIN в отговора му на допълнителното известие за нарушения. Според тези забележки, заключението на Комисията, че между август и октомври 2001 г. не е налице покриване на променливите разходи, се основава просто на грешка в изчислението. Поради това в своето решение Комисията най-после определя края на периода, през който не е налице покриване на променливите разходи, на август 2001 г.

32 Дори да се допусне, че с този довод жалбоподателят изтъква промяната в делението на анализирания период, през които променливите разходи не са покрити, трябва да се отбележи, че в действителност в Решението третият период вече не приключва на 31 декември 2001 г., а продължава до 15 февруари 2002 г. Според Комисията тази промяна е продиктувана от желанието да се осигури по-голямо съответствие между възприетата периодизация и развитието на направените от WIN разходи. Тя твърди, че промяната води само до опростяване на изчисленията, без да изменя общите заключения, до които Комисията е достигнала в допълнителното известие за нарушения.

- 33 Следва да се отбележи, че WIN не оспорва този довод и не изяснява с какво това удължаване на третия период накърнява неговите интереси.
- 34 Освен това фактологичното писмо приканва WIN да даде становището си по тези елементи и му предлага достъп до всички документи от преписката.
- 35 Следва да се подчертае, че в уводната част на жалбата си WIN само споменава трудностите при достъпа до преписката, но не ги извежда като основание за отмяна. Дружеството впрочем не твърди, че не е получило исканите документи, а че е трябвало да прави многократни искания и „само поради изключителната си бдителност и постоянство [...] е могло в рамките на своите възможности да отстои правото си на достъп до преписката“. Следва да се заключи, че въпреки трудностите, които е срещнало, WIN е имало достъп до преписката.
- 36 При това положение съгласно посочената по-горе в точка 18 съдебна практика жалбоподателят е бил информиран за съществените фактически елементи и реално е имал възможността да представи своята гледна точка. На 18 март 2002 г. вече се е състояло изслушване и провеждане на ново не е било необходимо. Впрочем WIN не е поискало изслушване нито след изпращането на допълнителното известие за нарушения, нито след изпращането на фактологичното писмо.
- 37 От изложеното по-горе следва, че не може да бъде подкрепен доводът за необходимост от трето известие за нарушения. Още повече че WIN е могло да упражни правото си на защита в това отношение и не е пропуснало да го направи. Всъщност с писмо от 26 февруари 2003 г. дружеството иска Комисията да предостави някои разяснения относно редица аспекти на фактологичното писмо. На това писмо Комисията отговаря с писмо от 28 февруари 2003 г. Тогава жалбоподателят изпраща на Комисията писмен отговор на фактологичното писмо. По-нататък, на практика WIN е имало достъп до преписката на 23 и 27 януари 2003 г. Следователно WIN не установява, че с изпращането на фактологичното писмо Комисията е нарушила съществени процесуални правила и правото на защита.

38 За пълнота на изложението, ако бе установено, че Първоинстанционният съд следва да направи подробно сравнение между фактологичното писмо и известието за нарушения, изследвайки фактите в подкрепа на жалбата, трябва да се посочи, че подробните фактически елементи във фактологичното писмо допълват или развиват информацията, която вече се съдържа в известието за нарушения. Всъщност прегледът във фактологичното писмо на средния действителен приход и на теоретичния приход за началото на 2002 г. удължава направените в допълнителното известие за нарушения изчисления, като се отчита писмото на WIN от 13 декември 2002 г. По-нататък, в първото известие за нарушения и в допълнителното известие за нарушения вече е ставало дума за заплащаната на France Télécom честотна лента в рамките на услугата по разпределяне на трафика. Във връзка с това фактологичното писмо взема предвид информацията, предоставена от France Télécom на 3 май и 21 ноември 2002 г. По същия начин в първото известие за нарушения е засегната стойността на международната „свързаност“. Фактологичното писмо стреми да отчете представените по този въпрос от France Télécom разяснения в писмо от 13 ноември 2002 г. На последно място, в допълнителното известие за нарушения вече е представена първоначална прогноза на предвидимите разходи за новите абонати, както и прогноза за съвкупните разходи.

39 Освен това някои елементи на фактологичното писмо ясно са предоставени за информация в отговор на забележките на WIN. Така вследствие на писмото на WIN от 27 септември 2002 г. във фактологичното писмо Комисията се позовава на разходите, свързани с преместванията на абонатите, като подчертава, че не възнамерява да включва тези разходи в изчисленията си. Що се отнася до влиянието на динамиката на продажбите, във фактологичното писмо Комисията подчертава, че този елемент не позволява да се направи извод за наличие на хищничество, но може да се използва при обсъждането на предложението, направено от WIN в отговора му от 23 октомври 2002 г., всяко ново поколение абонати да се проучва отделно, независимо от предходните или следващите такива. Доводите във фактологичното писмо относно разходите на WIN за реклама и за материали, представящи нови продукти, целят да потвърдят включването им в променливите разходи в допълнителното известие за нарушения — нещо, което WIN е оспорило в своя отговор на последното.

- 40 Единствените елементи, които могат да се разглеждат като промяна в прилагането на възприетия от Комисията метод, са, от една страна, различното деление на анализирания период, и от друга страна, изчисляването на средно претеглената стойност на покриването на разходите, в зависимост от реализираните приходи от всички абонати на въпросните две услуги.
- 41 Относно делението на анализирания период следва да се препрати към точки 31—33 по-горе.
- 42 Относно изчислението на средно претеглената стойност на покриването на разходите в зависимост от реализираните приходи от абонатите Комисията обяснява, че „тази промяна се налага сама по себе си от обикновена аритметична гледна точка, като се има предвид значителната разлика между разходите и приходите от услугата eXtense, от една страна, [и] разходите и приходите от услугата Wanadoo ADSL, от друга страна, които са два пъти по-ниски от тези от eXtense“. В бележката под линия 77 от Решението Комисията допълва, че „не може да се счита обвързана от допуснатата на предходен етап от процедурата грешка в изчисляването, при положение че в рамките на правото на защита, тя предоставя на предприятието възможност да представи своето становище върху поправката на грешката, както в настоящия случай го е направила посредством [фактологичното писмо]“.
- 43 Що се отнася до поправката на грешките, следва да се посочи, че WIN напълно допуска това, когато е в негова полза. В своя отговор на допълнителното известие за нарушения WIN обръща внимание на грешките, които Комисията е допуснала в изчисленията си. Във фактологичното писмо Комисията поправя тези грешки, без WIN да е възразило, или когато Комисията не го прави, тя обяснява защо. От друга страна, според WIN Комисията не може в писмо, свързано с фактическите елементи, да поправи грешка, която не е в негова полза, при положение че това би довело до промяна на формулираното срещу него твърдение за нарушение.

- 44 Следователно е уместно е да се провери дали тази поправка представлява промяна в метода, която води до ново твърдение за нарушение.
- 45 Трябва обаче да се приеме, че методът на изчисляване на степента на покриване на променливите и преизчислените съвкупни разходи остава и че поправката или направената промяна в изчисляването на средно претеглената стойност с нищо не променя твърдението за наличие на практика на хищнически цени от началото на 2001 г., което фигурира в двете известия за нарушения. Липсата на изчисляване на средната стойност в първото известие за нарушения не е пречка за Комисията да заключи, че не е налице покриване на разходите, след като изчисляването на степента на покриване първоначално е правено по продукти (eXtense или Wanadoo ADSL).
- 46 Още повече от отговора на WIN на фактологичното писмо следва, че тъй като новите елементи в него, взети предвид от Комисията, водели до степен на покриване на преизчислените променливи разходи от повече от 100 %, считано от 1 август 2001 г., Комисията променила метода на изчисление, за да намали този процент и да обоснове твърдението си за нарушение, че не е налице покриване на променливите разходи за периода от 1 август до 15 октомври 2001 г. Оказва се обаче, че подобна цел е несъвместима с факта, че в крайна сметка в Решението Комисията определя 31 юли 2001 г. за край на периода, през който не са покрити преизчислените променливи разходи. При това положение този довод не може да бъде приет. Следователно WIN не установява, че е направена промяна в метода във фактологичното писмо.
- 47 WIN изтъква също, че установеният в Решението период на нарушение е по-дълъг от посочения в известие за нарушения, без страните да са имали възможност да изразят становището си в това отношение.
- 48 На първо място следва да се посочи, че WIN не е възразило срещу началния момента на нарушението и срещу факта, че между известието за нарушения и Решението Комисията променя този момент от януари на март 2001 г.

49 Относно удължаването на периода на нарушението от юли до 15 октомври 2002 г., трябва да се приеме, че ако двете известия за нарушения определят за начало на нарушението януари 2001 г., то нито единият, нито другият документ посочват, че нарушението е приключило. Напротив, и единият, и другият документ известяват, че Комисията възнамерява да вземе решение, с което да прикани WIN да „преустанови нарушението“. Подобна формулировка недвусмислено показва, че според Комисията въпросното нарушение не е преустановено. Несъмнено първото известие за нарушения се отнася до факти, които покриват продължителност от дванадесет месеца, а допълнителното — продължителност от осемнадесет месеца. Това времево ограничение на доказателствените елементи, а не на продължителността на нарушението, в рамките на един изтекъл период не поставя под въпрос категоричното заключение в двата документа. За илюстрация допълнителното известие за нарушения посочва:

„След своя анализ на този етап Комисията счита, че провежданата от [WIN] политика на хищнически цени от началото на 2001 г. представлява злоупотреба с господстващо положение [...]. Поради гореизложените съображения Комисията възнамерява да вземе решение, разпореждащо [... WIN] да преустанови нарушението [...].“

50 От това еднозначно следва, че всяко известие за нарушения посочва продължителност, установена от Комисията на базата на информацията, с която тя е разполагала в момента на изготвянето му (вж. в този смисъл Решение на Съда от 7 юни 1983 г. по дело *Musique diffusion française* и др./Комисия, 100/80—103/80, *Recueil*, стр. 1825, точка 15), тъй като нарушението не е било преустановено. WIN впрочем не твърди, че е предприело конкретни мерки, с които да се преустанови твърдяното нарушение. Едва в Решението Комисията изтъква, че „злоупотребата е приключила на 15 октомври 2002 г. — датата на влизане в сила на мярката за отстраняване на нередностите, представена от France Télécom през март 2002 г.“

51 Изречението от фактологичното писмо, според което „тези фактически елементи по никакъв начин не водят до удължаване на посочения в известието за нарушения период“, трябва да се схваща в светлината на горепосочените съображения. Обстоятелството, че фактологичното писмо посочва „преиз-

числените съвкупни разходи през 2002 г.“ (вж. стр. 6) и че множество данни са свързани с първите девет месеца, дори дванадесетте месеца от 2002 г. (вж. по-специално приложения 15.1 и 15.2, 20, 21 и 22), се вметва в тезата за продължаване на нарушението. От отговора на WIN на фактологичното писмо впрочем следва, че то е могло да разбере, че нарушението продължава. На много места отговорите му в действителност се отнасят до първите девет месеца, дори до цялата 2002 година. В действителност дружеството е изготвило таблица, озаглавена „Реклама/Увеличаване на клиентите на ADSL“, отнасяща се до период, който продължава до декември 2002 г., и схема със същото заглавие, която покрива периода от януари 2001 г. до септември 2002 г. Още повече че в същия този отговор WIN обсъжда степента на покриване на променливите разходи до 30 септември 2002 г. На последно място, отново в този отговор WIN оспорва прихода от 37,03 EUR на абонамент, който Комисията е взела предвид за периода от 15 февруари до септември 2002 г. Следователно WIN не може да твърди, че е било нарушено правото му на защита (вж. в този смисъл Решение на Първоинстанционния съд от 15 март 2000 г. по дело Cimenteries CBR и др./Комисия, Т-25/95, Т-26/95, Т-30/95—Т-32/95, Т-34/95—Т-39/95, Т-42/95—Т-46/95, Т-48/95, Т-50/95—Т-65/95, Т-68/95—Т-71/95, Т-87/95, Т-88/95, Т-103/95 и Т-104/95, Recueil, стр. II-491, точка 576).

- 52 Следователно доводът на жалбоподателя относно удължаването на периода на нарушението трябва да се отхвърли.
- 53 При положение че не е установено нарушение на правото на защита, това правно основание следва да се отхвърли.

Б — По правното основание, изведено от твърдението за липса на мотивиране

1. Доводи на страните

- 54 В рамките на твърденията си за съществени процесуални нарушения WIN изтъква също, че Комисията, без изобщо да се мотивира, оспорва признатото

на всяко предприятие право добросъвестно да уеднаквява цените си с тези на своите конкуренти. Това право било затвърдено в практиката на Съда и в предходните решения на Комисията. WIN допълва, че след като Решението отива значително по-далеч, отколкото предходните решения, Комисията следва изрично да се обоснове.

- 55 От своя страна Комисията счита, че е достатъчно позоваване на съображения 314—331 от Решението, за да се установи, че твърдението за липса на мотивиране е явно неоснователно.

2. Съображения на Първоинстанционния съд

- 56 Трябва да се приеме, че Решението посвещава 18 съображения (314—331) на довода за уеднаквяването на цените с тези на конкурентите. Комисията първо разглежда уеднаквяването на цените от принципна гледна точка, после от гледна точка на реално заеманата от въпросните конкуренти позиция на пазара и завършва с фактически елементи, които според нея обезсилват тезата на WIN.

- 57 Следователно Комисията е изпълнила задължението си за мотивиране в това отношение. Съгласно посочената от WIN съдебна практика Комисията е мотивирала своето решение, като е изброила фактическите елементи, които представляват правната обосновка на мярката, и съображенията, поради които е взела решението си (Решение на Съда от 26 ноември 1975 г. по дело *Fabricants de papiers peints/Комисия, 73/74, Recueil, стр. 1491, точка 30*).

58 При всички положения, дори в дадения случай да се приеме, че Комисията е задължена изрично да се обоснове, тя не е пропуснала да го направи.

59 Всъщност, противно на това, което твърди WIN, Комисията не се ограничава с кратко мотивиране, като чисто и просто твърди, че оператор с господстващо положение не може да уеднаквява цените си с тези на конкурентите си, когато тези цени са по-ниски от разходите му. Тя излага подробно позицията си в съображение 315 от Решението, като в бележка под линия посочва редица препратки към съдебната практика. Това съображение гласи следното:

„На първо място, от принципна гледна точка е вярно, че предприятията, които тепърва навлизат на пазара, и предприятията, които нямат господстващо положение, са в правото си да прилагат промоционални цени за определени периоди от време. Единствената им цел е да привлекат вниманието на потребителя върху самото съществуване на продукта по начин, по-убедителен от едно обикновено рекламно съобщение, и тези предложения нямат отрицателни последици върху пазара. От друга страна, уеднаквяването на цените на оператора с господстващо положение с промоционалните цени на оператора, който не заема такова положение, не е оправдано. Макар да е вярно, че няма абсолютна забрана за оператора с господстващо положение да уеднаквява цените си с тези на конкурентите, тази възможност трябва да му бъде отказана, когато тя води до непокриване от господстващото предприятие на разходите за въпросната услуга. Ако господстващото положение не лишава предприятието, което се намира в това положение, от правото да защитава собствените си търговски интереси, когато те са застрашени, такова поведение не може да се допусне, когато то цели точно засилване на това господстващо положение и злоупотреба с него. По този начин на предприятието с господстващо положение се възлага особена отговорност да не засяга с поведението си ефективната и действаща конкуренция в общия пазар.“

60 Твърдението за липса на мотивиране в това отношение не може повече да се подкрепя, поради което всички процесуални основания следва да се отхвърлят.

В — По правното основание, изведено от твърдението за нарушение на принципа за личната отговорност

1. Доводи на страните

- 61 Според WIN Комисията е нарушила явно принципа за личната отговорност, като поддържа по отношение на WIN факти, които вменява на групировката France Télécom и по които нито WIN, нито France Télécom били в състояние да вземат становище. Комисията смесвала практиките, в които упреква WIN, и тези, в които упреква France Télécom. Тя ги описвала като осъществяване на съгласувани действия или на единна стратегия, определена от групировката France Télécom. Процедурата обаче се отнасяла само до WIN. При това положение ставало дума за „сериозна процесуална нередност“.
- 62 В подкрепа на тезата си в жалбата си WIN цитира редица откъси от Решението и от допълнителното известие за нарушения.
- 63 Така WIN твърди, че в съображение 145 от Решението Комисията критикува прилаганите от него и основния му акционер методи, използвани за ограничаване развитието на конкурентите и за промяна на пазара на високоскоростен Интернет с цел извличане на предимство от нарастването му. WIN цитира също съображение 285 от Решението, което посочва „цялостен план“ и подчертава, че „провежданата от дъщерното дружество стратегия не може да се отдели напълно от целите на дружеството майка“, както и съображение 286, в което Комисията счита, че „поведението на France Télécom на пазара на едро представлява интерес“.
- 64 По същия начин според WIN в допълнителното известие за нарушения Комисията твърди, че една част от фактите, които посочва, можело да бъде

„вменена на France Télécom“, като при това твърди, че „интензивността на отношенията между [WIN] и France Télécom е такава [...], че е невъзможно да се счита, че стратегиите на двете дружества не са тясно свързани“. Комисията твърдяла също, че ценовата политика на WIN е резултат от „съгласувано действие“ между него и France Télécom.

- 65 Комисията отговаря, че било достатъчно да се види само разпоредителната част на Решението, за да се установи, че единственото посочено предприятие е WIN. France Télécom не е адресат на Решението, тъй като към дружеството не е отправян никакъв упрек за злоупотреба с господстващо положение. От друга страна, Комисията признава, че Решението съдържа чести позовавания на France Télécom поради неговата водеща позиция като оператор на телефонната мрежа и поради качеството му на мажоритарен акционер на WIN. Тези елементи били относими към случая, за да се разбере обстановката на пазара през периода на нарушението.

2. Съображения на Първоинстанционния съд

- 66 Следва да се напомни, че съгласно принципа за личната отговорност едно предприятие трябва да бъде санкционирано само за деяния, които са му вменени индивидуално — принцип, който е приложим във всяка административна процедура, която може да доведе до санкции, съгласно общностните правила в областта на конкуренцията (вж. в този смисъл Решение на Първоинстанционния съд от 13 декември 2001 г. по дело Krupp Thyssen Stainless и Acciai speciali Terni/Комисия, T-45/98 и T-47/98, Recueil, стр. II-3757, точка 63).
- 67 Налага се изводът, че от Решението не следва, че Комисията упреква WIN в нарушения, които са били извършени от France Télécom и са вменени на WIN. Всъщност всички откъси от Решението, в които според WIN се критикува поведението на France Télécom, се намират в два подраздела на Решението

(част I, G, точка 4 и част II, D, точка 3, буква с), които са свързани с елементи от контекста на нарушението и които просто имат за цел да опишат обстановката, на фона на която е извършено деянието, за което WIN се упреква.

- 68 Следователно позоваванията на France Télécom се оправдават от описанието на контекста на разглеждания пазар. Всъщност France Télécom заема особена позиция на разглеждания пазар в качеството си на неизбежен телефонен оператор за повечето доставчици на достъп до Интернет. France Télécom е най-старият далекосъобщителен оператор във Франция. Дружеството оперира далекосъобщителните мрежи на френска територия, използвани за пренос на Интернет. Дружеството притежава мрежата за локален достъп до далекосъобщителни услуги и свързва всички телефонни абонати към мрежата си. Впрочем по това време за доставката на услугата ADSL е било неизбежно използването на мрежата за локален достъп на France Télécom (съображение 231 от Решението). Клиентите на France Télécom, в това число и WIN, заплащат цена за услугите му (съображения 42—59 от Решението). При това положение понижаването на тарифите на France Télécom оказва влияние върху разходите на WIN. Тази централна позиция на France Télécom и качеството му на мажоритарен акционер на WIN още повече водят до неговото участие в административната процедура.
- 69 Комисията освен това се старее да уточни, че тези елементи от контекста, „при все че могат да се вменят само отчасти [на WIN] и че не представляват твърдения за нарушение срещу него“, придобиват значение за разбирането на делото (съображения 145 от Решението) или още, че „[за] да се прецени по-добре обхвата на политиката на [WIN] и това как тя се вписва в общия план, е полезно поведението на дъщерното дружество да се разгледа в контекста на групировката France Télécom като цяло“ (съображение 285 от Решението), като добавя, че описаните в съображения 286—290 факти „не представляват твърдения за нарушение по отношение на [WIN]“, а „провежданата от дъщерното дружество стратегия не може да се отдели напълно от целите на дружеството майка“.
- 70 Следователно от Решението, в което Комисията неизменно се старее да уточнява, че фактите от контекста не са твърдения за нарушение по отношение на жалбоподателя, е видно че Комисията не вменява на WIN поведение, следвано от France Télécom.

- 71 При това положение правното основание, изведено от твърдението за нарушение на принципа за личната отговорност, следва да се отхвърли.

Г — По твърдението за нарушение на член 82 ЕО

- 72 Според WIN Комисията е нарушила в много отношения член 82 ЕО. Относно господстващото положение Комисията възприела неточно определение на пазара и погрешно счела, че WIN има господстващо положение в него. Що се отнася до злоупотребата с господстващо положение, Комисията прилагала проверка за покриване на разходите, която противоречала на член 82 ЕО както по отношение на взетите предвид разходи, така и по отношение на прилагания метод; освен това Комисията допуснала груби грешки в изчислението. Във връзка с проверката за хищничество Комисията отказала на WIN основното право да уеднаквява цените си с тези на своите конкуренти. Тя допуснала още правна грешка, съчетана с явна грешка в преценката, като направила извод за наличие на хищнически план и като поддържала, че доказването на възстановяването на загубите не е необходимо.

1. По господстващото положение

- а) По погрешното определяне на пазара

Доводи на страните

- 73 Според WIN направеното от Комисията разграничение между достъпа до нискоскоростен Интернет и достъпа до високоскоростен Интернет за

домашни потребители се основава на анализ, който съдържа сериозни пропуски и противоречия. Според него съществува само един пазар за достъп до Интернет, който представлява непрекъснат диапазон от ниски до високи честоти. Това щяло да се докаже с появата на предложения за средноскоростен ADSL.

- 74 Комисията признавала наличието на общо ползване и на определена степен на заместимост между достъпа до високоскоростния и нискоскоростния Интернет, но отказвала да направи изводите, които тези обстоятелства налагат.
- 75 Освен това съществувала истинска конкуренция между високоскоростния и нискоскоростния Интернет, дължаща се на неограничения характер на предложенията за двата типа достъп до Интернет, тъй като потребителите били относително безразлични към техните характеристики.
- 76 На последно място, според установената с предходните решения на Комисията практика само разликата в степента на удобство или на качество не била достатъчна, за да отличи съответните отделни пазари при наличие на сходна употреба. Впрочем от проучване, направено от WIN, следвало, че в 80 % от случаите абонатите използват едни и същи приложения и функции.
- 77 От своя страна Комисията препраща към изложенията в Решението (съображения 169—204), които тя е посветила на разликата между високоскоростен и нискоскоростен достъп. Тя твърди, че е изтъкнала разликите в употребата, в техническите особености и в изпълненията, както и разликите в цените на услугите и приходите от абонати, които налагат отграничаване на двата пазара. Що се отнася до степента на заместимост, Комисията твърди, че единственото установено заместване е напълно асиметрично, тъй като действа еднопосочно, по-точно от ниска към висока скорост. Освен това Комисията счита, че различието между висока и ниска скорост на достъпа до Интернет днес е всеобщо признато.

Съображения на Първоинстанционния съд

78 Следва да се напомни, че съгласно постоянната съдебна практика (Решение на Съда от 9 ноември 1983 г. по дело Michelin/Комисия, 322/81, Recueil, стр. 3461, точка 37, Решение на Първоинстанционния съд от 30 март 2000 г., по дело Kish Glass/Комисия, T-65/96, Recueil, стр. II-1885, точка 62 и Решение на Първоинстанционния съд от 17 декември 2003 г. по дело British Airways/Комисия, T-219/99, Recueil, стр. II-5917, точка 91), за да се изследва евентуалното наличие на господстващо положение на едно предприятие на определен отраслов пазар, възможностите за конкуренция трябва да се преценяват в рамките на пазара, обхващащ всички стоки или услуги, които в зависимост от характеристиките си, са в състояние особено много да задоволят постоянни нужди и са малко взаимозаменяеми с други стоки или услуги. По-нататък, като се има предвид, че определянето на въпросния пазар дава възможност да се оцени дали даденото предприятие е в състояние да препятства поддържането на ефективна конкуренция и в една измерима степен да действа независимо от своите конкуренти, и в дадения случай, независимо от конкурентните му доставчици на услуги, изследване с тази цел не може да се ограничи само до обективните характеристики на разглежданите услуги, а следва също да се вземат предвид условията за конкуренция и структурата на търсене и предлагане на пазара.

79 Когато един продукт може да се използва за различни цели и когато тези различни предназначения отговарят на икономически нужди, които също са различни, следва да се приеме, че този продукт може според случая да бъде част от различни пазари, които както от гледна точка на структурата, така и от гледна точка на условията за конкуренция, могат да се отличават с различни характеристики. Тази констатация не обосновава обаче заключението, че един такъв продукт образува един и същ пазар заедно с всички други продукти, които могат да бъдат заместени от него в различните предназначения, които той може да има, и с които той може да се конкурира в зависимост от случая.

80 Понятието за съответен пазар (relevant market) всъщност предполага, че между продуктите, които го съставляват, може да съществува ефективна конкурен-

ция, което изисква достатъчна степен на взаимозаменяемост между всички продукти, които са част от един и същ пазар, с оглед на сходната употреба на тези продукти (Решение на Съда от 13 февруари 1979 г. по дело Hoffmann-La Roche/Комисия, 85/76, Recueil, стр. 461, точка 28).

- 81 От Известие на Комисията относно определянето на съответния пазар по смисъла на общностното право на конкуренция (ОВ С 372, 1997 г., стр. 5, точка 7) следва също, че „[с]ъответният продуктов пазар обхваща всички продукти и/или услуги, които се считат за взаимозаменяеми или заместващи от потребителя поради характеристиките на продуктите, техните цени и целта на тяхната определена употреба“.
- 82 Трябва да се приеме, че между високоскоростния и нискоскоростния достъп до Интернет не съществува само една разлика в удобството или качеството. От предоставените от Комисията доказателства (съображение 175 от Решението), които не са оспорени от WIN, е видно, че някои приложения, достъпни чрез високоскоростен достъп, са неизползваеми с нискоскоростния достъп, между които например зареждането на много обемни файлове и интерактивните игри в мрежа. Впрочем в своя отговор от 4 март 2002 г. на известието за нарушения WIN потвърждава, че съществуват „по-специфични за ADSL аудиовизуални/-мултимедийни програми“. В допълнение направеното от Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie [Изследователски център за проучване и наблюдение на условията на живот] (Crédoc) за сметка на WIN изследване и приложено от него към жалбата му също посочва разработени от услугата eXtense нови приложения за Интернет, които са специфични за високоскоростен достъп, а именно игри в мрежа, слушане на радио онлайн, гледане на видео онлайн и пазаруване онлайн. Освен това според същото това изследване абонатът на високоскоростен достъп влиза много по-често в Интернет и средно много по-продължително, отколкото потребителят на нискоскоростен достъп.
- 83 Що се отнася до разликите в техническите особености и в изпълненията, видно е от твърденията на Комисията (съображения 181—187 от Решението), които не са опровергвани от жалбоподателя, че важна техническа особеност в достъпа до високоскоростен Интернет е спецификата на използваните

модеми. Модем за достъп до високоскоростен Интернет не може да се използва за нискоскоростен достъп и обратно (съображение 181 от Решението). Освен това при високоскоростния достъп връзката е постоянна и телефонната линия е свободна.

84 Освен това в случая с френския пазар следва да се отбележи, че за разглеждания период предложенията за високоскоростен достъп предвиждат скорост в низходяща посока приблизително от 512 kbits/s (съображение 185 от Решението). Стандартните предложения за нискоскоростен достъп (ограничени до 56 kbits/s) и предложенията за ISDN (Integrated Services Digital Network) [цифрова мрежа с интегрирани услуги] (64 или 128 kbits/s) позволяват само от четири до десет пъти по-ниска скорост. Предложенията за ADSL за 128 kbits/s в низходяща посока, които според жалбоподателя свидетелствали за приемствеността между ниско- и високоскоростния Интернет, се появяват едва в края на периода, за който се отнася Решението. В допълнение, дори в случая на предложение за 128 kbits/s, разликата между ниско- и високоскоростния достъп остава твърде съществена. Следователно в разглеждания период разликата в изпълнението е значителна.

85 Към тези разлики в използването, в особеностите и в изпълненията се добавя съществена ценова разлика между ниско- и високоскоростния достъп (съображения 188—192 от Решението).

86 Относно степента на заместимост следва отново да се изтъкнат, освен посочената по-горе в точка 78 съдебна практика, изложените от Комисията в Известие относно определянето на съответния пазар по смисъла на общностното право на конкуренция критерии за преценка (вж. точка 81 по-горе).

87 Според това известие преценката за заместимостта на търсенето води до определяне на набора от продукти, възприети от потребителя като заместими. Един от начините да се направи това определяне може да се разгледа като мисловно упражнение, в което се допуска лека, но трайна промяна в

съответните цени и се оценят възможните реакции на клиентите. В точка 17 от това известие Комисията уточнява, че „[в]ъпросът, на който трябва да се отговори, е дали клиентите на страните биха се обърнали към лесно достъпните заместващи продукти [...] в случай на леко (от 5 % до 10 %), но постоянно покачване на съответните цени на въпросните продукти в разглежданите територии“.

88 В съображение 193 от Решението Комисията наистина допуска, че ниско- и високоскоростният достъп притежават известна степен на заместимост. Тя обаче допълва в съображение 194, че тази заместимост действа по един крайно асиметричен начин, като преминаването на клиентите от предложения за високоскоростен достъп към нискоскоростен достъп са нищожни в сравнение с преминаванията в другата посока. Според Комисията обаче, ако продуктите бяха напълно заместими от гледна точка на търсене, процентите на преминаванията би трябвало да бъдат ако не идентични, то поне сравними.

89 В това отношение се налага изводът, че на първо място, от събраната от WIN информация и възпроизведена в таблица 7 от Решението следва, че процентът на преминавания на абонати на високоскоростен достъп към интегрални предложения за нискоскоростен достъп през разглеждания период е бил много нисък, въпреки разликата в цените на тези услуги, което би могло да подтикне многобройните потребители на Интернет да се прехвърлят към нискоскоростния достъп. Това силно несъответствие в процента на преминавания между високо- и нискоскоростния достъп и обратно не допринася за това тезата за взаимозаменяемостта на тези услуги в очите на потребителите да изглежда вероятна. Още повече в жалбата си WIN не привежда никакъв конкретен довод, който да постави под въпрос този анализ.

90 Оказва се на второ място, че едно проучване, направено за сметка на Комисията и приложено от WIN към жалбата му, сочи, че при увеличаване на цените на високоскоростния достъп от порядъка на 5—10 % 80 % от абонатите на високоскоростен достъп ще запазят абонамента си. В приложение на точка 17 от Известие на Комисията относно определянето на съответния пазар

по смисъла на общностното право на конкуренция (вж. точка 87 по-горе) този висок процент на абонати, които не биха се отказали от високоскоростния достъп при повишаване на цените с 5—10 %, е сериозен показател за липса на заместимост от гледна точка на търсенето.

- 91 В резултат на това въз основа на всички горепосочени елементи следва да се счита, че Комисията основателно е заключила за липса на достатъчна степен на взаимозаменяемост между високоскоростния и нискоскоростния достъп и е определила съответния пазар като пазар за достъп до високоскоростен Интернет за домашни потребители.

б) По непълното разглеждане на господстващото положение

Доводи на страните

- 92 Според WIN Комисията неправилно счита неговото положение като господстващо. Всъщност анализът на Комисията съдържа сериозни пропуски.
- 93 Пазарната мощ не трябвало в никакъв случай да се оценява по отношение на пазарните дялове в един възникващ пазар. Уместно било такъв пазар да се постави в динамична перспектива, да се оценява не само действителната конкуренция, но също и потенциалната такава. Според WIN обаче предвид липсата на достатъчно оборудване на френските домакинства броят на потенциалните абонати е много важен. WIN счита, че е доказало появата на нови играчи на този пазар и умножаването на предложенията, съпътствано от намаляване на цените.

- 94 Тези факти свидетелствали за силата на конкуренцията на един пазар без ограничения, на който WIN следователно не би могло да заема господстващо положение.
- 95 WIN упреква Комисията, че не е взела това предвид и че се е ограничила до анализ на неговия пазарен дял от сегмента на високоскоростния достъп до Интернет между 31 декември 2000 г. и 31 август 2002 г. Отпадането обаче на повече от десет пункта от неговия пазарен дял между август 2002 г. и март 2003 г. потвърждавало конкурентния и еволюционен характер на пазара.
- 96 Освен това според WIN принадлежността към групировка със значителни финансови средства и обширна дистрибуторска мрежа не би могла да се оценява без оглед на положението на конкурентите. Комисията обаче изобщо не е пристъпвала към задълбочено разглеждане на положението на дружествата AOL, T-Online/Club-Internet и Tiscali, чиято „опора“ са големи групировки с изключителна финансова мощ и с широка дистрибуторска мрежа.
- 97 На последно място, според WIN не може да се счита, че прегрупирането на дейностите му по издаване на телефонни указатели и тези, свързани с достъп до Интернет, му дава финансова мощ, чрез която да установи господстващо положение на френския пазар на високоскоростен достъп до Интернет. В действителност, от една страна, други конкуренти като T-Online също имали тази възможност, а от друга страна, групировката Wanadoo била в състояние напълно да отговори на нуждите на дейността си по доставка на Интернет услуги, без да прибегва до реализираните от издаването на указателя „Жълти страници“ средства.
- 98 Комисията оспорва твърдението, което определя като възникващ въпросния пазар през разглеждания период. Тя изтъква, че пазарният дял на WIN трайно

е нараснал през спорния период. Тя счита, че WIN не е оспорило нито един аспект на съдържащия се в Решението анализ на увеличената ефективност при съвместните действия и предимствата, които произтичат за WIN от техническата, логистична и търговска „опора“, която това дружество намира в групировката France Télécom.

Съображения на Първоинстанционния съд

99 В самото начало е уместно да се напомни, че съгласно постоянната съдебна практика господстващо положение е налице, когато разглежданото предприятие е в състояние на икономическа мощ, което му позволява да препятства поддържането на ефективна конкуренция на въпросния пазар, като му дава възможност в измерима степен да действа независимо спрямо своите конкуренти, своите клиенти и накрая — спрямо потребителите (Решение по дело Michelin/Комисия, точка 78 посочена по-горе, точка 30 и Решение на Първоинстанционния съд от 23 октомври 2003 г. по дело Van den Bergh Foods/Комисия, T-65/98, Recueil, стр. II-4653, точка 154). Следва незабавно да се отбележи, че, за да установи наличие на господстващо положение, Комисията няма нужда да доказва, че конкурентите на едно предприятие ще бъдат изключени от пазара макар и за определен срок.

100 Освен това макар значението на пазарните дялове да може да варира от един пазар в друг, сами по себе си изключително големи пазарни дялове, освен в изключителни случаи, доказват наличието на господстващо положение (Решение по дело Hoffmann-La Roche/Комисия, точка 80 по-горе, точка 41 и Решение на Първоинстанционния съд от 28 април 1999 г. по дело Endemol/Комисия, T-221/95, Recueil, стр. II-1299, точка 134). В Решение от 3 юли 1991 г. по дело AKZO/Комисия (C-62/86, Recueil, стр. I-3359, точка 60) Съдът постановява, че това е така в случай на 50 % пазарен дял.

101 Наличието на даден пазар на конкуренция, дори на жизнена конкуренция, не изключва възможността за господстващо положение на същия този пазар, тъй

като това положение се характеризира основно със способността съответното предприятие да действа, без в пазарната си стратегия да държи сметка за тази конкуренция, и при това без да търпи неблагоприятни последици от това поведение (Решение по дело Hoffmann-La Roche/Комисия, точка 80 по-горе, точка 70; вж. също в този смисъл Решение на Съда от 14 февруари 1978 г. по дело United Brands/Комисия, 27/76, Recueil, стр. 207, точки 108—129). Така евентуалното наличие на конкуренция на пазара несъмнено е подходящо обстоятелство, за да се прецени по-специално дали съществува господстващо положение, но само по себе си в това отношение то не е определящ фактор.

102 Следва да се провери съгласно тези критерии дали WIN се намира в господстващо положение на разглеждания пазар, както твърди Комисията.

103 Относно пазарните дялове се налага изводът, че съгласно таблица 8 от Решението делът, който WIN притежава на пазара на високоскоростен достъп, е достигнал 50 % на 31 март 2001 г., увеличил се е до 72 % на 31 март 2002 г. и се е стабилизирал на това ниво до август 2002 г. От отговорите на страните на зададените от Първоинстанционния съд въпроси следва, че впоследствие през октомври 2002 г. този дял е спаднал на 63,6 % според WIN и между 63,4 % и 71 % според цифрата, определена от Комисията в зависимост от източниците. Следователно през целия спорен период WIN е имало изключително голям пазарен дял, който, освен в изключителни случаи, доказва наличието на господстващо положение по смисъла на горепосочената съдебна практика.

104 Що се отнася до настъпилото между месеците август и октомври 2002 г. намаляване, трябва да се има предвид, че понижението на все още твърде значителните пазарни дялове не може само по себе си да докаже отсъствието на господстващо положение (вж. в този смисъл Решение на Първоинстанционния съд от 8 октомври 1996 г. по дело Compagnie maritime belge transports и др./Комисия, T-24/93—T-26/93 и T-28/93, Recueil, P II-1201, точка 77). Даже и да се вземат предвид представените от WIN цифри, до края на периода да нарушението неговият пазарен дял остава наистина съществен.

- 105 При все това WIN изтъква, че пазарните дялове са недостатъчно надежден показател в условията на един възникващ пазар, който все още има малко клиенти.
- 106 Първоинстанционният съд счита, че според данните за ситуацията на пазара, изложени в съображение 218 от Решението, които не са оспорени от WIN, през март 2001 г., когато според Комисията е началната дата на нарушението, разглежданият пазар без съмнение е излязъл от началния или експериментален етап. Всъщност пазарът на високоскоростен достъп до Интернет във Франция започва развитието си от 1997 г. нататък. Услугите ADSL на WIN и първите предложения на неговите конкуренти са поставени на търговска основа от края на 1999 г. В края на месец юни 2000 г. пазарът на високоскоростен Интернет за домашни потребители вече наброява около 100 000 абоната, а в края на 2000 г. той надхвърля 180 000 абоната във Франция. През първото тримесечие на 2001 г. пазарът нараства с повече от 5 000 нови абоната седмично. Като определя месец март 2001 г. за начало на нарушението, видно от съображение 71 от Решението, предвид нейното становище, че дотогава пазарът „не е [...] достигнал етап на развитие, достатъчен, за да може една „проверка за наличие на хищничество“ да бъде показателна“, Комисията надлежно изключва първоначалния етап от своя анализ.
- 107 Несъмнено става дума за бързо растящ пазар, но този факт не би могъл да изключи прилагането на правилата за конкуренция, и по-специално тези на член 82 ЕО.
- 108 За този бързо растящ пазар не е характерна голяма нестабилност през периода на спора. Напротив, оказва се, че там се е установила доста стабилна йерархия, начело на която стои WIN.
- 109 В това отношение следва да се отбележи, че в съображения 213—215 от Решението Комисията допълва своя анализ на господстващото положение на WIN със сравнителен преглед на притежаваните от WIN и неговите

конкуренти пазарни дялове през периода на спора. Според този анализ, който не е оспорен от жалбоподателя, се оказва, че WIN винаги е имало над осем пъти по-голям брой абонати на ADSL, отколкото броя на абонатите на първия от неговите конкуренти. Впрочем според съдебната практика притежаваните от разглежданото предприятие пазарни дялове, сравнени с тези на неговите конкуренти, представляват сигурен показател за наличие на господстващо положение (Решение по дело Hoffmann-La Roche/Комисия, точка 80 по-горе, точка 48).

- 110 WIN обаче твърди, че е уместно такъв пазар да се постави в динамична перспектива, като се оценява не само настоящата, но също и потенциалната конкуренция.
- 111 В това отношение е достатъчно да се констатира, че според собствените му изследвания за бъдещите перспективи, направени през месец март 2001 г., WIN щяло да притежава 55 % от целия пазар в края на 2004 г. През юни 2001 г. самото WIN преразглежда тези предвиждания за пазарно проникване. Тогава дружеството счита, че в края на 2004 г. ще притежава повече от три четвърти от пазарния сегмент на ADSL и поне 60 % от пазара на високоскоростен достъп за домашни потребители (съображение 220 и бележка под линия 255 от Решението). Подобни обстоятелства сочат, че потенциалната конкуренция е ограничена според самото WIN. Следователно ситуацията на разглеждания пазар не подкрепя тезата, че пазарните дялове са недостатъчно надежден показател.
- 112 Освен това в рамките на своята оценка на положението на WIN на пазара, в съображения 223—246 от Решението Комисията взема предвид също факта, че посредством „опората“, която намира в групировката France Télécom, WIN е ползвало значителни предимства, които са допринесли за неговото господстващо положение.
- 113 В това отношение следва да се установи, че противно на това, което WIN твърди, в съображения 226—228 от Решението Комисията внимателно е разгледала ситуацията на посочените от WIN конкуренти, а именно AOL, T-Online и Tiscali. В съображение 228 тя заключава, че каквито и да са

възможностите на въпросните групировки да подкрепят инвестициите и търговските начинания на френските си дъщерни дружества, никоя от тях не може да претендира, че е в състояние да предостави на своите дружества техническа или логистична „опора“, или „опора“ по отношение на търговската мрежа във Франция, които да влияят на пазара толкова, колкото тези, които France Télécom предлага на WIN.

- 114 На първо място, що се отнася до широката дистрибуторска мрежа, с която според WIN конкурентните групировки също разполагали, следва да се подчертае, че на френска територия — единствено посочена в Решението, тя не би могла в никакъв случай да достигне, макар и малко, обхвата на мрежата на France Télécom — най-старият далекосъобщителен оператор във Франция.
- 115 Сред търговските предимства, които WIN ползва, без впрочем дружеството да оспорва това, трябва да се спомене преди всичко мрежата от представителства на France Télécom, осигурили разпространение на продуктите на WIN на цялата френска територия.
- 116 На второ място, WIN още повече не е оспорило техническите предимства, които според Комисията са резултат от „опората“, която дружеството намира във France Télécom. Комисията твърди, без възражения от страна на WIN, че последното е ползвало преференциално третиране през цялата 2000 г. и първите седем месеца на 2001 г. под формата на много по-малко ограничителна оферта според конкретните потребности на клиента, отколкото предлаганата на неговите конкуренти, и на достъп в реално време до файлове в конвертируеми линии.
- 117 Тези предимства впрочем са подчертани от френския Conseil de la concurrence [Съвет по конкуренцията] в неговото Решение 02-MC-03 от 27 февруари 2002 г. за отнасяне и искане за налагане на предпазни мерки, подадено от дружество T-Online, приложено към писмената защита. Conseil de la concurrence е разпоредил на France Télécom да предостави на разположение на всички доставчици на Интернет услуги екстранет сървър, който да позволява достъп до същите данни, с които разполага WIN, и който да им позволява да поръчват от специализираните служби на France Télécom реалната ADSL връзка при

същите условия на ефикасност, както предоставените на WIN. Conseil de la concurrence е наредил на France Télécom, да преустанови търговската продажба на ADSL услуги в търговските си агенции до въвеждането на тази система. Както се подчертава в съображение 146 от Решението, решението на Conseil de la concurrence е потвърдено с Решение от 9 април 2002 г. на Cour d'appel de Paris (Франция) [Апелативен съд, Париж].

- 118 Трябва да се приеме, че Комисията правилно е счела, че „опората“, която WIN намира във France Télécom, му осигурява такива предимства пред неговите конкуренти, които могат да допринесат за неговото господстващо положение.
- 119 Последният факт, изтъкнат от Комисията при оценката на положението на WIN на разглеждания пазар, е предимството, произтичащо за групировката Wanadoo от нейното присъствие на пазара на телефонни указатели. Комисията изтъква, че високодоходните дейности на този пазар могат значително да намалят последиците за групировката от практикуваната от WIN продажба на загуба на пазара за достъп до високоскоростен Интернет.
- 120 В това отношение следва да се посочи, че тази преценка на Комисията се отнася до друг пазар, различен от този за доставка на високоскоростен Интернет. На това основание, както WIN твърди, присъствието на групировката Wanadoo на пазара на телефонни указатели не е факт, който окончателно да потвърди господстващото положение на WIN на разглеждания пазар.
- 121 При това положение, предвид всички гореизложени съображения, следва да се приеме за правилна преценката на Комисията, че през посочения период WIN заема господстващо положение на разглеждания пазар.

2. По злоупотребата с господстващо положение

а) По оплакванията, свързани с проверката за покриване на разходите

- 122 В това отношение спорът се отнася до метода за изчисляване на степента на покриване на разходите и до грешки в изчислението, каквито се твърди, че Комисията е допуснала при прилагането му.

По грешката в метода за изчисляване на степента на покриване на разходите

— Доводи на страните

- 123 Според WIN Комисията е допуснала правна грешка, като е приложила проверка за покриване на фиксирани разходи, която в никакъв случай не отразява икономическата действителност на рентабилността от абонатите на WIN. Всъщност при абонаментите една част от разходите и всички приходи се разпределяли в дълъг период от време и разходите варирали във времето. Методът на Комисията обаче прибавял към разходите, свързани с цената за откриване на абонамента, 48 пъти стойността на периодичните месечни разходи — такива, каквито са били към датата на откриването на абонамента, и сравнявал полученото с 48 пъти периодичните месечни приходи, каквито са били на същата дата, без да отчита промените в периодичните месечни разходи, настъпващи във времето.
- 124 Що се отнася до разходите, които се вземат предвид, WIN твърди, че за да определи дали разходите са наистина покрити, Комисията е длъжна да разгледа цялата информация, с която разполага към датата на Решението, при положение че признава тази информация за достоверна. Не били взети предвид от Комисията обаче всички установени и признати намаления на разходите между началото на абонамента и месец октомври 2002 г., или по-точно намалението на разходите е взето предвид от Комисията по отношение на абониралите се след тази дата, но не за да се актуализират периодичните разходи за абониралите се преди това. Като дава примера с клиент, абонирал

се за услугите на WIN на 1 юни 2001 г., дружеството твърди, че за него Комисията е приела първоначален текущ разход от 54,39 EUR на месец до края на месец май 2005 г. (или за 48 месеца), докато този разход вече не отговаря на действителния разход от месец август 2001 г., тъй като съгласно приложение 3 към Решението от посочената дата този разход възлиза на не повече от 34,72 EUR на месец.

125 WIN представя на Комисията резултати, основани на метода на дисконтираните парични потоци за изчисляване на нетната настояща стойност (наричана по-нататък „ННС“) на абонатите. Този метод се състои в описване на всички разходи и приходи, направени от всеки абонат, актуализирането му чрез прилагане на взет от финансовите пазари дисконтов процент и събиране на така получените дисконтирани парични потоци. Разходът за продукта се състои от цената за откриване на абонамента, към която се прибавят периодичните месечни разходи. WIN твърди, че този единствено надежден от икономическа гледна точка метод е всеобщо признат и съобразен с икономическите изчисления на инвестициите, правени от икономистите и финансовите оператори. Този метод се прилагал от френския Conseil de la concurrence и неговата достоверност била призната в доклада, изготвен от Охера за Office of Fair Trading (OFT — органът в областта на конкуренцията на Обединено кралство Великобритания и Северна Ирландия). Методът доказвал, че съвкупните разходи — с изключение на тези от месец март 2001 г., които са покрити само 98 % или 99 % в зависимост от продукта — и a fortiori променливите разходи на WIN са покрити за целия период.

126 Комисията е съгласна с WIN относно необходимостта някои разходи да се разпределят във времето, но не и относно използвания метод. Тя твърди, че за да прецени икономическото равновесие на предлаганите от WIN услуги, е избрала гъвкав метод, който отчита факта, че някои позиции на променливите разходи, и по-специално свързаните с цената за откриване на абонамент, ще бъдат компенсирани от приходите, които предприятието очаква да получи от този абонат през целия период на търговските им отношения. Като разпределя на 48 месеца тези променливи непериодични разходи, тя отчита също

продължителността на един типичен договор за абонамент, което може да послужи за отправна точка на предприятие, което цели да възвърне инвестицията си в разумен срок.

127 Комисията твърди, че прилагайки своя метод се е позовала на всички цифри, използвани в предоставените от WIN данни. Следователно става дума за цифри, установени *ex post*. Никая от категориите разходи не е фиктивна. Комисията поддържа, че по отношение на всички абонати е взела изцяло предвид намаленията на разходите точно в момента на възникването им.

128 Освен това Комисията е оспорила основателността на използвания в този случай метод на дисконтираните парични потоци, застъпан от WIN. Според нея този метод не дава възможност да се изведе заключение относно хищничество. WIN впрочем на практика също не е използвало изчисляването на НСС към момента на настъпване на фактите за въпросните продукти. Използването на метода на дисконтираните парични потоци в настоящия случай освен това не се подкрепя нито от общностната съдебна практика, нито от предходните решения на Комисията. Във всеки случай предлаганият от жалбоподателя метод не е общоприет метод, тъй като WIN предлага потоците от нови клиенти да се разделят на толкова „групи“ и да се анализира за всяка от тях дали за период от пет години дисконтираният паричен поток е положителен. Освен това в своя анализ WIN включвало увеличената доходност, постигната в резултат от преустановяване на нарушението.

— Съображения на Първоинстанционния съд

129 В самото начало е уместно да се напомни, че доколкото изборът на метод за изчисляване на степента на покриване на разходите включва от страна на Комисията комплексна икономическа оценка, то следва да ѝ се признае

широко право на преценка (вж. в този смисъл Решение на Съда от 28 май 1998 г. по дело Deere/Комисия, С-7/95 Р, Recueil, стр. I-3111, точка 34 и посочената съдебна практика). При това положение съдебният контрол трябва да се ограничи до проверка на спазването на процесуалните правила и на задължението за мотивиране, както и доколкото правилно е установена фактическата обстановка, до проверка за отсъствие на явна грешка в преценката и до проверка за злоупотреба с власт.

130 От постоянната съдебна практика, свързана с хищническите цени, следва, че от една страна, наличието на цени, по-ниски от средната стойност на променливите разходи, позволява да се предположи съществуването на елиминаторна по характер ценова практика, и от друга страна, че наличието на цени, по-ниски от средната стойност на пълните разходи, но надвишаващи средната стойност на променливите разходи, следва да се счита за разкриващо признаците на злоупотреба, когато тези цени са определени в рамките на план, чиято цел е елиминиране на конкурент (Решение АКЗО/Комисия, точка 100 по-горе, точки 71 и 72, Решение на Първоинстанционния съд от 6 октомври 1994 г. по дело Tetra Pak/Комисия, Т-83/91, Recueil, стр. II-755, точки 148 и 149, потвърдено с Решение на Съда от 14 ноември 1996 г. по дело Tetra Pak/Комисия, С-333/94 Р, Recueil, стр. I-5951, точка 41).

131 За да изясни своя подход, в решението си Комисията представя три различни анализа. Първият, изложен в съображения 73—75 от Решението, представлява анализ на обикновена счетоводна основа, включващ едновременно приходите и разходите. Според самото WIN става дума за грубо измерване на регистрираните в счетоводните сметки приходи и разходи. Двете страни се съгласяват, че този метод е неподходящ. Въпреки че WIN отрича изобщо значението на този пръв анализ, дружеството не оспорва взетите предвид цифри. Като цяло то признава, че „почти всички данни, свързани с разходите, са дадени от WIN и само малка част от тях — от France Télécom“.

132 Вторият анализ, описан в съображения 76—86 от Решението, се отнася до действителното покриване на преизчислените разходи. Според принципа на обезценка на активи Комисията е разпределила върху 48 месеца разходите, свързани с цената за откриване на абонамент. На тази база тя е разгледала отделно покриването на преизчислените променливи разходи и покриването на съвкупните преизчислени разходи, като твърди, че Съдът предвижда две

проверки за покриване на разходите според това дали действията на господстващото предприятие са част от план, насочен към отстраняване на конкурентите, или не. Този анализ е в основата на решението на Комисията.

133 Освен това в съображения 97—106 от Решението Комисията е извършила трети допълнителен анализ на покриването на преизчислените предвидими разходи *ex ante*. Несъмнено, както WIN изтъква в своите отговори на поставените от Първоинстанционния съд въпроси, този трети анализ отразява различен подход, тъй като Комисията не се стреми да проследи действителните разходи и приходи. Все пак според Решението този анализ е насочен само към това да „допринесе за допълнително изясняване“. Всъщност в съображение 72 от Решението Комисията изрично обяснява, че „единствено подходът на преизчислените разходи позволява действително да се правят заключения“. Комисията следователно е използвала втория метод — този на преизчислените разходи, за да направи извод за липса на покриване на разходите. Следователно уместно е да се провери законността на метода, без да е необходимо произнасяне относно законността на допълнителния анализ за покриване на предвидимите разходи *ex ante*.

134 От съображения 73—75 от Решението ясно следва, че прилагането на счетоводния метод, използван в делата, по които са постановени Решение АКЗО/Комисия, точка 100 по-горе, Решение от 6 октомври 1994 г. и Решение от 14 ноември 1996 г. по дело Tetra Pak/Комисия, точка 130 по-горе, които вземат предвид разходите такива, каквито чисто и просто следват от счетоводните сметки на предприятието, в дадения случай достига до много ниска степен на покриване на разходите, а именно 30 % за периода между януари и юли 2001 г., 60 % за периода от август до декември 2001 г. и 83 % за периода от януари до юни 2002 г. (таблица 2 от Решението).

135 Все пак в съображение 75 от Решението Комисията счита, че разходите, свързани с цената за придобиване на абонамент в условията на растящ пазар, представляват значителна част от всички разходи и че „степената на покриване, посочена в таблица 2, следователно не може сама по себе си да се окаже решаваща при квалифицирането на цените като хищнически“.

- 136 Както Комисията обяснява в съображение 76 от Решението, тя счита, че при дадените обстоятелства „целта на предприятието не е да реализира бърз положителен счетоводен резултат“, а „да достигне ниво на покриване на периодичните разходи (разходи за мрежата и производствени разходи), достатъчно да осигури разликата между приходите и тези периодични разходи да покрие в един разумен срок променливите непериодични разходи, вложени в търговското развитие на въпросния продукт“. Следователно Комисията решава да преизчисли непериодичните променливи разходи, като ги разпредели в определен период от време съгласно принципа за амортизиране.
- 137 Така Комисията избира да разпредели за 48 месеца първоначалните разходи, свързани с нови клиенти — подход, с който WIN се съгласява, като посочва, че средната продължителност на абонаментите занапред по-скоро ще бъде от порядъка на пет години и че приема четири години за минимален срок. Следва все пак да се отбележи, че WIN не прилага такива амортизации, а осчетоводява въпросните разходи към момента на възникването им като обикновени текущи разходи. Освен това някои от неговите конкуренти прилагат в бизнес плановете си разпределяне на периодичните разходи във времето, но за по кратки периоди от тези, възприети от Комисията в дадения случай (съображение 79 и бележки под линия 70 и 71 от Решението). При това положение се оказва, че избраният период на разпределяне на разходите не е погрешен.
- 138 Като използва този метод, Комисията счита, че прилаганите от WIN цени не са му позволили да покрие променливите си разходи до август 2001 г. и съвкупните си разходи от януари 2001 г. до октомври 2002 г. (таблици 3 и 4 от Решението), като предвид нивото на покриване на променливите разходи непокриването на съвкупните разходи до август 2001 г. не буди съмнение.
- 138 Уместно е следователно възприетият от Комисията метод да се оцени от гледна точка на преследваната цел, а именно проверката за покриване на разходите с оглед на член 82 ЕО, и относно изложените от WIN критики.

- 140 На първо място следва да се установи, че противно на това, което WIN твърди, Комисията не е възприела проверка за статично покриване на разходите, която впрочем щеше да е много по-неблагоприятна за WIN (вж. точка 134 по-горе).
- 141 От Решението (съображения 76 и 77) ясно следва, че за да отчете факта, че при абонаментите разходите и приходите, реализирани от един абонат, са разпределени в продължителен срок, Комисията решава да преизчисли разходите, свързани с цената за придобиване на абонамент, върху 48 месеца.
- 142 Още повече, противно на това, което WIN твърди, методът изобщо не се състои в това към първоначалните разходи, свързани с нови клиенти, да се прибави 48 пъти стойността на периодичните месечни разходи, каквито са били към началната дата на абонамента, и цялата сума да се сравни с 48 пъти месечните приходи, каквито са били към същата дата.
- 143 Напротив, от прочита на Решението и на неговите приложения се налага изводът, че за всеки разглеждан период на нарушение и за всички абонати Комисията е включила последователните намаления на тарифите, настъпили през периода на спора. Тя дори е структурирала своя анализ съобразно тези намаления.
- 144 Всъщност крайт на първия период, взет предвид от Комисията за анализа на преизчислените променливи разходи, 31 юли 2001 г. (таблица 3 от Решението), съвпада с понижението на тарифите за националното и регионално разпределяне на трафика. Вторият период взема предвид това намаление на разходите, прилагайки новите тарифи. Крайт на втория период, 15 октомври 2001 г., съвпада с началото на период на безплатно активиране на услугата, което France Télécom обикновено извършва възмездно. В този случай също се взема предвид свързаното с това намаление на разходите. На последно място,

датата, която отделя третия и четвъртия период, 15 февруари 2002 г., отбелязва промяната в тарифата на услугата международна „свързаност“ и възстановяване от France Télécom на възмездното активиране на услугата.

145 При това положение, противно на твърденията на WIN, ясно личи, че различните използвани периоди имат за цел точно да се вземе предвид посоченото намаление на разходите.

146 Следва по-нататък, по-специално от сравнението на приложения 1, 3, 5 и 7 към Решението относно услугата eXtense, както и на приложения 2, 4, 6 и 8 към Решението относно Wanadoo ADSL, че за всеки разглеждан период новите тарифи и другите компоненти на разходите се прилагат не само към абонираните от началото на периода на нарушение, но се отразяват също върху всички налични абонати.

147 Ако се сравнят например променливите периодични разходи за услугата eXtense, които фигурират в таблицата от приложение 1 към Решението, отнасящо се до периода от 8 януари до 31 юли 2001 г., със сходните на тях разходи, фигуриращи в приложение 3, но които покриват периода от 1 август до 15 октомври 2001г., се оказва, че от един период до друг цената на националното или регионално разпределяне на трафика е спаднала от 151 на 52,43 FRF (френски франка), а тази на разхода за услугата за достъп до ADSL — от 185 на 140 FRF(френски франка). Тези намаления на цените обаче наистина са взети предвид не само за абонираните се от началото на периода на нарушение (таблица 3.2 от приложение 3 към Решението), но също и за всички налични абонати (таблица 3.1 от същото това приложение).

148 По същия начин от сравнението на приложения 2 и 4 към Решението за преизчислените променливи разходи за Wanadoo ADSL следва, че цената за националното или регионално разпределяне на трафика за всички налични абонати, от първия до втория период е спаднала от 151 на 52 FRF (френски франка).

- 149 Освен това безплатното активиране за новите абонати на услугата eXtense (таблица 5.2 от приложение 5 към Решението), считано от 15 октомври 2001 г., води до намаляване на разходите за включване за всички налични абонати (таблица 5.1 от същото приложение) от 53,40 на 27,16 EUR. Обратно, последните разходи се увеличават на 32,37 EUR (таблица 7.1 от приложение 7 към Решението), когато се възстановява заплащането при първоначалното активиране на услугата eXtense, считано 15 февруари 2002 г. (таблица 7.2 от същото приложение).
- 150 Що се отнася до разхода за международна „свързаност“, сравнението между приложения 5 и 7 към Решението относно услугата eXtense, както и сравнението между приложения 6 и 8 към Решението относно Wanadoo ADSL показва, че намалението от 3,19 на 1,62 EUR, настъпило между третия и четвъртия период, се е отразило не само на новите абонати, но също и на всички налични абонати (таблица 7.1 от приложение 7 или таблица 8.1 от приложение 8 към Решението, в зависимост от продукта).
- 151 Следователно в своята оценка на разходите Комисията е отчела различните промени в тарифите.
- 152 В това отношение следва да се подчертае, че Комисията с основание счита, че реализираните след нарушението приходи и разходи не биха могли да участват в оценката на степента на покриване на разходите през разглеждания период. Всъщност съгласно съдебната практика член 82 ЕО се отнася до положението на въпросното предприятие на общия пазар към момента на извършване на действията, за които се твърди, че представляват злоупотреба (Решение на Съда от 16 декември 1975 г. по дело Suiker Unie и др./Комисия, 40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73, 113/73 и 114/73, Recueil, стр. 1663, точка 450). Следователно WIN не би могло да включва в своите изчисления на цените и разходите, приложими след месец октомври 2002 г. При това положение твърденията на жалбоподателя, основани на цените и разходите, приложими след месец октомври 2002 г., не могат да поставят под съмнение преценката на Комисията.

- 153 На последно място, що се отнася до твърдението на WIN, че единствено подходящият метод за изчисляване на степента на покриване на разходите в дадения случай е методът на дисконтираните парични потоци, следва да се отбележи, че дори WIN да бе установило, че изтъкваният от него метод е подходящ в някои отношения, това не би било достатъчно, за да докаже незаконосъобразността на използвания от Комисията в дадения случай метод. Жалбоподателят е този, който следва да докаже тази незаконосъобразност. Горепосочената оценка обаче показва, че като е избрала този метод, Комисията не е допуснала явна грешка в преценката.
- 154 В заключение WIN не е доказало, че като е използвала данните в счетоводните сметки на WIN, коригирайки ги по благоприятен за това дружество начин, за да се отчете специфичната обстановка на разглеждания пазар, при спазване на изискванията за оценка съгласно член 82 ЕО в дадения случай Комисията е извършила незаконосъобразна проверка за покриване на разходите.
- 155 За пълнота на изложението е необходимо да се посочи, че от една страна, от съдебната практика не следва, че в дадения случай се налага използването на метода на дисконтираните парични потоци, и от друга страна, че WIN не е изтъкнало никакъв довод, който да установи, че в това отношение Комисията е допуснала явна грешка в преценката.
- 156 Следователно твърденията, свързани с метода на изчисляване на покриването на разходите, трябва да бъдат отхвърлени.

По грешките в изчисленията при прилагане на възприетия метод

— Доводи на страните

- 157 Според WIN Комисията е допуснала грешки при прилагането на собствения си метод за изчисление, по-специално при изчисляването на постоянните и

променливите разходи. Тя подбрала различни стойности, за да представи едни и същи разходи по систематично неблагоприятен за WIN начин. Тя била направила също произволни заключения за наличие на ценовите отклонения, предназначени да отразят месеците, в които са предлагани безплатни абонаменти на клиентите. Тези грешки обяснявали до голяма степен констатацията, до която Комисията достига — че не е налице покриване на разходите. За повече доводи в подкрепа на тезата за грешки в изчисляването, WIN претраща към едно от приложенията към своята жалба.

158 Комисията счита, че самата жалба не идентифицира грешките в изчисляването, които се твърди, че е допуснала в Решението, а препратката към приложението счита за обща. Следователно това допълнително основание трябвало да се обяви за недопустимо.

159 По-нататък, според Комисията WIN не стига дотам да твърди, че поправката на тези грешки би довела до различен резултат, тъй като степента на покриване остава под 100 %. Така това основание във всички случаи е неефективно.

160 В своята реплика WIN отговаря, че тъй като в приложението фигурират единствено подробностите относно грешките в изчислението, основанието, изложено ясно в жалбата, е допустимо. Според него то също така не е неефективно. Всъщност това основание доказвало, че степента на покриване на съвкупните разходи е нараснала от 90—91 % на 98—99 %. Комисията обаче е счела, че степен на покриване от 99,7 % не съставлява нарушение.

161 В своята реплика WIN оспорва включването на рекламата в променливите разходи и изчисляването на средната степен на покриване на разходите за двете разглеждани услуги.

— Съображения на Първоинстанционния съд

- 162 В самото начало следва да се разграничат прилагането на метода за определяне на степента на покриване на разходите и самите изчисления, които са само обикновени математически изчисления. От представените от WIN писмени материали е видно, че по същество то не оспорва аритметичните изчисления, а това, че са взети предвид някои погрешни елементи.
- 163 Прилагането на метода за определяне на степента на покриване на разходите, за разлика от самите изчисления, предполага извършването на комплексна икономическа оценка от страна на Комисията и следва да ѝ се признае широко право на преценка (вж. в този смисъл Решение по дело Deere/Комисия, точка 129 по-горе, точка 34). При това положение съдебният контрол трябва да се ограничи до проверка на спазването на процесуалните правила и на задължението за мотивиране, както и доколко правилно е установена фактическата обстановка, проверка за отсъствие на явна грешка в преценката и до проверка за злоупотреба с власт.
- 164 Независимо от допустимостта на настоящото основание, трябва да се отбележи, че както Комисията твърди, дори да се вземат предвид и да се докажат всички твърдени грешки, степента на покриване на съвкупните разходи, до която WIN достига, остава според самото дружество по-ниска от 99 % и дори от 98 % за услугата eXtense. Следователно твърдението за нарушение, състоящо се в непокриване на съвкупните разходи през целия разглеждан период остава в сила.
- 165 В това отношение обстоятелството, че използвайки правото си на преценка, Комисията е приела, че степен на покриване на променливите разходи от 99,7 % не съставлява нарушение, не я задължава да направи същото и при наличие на степен на покриване от 98 % или 99 %, в зависимост от случая, на съвкупните разходи. При това положение това правно основание следва да се отхвърли като неефективно.

- 166 За пълнота на изложението относно твърдяната допустимост на това основание, по силата на член 21 от Статута на Съда и на член 44, параграф 1, буква в) от Процедурния правилник на Първоинстанционния съд, жалбата трябва да посочва предмета на спора и кратко изложение на посочените правни основания. То трябва да е достатъчно ясно и точно, за да позволи на ответника да подготви защитата си, а на Първоинстанционния съд — да се произнесе по жалбата, ако е необходимо без да разполага с други данни (Определение на Първоинстанционния съд от 29 ноември 1993 г. по дело Koelman/Комисия, T-56/92, Recueil, стр. II-1267, точка 21).
- 167 Следва също да се напомни, че дори по конкретни въпроси жалбата да може да се подкрепи с доводи и да се допълни чрез препрещане към откъси от приложения към нея документи, ролята на приложенията е чисто доказателствена и спомагателна (Решение на Първоинстанционния съд от 7 ноември 1997 г. по дело Cipeke/Комисия, T-84/96, Recueil, стр. II-2081, точка 34). При това положение приложенията не могат да служат за подробно изясняване на накратко изложено в жалбата основание, като изтъкват оплаквания или доводи, които не се съдържат в нея. Жалбоподателят трябва да посочи в жалбата си точните твърдения за нарушения, по които Първоинстанционният съд е призван да се произнесе, както и поне накратко правните и фактически елементи, на които основава тези си оплаквания (Решение на Съда от 31 март 1992 г. по дело Комисия/Дания, C-52/90, Recueil, стр. I-2187, точка 17 и Определение на Първоинстанционния съд от 28 април 1993 г. по дело De Hoo/Комисия, T-85/92, Recueil, стр. II-523, точка 20).
- 168 При това положение правното основание е допустимо в рамките на ясно изложени в жалбата грешки, а именно подбор на различни стойности при представяне на едни и същи разходи и заключения за наличие на ценови отклонения, предназначени да отразят месеците, в които са предлагани безплатни абонаменти на клиентите. В замяна на това е недопустимо включването на рекламата в променливите разходи и изчисляването на средната стойност на степента на покриване на разходите за двете разглеждани услуги — елементи, които са упоменати и изложени само в едното от приложенията към жалбата.
- 169 При това положение това правно основание следва да се отхвърли като частично недопустимо и във всички случаи неефективно, както е посочено в точка 165.

б) По твърденията за нарушения, свързани с проверката за хищничество

- 170 Според WIN Комисията е допуснала правна грешка и явни грешки в преценката при прилагането на проверката за хищничество, които трябва да доведат до отмяна на Решението, установило нарушение на член 82 ЕО. WIN се позовава на правото си да уеднаквява цените си с тези на своите конкуренти, на липсата на хищнически план и на намаляването на конкуренцията, както и на необходимостта да се докаже възстановяването на загубите.

По правото на WIN да уеднаквява цените си с тези на своите конкуренти, на което дружеството се позовава

— Доводи на страните

- 171 Според WIN правото на всеки оператор добросъвестно да уеднаквява цените си с прилаганите по-рано от конкурентите цени е същността на процеса на конкуренция. Това право било признато от самата Комисия в предходните ѝ решения, в съдебната практика, както и в единодушните становища на доктрината и на икономическия анализ. Фактът, че прилаганите от конкурентите цени съответстват на цени, по-ниски от разходите на въпросното предприятие, не бил от значение в тази връзка.

- 172 По тази причина самата Комисия в своето Решение 83/462/ЕИО от 29 юли 1983 година относно процедура на основание член [82 ЕО] (IV/30.698 — ECS/Akzo — Временни мерки, ОВ L 252, стр. 13) изрично разрешава на разглежданото господстващо предприятие да прилага цени, по-ниски от разходите си, за да уеднакви добросъвестно своите цени с по-рано

прилаганите от конкурентите му. При обжалването на това решение Съдът на свой ред ясно отбелязва, че от принципна гледна точка Комисията не оспорва правото на господстващото предприятие да уеднаквява поведението си и самият Съд много ясно утвърждава този принцип.

173 Освен това в своите допълнителни изводи Комисията била изопачила фактите, като неправилно оспорила уеднаквяването от страна на WIN на поведението му с това на неговите конкуренти.

174 Комисията счита, че дори за едно предприятие с господстващо положение да не съществува абсолютна забрана да уеднаквява цените си с тези на конкурентите, то не му е предоставена такава възможност, когато тя е свързана с прилагане на цени, по-ниски от разходите за въпросната услуга. Според Комисията в дадения случай, тъй като ценовата политика на господстващото предприятие не му позволява да покрива разходите си, не е оправдано уеднаквяването с промоционалните цени на друг оператор, който не заема господстващо положение. Освен това Комисията възприема схващането, че конкурентите на WIN не са в господстващо положение и за пълнота на изложението оспорва истинността на твърденията на WIN, според които неговите ценови практики са само уеднаквяване на неговите цени с тази на конкурентите му.

175 Във всеки случай според Комисията спорът относно уеднаквяването е лишен от смисъл. Всъщност Решението се ограничавало да упреква WIN за това, че поддържа цените си след месец март 2001 г. — време, в което дружествата Noos и Mangoosta са увеличили цените си с повече от 20 % и когато вече не може да става дума за уеднаквяване. В това отношение тя препраща към съображение 331 от Решението.

— Съображения на Първоинстанционния съд

176 На първо място е необходимо да се посочи, че Комисията изобщо не оспорва правото на оператора да уеднаквява цените си с по-рано прилаганите от негов

конкурент цени. В съображение 315 от Решението тя твърди, че „[в]ъпреки че няма абсолютна забрана за оператор с господстващо положение да уеднаквява цените си с тези на своите конкуренти, то когато тази възможност води до непокриване от страна на господстващото предприятие на разходите за възпосната услуга, такава възможност не му е предоставена.“

177 WIN обаче твърди, че по този начин Комисията не зачита своите предходни решения и практиката на Съда.

178 В това отношение следва да се отбележи, че при прецедентите, на които WIN се позовава, признаването на господстващо предприятие на правото на уеднаквяване е ограничено. Тази констатация се отнася както за Решение 83/462, което постановява временни мерки, така и за последващото решение на Съда (Решение по дело AKZO/Комисия, точка 100 по-горе, точка 134).

179 Всъщност в Решение 83/462 Комисията не разрешава уеднаквяване като цяло на цените на AKZO с тези на конкурентите, а само уеднаквяване в случай с конкретен клиент с цените на друг производител, готов да извърши доставката. Нещо повече, това разрешение за уеднаквяване, дадено при много ясни условия, не присъства в приетото по същата преписка окончателно решение (Решение 85/609/ЕИО на Комисията от 14 декември 1985 година относно процедура по прилагане на член [82 EO] (IV/30.698 — ECS/AKZO Chemie), ОВ L 374, стр. 1).

180 При това положение WIN не би могло въз основа само на това да твърди, че в своите предходни решения Комисията е признала на господстващите предприятия правото да уеднаквяват цените си с тези на своите конкуренти, дори когато това би довело до прилагане на по-ниски от разходите цени.

- 181 В Решение по дело AKZO/Комисия, точка 100 по-горе, което е единственият пример от съдебната практика, посочен от WIN в подкрепа на неговата теза, Съдът наистина не е оспорил по принцип правото на господстващо предприятие на уеднаквяване на цените. Все пак, приемайки, че Комисията правилно е установила липса на конкурентно предлагане, Съдът не е трябвало да се произнася относно законосъобразността на уеднаквяването на цените с тези на конкурентите от страна на господстващо предприятие, когато такова уеднаквяване включва цени, по-ниски от разходите.
- 182 Следователно не може да се твърди, че правото на господстващо предприятие да уеднаквява цените си с тези на конкуренцията е абсолютно и че е признато за такова от Комисията в предходните ѝ решения и от съдебната практика, особено когато това право би оправдало използването на хищнически цени, иначе забранени от Договора.
- 183 В дадения случай Комисията счита, че тази възможност за уеднаквяване трябва да бъде отказана на господстващо предприятие, когато тя включва непокриване от това предприятие на разходите за въпросната услуга.
- 184 Следователно трябва да се провери съвместимостта на това ограничение с правото на Общността.
- 185 Следва да се напомни, че според постоянната съдебна практика, въпреки че господстващото положение на едно предприятие не може да лиши предприятието, намиращо се в такова положение, от правото му да защитава собствените си търговски интереси, когато те са застрашени, и в една разумна степен трябва да му се позволи да предприема действията, които счита за подходящи за защита на посочените интереси, такова поведение не може да се допусне, когато то цели точно укрепване на господстващото положение и злоупотреба с него (Решение по дело United Brands/Комисия, точка 101 по-

горе, точка 189, Решение на Първоинстанционния съд от 1 април 1993 г. по дело BPB Industries и British Gypsum/Комисия Т-65/89, Recueil, стр. II-389, точка 117 и Решение на Първоинстанционния съд по дело Compagnie maritime belge transports и др. /Комисия, точка 104 по-горе, точка 146).

186 Наложенията на предприятията с господстващо положение специфични задължения са потвърждавани неколккратно от съдебната практика. В Решение от 17 юли 1998 г. по дело ITT Promedia/Комисия (Т-111/96, Recueil, стр. II-2937, точка 139) Първоинстанционният съд заявява, че при определени обстоятелства от естеството на наложените с член 82 ЕО задължения следва, че предприятията с господстващо положение могат да бъдат лишавани от правото да предприемат поведение или да извършват действия, които сами по себе си не представляват злоупотреба и които дори не биха били укорими, ако бяха предприети или извършени от предприятия, които не заемат господстващо положение.

187 За да обоснове поведението си, WIN не би могло да се позовава на абсолютно право да уеднаквява цените си с тези на своите конкуренти. Макар да е вярно, че уеднаквяването на цените на господстващото предприятие с тези на конкурентите му само по себе си не представлява злоупотреба или укоримо поведение, то може да се превърне в такова, когато не е насочено единствено към защита интересите на дружеството, а има за цел да укрепи това господстващо положение и да злоупотребява с него.

По твърдяната липса на хищнически план и намаляване на конкуренцията

— Доводи на страните

188 Според WIN хищничеството предполага значително намаляване на конкуренцията. По негово мнение, ако не съществува никаква възможност за отстраняване на конкурентите или най-малкото възможност поведението им да бъде задържано или възпрепятствано, хищническа стратегия не може в

никакъв случай да се смята за разумна. При това положение като санкционира WIN, макар да признава, че неговият пазарен дял е намалял значително през периода на твърдяното нарушение и когато след края на посочения период е налице жизнена конкуренция, Комисията е извършила сериозно нарушение на член 82 ЕО. Поддържайки много ниски цени, WIN не е имало никаква възможност да отстрани своите конкуренти от пазара. По-нататък, тъй като бариерите за навлизане в този сектор не са високи, би било особено неразумно да се стреми да отстранява конкурентите в такъв сегмент от пазара, тъй като това би означавало, дори да е налице ограничаване на пазара, във всеки един момент да се изправя срещу възможно навлизане на пазара, което би заличило евентуалния интерес от отстраняване на конкурентите.

189 Комисията допуснала сериозна грешка в преценката, като е упрекнула WIN в отстраняване от пазара на търговското дружество Mangoosta. Всъщност фалитът на това предприятие се дължал само на особено рискова стратегическа политика и в никакъв случай на ценообразуването на WIN.

190 По-нататък WIN оспорва факта, че Комисията отдава бавния напредък на някои конкуренти на тяхната невъзможност да уеднаквят цените си с тези на WIN. Комисията не взела предвид желанието на конкурентите на WIN да съсредоточат усилията си върху развитието на нискоскоростния достъп за сметка на ADSL, считан за ненадежден.

191 Комисията допуснала също явна грешка в преценката, като е приела за хищнически цени, които са съвсем разумни в условията на силна конкуренция, които допринасят за развитието на пазара и които са в основата на съществуващата сега силна конкуренция. Във всеки случай потребителят никога не бил засегнат, тъй като се възползвал от ниските цени.

192 На последно място, според WIN приетата от него стратегия в никакъв случай не може да се счита за показателна относно каквото и да е намерение за

хищничество. Комисията се задоволила да отбележи елементи, които целят да докажат предполагаемо намерение на WIN да отстрани своите конкуренти, но не представила действителен хищнически план. Основното в доводите на Комисията, свързано с твърдяното намерение за отстраняване, се основава на произволен и пристрастен подбор на вътрешни документи, иззети в помещенията на WIN.

193 От своя страна Комисията счита, че доказването на конкретни последици от прилаганите от WIN хищническите цени не е решаващо за целите на установяването на въпросното нарушение. Тя твърди, че член 82 ЕО трябва да бъде прилаган още щом има риск от премахване на конкуренцията, без да е необходимо да се изчаква постигането на целта за отстраняване.

194 Относно хищническия план Комисията изтъква, че от съдебната практика следва, че при цени, по-ниски от средните променливи разходи, преднамереността се предполага и че при цени, по-ниски от средната стойност на пълните разходи, но по-високи от средната стойност на променливите разходи, тя трябва да се докаже въз основа на убедителни и съгласувани улики. Комисията счита, че в Решението е изложила убедителни улики, които доказват, че предприятието умишлено се е впуснало в една стратегия на „предопределяне“ на пазара и издигане на прегради пред конкуренцията.

— Съображения на Първоинстанционния съд

195 Относно условията за прилагане на член 82 ЕО и различието между целта и резултата от злоупотребата трябва да се подчертае, че за целите на прилагане на посочения член доказването на антиконкурентни цел и последици в зависимост от случая могат да са неразличими. Действително, ако е доказано, че поведението на предприятие с господстващо положение има за цел да ограничи конкуренцията, това поведение може също да има подобен резултат. Така, що се отнася до прилаганите цени, Съдът е постановил в своето Решение по дело АКЗО/Комисия, точка 100 по-горе, че по-ниските от средната стойност на променливите разходи цени, прилагани от предприятие с

господстващо положение, са считани *per se* за представляващи злоупотреба, тъй като единственият интерес, който може да има предприятието от прилагането на такива цени, е премахване на конкуренцията, и че цените, по-ниски от средната стойност на пълните разходи, но по-високи от средната стойност на променливите разходи, представляват злоупотреба, когато са определени в рамките на план, чиято цел е да премахне конкурент. По това дело Съдът не е изисквал никакво доказване на конкретни последици от разглежданите прилагани практики (вж. в този смисъл Решение на Първоинстанционния съд от 30 септември 2003 г. по дело *Michelin/Комисия*, T-203/01, *Recueil*, стр. II-4071, точки 241 и 242).

196 Освен това следва да се допълни, че когато предприятие с господстващо положение действително прилага практика, чиято цел е да измести конкурент, обстоятелството, че предварително очакваният резултат не е постигнат, не е достатъчно, за да се избегне квалификацията за злоупотреба с господстващо положение по смисъла на член 82 ЕО (Решение на Първоинстанционния съд по дело *Compagnie maritime belge transports* и др./Комисия, точка 104 по-горе, точка 149 и Решение на Първоинстанционния съд от 7 октомври 1999 г. по дело *Irish Sugar/Комисия*, T-228/97, *Recueil*, стр. II-2969, точка 191).

197 От това ясно следва, че когато става дума за хищнически цени, първият елемент от практиката на злоупотреба, прилагана от предприятието с господстващо положение, включва непокриване на неговите разходи. В случая, при който не са покрити променливите разходи, вторият елемент, или с други думи намерението за хищничество, се предполага, докато при цените, по-ниски от средната стойност на съвкупните разходи, трябва да се докаже наличието на план за отстраняване на конкуренцията. Според Решение от 6 октомври 1994 г. по дело *Tetra Pak/Комисия* (точка 130 по-горе, точка 151) това намерение за отстраняване трябва да бъде установено въз основа на убедителни и съгласувани улики.

198 В случая Комисията е установила, че WIN заема господстващо положение, и в член 1 от Решението твърди, че дружеството не покрива променливите си разходи до август 2001 г. и не покрива съвкупните си разходи от тази дата до

октомври 2002 г. За да установи нарушение за периода на непокриване на съвкупните разходи, тя следователно е длъжна да предостави убедителни улики за наличието на стратегия за „предопределяне“ на пазара.

199 В съображение 110 от Решението се изтъкват редица документи, отнасящи се до целия период на спора, които свидетелстват за наличието на стратегия за „предопределяне“ на пазара на високоскоростен Интернет от WIN, по-специално:

- документ от юли 2000 г., който съдържа следната цел за второто полугодие на 2000 г. и за 2001 г.: „предопределяне на пазара на ADSL с пакет предложения, включващ всички разходи [„плюс“], и ускоряване на продажбите за 2001 г., но при отрицателно салдо“,
- електронна поща от юли 2000 г., свързана с дискусията относно адекватното ниво на цените, в която се посочва: „трудно ще предопределим този пазар с твърде високи цени“,
- рамково писмо за 2001 г., което съдържа следните указания: „предопределянето на пазара на ADSL от нас е наложително“,
- едно представяне от 28 февруари 2001 г., което призовава към „кампания за предопределяне в областта на високоскоростния достъп от [WIN]“,
- стратегически план за 2002—2004 г., който напомня силното развитие на високоскоростния достъп за периода 2001—2003 г. и целта за „предопределяне на пазар, считан за генератор на доходи“.

- 200 Освен това документите на WIN доказват, че дружеството се е стремило да придобие, а после да запази много значителни пазарни дялове. Рамковото писмо за 2001 г. посочва например, че „от 70 % [...] до 80 % от пазара на ADSL трябва да принадлежат на [WIN]“. Едно представяне от главния изпълнителен директор на WIN пред Изпълнителния комитет на France Télécom от юни 2001 г. отбелязва 80 % пазарен дял за целия период 2001—2004 г. на пазарната ниша на „отделните“ предложения от типа на Wanadoo ADSL“ и нарастващ пазарен дял средно от 50 % през 2001 г. на 72 % през 2004 г. на пазарната ниша на „пакетните“ предложения от типа на eXtense“.
- 201 Наистина WIN е оспорило значението на тези документи, и по-специално смисъла, вложен в употребения в тях термин „предопределяне“. Според дружеството подобни неофициални и спонтанно казани, дори необмислени думи, отразявали само хода на процеса на вземане на решения. Те обвързвали само своя автор, но не и предприятието.
- 202 Все пак трябва да се отбележи, че тези думи произлизат от членовете на ръководния персонал на предприятието и че някои от тях са произнесени в рамките на официални представяния за органите, които вземат решения, или в добре подготвено рамково писмо. Следователно техният спонтанен и необмислен характер се оказва съмнителен.
- 203 Освен това в жалбата си, и най-вече в някои приложения към нея, WIN изтъква, че повечето документи и изявления, за които се твърди, че го уличават, са извадени от техния контекст и че Комисията съзнателно е пропуснала да вземе предвид многобройните оневиняващи изявления.
- 204 Трябва да се приеме, че в своята жалба WIN се ограничава до това да изтъкне, че Комисията е използвала множество откъси от вътрешни документи, които не е поставила в техния истински контекст. Подобно неопределено твърдение

не позволява на ответника да подготви своята защита, а на Първоинстанционния съд — да се произнесе в зависимост от случая без друга опорна информация (Определение Koelman/Комисия, точка 166 по-горе, точка 21). Да се възлага на приложенията да доказват подробно твърдение, представено недостатъчно ясно и точно в жалбата, би било противно на чисто доказателствената и спомагателна роля, която те имат.

205 Следователно трябва да се отхвърли твърдението на WIN, че уличаващи документи са взети предвид във от контекста им и че многобройни оневиняващи изявления не са взети предвид.

206 За пълнота на изложението следва да се отбележи, че дори изразът „трудно ще предопределим този пазар с твърде високи цени“ да се постави в своя контекст, което означава той да се предшества от израза „нивото на нашите тарифи е твърде високо“, и да се следва от израза „конкурентите ни ще определят по-ниски от нашите тарифи“, идеята за наличие на намерение за отстраняване на конкуренцията продължава да съществува.

207 По същия начин откъсът „предопределянето на пазара на ADSL от нас е наложително“ не може да се чете по начин, различен от намерение за „предопределяне“, дори той да се постави в изтъквания от WIN контекст на една конкуренция като обобщено понятие. Фактът, че посоченото от Комисията изявление е последвано от изявление, според което „въвеждането на конкуренция на пазара на ADSL ще придвижи надолу тарифите на Netissimo (на дребно и на едро) от началото на 2001 г.“ и „определянето на ценови условия за разделяне на локалните връзки несъмнено също [ще] допринесе за понижаването на тарифите за ADSL“, не обезсилва декларираната от WIN необходимост от „предопределяне“ на пазара.

208 Откъсът, според който „70 % [...] до 80 % от пазара на ADSL трябва да принадлежи на Wanadoo“, в действителност не е оспорен. WIN просто твърди,

че не било посочено никакво евентуално прибягване към ниски цени и че при това положение няма връзка между определените цени и целите на WIN относно пазарния дял. При все това фактът, че не е упоменат начинът, по който да се постигне 70 % до 80 % дял от пазара на ADSL, с нищо не омаловажава преследваната цел.

- 209 Във всеки случай тези изявления, съдържащи се във вътрешни документи на дружеството, представляват показател за наличието на хищнически план — факт, който други доказателства потвърждават.
- 210 Съгласно съображение 279 и следващите от Решението намерението за издигане на прегради пред конкуренцията е видно също от факта, че WIN е знаело, че неговата нерентабилна ценова стратегия, съчетана с големи обеми на продажбите, е икономически неприложима от конкурентите му.
- 211 В електронно съобщение до главния изпълнителен директор на WIN от края на април 2001 г. (съображение 279 от Решението и бележка под линия 319) отговарящият за ADSL услугите споменава конкурентите, които или не приемат предложението за поддържащи услуги от France Télécom, или са „на края на силите си“.
- 212 WIN знае също, че невъзможността да прилага тарифите си на дребно, без да търпи загуби от това, пречи на навлизането на AOL на пазара на високоскоростен достъп. Всъщност към електронно съобщение от France Télécom до директора на стратегическия маркетинг на WIN от 29 юни 2001 г. е приложено изявление на главния изпълнителен директор на AOL France, в което се казва следното (бележка под линия 321 от Решението):

„По времето, когато Cégétel бе наш акционер, заедно с Monaco Telecom ние отпавихме оферта и разполагахме с 500 абоната. Не направихме същото във

Франция, тъй като предложението за препродажба на ADSL от France Télécom днес не ни позволява да печелим пари. Ние сме готови технически, но не сме склонни да работим на загуба.“

213 От документ, озаглавен „Бележки по анализа — Далекосъобщения — Въпроси относно уредбата на Интернет във Франция“ от 20 юли 2001 г., е видно също, че WIN е анализирано детайлно предимствата, които ползва в качеството си на пазарен лидер (съображение 280 и бележка под линия 322 от Решението). Този документ показва, че конкурент, който разполага с по-малък трафик от този на WIN, ще ползва предимства от разходите за мрежата, няколко пункта по-ниски от предвидените за WIN.

214 От гореизложеното следва, че обявяването от WIN през 2001 г. и в началото на 2002 г. на доста амбициозни търговски цели, които предприятие с господстващо положение трудно може да постигне при неблагоприятните от гледна точка на рентабилност условия, води до обезкуражаване на конкурентните предприятия. Това произтича от преследваната от предприятието цел за отстраняване на конкуренцията.

215 Въз основа на всички гореизложени съображения се налага изводът, че Комисията е предоставила убедителни и съгласувани улики относно наличието на хищнически план по време на целия период на нарушението. Логиката, която тази стратегия следва, ясно личи от коментар на стратегическото управление на WIN от декември 2001 г., според който:

„Следващите няколко години високоскоростният достъп и пазарът на ADSL ще следват логиката на завладяването и стратегическата цел е да се спечели господстващо положение от гледна точка на пазарен дял, като етапът на възвръщане на инвестицията ще настъпи по-късно.“

- 216 Следователно съгласно Решение по дело АКЗО/Комисия, точка 100 по-горе, Решение от 6 октомври 1994 г. и Решение от 14 ноември 1996 г. по дело Tetra Pak/Комисия, точка 130 по-горе, Комисията е установила двата елемента, необходими за да се докаже прилагане от предприятие с господстващо положение на хищнически, по-ниски от съвкупните разходи цени.
- 217 Изтъкваните от WIN доводи за икономии от мащаба и за последиците от първите стъпки на пазара, които в дадения случай оправдавали прилагането на тарифи под стойността на разходите, не поставят под съмнение извода, до който Първоинстанционният съд е достигнал. В действителност предприятие, което практикува хищнически цени, може да реализира икономии от мащаба и да се възползва от своите първи стъпки на пазара поради увеличена производителност благодарение именно на тази практика. Следователно получените икономии от мащаба и първите стъпки на пазара не могат да освободят предприятието от неговата отговорност по член 82 ЕО.
- 218 Следователно оплакването относно липсата на хищнически план не може да бъде прието.

По възстановяването на загубите

— Доводи на страните

- 219 WIN твърди, че възстановяването на загубите е елемент, напълно отделен от проверката за хищничество, за което Комисията трябва да приведе доказателства. Дружеството счита, че ако предприятие с господстващо положение не може разумно да очаква намаляване на конкуренцията в дългосрочен план, за да възстанови загубите си, по-специално предвид лесния достъп до въпросния пазар, за такова предприятие не е разумно да се обвързва с политика на хищнически цени. При това положение причината за провежданата от

предприятието политика на ниски цени, непременно ще бъде извън хищническа стратегия.

- 220 Според WIN това становище се споделя от цялата икономическа и правна доктрина, както и от редица съдилища и органи в областта на конкуренцията, между които такива от Съединените щати, а също и от много държави — членки на Европейския съюз. Самата съдебна практика на Общността никога не е изключвала необходимостта от такова доказване.
- 221 Условието на конкуренция на пазара на високоскоростен достъп обаче били напълно различни от тези, които Първоинстанционният съд и Съдът е трябвало да разглеждат в предходни дела за хищничество. Всъщност преградите при влизане на този пазар били незначителни, растежът бил силен, конкуренцията била динамична, а новите участници на пазара, настоящи и потенциални — многобройни. Следователно Комисията допускала сериозна правна грешка, поддържайки, че не е необходимо да се доказва възстановяването на загубите.
- 222 Освен това според WIN Комисията допуснала явна грешка в преценката, придружена от правна грешка, като счита, че е представила доказателство за възможно възстановяване на загубите.
- 223 Комисията твърди, че доказването на възстановяването на загубите не е предпоставка относно констатацията за наличие на хищнически цени, противоречащи на 82 ЕО. Тя счита, че в това отношение съдебната практика е ясна. В допълнение Комисията отбелязва, че в дадения случай структурата на пазара и свързаните с нея очаквани приходи правят възстановяването на загубите възможно.

— Съображения на Първоинстанционния съд

224 В Решение по дело АКЗО/Комисия, точка 100 по-горе (точки 71 и 72) Съдът утвърждава два различни метода на анализ за определяне дали едно предприятие прилага хищнически цени. На първо място следва винаги да се считат за разкриващи признаците на злоупотреба цените, които са по-ниски от средната стойност на променливите разходи. В този случай не е възможна друга икономическа цел, освен премахването на конкурент, тъй като всяка произведена и продадена единица води до загуби за предприятието. На второ място, цените, по-ниски от средната стойност на пълните разходи, но по-високи от средната стойност на променливите разходи, следва да се считат за разкриващи признаците на злоупотреба само когато може да се докаже наличие на план за премахване на конкурент (Решение от 14 ноември 1996 г. по дело Tetra Pak/Комисия, точка 130 по-горе, точка 41).

225 В Решение от 14 ноември 1996 г. по дело Tetra Pak/Комисия, точка 130 по-горе (точки 42 и 43) Съдът е установил, че в обжалваното решение Първоинстанционният съд е следвал същия начин на разсъждение, който той подкрепя. Съдът пояснява, че:

„42 При продажбите на неасептични картонени опаковки в Италия между 1976 г. и 1981 г. [Първоинстанционният съд] е установил, че цените са много по-ниски от средната стойност на променливите разходи. Следователно не е било необходимо да се доказва намерение за отстраняване на конкурентите. През 1982 г. цените на тези картонени опаковки са определени между средната стойност на променливите разходи и средната стойност на пълните разходи. Поради това в точка 151 от обжалваното решение Първоинстанционният съд се е постарал да установи, без въпреки да е критикуван в това отношение от жалбоподателя, че Tetra Pak е имало намерение за отстраняване на конкурент.

43 В точки 189—191 от обжалваното решение Първоинстанционният съд също основателно следва точно същия начин на разсъждение и по отношение на продажбите на неасептични машини в Обединеното кралство между 1981 г. и 1984 г.“

226 Относно възстановяването на загубите в точка 44 от горепосоченото решение СЪДЪТ ДОПЪЛВА:

„[П]ри условията на настоящия случай не е уместно да се изисква по-нататък допълнително доказателство, че Tetra Pak е разполагало с реална възможност за възстановяване на загубите си. В действителност практиката на прилагане на хищнически цени трябва да бъде санкционирана, веднага щом е налице риск от премахване конкурентите. Подобен риск обаче в дадения случай е установен от Първоинстанционния съд в точки 151 и 191 от обжалваното решение. Преследваната цел — предпазване на конкуренцията от нарушаване — не позволява да се изчаква подобна стратегия да доведе до реално премахване на конкурентите.“

227 Следователно, съблюдавайки съдебната практика на Общността, Комисията може да приеме, че по-ниските от средната стойност на променливите разходи цени съдържат признаци на злоупотреба. В този случай наличието на елиминаторна по характер ценова практика се предполага (вж. в този смисъл Решение от 6 октомври 1994 г. по дело Tetra Pak/Комисия, точка 130 по-горе, точка 148). Що се отнася до съвкупните разходи, Комисията трябва да представи доказателства, че прилаганата от WIN практика на хищнически цени е част от план за „предопределяне“ на пазара. В двете хипотези не е необходимо допълнително да се доказва, че WIN е имало реална възможност да възстанови загубите си.

228 При това положение Комисията правилно е приела, че за да се констатира наличие на хищническа ценова практика, не е необходимо да се доказва възстановяването на загубите.

229 В замяна на това съгласно Решение от 6 октомври 1994 г. по дело Tetra Pak/Комисия, точка 130 по-горе и Решение от 14 ноември 1996 г. по дело AKZO/Комисия, точка 100 по-горе, когато цените са по-ниски от съвкупните разходи, но са по-високи от променливите разходи, следва да се провери дали

те са част от план за премахване на конкуренцията. В точка 215 по-горе обаче Първоинстанционният съд е достигнал до извода, че Комисията е представила убедителни и съгласувани улики за наличието на хищнически план през целия период на нарушението.

230 При това положение всички правни основания, изтъкнати в подкрепа на искането на отмяна на Решението, следва да се отхвърлят.

II — *По субсидиарните искания за отменяне или намаляване на глобата*

231 При условията на субсидиарност WIN оспорва размера на наложената глоба и иска отмяна или съществено намаляване на тази санкция. В подкрепа на тези искания то се позовава на нарушение на принципите за личната отговорност и за законоустановеност на наказанията, за липса на практически последици от разглежданите практики, за неправилно определяне на продължителността на нарушението и за нарушаване на принципа на пропорционалност.

A — Нарушение на принципите за личната отговорност и за законоустановеност на наказанията

1. По нарушението на принципа за личната отговорност

а) Доводи на страните

232 Според WIN Комисията е нарушила принципа за личната отговорност, като за да го санкционира, се е основала на поведение на France Télécom. От една

страна, Комисията е приела, че нарушението е преустановено с намесата на France Télécom. От друга страна, за да прецени преднамерения характер на нарушението, за което се твърди, че е извършено от WIN, Комисията е взела предвид поведението на France Télécom.

233 Комисията отхвърля това правно основание, като препраща основно към отговора на същото правно основание, изтъкнато от WIN в рамките на основните му искания. Комисията допълва, че намерението за ограничаване на пазара от WIN е толкова солидно потвърдено от вътрешни документи на предприятието, че случайните позовавания на France Télécom изобщо не са определящи.

б) Съображения на Първоинстанционния съд

234 Това правно основание до голяма степен съвпада с главното основание, на което WIN се позовава в рамките на искането си за отмяна. Следователно трябва да се препрати към точки 66—71 по-горе.

235 Освен това определянето на датата на понижаването на прилаганите от France Télécom тарифи за край на извършеното от WIN нарушение не означава, че Комисията налага санкция на WIN въз основа на поведение на France Télécom. Въпросното нарушение много ясно е вменено на WIN, а не на France Télécom. Самото WIN е могло да преустанови извършването на нарушението преди намесата на France Télécom, а и без тази намеса. Фактът, че преустановяването на нарушението не е резултат от действие на WIN, по никакъв начин не омаловажава неговото нарушение. Нарушението е пряко свързано с нивото на разходите. Тъй като някои от тези разходи пряко произтичат от цените, определени от предприятията доставчици, в някои случаи краят на нарушението логично може да е резултат от поведението на тези предприятия.

236 Следователно доводът, изведен от нарушение на принципа за личната отговорност, следва да се отхвърли.

2. По правното основание, изведено с нарушение на принципа за законоустановеност на наказанието

Доводи на страните

237 Според WIN Решението го санкционира въз основа на две нови правни норми. От една страна, по въпроса за уеднаквяването на цените от страна Комисията била налице пълна промяна по отношение на предходните ѝ решения. От друга страна, Комисията била възприела безпрецедентна и непредвидима проверка за хищничество.

238 Не е имало прецедент в областта на хищническите цени на възникващ пазар. Комисията за пръв път приложила метода за изчисляване, възприет от нея в дадения случай, като го дефинирала в хода на процедурата. Според приетия от редица национални органи в областта на конкуренцията метод WIN счита, че тя е могла с право да приеме, че цените му не са хищнически.

239 Комисията от своя страна изтъква, че член 82 ЕО и член 15, параграф 2 от Регламент № 17 са единственото правно основание за налагане на глобата в настоящото дело и че в тези разпоредби няма нищо ново. Тя се позовава на постоянната съдебна практика, съгласно която нейните предходни решения сами по себе си не могат да служат за правна уредба при налагане на глоби в областта на конкуренцията.

240 За пълнота на изложението тя добавя, че прилагането на хищнически цени вече е било квалифицирано в съдебната практика като нарушение на член 82 ЕО.

б) Съображения на Първоинстанционния съд

241 WIN не може да твърди, че санкционираното поведение не е представлявало нарушение към момента, когато е било извършено. Всъщност всяка злоупотреба от страна на предприятие с неговото господстващо положение на общия пазар или на значителна част от него попада в обхвата на член 82 ЕО.

242 От постоянната съдебна практика следва по-нататък, че изброяването на практиките на злоупотреба, съдържащи се в член 82 ЕО, не изчерпва формите на злоупотреба с господстващо положение, забранени от Договора (Решение на Съда от 21 февруари 1973 г. по дело *Europemballage* и *Continental Can*/Комисия, 6/72, *Recueil*, стр. 215, точка 26 и Решение от 16 март 2000 г. по дело *Compagnie maritime belge transports* и др./Комисия C-395/96 P и C-396/96 P, *Recueil*, стр. I-1365, точка 112).

243 Освен това прилагането на хищнически цени вече е било квалифицирано в съдебната практика като нарушение на член 82 ЕО. Това поведение е санкционирано от Комисията и е дало повод за Решение по дело AKZO/Комисия, точка 100 по-горе и за Решения от 6 октомври 1994 г. и от 14 ноември 1996 г. по дело *Tetra Pak*/Комисия, точка 130 по-горе, в които е използвана проверка за хищничество, основана на разликата между променливите и съвкупните разходи, каквато е приложена и в дадения случай.

244 В настоящия случай Комисията все пак е приспособила тази проверка, като е разпределила по благоприятен за WIN начин разходите, свързани с цената за откриване на абонамент, за да се отчетат характерните особености на разглеждания пазар.

245 В това отношение се налага изводът, че прилагането на използвания в тези дела метод във всички случаи е позволило на WIN да предвиди евентуалното подвеждане под отговорност на основание на член 82 ЕО. WIN не може да се позовава на факта, че не би могло да предвиди коригиране на този метод, което е благоприятно за него.

246 Не следва още повече от предходните решения на Комисията, нито от съдебната практика, че при дадените обстоятелства WIN е могло основателно да очаква да му се признае право да уеднаквява цените си с тези на своите конкуренти (вж. точки 176—187 по-горе), нито че ще се прилага методът на дисконтираните парични потоци (вж. точки 153—156 по-горе), нито че ще се вземат предвид приходи, реализирани след края на нарушението (вж. точка 152 по-горе). Освен това по време на разглеждания период пазарът вече не е бил в своя начален стадий (вж. точка 106 по-горе).

247 При все това WIN се позовава на Решение 2001/354/ЕО на Комисията от 20 март 2001 година относно процедура по прилагане на член 82 [ЕО] (Преписка COMP/35.141 — Deutsche Post AG) (ОВ L 125, стр. 27, съображение 47), по което Комисията не е наложила глоба за непокриване на допълнителните разходи, тъй като дотогава не са били установени стандартите за покриване на разходите, на които трябва да отговарят предприятията, предлагащи множество продукти или услуги в условията на конкуренция, които ползват запазен пазарен дял.

248 Жалбоподателят по това дело изтъква, че Deutsche Post AG е използвало приходите от своите доходоносни дейности по доставка на поща, в които има запазена област на пазара, за да финансира продажбите на загуба в сектора за превоз на търговски пратки, с цел да отблъсне своите конкуренти в този сектор. По това решение Комисията е санкционирала предоставянето на отстъпка за лоялност от страна на Deutsche Post и на това основание му налага глоба от 24 милиона EUR. Постановената глоба обаче не се отнася до превоза на търговски пратки на цени, по-ниски от допълнителните разходи.

249 Трябва да се отбележи, че по това дело положението на Deutsche Post разкрива твърде характерни особености. Предприятието е извършвало дейности, свързани в зависимост от случая с монопол, основан на задълженията му от общ интерес, или при които е имало конкуренция. Така по това дело се поставя въпросът за определяне на стандартите за покриване на разходите, на които трябва да отговаря предприятие, което има запазена област на пазара и може да ползва реализираните в този пазарен дял печалби, за да покрие загубите си в сектор, в който има конкуренция. В такъв контекст е възможно предприятието да не е сигурно относно правилата, които трябва да прилага. Положението на WIN обаче, което извършва дейности само на конкурентния пазар, не може да се сравнява с това на Deutsche Post и в това отношение се доближава повече до положението на AKZO и на Tetra Pak.

250 Освен това следва да се отбележи, че макар да не определя глоба на това основание, Решение 2001/354 установява в член 2 нарушение на член 82 ЕО, допуснато от Deutsche Post, предлагайки да осигури превоз на пратките в сектора за продажби по пощата на цени, по-ниски от допълнителните разходи. Това решение е постановено на 20 март 2001 г. и е публикувано в *Официален вестник* на 5 май 2001 г., и следователно по това време WIN е трябвало да знае за спорното нарушение — от март 2001 г. до октомври 2002 г. — а именно че такива действия съставляват нарушение. По настоящото дело следва да се отбележи също, че самото WIN е оспорило позоваването на допълнителните разходи и в отговора си на допълнителното известие за нарушения е приветствало Комисията за това, че е изоставила този метод. Следователно понастоящем WIN не може да упреква Комисията за тази промяна.

251 На последно място, ако във всеки случай се приеме, въпреки че прилагането на хищнически цени не е ново нарушение, че трябва да се отчитат специфичните характеристики на пазара за достъп до Интернет, решението на Комисията да не наложи глоба в едно предходно решение предвид относителната новост на констатираните нарушения не предоставя имунитет на предприятията, които извършват нарушения, които по-рано не са били санкционирани от Комисията. В действителност при упражняване на правото си на преценка предвид особеностите на всяко дело Комисията разполага с възможността за налагане

на глоба, за да санкционира установеното нарушение и да запази ефективността на правото на конкуренция (Решение на Първоинстанционния съд от 22 октомври 1997 г. по дело SCK и FNK/Комисия, T-213/95 и T-18/96, Recueil, стр. II-1739, точка 239).

252 В резултат на това в дадения случай Комисията не е нарушила принципа за законоустановеност на наказанията.

Б — Липса на последици от разглежданите практики

1. Доводи на страните

253 Според WIN Комисията не е успяла да приведе каквото и да е доказателство за наличието на последици върху пазара, резултат от практиките, за които тя твърди, че дружеството прилага. Следователно и на това основание размерът на наложената му глоба трябвало да се намали.

254 Относно пазарния си дял WIN изтъква, че самата Комисия в своето решение твърди, че той ще се задържи около 50 %, докато той се е увеличил на 72 % през октомври 2002 г. — датата на преустановяването на нарушението, или намаляване с една трета само за девет месеца. Според WIN това е достатъчно, за да се докаже, че пазарните структури не са трайно засегнати от твърдяните антиконкурентни практики.

255 Още повече че през периода на спора конкуренцията на пазара за достъп до Интернет е била много жизнена. През септември 2002 г. налице са били повече

от 70 предложения, насочени към потребителите. На пазара навлизали нови доставчици на Интернет, докато цените на предложенията спадали под натиска на конкуренцията. Развитието на конкуренцията не е било възпрепятствано и оттеглянето от пазара на дружеството Mangoosta не би могло да се вмени на WIN.

256 В това отношение WIN е на мнение, че твърдението на Комисията, според което прилаганите от WIN практики са засегнали дълбоко структурата на пазара, е само едно предположение, неподкрепено от нито един конкретен факт, който да докаже реални трудности за конкурентите на WIN.

257 Комисията оспорва предоставените от WIN данни, като твърди, че те се отнасят или до дейностите по цялата доставка на Интернет, както високо- така и нискоскоростен достъп, или до доставката на високоскоростен ADSL, в зависимост от това кое е по-изгодно на WIN.

258 Комисията твърди, че едно сравнение на увеличението на продажбите на различните играчи на пазара през 2001 г. до есента на 2002 г. ясно показва, че провежданата от WIN стратегия му е позволила да възпира конкуренцията и да укрепва своето положение. Като пример сочи, че през периода на спора не са се появили нови съществени играчи на пазара.

2. Съображения на Първоинстанционния съд

259 Съгласно Насоките за изчисляване на налаганите глоби в приложение на член 15, параграф 2 от Регламент № 17 и на член 65, параграф 5 от Договора за ЕОВС (ОВ С 9, 1998 г., стр. 3) оценката на тежестта на нарушението трябва да

отчита присъщия характер на нарушението, конкретните последици върху пазара и обхвата на съответния географски пазар.

- 260 WIN обаче оспорва твърдението, че разглежданото нарушение е имало последици върху пазара. Различни факти показват все пак обратното.
- 261 На първо място, между началото на нарушението и месец август 2002 г. дялът на WIN на пазара на високоскоростен достъп първоначално се е увеличил от 50 % на 72 % (съображение 400 и таблица 8 от Решението), въпреки че според предоставените от WIN данни в отговора му на поставените от Първоинстанционния съд писмени въпроси впоследствие този дял е спаднал, за да достигне 63,6 % през октомври 2002 г. Освен това следва да се подчертае, че конкурентът, който в най-голяма степен се доближава до WIN, притежава 8 % пазарен дял, а останалите конкуренти имат под 2,5 % (съображение 376 от Решението). От таблица 9 от Решението е видно, което не е оспорено от WIN, че през целия период различието между WIN и първия му конкурент рязко се е увеличило.
- 262 На второ място, един конкурент — дружеството Mangoosta, се оттегля от пазара (съображение 400 от Решението). Несъмнено WIN счита, че фалитът на Mangoosta се дължи само на особено рискова стратегическа политика и в никакъв случай на ценообразуването на WIN. Все пак следва да се отбележи, че като е пуснало на пазара своите продукти на цени, малко по-високи от тези на WIN, Mangoosta е реализирало такива загуби, че в крайна сметка е увеличило цените си с 20 % през месец март 2001 г., което не е попречило на 2 август 2001 г. по отношение на него да бъде открито производство по несъстоятелност (съображение 384 от Решението). Оттеглянето на много незначителен конкурент, който прилага по-ниски от разходите си цени, но малко по-високи от тези на WIN, поне в дадения случай е факт, който свидетелства за трудности при проникване на пазара.
- 263 На трето място, през посочения период е отбелязан силен спад на пазарните дялове на конкурентните кабелни оператори (таблица 14 от Решението), докато конкурентите на пазарния сегмент на ADSL поддържат много ниско ниво на пазарно проникване. WIN не оспорва спада в пазарните дялове на

кабелните оператори, като счита, че той не се дължи на неговата ценова политика, а на развитието на ADSL в ущърб на кабелните връзки. При все това трябва да се подчертае, че през септември 2001 г. WIN счита, че единствените истински конкуренти на пазара на достъп до високоскоростен Интернет са кабелните оператори (бележка под линия 444 от Решението) и че ADSL представлява „пазар в края на 2001 г., на който [то] доминира, но който като цяло не е много активен“.

264 На четвърто място, прилаганите от WIN практики са имали възпиращо действие относно излизането на пазара или развитието на конкурентите. Много от тях в действителност са потвърдили, че им е невъзможно да уеднаквят цените си с тези на WIN предвид необходимите разходи, без да понесат загуби (вж. съображение 379 и бележка под линия 451 от Решението). Впрочем броят на новите навлизания на пазара остава незначителен. WIN е посочило случаите с дружествата Dixinet и Net pratique. В края на август 2002 г. обаче Dixinet е имало само десет абоната за своите ADSL и за телефонни услуги, докато Net pratique, което пуска на пазара своята услуга едва през лятото на 2002 г., тоест в края на нарушението, шест месеца по-късно наброява само 1 400 абоната.

265 В това отношение доводът на WIN, който отдава бавния напредък на някои конкуренти на стратегически избор и на желание да съсредоточат усилията си върху нискоскоростния достъп за сметка на ADSL, считан за ненадежден, не е убедителен. Дори да е вярно, че в началото някои конкуренти са се съмнявали в развитието на високоскоростния достъп, не може да се допуска, че са продължили да смятат така, изправени пред значителното нарастване на този пазар. Искът, предявен от дружеството T-Online — интернет доставчик под търговската марка Club Internet, пред френските органи в областта на конкуренцията, дава основание да се предполага по-скоро обратното. По същия начин заявлението на главния изпълнителен директор на AOL France, посочено в точка 212 по-горе, навежда на мисълта, че причината за отсъствието на това предприятие от пазара на високоскоростния достъп по това време е свързано със загубите, които е понесло поради повишеното предлагане от страна на WIN, а не на неговото желание да се ограничи в нискоскоростния достъп.

266 Относно довода на WIN, според който потребителите не са увредени от прилаганите от него цени, а обратно — са извлекли полза от тях, следва да се

напомни потвърденият от Съда факт, че член 82 ЕО не се отнася само до практиките, които могат пряко да увредят потребителите, но също и до тези, които увреждат структурата на ефективната конкуренция (Решение по дело Europemballage и Continental Can/Комисия, точка 242 по-горе, точка 26).

267 При това положение следва да се отхвърли доводът, изведен от липса на последици от разглежданите практики.

В — Неправилно определяне на продължителността на нарушението

1. Доводи на страните

268 WIN изтъква, че от една страна, край на нарушението, в което се укорява, се дължи според Комисията на понижаването на тарифите на France Télécom на 15 октомври 2002 г. France Télécom обаче е обявило това понижение, считано от месец април 2002 г., като прилагането на тази мярка е забавено от процедурата на одобрение за цените от Autorité de régulation des télécommunications (ART) [Регулаторен орган в областта на далекосъобщенията]. Следователно WIN не можело в никакъв случай да е отговорно за нарушението след месец март 2002 г., така че продължителността на нарушението можела да бъде не повече от тринадесет месеца.

269 От друга страна, в Решението Комисията приемала по-голяма продължителност на нарушението, отколкото посочената в известието за нарушения. Следователно Първоинстанционният съд трябвало да установи, че продължителността на нарушението, която може да се вмени на WIN, е не повече от 17 месеца и в резултат на това да намали глобата.

- 270 На този последен довод Комисията отговаря, че известието за нарушения не може да се разглежда като установяващо окончателната продължителност на нарушението, когато последното още продължава.
- 271 Относно довода, изведен от забавеното намаление на тарифите на France Télécom поради процедурата на одобрение от ART, Комисията счита, че WIN не може да се позовава на това.

2. Съображения на Първоинстанционния съд

- 272 Относно твърдяното удължаване на продължителността на нарушението в сравнение с известието за нарушения следва да се препрати към точки 49—52 посочени по-горе, от които е видно, че този довод следва да се отхвърли.
- 273 Що се отнася до обявеното от France Télécom понижаване на тарифите на едро, считано от месец април 2002 г., следва да се подчертае, че нарушението не е преустановено на тази дата, а от датата на ефективното понижение на тези тарифи. Това понижение на тарифите на France Télécom е довело автоматично до намаляване на разходите. Цените на WIN са престанали да бъдат по-ниски от съвкупните разходи и нарушението е приключило. Без да чака това понижение на тарифите на France Télécom, WIN е могло във всеки момент да сложи край на нарушението, например като увеличи цените си или като намали други статии на разходите. Дружеството обаче не е предприело никакво действие в тази посока.
- 274 От това следва, че размерът на наложената глоба не трябва да се намалява предвид твърдяната продължителност на нарушението.

Г — Нарушение на принципа на пропорционалност

1. Доводи на страните

275 На първо място WIN твърди, че при определянето на размера на глобата не е взето предвид оказаното от него съдействие и създадена прозрачност. На второ място то упреква Комисията, че при определяне на основния размер на глобата не е взела предвид нито постепенното преустановяване на нарушението, нито смекчаващите обстоятелства. От месец август 2001 г. обемът на нарушението е намален поради понижаване на тарифите на едро от France Télécom, дори още преди последното да е уведомено за разследването на Комисията. France Télécom не е престанало да показва своята трайна воля за възможно най-бързо решаване на повдигания от Комисията проблем.

276 Комисията счита, че в конкретния случай не са налице смекчаващи или утежняващи обстоятелства.

2. Съображения на Първоинстанционния съд

277 На първо място, относно твърдението за оказвано съдействие от постоянната практика следва, че съдействие в хода на разследване, което не надвишава онова, което се дължи от предприятията по силата на член 11, параграфи 4 и 5 от Регламент № 17, не обосновава намаление на глобата (вж. в този смисъл Решение на Първоинстанционния съд от 10 март 1992 г., по дело Solvay/Комисия, T-12/89, Recueil, стр. II-907, точки 341 и 342 и Решение от 14 май 1998 г. по дело Weig/Комисия, T-317/94, Recueil, стр. II-1235, точка 283).

- 278 В съображение 412 от Решението Комисията посочва факта, че като смекчаващи обстоятелства WIN е изтъкнало своята прозрачност и оказано пълно съдействие в хода на настоящото производство. Комисията констатира обаче „че предприятието просто нормално се е придържало към своето задължение за информация, наложено му по силата Регламент № 17“.
- 279 В жалбата си WIN изтъква, че Комисията не е взела предвид факта, че дружеството винаги напълно е съдействало на производството и е възприело изцяло прозрачно поведение. WIN допълва, че по негова покана впрочем Комисията е посетила работните му помещения и е копирала документи, свързани с неговите разходи и с подготовката на търговските му предложения. Нито жалбата му, нито неговата реплика съдържат други уточнения по повод това съдействие.
- 280 Трябва да се приеме, че WIN не е предоставило никакво доказателство, за да опровергае факта, че то просто се е придържало към своето задължение за информация, наложено му по силата Регламент № 17. По-специално WIN не установява, че само е поканило Комисията в своите помещения преди началото на разследването. Всъщност в своята писмена защита Комисията твърди, че жалбоподателят не може да прави извод за наличие на смекчаващи обстоятелства от факта, че Комисията се е задоволила да извърши проверката си на място, въз основа на член 14, параграф 2 от Регламент № 17, „определяйки си среща с предприятието в неговите помещения“.
- 281 При условията на евентуалност, дори това да се приеме за установено, фактът, че самото дружество е могло да покани Комисията да посети неговите помещения, без да чака последната да разпорежда проверка с решение, не може да е достатъчен за установяване на толкова активно съдействие, което да обоснове смекчаващи обстоятелства. Следва да се отбележи, че съгласно член 14 от Регламент № 17, за да изпълни задълженията, наложени ѝ с член 81 ЕО, Комисията може да извършва всички необходими проверки на предприятия. Нейните длъжностни лица по-специално могат да влизат във всички помещения и да правят копия от всички свързани с дейността документи. Проверките на Комисията могат да бъдат извършвани чрез

обикновено пълномощно (член 14, параграф 2) или разпореждани с решение (член 14, параграф 3). Фактът, че в дадения случай Комисията не е извършила проверката с решение, сам по себе си не означава „тясно сътрудничество от страна на предприятието в процедурата“ по смисъла на насоките за изчисляване на налаганите глоби в приложение на член 15, параграф 2 от Регламент № 17 и на член 65, параграф 5 от Договора за ЕОВС.

282 На второ място, що се отнася до постепенното преустановяване на нарушението, следва да се подчертае, че от една страна, самото WIN не е предприело никакви действия в този смисъл. Дружеството не може да се оневинява, като се позовава на положените от France Télécom усилия. От друга страна, дори ако действията на последното имат положителен ефект върху пазара преди края на нарушението, те не променят квалификацията на извършеното от WIN нарушение, като го правят по-малко сериозно. Всъщност прилагането от WIN на хищнически цени на разглеждания пазар представлява сериозно нарушение на правилата на конкуренцията. Обстоятелството, че интензитетът на някои от действията, разкриващи признаци на злоупотреба, може да варира през периода на нарушението, не може да промени тази квалификация (вж. в този смисъл Решение от 30 септември 2003 г. по дело Michelin/Комисия, точка 195 по-горе, точка 278).

283 Предвид гореизложеното не следва да се приеме посоченото от WIN правно основание, изведено от нарушението на принципа на пропорционалност, така че исканията за отмяна или намаляване на глобата следва да се отхвърлят.

284 Следователно с оглед на всички гореизложени съображения жалбата следва да се отхвърли.

По съдебните разноси

285 По смисъла на член 87, параграф 2 от Процедурния правилник загубилата делото страна се осъжда да заплати съдебните разноси, ако е направено такова искане. Тъй като жалбоподателят е загубил делото, в съответствие с направеното от Комисията искане следва той да се осъди да понесе съдебните разноси.

По изложените съображения

ПЪРВОИНСТАНЦИОННИЯТ СЪД (пети разширен състав)

реши:

- 1) **Отхвърля жалбата.**
- 2) **Осъжда жалбоподателя да понесе съдебните разноси.**

Vilaras

Martins Ribeiro

Dehousse

Šváby

Jürimäe

Постановено в открито съдебно заседание в Люксембург на 30 януари 2007 година.

Секретар

Председател

E. Coulon

M. Vilaras

Съдържание

Факти и процедура	II - 118
Искания на страните	II - 121
От правна страна	II - 122
I — По искането за отмяна на Решението	II - 122
A — По правното основание, изведено от нарушение на правото на защита и на съществени процесуални изисквания	II - 122
1. Доводи на страните	II - 122
2. Съображения на Първоинстанционния съд	II - 124
B — По правното основание, изведено от твърдението за липса на мотивиране	II - 134
1. Доводи на страните	II - 134
2. Съображения на Първоинстанционния съд	II - 135
B — По правното основание, изведено от твърдението за нарушение на принципа за личната отговорност	II - 137
1. Доводи на страните	II - 137
2. Съображения на Първоинстанционния съд	II - 138
Г — По твърдението за нарушение на член 82 ЕО	II - 140
1. По господстващото положение	II - 140
а) По погрешното определяне на пазара	II - 140
Доводи на страните	II - 140
Съображения на Първоинстанционния съд	II - 142
б) По непълното разглеждане на господстващото положение	II - 146
Доводи на страните	II - 146
Съображения на Първоинстанционния съд	II - 148

2. По злоупотребата с господстващо положение	II - 154
а) По оплакванията, свързани с проверката за покриване на разходите	II - 154
По грешката в метода за изчисляване на степента на покриване на разходите	II - 154
— Доводи на страните	II - 154
— Съображения на Първоинстанционния съд	II - 156
По грешките в изчисленията при прилагане на възприетия метод	II - 163
— Доводи на страните	II - 163
— Съображения на Първоинстанционния съд	II - 165
б) По твърденията за нарушения, свързани с проверката за хищничество	II - 167
По правото на WIN да уеднаквява цените си с тези на своите конкуренти, на което дружеството се позовава	II - 167
— Доводи на страните	II - 167
— Съображения на Първоинстанционния съд	II - 168
По твърдяната липса на хищнически план и намаляване на конкуренцията	II - 171
— Доводи на страните	II - 171
— Съображения на Първоинстанционния съд	II - 173
По възстановяването на загубите	II - 180
— Доводи на страните	II - 180
— Съображения на Първоинстанционния съд	II - 182
II — По субсидиарните искания за отменяне или намаляване на глобата	II - 184
А — Нарушение на принципите за личната отговорност и за законоустановеност на наказанията	II - 184
1. По нарушението на принципа за личната отговорност	II - 184
а) Доводи на страните	II - 184
б) Съображения на Първоинстанционния съд	II - 185
	II - 201

2. По правното основание, изведено с нарушение на принципа за законоустановеност на наказанието	II - 186
а) Доводи на страните	II - 186
б) Съображения на Първоинстанционния съд	II - 187
Б — Липса на последици от разглежданите практики	II - 190
1. Доводи на страните	II - 190
2. Съображения на Първоинстанционния съд	II - 191
В — Неправилно определяне на продължителността на нарушението ..	II - 194
1. Доводи на страните	II - 194
2. Съображения на Първоинстанционния съд	II - 195
Г — Нарушение на принципа на пропорционалност	II - 196
1. Доводи на страните	II - 196
2. Съображения на Първоинстанционния съд	II - 196
По съдебните разноски	II - 199