

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

J. MAZÁK

fremSAT den 25. september 2008<sup>1</sup>

1. I den foreliggende appel anmodes Domstolen om at tage stilling til misbrug af dominerende stilling i form af underbudspriser, som henhører under kategorien dominerende virksomheders konkurrencebegrænsende praksis eller udelukkelsespraksis<sup>2</sup>. Domstolens tidligere praksis vedrørende underbudspriser udgøres i det væsentlige af AKZO-dommen<sup>3</sup> og Tetra Pak II-dommen<sup>4</sup>.

priser, således at virksomheden ikke fik dækket sine variable omkostninger indtil august 2001 og heller ikke fik dækket sine samlede omkostninger efter august 2001, inden for rammerne af en plan om at blive den førende på markedet for adgang til højhastighedsinternet under en væsentlig fase i markedets udvikling<sup>7</sup>. Kommissionen krævede, at Wanadoo Interactive SA bragte denne overtrædelse til ophør, og pålagde selskabet en bøde på 10,35 mio. EUR<sup>8</sup>.

2. Den foreliggende appel er foranlediget af Kommissionens beslutning af 16. juli 2003<sup>5</sup>, hvori Kommissionen fandt, at Wanadoo Interactive SA havde overtrådt artikel 82 EF ved i forbindelse med sine tjenester eXtense og Wanadoo ADSL<sup>6</sup> (herefter »de pågældende tjenester«) at have anvendt underbuds-

3. Retten i Første Instans stadfæstede den anfægtede beslutning i dom af 30. januar 2007 i sag T-340/03<sup>9</sup> (herefter »den appellerede dom«). I den foreliggende appel har France Télécom SA (herefter »FT« eller »appellanten«), tidligere Wanadoo Interactive SA (herefter »WIN«), nedlagt påstand om ophævelse af den appellerede dom.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Underbudspriser kaldes undertiden også »priser, der ligger under produktionsomkostningerne«.

3 — Dom af 3.7.1991, sag C-62/86, AKZO mod Kommissionen, Sml. I, s. 3359 (herefter »AKZO-dommen«).

4 — Dom af 14.11.1996, sag C-333/94, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. I, s. 5951 (herefter »Tetra Pak II-dommen«).

5 — Kommissionens beslutning af 16.7.2003 vedrørende en procedure i henhold til artikel [82 EF] (sag COMP/38.233 — Wanadoo Interactive) (herefter »den anfægtede beslutning«).

6 — Asymmetric Digital Subscriber Line.

7 — Artikel 1 i den anfægtede beslutning.

8 — Jf. artikel 2 og 4.

9 — Dom af 30.1.2007, sag T-340/03, France Télécom SA mod Kommissionen, Sml. II, s. 107.

## I — Sagens baggrund

4. Sagens faktiske omstændigheder blev sammenfattet af Retten i præmis 1 til 11 i den appellerede dom:

»1 I forbindelse med udviklingen af adgang til højhastighedsinternet besluttede Kommissionen i juli 1999 [...] [10], at der inden for [EU] skulle indledes en sektorundersøgelse, om navnlig leveringen af tjenesteydelser i forbindelse med adgangen til abonnentledninger og anvendelsen af husstandsabonnentledninger. Inden for rammerne heraf har de indsamlede oplysninger ført Kommissionen til at foretage en grundig undersøgelse af [WIN's] prisbetingelser for levering af tjenesteydelser med adgang til højhastighedsinternet for husstandskunder i Frankrig. Med henblik herpå har Kommissionen af egen drift indledt en procedure i september 2001.

2 WIN var på det omtvistede tidspunkt et selskab i koncernen France Télécom. Wanadoo SA ejede 99,9% af dets aktiekapital. [FT's] aktieandel i Wanadoo udgjorde mellem 70 og 72,2% i den omtvistede periode. Den koncern, der udgjordes af Wanadoo og dets dattersel-

skaber [...], samlede al [FT's] internetvirksomhed samt virksomheden med udgivelse af telefonbøger. Inden for Wanadoo-koncernen varetog WIN det operationelle og tekniske ansvar forbundet med tjenesteydelserne med internetadgang i Frankrig, herunder udbydelsen af ADSL [...].

3 Kommissionen fremsendte den første klagepunktsmeddelelse til WIN den 19. december 2001 [...] og en supplerende klagepunktsmeddelelse den 9. august 2002 [...], som WIN besvarede henholdsvis den 4. marts og den 23. oktober 2002.

4 Kommissionen sendte den 16. januar 2003 en skrivelse til WIN [...], hvorved WIN fik aktindsigt i de dokumenter, der havde tjent til udfærdigelsen af den nævnte skrivelse. WIN fik [...] indsigt i sagsakterne den 23. og den 27. januar 2003. Ved skrivelse af 26. februar 2003 anmodede WIN Kommissionen om at afklare flere forhold i skrivelsen om faktiske omstændigheder. Kommissionen svarede ved skrivelse af 28. februar 2003, hvorefter WIN den 4. marts 2003 fremlagde en redegørelse som svar på skrivelsen om faktiske omstændigheder.

10 — I henhold til den kompetence, den er tildelt ved artikel 12, stk. 1, i Rådets forordning nr. 17 af 6.2.1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel [81] og [82] (EFT 1959-1962, s. 81).

- 5 Ved [den anfægtede beslutning] fastslog Kommissionen, at »[WIN havde overtrådt artikel 82 EF<sup>11</sup>].« Kommissionen krævede, at WIN bragte denne overtrædelse til ophør [...] og pålagde selskabet en bøde på 10,35 mio.
- 6 I beslutningen fastsættes det relevante marked som det franske marked for husstandskunders adgang til højhastighedsinternet. De produkter, der er omfattet af overtrædelsen, er tjenesterne for adgang til højhastighedsinternet med ADSL-teknologi (Wanadoo ADSL og eXtense).
- 7 Det følger af beslutningen, at abonnenten hvad angår Wanadoo ADSL i den omtvistede periode månedligt skulle betale abonnement til [FT] for levering af en tjeneste, lejen af ADSL-modemmet hos [FT] samt et abonnement til WIN som leverandør af internetadgang (herefter »FAI«). Som led i eXtense-tjenesten købte brugeren modemmet og betalte udelukkende et månedligt abonnement til WIN svarende til den tjenesteydelse, som [FT] leverede, og den faste, ubegrænsede internetadgang.
- 8 Kommissionen har efter undersøgelsen af forskellige forhold, herunder markedsandelen (betragtning 211-222 til beslutningen) og virkningen af tilknytningen til [FT] (betragtning 223-228), fastslået, at WIN har en dominerende stilling på det relevante marked. Kommissionen har herefter redegjort for, at WIN's praksis med fastsættelse af priser, der er lavere end omkostningerne, er en del af en bevidst underbudsstrategi med henblik på at »blive den førende« på markedet og derfor udgør et misbrug af en dominerende stilling i henhold til artikel 82 EF (betragtning 254).
- 9 Overtrædelsesperioden er ved beslutningen fastsat til perioden fra den 1. marts 2001 til den 15. oktober 2002, hvor den foranstaltning, som [FT] havde fremlagt i marts 2002, trådte i kraft. De variable omkostninger var ikke blevet dækket af de priser, der blev anvendt fra marts til august 2001, og de samlede omkostninger var ikke blevet dækket efter sidstnævnte dato (beslutningens artikel 1, jf. præmis 5 ovenfor).
- 10 Denne beslutning blev den 23. juli 2003 meddelt WIN [...]
- 11 Efter en virksomhedssammenslutning den 1. september 2004 har [FT] overtaget WIN's rettigheder.«

11 — Jf. ovenfor, punkt 2.

## II — Retsforhandlingerne ved Retten og den appellerede dom

5. Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 2. oktober 2003 anlagde WIN søgsmål med påstand om annullation af den anfægtede beslutning.

6. I den appellerede dom frifandt Retten Kommissionen.

7. WIN har til støtte for kravet om annullation af den anfægtede beslutning påberåbt sig fire anbringender, nemlig i) tilsidesættelse af retten til forsvar og af væsentlige formforskrifter, ii) begrundelsesmangel, iii) tilsidesættelse af princippet om individuelle straffe, og (iv) tilsidesættelse af artikel 82 EF<sup>12</sup>.

8. Kun anden del af det fjerde anbringende (vedrørende tilsidesættelse af artikel 82 EF) — som vedrører spørgsmålet om misbrug — er omfattet af denne appel<sup>13</sup>. I denne del gør WIN i det væsentlige gældende, at Kommissionen har tilsidesat artikel 82 EF, idet den ikke har ført tilstrækkeligt bevis for, at WIN

har misbrugt sin dominerende stilling ved at udbyde de pågældende tjenester til underbudspriser fra marts 2001 til oktober 2002 (herefter »den pågældende periode«).

9. Dette anbringende består af to grupper klagepunkter, nemlig i) testen med hensyn til dækning af omkostninger, og ii) Kommissionens anvendelse af testen med hensyn til underbud.

10. Først og fremmest er parterne i det væsentlige enige om følgende punkter:

— De pågældende tjenester er abonnenter på internetadgang og ydes derfor over et tidsrum; den gennemsnitlige varighed af et abonnement er 48 måneder.

— Hvert abonnement genererer månedlige indtægter.

12 — Til støtte for sit søgsmål ved Retten har WIN også fremført en række subsidiaire anbringender om ophævelse eller nedsættelse af bøden, nemlig i) tilsidesættelse af princippet om individuelle straffe og princippet om ingen straf uden lov, ii) at der ikke foreligger nogen virkning af den pågældende praksis, iii) at varigheden af overtrædelsen er fastsat urigtigt, og iv) at proportionalitetsprincippet er blevet tilsidesat.

13 — Jf. den appellerede doms præmis 122-230.

— Omkostningsstrukturen består dels af »omkostninger i forbindelse med erhvervelse af abonnenter« eller »erobringssomkostninger«, f.eks. omkostninger til reklame og salgsfremstød, »startpakker« til kunder og lignende (som hører til kategorien af ikke-løbende omkostninger, da virksomheden kun skal afholde dem en gang for at sikre sig en abonnementsaftale med en kunde), dels af »produktionsomkostninger« og »netværksomkostninger« (som hører til kategorien af løbende omkostninger, da de vedrører leveringen af tjenesteydelserne under abonnementet og skal bæres af virksomheden hver måned). Det kan enten være variable omkostninger, f.eks. omkostninger vedrørende adgang til FT's netværk, som sidstnævnte opkræver på grundlag af antallet af abonnenter, eller faste omkostninger som f.eks. omkostninger, der vedrører driften af virksomheden).

11. Med det formål at fastsætte dækningen af omkostninger sammenlignede Kommissionen i det væsentlige de månedlige indtægter med summen af løbende månedlige omkostninger tillagt den del af de ikke-løbende omkostninger, som på grundlag af en spredning ud over en periode på 48 måneder kunne henføres til én måned. Kommissionen beregnede navnlig gennemsnittet af den således opståede sats for fire på hinanden følgende perioder: fra den 1. januar 2001 til den 31. juli 2001, fra den 1. august 2001 til den 15. oktober 2001, fra den 15. oktober 2001 til den 15. februar 2002 og fra den 15. februar 2002 til den 15. oktober 2002.

A — Anbringenderne om testen med hensyn til dækningen af omkostningerne

12. Retten bemærkede<sup>14</sup>, at »Kommissionen ved at anvende denne metode [fandt], at de priser, WIN benyttede, ikke gav selskabet mulighed for at dække sine variable omkostninger indtil august 2001 og ej heller sine samlede omkostninger fra januar 2001 til oktober 2002 [...], hvilket der ikke er tvivl om under hensyntagen til dækningsniveauet af de variable omkostninger«.

13. Hvad angår WIN's indsigelse mod Kommissionens valg af metode til beregning af dækningsgraden af omkostningerne bemærkede Retten indledningsvis, at Kommissionen måtte indrømmes en bred skønsmargen, da denne beregning indebærer en kompliceret økonomisk vurdering fra Kommissionens side. Rettens undersøgelse begrænsede sig derfor til at undersøge, om formforskrifterne var overholdt, om begrundelsen var tilstrækkelig, om de faktiske omstændigheder var materielt rigtige, samt om der forelå en åbenbar vildfarelse eller magtfordrejning<sup>15</sup>.

14. Derefter påpegede Retten under henvisning til AKZO-dommen og Tetra Pak II-dommen<sup>16</sup>, at »priser, der er lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger,

14 — Jf. den appellerede doms præmis 138.

15 — Jf. præmis 129, hvori der henvises til dom af 28.5.1998, sag C-7/95 P, John Deere mod Kommissionen, Sml. I, s. 3111, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis.

16 — Nævnt ovenfor i henholdsvis fodnote 3 og 4.

medfører en formodning for, at der ikke foreligger aftalte priser, samt at priser, der er lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger, men højere end de gennemsnitlige variable omkostninger, skal anses for at udgøre misbrug, såfremt de er fastsat som led i en plan, hvis formål er at fjerne en konkurrent«<sup>17</sup>.

15. Retten anførte, at Kommissionen i den foreliggende sag havde baseret den anfægtede beslutning på en analyse af den effektive dækning af de beregnede omkostninger. I overensstemmelse med princippet om aktivers værdiforringelse havde Kommissionen spredt omkostningerne til erhvervelse af kunder ud over 48 måneder. På grundlag heraf havde den undersøgt dækningen af de beregnede variable omkostninger og af de samlede beregnede omkostninger hver for sig<sup>18</sup>.

16. Endvidere afviste Retten WIN's påstand om, at Kommissionen havde anvendt en statisk dækningstest — uden at tage hensyn til de løbende månedlige omkostningers tilpasning over tid, hvilket ville have været langt mere ufordelagtigt for WIN. Retten anførte, at Kommissionen for hver periode af overtrædelsen og for alle abonnenterne har medregnet de efterfølgende prisfald, der forekom i løbet af den omhandlede periode. Kommissionen havde endog struktureret sin analyse ud fra disse fald<sup>19</sup>.

17. Endvidere fastslog Retten, at Kommissionen med rette fandt, at de indtægter og omkostninger, der lå efter oktober 2002 — og dermed efter overtrædelsesperioden — ikke kunne opføres på regnskabet til vurdering af dækningsgraden af omkostningerne i løbet af den pågældende periode<sup>20</sup>.

18. Endelig bemærkede Retten, at selv hvis WIN i visse henseender kunne godtgøre den passende karakter af den metode, selskabet gjorde gældende (dvs. discounted cash flow-metoden), ville dette ikke være tilstrækkeligt til at bevise, at den metode, Kommissionen havde anvendt i denne sag, var ulovlig<sup>21</sup>.

19. WIN gjorde endvidere gældende, at Kommissionen havde begået fejl under anvendelsen af sin egen beregningsmetode, navnlig ved beregningen af de faste og variable omkostninger.

20. Retten fastslog i den forbindelse, uafhængigt af, om det foreliggende anbringende kunne antages til realitetsbehandling, at den omstændighed, at Kommissionen under anvendelsen af sine skønsmetoder kunne tillade, at en dækningsgrad af de variable omkostninger på 99,7% ikke udgjorde en overtrædelse, ikke kunne forpligte Kommissi-

17 — Jf. den appellerede doms præmis 130.

18 — Jf. præmis 132.

19 — Jf. præmis 140-143.

20 — Jf. præmis 152.

21 — Jf. præmis 153.

sionen til at gøre det samme for dækningsgrader af de samlede omkostninger på henholdsvis 98 og 99%. Dette anbringende kunne således ikke tages til følge, idet det ikke kunne tillægges vægt<sup>22</sup>.

B — Anbringenderne vedrørende underbudstesten

21. Retten forkastede ligeledes WIN's anbringende om den af Kommissionen anvendte underbudstest.

22. For det første afviste den WIN's argumenter om, at en erhvervsdrivende har ret til i god tro at sidestille sine priser med den pris, som en konkurrent tidligere har anvendt, selv i tilfælde, hvor disse priser ligger under virksomhedens omkostninger.

23. Efter at have bemærket, at hverken Kommissionens praksis eller praksis ved Fællesskabets retsinstanser anerkender, at en dominerende virksomheds ret til at indrette sine priser efter konkurrenternes priser er absolut, påpegede Retten, at virksomheder i dominerende stilling er pålagt særlige forpligtelser og kan miste retten til at udvise adfærd eller gennemføre handlinger, som ikke i sig

selv ville være misbrug, og som ikke ville kunne kritiseres, hvis de var udvist eller gennemført af virksomheder, der ikke var dominerende<sup>23</sup>.

24. Retten fastslog, at »WIN kan således ikke påberåbe sig en absolut ret til at sidestille sig med sine konkurrenters priser som begrundelse for sin adfærd. Såfremt det er rigtigt, at en dominerende virksomheds sidestilling med konkurrenternes priser ikke i sig selv er misbrug eller kan kritiseres, kan det ikke udelukkes, at dette bliver tilfældet, når sidestillingen ikke blot tilsigter at beskytte virksomhedens interesser, men har til formål at styrke den dominerende stilling og misbruge den«<sup>24</sup>.

25. For det andet besluttede Retten ikke at tage WIN's anbringende om, at der ikke forelå en plan om underbud og konkurrencebegrænsning, til følge.

26. Ifølge WIN havde Kommissionen begået en alvorlig tilsidesættelse af artikel 82 EF ved at fastslå, at en sådan plan havde eksisteret. En sådan underbudsstrategi kunne på ingen måde anses for rationel under de markedsforhold, der herskede på det pågældende tidspunkt, navnlig i lyset af de begrænsede adgangshindringer<sup>25</sup>.

22 — Jf. præmis 165-169.

23 — Jf. præmis 186.

24 — Jf. præmis 187.

25 — Jf. præmis 188.

27. Under henvisning til Fællesskabets retspraksis bemærkede Retten, at det, for så vidt angår underbudspriser, for de priser, der er lavere end gennemsnittet af de samlede omkostninger, skal bevises, at der foreligger en plan om udelukkelse af konkurrencen, og dette forsæt til udelukkelse skal godtgøres på grundlag af alvorlige og samstemmende indicier<sup>26</sup>. Den anførte herefter, at de erklæringer, som fremgik af selskabets interne dokumenter, og som Kommissionen havde henvist til, udgjorde et indicium for, at der forelå en plan om underbud, hvilket blev styrket af andre forhold. Retten fandt, at WIN i sin stævning blot havde fremsat uklare argumenter, som ikke gav Retten mulighed for at tage stilling, hvorfor de blev forkastet. Den fastslog, at Kommissionen havde fremlagt alvorlige og samstemmende indicier for, at der forelå en plan om underbud i hele overtrædelsesperioden<sup>27</sup>.

28. For det tredje har WIN gjort gældende, at genindvindingen af tab var et selvstændigt led i testen af underbud, som Kommissionen skal bevise. Kommissionen havde således begået en alvorlig retlig fejl ved at fastholde, at det ikke var nødvendigt at godtgøre genindvindingen af tabet. Endvidere gjorde WIN gældende, at Kommissionen havde anlagt et andet åbenbart urigtigt skøn i tillæg til urigtig retsanvendelse ved at finde, at den havde oplyst om beviset for en mulighed for genindvinding af tab<sup>28</sup>.

29. Retten fastslog, at det i overensstemmelse med AKZO-dommen og Tetra Pak II-dommen var med rette, at Kommissionen

fandt, at godtgørelsen af en genindvinding af tabet ikke var en forudgående betingelse for at fastslå, at der forelå en praksis med underbudspriser. Kommissionen kunne således i henhold til Fællesskabets retspraksis anse priser, der var lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger, for at være misbrug. I dette tilfælde formodes en sådan prispraksis at have til formål at fjerne konkurrencen. Hvad angår de samlede omkostninger skulle Kommissionen herudover bevise, at WIN's praksis med underbudspriser var et led i en plan, der tilsigtede at »blive den førende« på markedet. I ingen af de to tilfælde var det nødvendigt som supplerende bevis at godtgøre, at WIN havde en reel mulighed for at genindvinde sit tab<sup>29</sup>.

### III — Parternes påstande

30. FT har nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves, og  
følgelig

— hjemvises sagen til Retten, for at  
denne kan træffe en ny afgørelse, eller

<sup>26</sup> — Jf. præmis 195-198.

<sup>27</sup> — Jf. præmis 199-215.

<sup>28</sup> — Jf. præmis 219-223.

<sup>29</sup> — Jf. præmis 224-229.



- afgøres sagen endeligt, og den anfægtede beslutning annulleres, således at appellanten gives medhold i de ved førsteinstansen fremsatte påstande.

A — *Det første anbringende om tilsidesættelse af begrundelsespligten*

33. Det første appelanbringende består af to led. I det første led gør appellanten gældende, at Retten har tilsidesat sin begrundelsespligt hvad angår muligheden for at genindvinde tabene, som skal være godtgjort.

- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

31. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

34. I det andet led i det første anbringende gør appellanten gældende, at Retten tilsidesatte sin begrundelsespligt hvad angår retten til at tilpasse sine priser efter konkurrenternes priser, som Retten uden nærmere forklaring har udelukket.

- Frifindelse.

35. Af nemhedsgrunde vil jeg behandle ovenstående anbringender i den omvendte rækkefølge.

- Appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

1. Retten til at tilpasse sine priser efter konkurrenternes priser

#### IV — Appellen

a) *Parternes hovedargumenter*

32. Appellanten har til støtte for sin appel fremført syv anbringender.

36. Med sit anbringende har appellanten gjort gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 187 blot anførte, at »[s]åfremt

det er rigtigt, at en dominerende virksomheds sidestilling med konkurrenternes priser ikke i sig selv er misbrug eller kan kritiseres, *kan det ikke udelukkes, at dette bliver tilfældet*, når sidestillingen ikke blot tilsigter at beskytte virksomhedens interesser, men har til formål at styrke den dominerende stilling og misbruge den« (min fremhævelse)<sup>30</sup>. Appellanten har gjort gældende, at ovennævnte udtalelse er rent hypotetisk, og at Retten ikke på nogen måde har præciseret, om WIN i den foreliggende sag havde til hensigt at styrke eller misbruge sin dominerende stilling.

37. Kommissionen har gjort gældende, at appellanten ved Retten kun påberåbte sig en »sidestillingsundtagelse« eller en »grundlæggende ret til at sidestille« for alle virksomheder, uanset om de har en dominerende stilling eller ej, selv i tilfælde, hvor konkurrenternes priser betyder, at virksomheden anvender priser, der ligger under dens omkostninger. Kommissionen har derfor gjort gældende, at Retten med rette udelukkede, at der forelå en sådan absolut ret.

## b) *Gennemgang*

38. Retten behandlede i den appellerede doms præmis 176-182 spørgsmålet om WIN's ret til at tilpasse sine priser efter konkurrenternes priser. Retten fandt, at det ikke var muligt at gøre gældende, at en dominerende virksomheds ret til at tilpasse

sine priser efter konkurrenternes priser er absolut. Denne holdning er blevet anerkendt af Kommissionen i dens tidligere praksis og i retspraksis.

39. Denne konklusion er efter min opfattelse korrekt.

40. I den appellerede doms præmis 185 henviste Retten dog generelt til fast retspraksis, hvoraf det fremgår, at selv om en dominerende stilling ikke kan berøve en virksomhed, der har en sådan stilling, retten til at forsvare sine egne handelsmæssige interesser, når disse trues, og selv om der må indrømmes virksomheden ret til i rimeligt omfang at foretage handlinger, som den skønner hensigtsmæssige med henblik på beskyttelse af disse interesser, kan man ikke tillade sådanne former for adfærd, når de netop har til formål at styrke denne dominerende stilling og misbruge den<sup>31</sup>.

41. I den appellerede doms præmis 186 henviser Retten herefter til sin egen praksis og anfører, at det følger af arten af de forpligtelser, der pålægges ved artikel 82 EF,

30 — Jf. den appellerede doms præmis 187.

31 — Jf. dom af 14.2.1976, sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, Sml. s. 207, præmis 189, af 1.4.1993, sag T-65/89, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, Sml. II, s. 389, præmis 117, og af 8.10.1996, forenede sager T-24/93 — T-26/93 og T-28/93, Compagnie Maritime Belge Transports SA m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1201, præmis 146.

at virksomheder med en dominerende stilling under særlige omstændigheder kan miste retten til at udvise adfærd eller gennemføre handlinger, som ikke i sig selv ville være misbrug, og som ikke ville kunne kritiseres, hvis de var udvist eller gennemført af virksomheder, der ikke var dominerende<sup>32</sup>.

42. Retten fastslog, at »WIN kan således ikke påberåbe sig en absolut ret til at sidestille sig med sine konkurrenters priser som begrundelse for sin adfærd. Såfremt det er rigtigt, at en dominerende virksomheds sidestilling med konkurrenternes priser ikke i sig selv er misbrug eller kan kritiseres, kan det ikke udelukkes, at dette bliver tilfældet, når sidestillingen ikke blot tilsigter at beskytte virksomhedens interesser, men har til formål at styrke den dominerende stilling og misbruge den«<sup>33</sup>.

43. Retten synes at have behandlet en dominerende virksomheds ret til at tilpasse sine priser efter konkurrenternes på en generel måde, men har ikke anvendt den på de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag.

44. Retten har med andre ord ikke specifikt analyseret, om WIN tilpassede sine priser efter konkurrenternes for at styrke og

misbruge sin dominerende stilling eller ej. Efter min opfattelse har Retten slet ikke taget stilling til dette spørgsmål i den foreliggende sag.

45. Det er derfor nødvendigt at undersøge, om Retten opfyldte sin formelle begrundelsespligt i henhold til artikel 36 i statuten for Domstolen, der i medfør af samme statuts artikel 53, stk. 1, finder anvendelse på Retten. Artikel 36 bestemmer, at domme skal begrundes<sup>34</sup>.

46. Generaladvokat Léger bemærkede i forslaget til afgørelse i Acerinox-sagen, at »det må antages, at begrundelsen for en dom klart og utvetydigt skal angive de betragtninger, som Retten har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne beslutning, og således at Domstolen kan udøve sin prøvelsesret«<sup>35</sup>.

34 — Jf. for så vidt angår de tilsvarende bestemmelser i EKSF-statuten for Domstolen dom af 11.9.2003, sag C-197/99 P, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 8461, præmis 63.

35 — Jf. forslag til afgørelse af 28.10.2004, sag C-57/02 P, Acerinox mod Kommissionen, Sml. I, s. 6689, punkt 32 og den deri nævnte retspraksis, dom af 14.5.1998, sag C-259/96 P, Rådet mod De Nil og Impens, Sml. I, s. 2915, præmis 32-34, og af 17.5.2001, sag C-449/98 P, IECC mod Kommissionen, Sml. I, s. 3875, præmis 70; samt kendelse af 19.7.1995, sag C-149/95 P(R), Kommissionen mod Atlantic Container Line m.fl., Sml. I, s. 2165, præmis 58, af 14.10.1996, sag C-268/96 P(R), SCK og FNK mod Kommissionen, Sml. I, s. 4971, præmis 52, og af 25.6.1998, sag C-159/98 P(R), De Nederlandske Antillers regering mod Rådet, Sml. I, s. 4147, præmis 70. Jf. også Acerinox-dommen, præmis 36.

32 — Jf. dom af 17.7.1998, sag T-111/96, ITT Promedia mod Kommissionen, Sml. II, s. 2937, præmis 139.

33 — Jf. den appellerede doms præmis 187.

47. Kommissionen har i sine skriftlige indlæg ved Retten ganske vist gjort gældende, at en dominerende virksomhed ikke bør tillades mulighed for at tilpasse sine priser efter konkurrenters priser, når det medfører den dominerende virksomheds manglende dækning af omkostningerne til den pågældende tjeneste<sup>36</sup>, men det er åbenbart, at Rettens svar på dette spørgsmål er en smule mere subtilt. På baggrund af formuleringen af den appellerede doms præmis 187 forekommer det således sandsynligt, at Retten ønskede at åbne op for et »forsvar af foranstaltninger til imødegåelse af konkurrence« i fremtidige sager, hvor en dominerende virksomhed anvender priser, der er lavere end omkostningerne.

48. Efter at have henvist til den retspraksis, der blev indledt med United Brandsdommen<sup>37</sup>, og den retspraksis, der vedrører de særlige forpligtelser, som pålægges virksomheder, der har en dominerende stilling, anvendte Retten i sin besvarelse af sit eget spørgsmål i den appellerede doms præmis 184 en formulering, der tillader en mulig tilpasning efter konkurrenternes priser, der afviger en smule fra den test, som Kommissionen har lagt til grund og anvendt i den anfægtede beslutning, således som det er beskrevet i præmis 176 og 183 i den appellerede dom.

49. Retten burde derfor have vurderet, om denne (nye) formulering fandt anvendelse på omstændighederne i den foreliggende sag eller ej, hvilket den åbenbart ikke gjorde.

36 — Det er ikke vanskeligt at anfægte dette argument, da Kommissionen ikke angiver nærmere, hvilke omkostninger (variable eller samlede osv.), den tænker på.

37 — Jf. United Brandsdommen, nævnt ovenfor i fodnote 31, præmis 189, dommen i sagen BPB Industries og British Gypsum, nævnt ovenfor i fodnote 31, præmis 117; og dommen i sagen Compagnie Maritime Belge Transports SA m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 31, præmis 146.

50. Jeg kan derfor tilslutte mig appellansens anbringende om, at Rettens udtalelse i den appellerede doms præmis 187<sup>38</sup> er rent hypotetisk og umiddelbart synes at være ufuldstændig. Jeg kan i denne forbindelse ikke tiltræde Kommissionens argument om, at denne udtalelse er »fuldstændig« (og/eller, at den nye formulering af, hvad der udgør tilladelig tilpasning, finder anvendelse på omstændighederne i den foreliggende sag) i præmis 199-218 i den appellerede dom, hvor Retten fastslår, at Kommissionen har godtgjort de forhold, der kræves som bevis for, at der foreligger en praksis med underbudspriser, der ligger lavere end en dominerende virksomheds samlede omkostninger. For det første blev argumentet fremført for sent i sagen til at kunne antages, idet det først blev fremført af Kommissionen under den mundtlige forhandling og som sådan var nyt i forhold til de skriftlige indlæg. For det andet bygger det efter min opfattelse på præmisser i den appellerede dom, som ikke har noget med præmis 187 at gøre.

51. Endelig er Rettens manglende begrundelse og ufuldkomne argumentation, som nævnt ovenfor, efter min opfattelse så meget mere alvorlig som dette er den første sag, hvor tilpasning har været direkte behandlet ved Fællesskabets retsinstanser i en situation som i den foreliggende sag.

38 — Som i det væsentlige anfører, at tilpasning kan kritiseres, hvis den ikke kun har til formål at beskytte den dominerende virksomheds interesser, men også at styrke og misbruge dens dominerende stilling.

52. Det følger heraf, at Retten tilsidesatte sin begrundelsespligt og endvidere har begået en retlig fejl.

53. Følgelig bør appellanten gives medhold i det andet klagepunkt i det første anbringende.

## 2. Godtgørelse af (muligheden for) genindvinding af tab

### a) Parternes hovedargumenter

54. Appellanten har i det væsentlige gjort gældende, at Domstolen i Tetra Pak II-dommen fastslog, at det *under de i nævnte sag foreliggende omstændigheder* ikke var påkrævet endvidere at kræve som yderligere bevis, at det påvises, at en dominerende virksomhed har en reel chance for at genindvinde sine tab<sup>39</sup>. Retten valgte i den appellerede dom at gøre denne udtalelse til en generel regel, men undlod at give en begrundelse herfor. Appellanten har endvidere gjort gældende, at omstændighederne i Tetra Pak II-sagen var helt forskellige fra omstændighederne i den foreliggende sag, da Tetra Pak havde en såkaldt superdominerende stilling på et modent marked. Endelig har fællesskabsretspraksis aldrig fastslået, at det er ufornuddent at godtgøre muligheden for genindvinding af tab.

<sup>39</sup> — Jf. Tetra Pak II-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 44.

55. Kommissionen har i sin duplik henvist til sit svar på det syvende anbringende og gør i det væsentlige gældende, at der af fællesskabsretspraksis ikke kan udledes et krav om bevis for genindvinding. Subsidiært har Kommissionen gjort gældende, at den anfægtede beslutning rent faktisk undersøgte detaljeret, om genindvinding var sandsynlig i den foreliggende sag, og fastslog, at det var den.

### b) Gennemgang

56. Retten citerede i den appellerede doms præmis 226 præmis 44 i Tetra Pak II-dommen, hvorefter »[det ikke] findes påkrævet endvidere at kræve som yderligere bevis, at det påvises, at Tetra Pak havde en reel chance for at genindvinde sine tab. Udbud til underbudspriser skal kunne sanktioneres, så snart der er risiko for eliminering af konkurrenterne. [...] Retten [konstaterede] i præmis 151-191 i den appellerede dom [Tetra Pak II], at der forelå en sådan risiko. Af hensyn til formålet, som er at sikre, at konkurrencen ikke fordrejes, kan man ikke vente på, at en sådan strategi fører til, at konkurrenterne faktisk elimineres«. Retten

fastslog herefter i den appellerede doms præmis 227 og 228, at »Kommissionen kunne således [...] anse priser, der var lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger, for at være misbrug. I [en sådan situation] formodes en sådan prispraksis at have til formål at fjerne konkurrencen [...]. Hvad angår de samlede omkostninger skulle Kommissionen herudover bevise, at WIN's praksis med underbudspriser var et led i en plan, [i hvilken WIN] tilsigtede at »blive den førende« på markedet. I de to tilfælde var det ikke nødvendigt som supplerende bevis at godtgøre, at WIN havde en reel mulighed for at genindvinde sit tab. Kommissionen har således med rette fundet, at godtgørelsen af en genindvinding af tabet ikke var en forudgående betingelse for at fastslå, at der forelå en praksis med underbudspriser«<sup>40</sup>.

57. Som allerede anført ovenfor i forbindelse med klagepunktet vedrørende retten til at tilpasse priser, skal begrundelsen for en dom klart og utvetydigt angive de betragtninger, som Retten har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne beslutning, og således at Domstolen kan udøve sin prøvelsesret<sup>41</sup>.

58. Efter min opfattelse har Retten ikke forklaret, hvorfor den mente, at det i lyset af de særlige omstændigheder i den foreliggende sag ikke var nødvendigt at godtgøre muligheden for genindvinding af tab.

59. Retten har henvist til en dom, som utvetydigt fastslår, at det ikke var påkrævet at kræve godtgjort, at en dominerende virksomhed havde en reel chance for at genindvinde sine tab *under de i nævnte sag foreliggende omstændigheder*. Efter min opfattelse burde Retten ikke have vendt denne udtalelse, som åbenbart bygger på de særlige omstændigheder i Tetra Pak II-sagen, til en generel regel. Ved at gøre dette uden nogen som helst forklaring har Retten åbenbart tilsidesat sin begrundelsespligt.

60. Jeg konkluderer derfor, at Retten har begået to fejl. For det første har den ved sin urigtige fortolkning og anvendelse af Tetra Pak II-dommen anvendt en ukorrekt bestemmelse. For det andet har Retten, som forklaret ovenfor, åbenbart tilsidesat sin begrundelsespligt.

61. Det skal tilføjes, at Retten heller ikke besvarede WIN's argument præcist. WIN havde ikke gjort gældende, at Kommissionen skulle godtgøre den »faktiske« genindvinding af tab. WIN havde gjort gældende, at Kommissionen skulle vise, at virksomheden kunne »forvente mulighed for« at genindvinde sine tab.

62. I det omfang Rettens manglende vurdering af visse dele af appellansens argumenter

40 — Jf. den appellerede doms præmis 226-228.

41 — Jf. den ovenfor i fodnote 35 nævnte retspraksis.

påvirker sagens udfald og således er til skade for appellantens interesser, kan det også udgøre en tilsidesættelse af retten til at blive hørt<sup>42</sup>.

genindvinding af tab ikke går forud for konstateringen af, at der foreligger underbudspriser.

63. Det første klagepunkt i det første anbringende bør derfor også tages til følge.

### 1. Parternes hovedargumenter

64. Det følger af ovenstående betragtninger, at Retten tilsidesatte sin begrundelsespligt og begik en retlig fejl, hvorfor den appellerede dom bør ophæves.

*B — Det første klagepunkt i det syvende anbringende om, at der foreligger tilsidesættelse af artikel 82 EF — genindvinding af tab — mulighed for genindvinding af tab som en forudsætning for konstatering af, at der foreligger underbudspriser*

66. Appellanten har gjort gældende, at det i henhold til Fællesskabets retspraksis er et krav, at muligheden for genindvinding af tab godtgøres, uden hvilken underbudspriser er utænkeligt, da underbudspriser uden en forventning om genindvinding ikke er rationel økonomisk adfærd. Appellanten har gjort gældende, at dette synspunkt deles af en række nationale domstole og konkurrencemyndigheder samt af en lang række forfattere.

65. Det syvende appelanbringende består af to led. I det første klagepunkt, som jeg vil behandle her, har appellanten gjort gældende, at Retten har tilsidesat artikel 82 EF ved at fastslå, at godtgørelsen af muligheden for

67. Kommissionen har gjort gældende, at Fællesskabets retspraksis ikke kræver særskilt godtgørelse af muligheden for genindvinding af tab. I modsætning til bestemmelserne i USA's antitrustret forudsætter analysen af misbrug i henhold til artikel 82 EF, at der

42 — Jf. dom af 10.12.1998, sag C-221/97 P, Schröder m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 8255, præmis 24.

foreligger en dominerende stilling (jf. Hoffman-La Roche-dommen<sup>43</sup>), hvilket i sig selv er tilstrækkeligt til at fastslå, at genindvinding af omkostningerne er mulig.

generelt<sup>44</sup>, hvilket ville gøre det uforholdsmæssigt at godtgøre muligheden for genindvinding i fremtidige sager om underbudspriser<sup>45</sup>.

## 2. Gennemgang

68. Efter at have henvist til Tetra Pak II-dommen fastslår Retten i den appellerede doms præmis 228, at Kommissionen med rette fandt, at godtgørelse af genindvinding af tab ikke gik forud for konstateringen af, at der forelå underbudspriser.

69. Efter min opfattelse er Rettens, og for den sags skyld også Kommissionens, fortolkning af Domstolens praksis ukorrekt. Jeg mener, at Domstolens praksis kræver godtgørelse af muligheden for genindvinding af tab.

70. Jeg er af den opfattelse, at Domstolen med formuleringen i Tetra Pak II-dommen »under de i sagen foreliggende omstændigheder« klart havde til hensigt at undgå at udtale sig

71. Generaladvokat Fennelly har med rette anført i forslaget til afgørelse i *Compagnie Maritime Belge*-sagen<sup>46</sup>, at »Domstolen [ikke] ville gå så langt som generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer, som fastslog<sup>47</sup>, at Domstolen ikke skulle »fastslå, at forventningen om, at tabene kan genindvindes, er endnu en betingelse, der skal være opfyldt for, at der foreligger eliminerende priser i strid med artikel [82 EF]«, bl.a. fordi, efter hans

44 — Jf. for en tilsvarende fortolkning f.eks. R. Whish, *Competition Law*, Butterworths, 4. udg., 2001, s. 650, A. Jones og B. Sufrin, *EC Competition Law*, Oxford University Press, 2001, s. 342, V. Korah, »The Paucity of Economic Analysis in the Decision on Competition: Tetra Pak II«, *Current Legal Problems*, bind 46, 1993, s. 172, og S. Kon og S. Turnbull, »Pricing and the Dominant Firm: Implications of the Competition Commission Appeal Tribunal's Judgment in the NAPP Case« (2003) *E.C.L.R.* 24(2) 70-86, s. 75.

45 — Efter min opfattelse fremgår det dog klart af præmis 44 i Tetra Pak II-dommen, at der ikke kræves godtgørelse af den faktiske genindvinding. Det følger af Domstolens udtalelse i denne præmis, at »udbud til underbudspriser skal kunne sanktioneres, så snart der er risiko for eliminering af konkurrenterne. [...] Retten [konstaterede] i præmis 151 og 191 i den appellerede dom, at der forelå en sådan risiko. Af hensyn til formålet, som er at sikre, at konkurrencen ikke fordrejes, kan man ikke vente på, at en sådan strategi fører til, at konkurrenterne faktisk elimineres«.

46 — Jf. forslag til afgørelse af 29.10.1998, forenede sager C-395/96 P og C-396/96 P, Sml. I, s. 1365, punkt 129 og fodnote 84.

47 — Jf. punkt 78 i forslaget til afgørelse i Tetra Pak II-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 4.

43 — Dom af 13.2.1979, sag 85/76, Sml. s. 461.



mening, »den dominerende virksomhed tilstræber en genindvinding af tabene, men underbudspriserne udgør i sig selv en konkurrencebegrænsende adfærd, uanset om formålet hermed nås«.

72. Ved at anvende denne formulering har Domstolen endvidere klart fraveget den kategoriske udtalelse i Rettens dom i Tetra Pak II-sagen, om, at »[det ikke er] nødvendigt specielt at godtgøre, at den pågældende virksomhed med rimelighed kunne forvente at få genoprettet de tab, den har lidt«<sup>48</sup>.

73. Det følger efter min opfattelse også af AKZO-dommen<sup>49</sup> og Hoffman-La Roche-dommen<sup>50</sup>, at godtgørelse af muligheden for genindvinding er nødvendig for at kunne konstatere, at der foreligger underbudspriser i henhold til artikel 82 EF<sup>51</sup>. Hvis ikke der er en

mulighed for genindvinding, er der formodentlig tale om normal konkurrence<sup>52</sup>.

74. I et sådant tilfælde, hvor der ingen mulighed er for genindvinding af tab, bør forbrugerne og deres interesser i princippet ikke lide nogen skade. Det skal her bemærkes, at jeg deler generaladvokat Jacobs' synspunkt i forslaget til afgørelse i Oscar Bronner-sagen, hvori han anfører, at »det primære formål med artikel 82 [EF] [er] snarere at forhindre konkurrencefordrejning — og især at sikre forbrugernes interesser — end at beskytte bestemte konkurrenters position«<sup>53</sup>.

75. Endelig vil jeg benytte lejligheden til at fremhæve, at ud over ovennævnte retspraksis

48 — Jf. dom af 6.10.1994, sag T-83/91, Tetra Pak International mod Kommissionen, Sml. II, s. 755, præmis 150.

49 — Navnlig dommens præmis 71.

50 — Navnlig dommens præmis 91.

51 — Efter min opfattelse kræver analysen af muligheden for genindvinding af tab en ex ante eller fremadskuende vurdering af markedets struktur, efter at udelukkelsen er opstået, dvs. muligheden for genindvinding, således som den med rimelighed kan forventes af den dominerende virksomhed på det tidspunkt, hvor den fastlægger sine priser. En sådan analyse svarer til den analyse, som Kommissionen foretager i forbindelse med fusionskontrol. Jf. dom af 15.2.2005, sag C-12/03 P, Kommissionen mod Tetra Laval, Sml. I, s. 987, præmis 42-44. Jf. også f.eks. A. Ezrachi, *EC Competition Law*, Hart, 2008, s. 140; P. Papandropoulos, »Article 82 EC reform«, *Droit & économie, Concurrences* No 1 — 2008; og M. de la Mano og B. Durand, *A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation* under Article 82, DG Competition, European Commission, Office of the Chief Economist Discussion Paper, 12.12.2005, s. 3.

52 — Jf. i denne forbindelse generaladvokat Fennellys forslag til afgørelse i sagen *Compagnie Maritime Belge Transports SA m.fl. mod Kommissionen*, nævnt ovenfor i fodnote 46, punkt 136. Da den pris-/omkostningsanalyse, der kræves i sager om underbudspriser, endvidere nødvendigvis må være kontroversiel og anfægtelig (jf. AKZO-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3; jf. også D. Howarth, »Unfair and Predatory Pricing under Article 82 EC«, i *EC Competition Law*, G. Amato and C.-D. Ehlermann ed., Hart, 2007, s. 258-262), ikke mindst med hensyn til spørgsmål som f.eks., hvilke omkostninger der er variable, og hvilke der er faste, hvilken tidsperiode der er relevant osv., vil et krav om godtgørelse af muligheden for genindvinding i princippet bidrage til at mindske følgerne af fejl (navnlig fejlagtige positive resultater) i sager om påståede underbudspriser. Endvidere er jeg, for så vidt angår forudgående godtgørelse af muligheden for genindvinding som en nyttig og gennemførlig undersøgelse, i princippet enig i, at »det er meget lettere at fastslå ud fra markedsstrukturen, at genindvinding er usandsynlig, end at fastslå, hvilke omkostninger en given producent har«, jf. den amerikanske sag *A. A. Poultry Farms, Inc mod Rose Acre Farms, Inc* 881 F.2d 1396, (7th Cir. 1989), cert denied, 494 U. S. (1990). En sådan analyse af genindvinding »gør det muligt for retten at undgå at påtage sig den vanskelige vurdering af omkostningsanalyser, undersøgelse af forskellige regnskabsbal og konkurrerende ekspertviden i spørgsmålet om, hvad der er relevante omkostninger«, jf. den australske Boral-sag (2003) 195 ALR 609, præmis 292.

53 — Jf. forslag til afgørelse af 28.5.1998, sag C-7/97, Sml. I, s. 7791, punkt 58.

har bl.a. Den Rådgivende Økonomiske Gruppe for Konkurrencepolitikken (EAGCP)<sup>54</sup>, Organisationen for Økonomisk Samarbejde og Udvikling (OECD)<sup>55</sup> og De Europæiske Tilsynsmyndigheders Gruppe<sup>56</sup> fremhævet vigtigheden af muligheden for godtgørelse af genindvinding.

76. I mine afsluttende bemærkninger til spørgsmålet om godtgørelse af muligheden for genindvinding vil jeg fremhæve, at Kommissionens argumentation ikke har overbevist mig om, at genindvinding i Europa i henhold til artikel 82 EF følger af virksomhedens dominerende stilling, ikke mindst fordi fastlæggelse af dominans ofte bygger på historiske markedsforhold, mens muligheden for genindvinding, således om jeg har rede-

54 — »Det er navnlig vigtigt at undersøge nøje, hvilken mulighed virksomheder, der anvender underbudspriser, har for genindvinding«, i rapport fra EAGCP, som er en gruppe af anerkendte økonomer, der fungerer som rådgivere for Kommissionens Generaldirektorat for Konkurrence og kommissionsmedlemmet med ansvar for konkurrence, »An economic approach to Article 82«, juli 2005, s. 52, som findes på: [http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp\\_july\\_21\\_05.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf)

55 — »Genindvindingstesten skal foretages rutinemæssigt i sager om underbudspriser«, i OECD's »Predatory Foreclosure«, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, DAF/COMP(2005)14, 15.3.2005, s. 8 ff., som findes på: <http://www.oecd.org/dataoecd/26/53/34646189.pdf>. For et senere generelt overblik over 35 jurisdiktioner, jf. The International Competition Network, Report on Predatory Pricing, udarbejdet af The Unilateral Conduct Working Group, fremlagt på ICN's 7. årlige konference, Kyoto, april 2008, som findes på: [http://www.icn-kyoto.org/documents/materials/Unilateral\\_WG\\_3.pdf](http://www.icn-kyoto.org/documents/materials/Unilateral_WG_3.pdf)

56 — De Europæiske Tilsynsmyndigheders Gruppe for Elektroniske Kommunikationsnetværk og -tjenester, oprettet af Kommissionen, anfører på s. 36 i et høringsdokument af 21.11.2003 med titlen »Draft joint ERG/EC approach on appropriate remedies in the new regulatory framework« følgende: »Underbudspriser er således kendetegnet ved, at i) den pris, der opkræves, ligger under omkostningerne, ii) konkurrenterne enten er drevet ud af markedet eller udelukket, og at iii) virksomheden kan genindvinde sine tab« (min fremhævelse). Dette dokument findes på: [http://www.erg.eu.int/doc/publications/erg0330\\_draft\\_joint\\_approach\\_on\\_remedies.pdf](http://www.erg.eu.int/doc/publications/erg0330_draft_joint_approach_on_remedies.pdf)

gjort for det ovenfor, efter sin karakter nødvendigvis er ex-ante og fremadskuende, idet den vurderer markedsstrukturen, som den vil være i fremtiden<sup>57</sup>.

77. Det følger af ovennævnte betragtninger, at det første klagepunkt i det syvende anbringende bør tages til følge.

78. Alene i lyset af ovenstående betragtninger bør den appellerede dom efter min opfattelse ophæves. Endvidere er jeg af den opfattelse, at spørgsmålene om godtgørelse af muligheden for genindvinding og retten til at tilpasse sig er så centrale i den foreliggende sag, at dette søgsmål bør genbehandles ved første instans.

57 — »Det skal dog samtidig bemærkes, at godtgørelse af dominans ikke nødvendigvis betyder, at den dominerende virksomhed også vil kunne genindvinde sine tab. Ganske vist betyder godtgørelse af genindvinding, at den dominerende virksomheds monopol vil bestå i fremtiden, men det er vigtigt at bemærke, at den tabsvingende fase og fasen, hvori tabet genindvindes, ikke er sammenfaldende. At virksomheden var dominerende på det tidspunkt, hvor den solgte uden omkostningsdækning, betyder ikke, at den i fremtiden vil kunne genindvinde tidligere tab ved at hæve sine priser. Konkurrenceforholdene kan meget vel være anderledes i fremtiden. For det andet har anbringender om underbudspriser i praksis kun fået medhold i henhold til artikel 82 EF i de tilfælde, hvor genindvinding faktisk var konstateret eller sandsynlig som følge af omstændighedernes«, i R. O'Donoghue og A.J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford: Hart, 2006, s. 254. Endvidere »Myndighederne bør dog erindre, at en prøvelse af, om der foreligger en dominerende stilling, ikke svarer til at foretage en genindvindingsanalyse«, OECD, nævnt ovenfor i fodnote 55, s. 8 ff.

*C — Det andet anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 82 EF — tilpasning af priser efter konkurrenternes priser*

WIN's modsvar på konkurrencen var »rimeligt« og »passende«.

79. Med sit andet anbringende har appellanten gjort gældende, at Retten tilsidesatte artikel 82 EF ved ikke at tillade WIN i god tro at tilpasse sig konkurrenternes priser.

### 1. Parternes hovedargumenter

80. Appellanten har gjort gældende, at Retten ikke bestred, at WIN blot havde tilpasset sine priser efter konkurrenternes. Retten drog dog ingen konklusion på grundlag heraf. Uden at forklare hvorfor begrænsede Retten sig til at anføre, at »det ikke kan udelukkes« at en sådan sidestilling vil udgøre misbrug eller vil kunne kritiseres. Retten respekterede derfor ikke betingelserne for at anvende artikel 82 EF. Retten til at tilpasse sig er fastslået i såvel Kommissionens beslutningspraksis og Domstolens praksis som i retsteorien om konkurrenceretten og i de franske myndigheders beslutningspraksis. Det er endvidere appellants eneste mulighed for at forblive konkurrencedygtig på markedet. Endelig har appellanten gjort gældende, at Retten i overensstemmelse med retspraksis, som blev indledt med *United Brandsdommen*<sup>58</sup>, havde pligt til at undersøge, om

81. Kommissionen er af den opfattelse, at appellanten hverken har gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl for så vidt angår anbringenderne om WIN's påståede ret til at tilpasse sig, eller at den appellerede dom indeholder selvmodsigende begrundelser. Hvad angår argumenterne om et »rimeligt« og »passende« modsvar har appellanten først rejst disse i forbindelse med appellen ved at gøre gældende, at Kommissionen ikke udførte en proportionalitetstest. Appellanten har under alle omstændigheder kun anfægtet en enkelt af den appellerede doms præmisser (præmis 187)<sup>59</sup>. Kommissionen har gjort gældende, at forbud mod at tilpasse sig for en dominerende virksomhed, når det indebærer priser, der er lavere end omkostningerne, er helt i overensstemmelse med de principper, der ligger til grund for artikel 82 EF, hvorefter en dominerende virksomhed har et »særligt ansvar«. Subsidiært har Kommissionen gjort gældende, at den anfægtede beslutning på grundlag af sagens omstændigheder fastslog, at WIN's påstand om, at virksomheden blot havde tilpasset sig efter konkurrenterne, var ubegrundet. Retten behøvede ikke at udtale sig om disse omstændigheder.

58 — Nævnt ovenfor i fodnote 31.

59 — Hvorefter tilpasning af priser efter konkurrenternes priser »ikke i sig selv er misbrug eller kan kritiseres, [men at det ikke] kan [...] udelukkes, at dette bliver tilfældet, når [den] ikke blot tilsigter at beskytte virksomhedens interesser, men har til formål at styrke den dominerende stilling og misbruge den«.

## 2. Gennemgang

82. For det første fastslog Retten, således som jeg har forklaret i punkt 39, med rette i den appellerede doms præmis 176-182, at Fællesskabets retspraksis ikke tillægger en dominerende virksomhed en absolut ret til at tilpasse sine priser efter konkurrenternes.

83. I det foreliggende anbringende anfører appellanten imidlertid ikke, hvad det er, der gør Rettens begrundelse ukorrekt, og appellanten gør heller ikke gældende, at Retten har begået en retlig fejl.

84. Appellanten har ikke desto mindre, ligesom for Retten, gjort gældende, at en erhvervsdrivendes (absolutte) ret til i god tro at tilpasse sine priser efter konkurrenternes er anerkendt af Kommissionen i dens beslutningspraksis og i Domstolens praksis, og at denne ret er enstemmigt godkendt i teorien og økonomiske analyser.

85. I henhold til artikel 58, stk. 1, i statuten for Domstolen og artikel 112, stk. 1, litra c), i Domstolens procesreglement skal et appelskrift præcist angive, hvilke elementer der

anfægtes i den dom, som påstås ophævet, samt de retlige argumenter, der særligt støtter denne påstand. Det fremgår af Domstolens faste praksis, at dette krav ikke er opfyldt, når appelskriftet blot gentager eller ordret gengiver de anbringender og argumenter, der allerede er blevet fremført for Retten<sup>60</sup>.

86. Generaladvokat Geelhoed henviste i denne henseende til forslaget til afgørelse i Sumitomo Metal Industries og Nippon Steel-sagen, hvori han anførte, at<sup>61</sup> »[i] en efterhånden omfattende og klar praksis har Domstolen fastslået, at de anbringender, der fremsættes, skal henvise til Rettens dom [62], og at det, hvis appellen ikke skal afvises, skal angives tilstrækkeligt præcist, om og i givet fald på hvilke punkter Retten har tilsidesat fællesskabsretten i sin dom [63]. Dette krav om præcision medfører bl.a., at det ikke er tilstrækkeligt at angive en søgsmålsgrund rent abstrakt [64]«.

60 — Jf. dommen i sagen Schröder m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 42, præmis 35. En sådan fortolkning af en appel vil være det samme som at forsøge at få sagen genoptaget, og der findes ingen bestemmelser om, at sager kan genoptages ved Domstolen. Jf. f.eks. dom af 3.3.2005, sag C-499/03 P, Biegi Nahrungsmittel og Commonfood mod Kommissionen, Sml. I, s. 1751, præmis 37 og 38.

61 — Forslag til afgørelse af 12.9.2006, forenede sager C-403/04 P og C-405/04 P, Sumitomo Metal Industries og Nippon Steel mod Kommissionen, Sml. I, s. 729.

62 — Der kan ikke fremsættes anbringender, der i det væsentlige er rettet mod en handling eller passivitet fra et eller flere fællesskabsorganer. Hvis disse anbringender gentages, betyder det, at der er tale om en »normal« appel. Jf. f.eks. dom af 7.5.1998, sag C-401/96 P, Somaco mod Kommissionen, Sml. I, s. 2587, præmis 49, og af 22.4.1999, sag C-161/97 P, Kernkraftwerke Lippe-Ems mod Kommissionen, Sml. I, s. 2057, præmis 76 og 77.

63 — Jf. bl.a. dommen i sagen Schröder m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 42, præmis 35 og 38-42, og dom af 9.9.1999, sag C-257/98 P, Lucaccioni mod Kommissionen, Sml. I, s. 5251, præmis 61 og 62.

64 — Jf. dom af 8.7.1999, sag C-51/92 P, Hercules mod Kommissionen, Sml. I, s. 4235, præmis 113.

87. Derfor bør det andet anbringende efter min opfattelse afvises.

88. Men lad os, for at lade tvivlen komme appellanten til gode, og på trods af ovenstående tvivl med hensyn til, hvorvidt det foreliggende anbringende kan antages til realitetsbehandling, antage, at det kan det.

89. Efter min opfattelse, i modsætning til appellants opfattelse, indeholder dommens præmisser ingen selvmodsigelser, da den appellerede dom ikke indeholder en udtalelse om, at »Retten ikke bestrider, at WIN blot havde tilpasset sine priser efter konkurrenternes«.

90. Som jeg konkluderede efter min gennemgang af første anbringende, anvendte Retten ikke den rette retspraksis om retten til sidestilling på omstændighederne i den foreliggende sag.

91. Retten undersøgte ikke omstændighederne i den foreliggende sag med hensyn til, om WIN reelt havde sidestillet sine priser i god tro med konkurrenternes eller ej. Problemet er, at de faktuelle omstændigheder nu anfægtes af parterne under appellen.

92. En appel til Domstolen er imidlertid begrænset til retsspørgsmål, hvilket betyder, at Retten har enekompetence til at undersøge de faktiske omstændigheder i sagen ved første instans. Endvidere må parterne under appellen ikke tilbyde at føre bevis for omstændigheder, som Retten ikke har fastslået.

93. Efter min opfattelse følger det, at det andet anbringende må forkastes af disse to grunde.

94. I overensstemmelse med mit forslag til afgørelse i den foreliggende sag bør den appellerede dom under alle omstændigheder ophæves og henvises til Retten i Første Instans til fornyet behandling. Det vil gøre det muligt for Retten at fastslå de faktiske omstændigheder i forbindelse med WIN's tilpasning<sup>65</sup>.

95. Hvad angår det principielle spørgsmål vil jeg ikke desto mindre benytte lejligheden til at gøre opmærksom på en række punkter, som efter min opfattelse er relevante. For det første er der den retspraksis, som Retten henviser til i den appellerede doms præmis 185 og 186. For det andet har Domstolen i Tetra Pak II-dommen anført, at »det materielle anvendel-

65 — Hvis det er nødvendigt at klarlægge yderligere faktiske omstændigheder eller at tage de fastslåede faktiske omstændigheder op til fornyet overvejelse, vil Domstolen hjemvise sagen til Retten. Jf. i denne forbindelse dom af 17.12.1992, sag C-68/91 P, Moritz mod Kommissionen, Sml. I, s. 6849, præmis 41 og 42.

sesområde for de særlige forpligtelser, der påhviler en virksomhed i en dominerende stilling, skal vurderes under hensyn til de særlige omstændigheder i den enkelte sag, der kunne vise en svækkelse af konkurrencen«<sup>66</sup>. Derfor bør spørgsmålet om tilpasning i en sag som den foreliggende undersøges fra sag til sag. For det tredje bør det efter min opfattelse undtagelsesvis tillades, at en dominerende virksomhed godtgør, at dens priser, der er lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger, er objektivi t begrundede<sup>67</sup>.

Kommissionen dens metode til beregning af omkostningerne, hvilket har forvansket den underbudstest, som Domstolen krævede i AKZO-dommen. Den metode, som Kommissionen har anvendt, giver nemlig ikke mulighed for at afklare, om de abonnenter, som WIN har opnået, henset til abonnementsperioden har givet selskabet et overskud eller et tab.

D — *Det tredje anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 82 EF — forvanskning af underbudstest*

### 1. Parternes hovedargumenter

96. Med sit tredje anbringende har appellanten gjort gældende, at Retten også har tilsidesat artikel 82 EF ved ikke at foreholde

97. Hvad angår de variable omkostninger har appellanten gjort gældende, at det for at kunne fastslås, at priser, som er lavere end de variable omkostninger, udgør misbrug i henhold til artikel 82 EF, i henhold til præmis 71 i AKZO-dommen kræves, at der anvendes en metode til beregning af omkostningsdækningen, der viser, at produkterne eller tjenesterne blev solgt med tab. Metoden er kun forenelig med artikel 82 EF, hvis den godtgør, at visse af abonnenternes abonnementer har medført et tab over en periode på 48 måneder. Men da WIN i sin påstand om annulation gjorde gældende, at hver enkelt abonnent i praktisk taget hele den pågældende periode skabte en indtjening til WIN, kunne Retten ikke uden at tilsidesætte artikel 82 EF undgå at undersøge, om Kommissionen havde fastslået, at i hvert fald visse abonnenter havde medført et generelt tab for WIN. Retten accepterede ikke desto mindre Kommissionens fremgangsmåde, hvilket ikke gav et fuldstændigt overblik over lønsomheden af hvert enkelt abonnement.

66 — Jf. Tetra Pak II-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 24.

67 — Jf. generaladvokat Fennellys forslag til afgørelse i Compagnie Maritime Belge-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 31, punkt 127. Jf. Tetra Pak International-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 48, præmis 147: »En dominerende virksomhed [kan] under visse omstændigheder [...] være berettiget til at sælge med tab.« Jf. bl.a. også Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, Oxford, 6. udgave, 2008, s. 956 og 957, afsnit 10.071: »I det omfang, [Akzo-dommen] betyder, at priser, der ligger under de gennemsnitlige variable omkostninger [...], er underbudspriser, synes det at være for restriktiv en fortolkning. Priser kan fastsættes under [de gennemsnitlige variable omkostninger] som et incitament til at fremme konkurrencen [...]« M. Motta, *Competition Policy*, Cambridge University Press, 2004, s. 453; J. Faull, and A. Nikpay, *The EC law of competition*, Oxford University Press, 2007, s. 379, afsnit 4.287; A. Ezrachi, nævnt ovenfor i fodnote 51, s. 136, OECD, nævnt ovenfor i fodnote 55, s. 18: »At en virksomhed anvender priser, der ikke dækker omkostningerne, er ikke nødvendigvis skadeligt for konkurrencen. Under visse omstændigheder er sådanne priser ikke kun uskadelige, men også konkurrencefremmende. Myndighederne bør grundigt undersøge eventuelle begrundelser, som virksomheder, der påstås at anvende underbudspriser, anfører«. R. Whish, nævnt ovenfor i fodnote 44, s. 649, A. Jones og B. Sufirin, nævnt ovenfor i fodnote 44, s. 339, L. Garzaniti og F. Liberatore, »Recent Developments in the European Commission's Practice in the Communications Sector: Part 2« (2004) *E.C.L.R.* 25(4) s. 234-240.

98. Hvad angår de samlede omkostninger henviser appellanten til sit argument om variable omkostninger og har gjort gældende, at Retten forvanskede underbudstesten ved ikke at undersøge, om det var godtgjort, at de samlede omkostninger for abonnenterne var blevet dækket. Der er således ikke blevet fremlagt bevis for, at nogen af abonnenternes abonnementer har medført et tab for WIN over en periode på 48 måneder.

samlede varighed af et abonnement, dvs. 48 måneder. Kommissionen har i denne forbindelse gjort gældende, at en dækningsgrad under 100% ikke kan blive større end 100% over en længere periode, bortset fra i det tilfælde, hvor situationen i perioden efter overtrædelsen gør det muligt for virksomheden at opnå en indtjeningsmargin pr. abonnent, der ligger betydeligt over konkurrenceniveauet på varig basis.

99. Kommissionen har bestridt disse påstande, først og fremmest ved at anføre, at ikke kun er den metode, som er anvendt i den foreliggende sag, den samme som den, der blev anvendt i de sager, der førte til AKZO-dommen og Tetra Pak II-dommen — som medtager de omkostninger, der fremgår af virksomhedens regnskaber — men denne gang har Kommissionen endog lempet metoden til fordel for appellanten. Kommissionen har f.eks. hverken anvendt en kalkulationsrentesats eller tillagt offeromkostninger under beregningerne.

## 2. Gennemgang

101. Appellanten har ikke klart anført, hvilke dele (dvs. hvilke præmisser) i den appellerede dom der anfægtes<sup>68</sup>.

100. Hvad angår den alternative beregningsmetode (discounted cash flow-metoden) har Retten anført, at Kommissionen ikke havde anlagt et åbenbart urigtigt skøn, og den foreliggende appel har ikke gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl i denne henseende. Hvad angår nødvendigheden af at tage hele varigheden af et abonnement på 48 måneder i betragtning har Kommissionen gjort gældende, at da dækningsgraden af omkostningerne var under 100% for alle de efterfølgende korte perioder, der blev undersøgt i den anfægtede beslutning (i alt ca. halvandet år), kunne dækningsgraden heller ikke have været andet end under 100% i den

102. I søgsmålet ved Retten har appellanten gjort gældende, at Kommissionen anvendte en statisk genindvindingstest, som faktisk svarer til, at erhvervesomkostningerne tilføjes 48 gange til de løbende månedlige omkostninger, sådan som de forelå på tidspunktet for tegningen af abonnementet, og at summen heraf blev sammenlignet med 48 gange de månedlige indtægter, sådan som de forelå på samme dato.

68 — For at undgå gentagelse henviser jeg i denne forbindelse til punkt 85 og 86 ovenfor, som også gælder her.

103. Retten fandt i den appellerede doms præmis 140 og 142, at »i modsætning til, hvad WIN har gjort gældende, [har Kommissionen] ikke [...] anvendt en statisk dæknings-test«, og »i modsætning til, hvad WIN har gjort gældende, [medfører metoden] på ingen måde, at erhvervelsesomkostningerne tilføjes 48 gange til de løbende månedlige omkostninger, sådan som de forelå på tidspunktet for tegningen af abonnementet, og at summen heraf blev sammenlignet med 48 gange de månedlige indtægter, sådan som de forelå på samme dato«<sup>69</sup>.

104. Appellanten anfægter tilsyneladende Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder, men har ikke gjort gældende, at Retten har anlagt et urigtigt skøn, eller at den har foretaget en urigtig gengivelse af omstændighederne i denne henseende, og gentager kun de samme argumenter, som blev fremført ved Retten i Første Instans<sup>70</sup>. Hvad angår argumenterne om discounted cash flow-metoden har Retten i den appellerede doms præmis 153-155 fastslået, at Kommissionen ikke begik en retlig fejl ved ikke at vælge denne metode, og appellanten har ikke gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl i denne henseende.

105. Jeg er derfor af den opfattelse, at dette i sig selv er tilstrækkeligt til, at tredje anbrin-

gende under alle omstændigheder bør afvises eller forkastes som ubegrundet.

*E — Det fjerde anbringende om, at Retten i Første Instans har fejlfortolket artikel 82 EF og tilsidesat sin begrundelsespligt — omkostninger og indtægter senere end den berørte periode*

106. Med sit fjerde anbringende har appellanten gjort gældende, at Retten har fejlfortolket artikel 82 EF og tilsidesat sin begrundelsespligt ved af fastslå, at de omkostninger og indtægter, som var opstået senere end den påståede overtrædelse (dvs. efter den 15.10.2002), er irrelevante. Kommissionen har nemlig som følge af denne tidsmæssige begrænsning af disse indtægter og omkostninger med urette fastslået, at der forelå en overtrædelse.

### 1. Parternes hovedargumenter

107. Appellanten har gjort gældende, at Retten har lagt Kommissionens analyse, som udelukkede omkostninger og indtægter efter den 15. oktober 2002, til grund. Retten kunne ikke uden at modsige sig selv og tilsidesætte artikel 82 EF godkende Kommissionens fremgangsmåde, som på den ene side fra beregningen af dækningsgraden udelukkede indtægter og omkostninger, der opstod senere end den påståede overtrædelse, men

<sup>69</sup> — Jf. den appellerede doms præmis 143-151 med hensyn til Rettens begrundelse for, hvorfor dette er tilfældet.

<sup>70</sup> — Et appelskrift kan ikke kun gentage de anbringender og argumenter, der allerede er fremført for Retten, uden at fremlægge argumenter, der godtgør, at Retten har begået en retlig fejl. Jf. dom af 5.2.1998, sag C-30/96 P, Abello m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 377, præmis 45.



som faldt inden for perioden på 48 måneder, fra beregningen, og på den anden side for så vidt angår abonnementerne anerkendte, at omkostningerne og indtægterne var legitimt spredt over 48 måneder. For at opfylde kravene i artikel 82 EF skal dækningsgraden beregnes over en periode på 48 måneder.

108. Appellanten har gjort gældende, at Retten ved at godkende Kommissionens standpunkt har anført en selvmodsigende begrundelse, da den anfægtede beslutning klart havde fastslået, at konkurrencevilkårene pr. 15. oktober 2002 var »genoprettet«<sup>71</sup>, og nu har Kommissionen medgivet, at den aldrig har indregnet indtægter, som er opstået senere end den påståede overtrædelse, fordi de kun ville være realiseret i en situation med svækket konkurrence.

109. Ifølge Kommissionen er dette anbringende i realiteten blot en videreudvikling af det tredje appelanbringende og skyldes en misforståelse. Der har aldrig været tale om, at indtægter og omkostninger fra et abonnement kan spredes ud over en periode på 48 måneder. Kommissionens metode, som Retten accepterede, tillod derimod — i overensstemmelse med indfrielsesprincippet — at en særlig kategori af omkostninger blev spredt ud over en vis periode, nemlig variable ikke-løbende omkostninger (»erobringssomkostninger« eller »omkostninger til erhvervelse af abonnenter«), som var pådraget i begyndelsen af et abonnement.

110. Kommissionen har imidlertid gjort gældende, at løbende omkostninger ikke må spredes ud over en periode. I henhold til den anfægtede beslutning kunne virksomheden ikke »opnå et dækningsniveau af de løbende omkostninger (netværksomkostninger og produktionsomkostninger), der var tilstrækkeligt til, at den frie margen på disse løbende omkostninger inden for en rimelig tidsramme skulle dække de ikke-løbende variable omkostninger, som blev investeret i forretningsudvikling af de pågældende produkter«<sup>72</sup>. Alle de omkostninger og indtægter, som er opstået senere end den påståede overtrædelse, og som appellanten søger at indregne i beregningen, er imidlertid løbende.

111. Endvidere har Kommissionen gjort gældende, at det vil være urigtigt at indregne fremtidige fortjenester som følge af et fald i fremtidige omkostninger, som alle konkurrenter vil kunne opnå, men som ikke vil blive ledsaget af et fald i priserne. En sådan situation vil kun kunne opstå under svækket konkurrence. Kommissionen har bemærket, at appellants beregningsmetode under alle omstændigheder ikke vil føre til en positiv dækningsgrad for de samlede omkostninger, og at selv hvis Kommissionen accepterede de fremskrivninger med meget høje fortjenester over en periode på 48 måneder, som appellanten har fremlagt, vil disse fortjenester kun kunne opnås under svækket konkurrence. Kommissionen har også gjort gældende, at selv hvis »erhvervelsesomkostningerne« udelukkes, vil WIN's direkte månedlige omkostninger for hver abonnent være større end indtægterne fra abonnementet.

71 — Jf. den anfægtede beslutnings punkt 386.

72 — Jf. den anfægtede beslutnings betragtning 76 og den appellerede doms præmis 136.

112. Endelig har Kommissionen gjort gældende, at appellanten ved sin (urigtige) fremgangsmåde accepterer, at abonnenterne skaber stigende månedlige tab i halvandet år (perioden, som er omfattet af den anfægtede beslutning), men derefter forventer en betydelig fortjeneste i årene efter Kommissionens indgreb, således at abonnenterne skaber fortjeneste i slutningen af abonnementsperioden.

## 2. Gennemgang

113. Det kan umiddelbart se ud som om det foreliggende anbringende blot er en videreudvikling af det tredje anbringende, og at appellanten gentager argumentet om, at kun en periode på 48 måneder ville have gjort det muligt at beregne en omkostningsdækning, der opfylder kravene i artikel 82 EF. For det første synes det foreliggende anbringende at bero på den fejlagtige antagelse, at Retten anerkendte, at »omkostninger og indtægter er spredt ud over 48 måneder«. Det har Retten aldrig gjort i den appellerede dom. I stedet bekræftede Retten Kommissionens metode, som gik ud på kun at udbrede en kategori af omkostninger, dvs. de variable ikke-løbende omkostninger.

114. Under alle omstændigheder har min gennemgang af den appellerede doms præmis 129-156 intet frembragt, som kan rejse tvivl om gyldigheden af Rettens fremgangsmåde. Retten begik efter min opfattelse ingen retlig fejl og anvendte artikel 82 EF korrekt, da den fastslog, at »[d]et kan fastslås, at WIN ikke har godtgjort, at Kommissionen har anvendt en ulovlig test af dækningen af omkostningerne i denne sag ved at anvende de data, der fremgår af WIN's regnskaber, og ved at rette disse til fordel for WIN for at tage

hensyn til den særlige sammenhæng, det pågældende marked befandt sig i, alt imens Kommissionen overholdt de uforventede krav til undersøgelsen i henhold til artikel 82 EF«, og at »det ikke følger af retspraksis, at anvendelsen af discounted cash flow-metoden gjorde sig gældende i denne sag, [og] at WIN ikke har fremført noget argument, der kan godtgøre, at Kommissionen i denne forbindelse har anlagt et åbenbart urigtigt skøn«<sup>73</sup>.

115. Endelig vil jeg erindre om, at der i et appelskrift i henhold til Domstolens procesreglement ikke må foretages nogen ændring af sagsgenstanden, som den har foreligget for Retten. Appellantens fjerde anbringende adskiller sig imidlertid væsentligt fra det anbringende, der blev fremført for Retten, hvor appellanten gjorde gældende, at Kommissionen ved at afvise at benytte discounted cash flow-metoden eller nettonutidsværdimetoden (NPV) (som ifølge appellant er den eneste relevante metode) har begået en retlig fejl. Den sag, som appellanten har anlagt ved Domstolen, nævner dog ikke længere denne metode.

116. Følgelig bør det fjerde anbringende efter min opfattelse afvises eller under alle omstændigheder forkastes som ubegrundet.

73 — Jf. præmis 154 og 155. Hvad angår diskussionen om beregningen af nettonutidsværdien, jf. f.eks. den britiske dom af 15.1.2002, sag nr. 1001/1/1/01, Napp Pharmaceutical Holdings Ltd mod Director General of Fair Trading, Competition Commission Appeal Tribunal (CAT), præmis 260.

F — *Det femte anbringende om tilsidesættelse af artikel 82 EF og begrundelsespligten — underbudspris, selv om den medfører en betydelig nedsættelse af den pågældende virksomheds markedsandel*

117. Med sit femte anbringende har appellanten også gjort gældende, at Retten tilsidesatte artikel 82 EF og sin begrundelsespligt ved at fastslå, at en pris kan være en underbudspris, selv om den medfører en betydelig nedsættelse af den pågældende virksomheds markedsandel. En sådan pris kan ikke anses for at kunne medføre udelukkelse af konkurrerende virksomheder.

### 1. Parternes hovedargumenter

118. Appellanten har gjort gældende, at Retten ganske vist anerkendte, at WIN's markedsandel var faldet fra august 2002, men fortsat fastslog, at den påståede overtrædelse havde fundet sted indtil den 15. oktober 2002. Udbud til underbudspriser forudsætter dog en betydelig konkurrencebegrænsning og kan derfor ikke finde sted under omstændigheder, hvor konkurrencen øges.

119. Kommissionen har gjort gældende, at appellanten kun fremførte dette argument ved Retten for at bestride, at der forelå en

dominerende stilling, og for at kræve nedsættelse af bøden. Appellanten har ikke brugt dette argument til at bestride, at der foreligger misbrug, før under appellen.

120. Med hensyn til realiteten viser de oplysninger, som Kommissionen er i besiddelse af, at WIN's markedsandel voksede konstant frem til den 31. august 2002. Et eventuelt fald i markedsandelen i de sidste halvanden måned af overtrædelsen kan kun skyldes en nedsættelse i FT's engrospriser for adgang til netværket, som WIN — i modsætning til sine konkurrenter — besluttede ikke at afspejle i sine priser, hvorved virksomheden bragte overtrædelsen til ophør den 15. oktober 2002. Kommissionen har for fuldstændighedens skyld tilføjet, at en nedsættelse af markedsandelen som sådan ikke ville rejse tvivl om beslutningens lovlighed og højst ville kunne sætte spørgsmålstejn ved overtrædelsens varighed. Det ville dog ikke have nogen indflydelse på bødens størrelse, da der ikke er blevet rejst krav om en undersøgelse heraf i appelskriftet.

### 2. Gennemgang

121. Som Kommissionen med rette har anført, begrænser den foreliggende appel sig til Rettens vurdering af misbrug af domine-

rende stilling, og WIN fremførte kun argumentet om en påstået nedgang i sin markedsandel ved Retten for at rejse tvivl om, hvorvidt der forelå en dominerende stilling<sup>74</sup> og for at kræve en nedsættelse af bøden<sup>75</sup>.

*G — Det sjette anbringende om påstået urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder og tilsidesættelse af artikel 82 EF — påstået plan om underbud*

1. Urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder og beviser

122. Det følger af fast retspraksis, at en parts adgang til først for Domstolen at fremføre et anbringende, der ikke er blevet fremført for Retten, er ensbetydende med en adgang til at forelægge Domstolen — der har en begrænset kompetence i appelsager — en mere omfattende tvist end den, der blev forelagt Retten. Under en appel har Domstolen således kun kompetence til at tage stilling til den retlige afgørelse, der er blevet truffet vedrørende de anbringender, der er blevet behandlet i første instans<sup>76</sup>.

124. Det sjette appelanbringende består af to led. I det første klagepunkt har appellanten gjort gældende, at Retten for så vidt angår den påståede plan om underbud har foretaget en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder og beviser, som den er blevet forelagt.

a) *Parternes hovedargumenter*

123. Appellantens femte anbringende bør derfor afvises.

125. Appellanten har gjort gældende, at Retten har foretaget en urigtig gengivelse af de beviser, hvorpå den har baseret sin analyse af, om der foreligger en plan om underbud. Den har udelukkende lagt WIN's dokumenter til grund og har heraf udledt, at der foreligger en plan om underbud på grundlag af formuleringer heri som f.eks. »at blive den førende« og »at blive førende«. Disse dokumenter afspejler imidlertid blot »fremadstræbende handelsformål« for at bruge Rettens egne ord<sup>77</sup>.

74 — Jf. punkt 95 i WIN's stævning ved Retten i anbringendet om, hvorvidt der forelå en dominerende stilling.

75 — Jf. punkt 272 i WIN's stævning ved Retten i anbringendet om bøden.

76 — Jf. dom af 26.10.2006, sag C-68/05 P, Koninklijke Coöperatie Cosun UA mod Kommissionen, Sml. I, s. 10367, præmis 95-98 og den deri nævnte retspraksis.

77 — Jf. den appellerede doms præmis 214.

126. Kommissionen har gjort gældende, at appellanten forsøger at få et anbringende, som blev afvist af Retten, optaget til fornyet behandling, dog uden at anfægte, at Retten har fastslået, at det ikke kan antages til realitetsbehandling. For det andet har appellanten ikke fremført nogen argumenter, der støtter den påståede urigtige gengivelse, og det er alene Retten, der har kompetence til at vurdere, hvilken bevisværdi der skal tillægges de oplysninger, den har fået forelagt. For fuldstændighedens skyld har Kommissionen gjort gældende, at Retten ikke baserede sin analyse udelukkende på dokumenter, der indeholder udtryk som »at blive den førende«, men også på talrige andre dokumenter.

#### b) Gennemgang

127. Appellanten forsøger at få et anbringende, som blev afvist af Retten i den appellerede doms præmis 204 og 205, optaget til fornyet behandling.

128. Appellanten må imidlertid ikke rejse dette anbringende på ny i den foreliggende appel. Appellanten kan kun, under særlige omstændigheder, anfægte Rettens afvisning af anbringendet<sup>78</sup> og skal i den forbindelse fremføre argumenter, der godtgør, at Retten

har begået en retlig fejl<sup>79</sup>. Efter min opfattelse har appellanten ikke anfægtet Rettens afvisning af anbringendet.

129. Det foreliggende anbringende vedrører et faktisk spørgsmål og fremlægger ingen overbevisende argumenter, der støtter den påståede urigtige gengivelse af de faktiske omstændigheder.

130. I henhold til artikel 225 EF og artikel 58, stk. 1, i statuten for Domstolen har Domstolen ikke kompetence til at fastlægge de faktiske omstændigheder og i princippet heller ikke til at bedømme de beviser, som Retten har lagt til grund ved fastlæggelsen af de faktiske omstændigheder. Når disse beviser er blevet forskriftsmæssigt tilvejebragt, og de almindelige retsgrundsætninger og de procesuelle regler om bevisbyrde og bevisførelse er blevet overholdt, er det alene Retten, der har kompetence til at vurdere, hvilken bevisværdi der skal tillægges de oplysninger, den har fået forelagt<sup>80</sup>. Rettens vurdering heraf udgør derfor ikke et retsspørgsmål, der som sådant er undergivet Domstolens prøvelsesret, medmindre oplysningerne er gengivet urigtigt<sup>81</sup>.

78 — Jf. K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, 2. oplag, London, 2006, s. 464; Dette kan udledes af dom af 22.12.1993, sag C-354/92 P, Eppe mod Kommissionen, Sml. I, s. 7027, præmis 13.

79 — Jf. dommen i sagen Abello m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 70, præmis 45.

80 — Jf. dom af 17.12.1998, sag C-185/95 P, Baustahlgewebe mod Kommissionen, Sml. I, s. 8417, præmis 24.

81 — Jf. dom af 7.11.2002, forenede sager C-24/01 P og C-25/01 P, Glencore og Compagnie Continentale mod Kommissionen, Sml. I, s. 10119, præmis 65-69. En sådan urigtig gengivelse skal fremgå på åbenlys måde af sagsakterne, uden at det skal være fornødent at foretage en fornyet vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne. Jf. dom af 6.4.2006, sag C-551/03 P, General Motors mod Kommissionen, Sml. I, s. 3173, præmis 51, 52 og 54.

131. Det første klagepunkt i det sjette anbringende bør derfor afvises.

andet, at Fællesskabets retspraksis ikke kræver, at en underbudsplan underbygges af den form for objektivt bevis, som appellanten gør gældende.

## 2. Tilsidesættelse af artikel 82 EF

132. Med sit andet klagepunkt har appellanten gjort gældende, at Retten har tilsidesat artikel 82 EF. Denne artikel kræver, at der foreligger en objektivt identificerbar plan om udelukkelse af konkurrenterne, hvilket krav på ingen måde kan opfyldes ved en rent subjektiv tilgang til begrebet misbrug af dominerende stilling.

### b) *Gennemgang*

135. Det er tilstrækkeligt at bemærke, at appellanten, ligesom i de forudgående anbringender, synes at gøre brug af de samme argumenter som dem, der blev fremført ved Retten.

### a) *Parternes hovedargumenter*

133. Appellanten har gjort gældende, at misbrug af dominerende stilling er et objektivt begreb. Retten har imidlertid baseret sin analyse og konklusion på rent subjektive omstændigheder og ikke på objektive beviser som f.eks. trusler mod konkurrenter, selektiv prisfastsættelse over for konkurrenternes kunder, prisdiskrimination, fremsætning af bedre tilbud, eller varigheden, konsekvensen eller omfanget af tabsgivende salg.

136. Derfor bør også det andet klagepunkt under det sjette anbringende forkastes.

134. Kommissionen har for det første gjort gældende, at elementet forsæt i henseende til misbrug nødvendigvis er subjektivt, og for det

137. Hvad angår udbudsplanen har Retten efter min opfattelse med rette og i tilstrækkeligt omfang anvendt AKZO-dommen og Tetra Pak II-dommen.

138. Derfor bør det sjette anbringende afvises eller under alle omstændigheder forkastes som ubegrundet.

H — *Det andet klagepunkt i det syvende anbringende om tilsidesættelse af artikel 82 EF — genindvinding af tab — virksomhedens godtgørelse af muligheden for genindvinding af tab*

139. Med sit andet klagepunkt i det syvende anbringende har appellanten gjort gældende, at Retten har tilsidesat artikel 82 EF ved at sammenblende Kommissionens bevis for, at det er muligt at genindvinde de nævnte tab, og virksomhedens bevis for, at det ikke er muligt at genindvinde disse tab.

### 1. Parternes hovedargumenter

140. Appellanten har gjort gældende, at WIN har fremlagt bevis for, at det ikke var muligt at genindvinde disse tab. Retten burde derfor have taget stilling til, om Kommissionen havde ret til at tilsidesætte de beviser for, at det ikke var muligt at genindvinde tabene, som virksomheden har fremlagt.

141. Kommissionen har gjort gældende, at appellanten ikke rejste noget anbringende ved

Retten i Første Instans om, hvorvidt Kommissionen havde ret til at tilsidesætte dette bevis. Kommissionen har under alle omstændigheder gjort gældende, at argumentet er implicit afvist i den appellerede doms præmis 103-121 og 261-267. Endelig har Kommissionen for fuldstændighedens skyld gjort gældende, at den analyserede muligheden for genindvinding i den anfægtede beslutning og vurderede, at det var sandsynligt i den foreliggende sag.

### 2. Gennemgang

142. Efter min opfattelse fremførte appellanten ikke nogen argumenter ved Retten, hvorefter genindvinding af tab ikke var muligt, men gjorde kun gældende, at Kommissionen i den anfægtede beslutning selv havde bevist, at det var umuligt at genindvinde tabene ved at gøre gældende, at »konkurrencevilkårene var genoprettet«.

143. Rettens begrundelsespligt kan ikke udstrækkes til et krav om, at den skal tage nærmere stilling til hvert eneste anbringende, som påberåbes af appellanten, navnlig når det ikke er tilstrækkeligt klart og præcist og ikke er underbygget af udførlige beviser<sup>82</sup>.

82 — Jf. dom af 6.3.2001, sag C-274/99 P, Connolly mod Kommissionen, Sml. I, s. I611, præmis 121, og dommen i sagen Belgien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 34, præmis 81.

144. Argumentet, som WIN fremførte i stævningen ved Retten, om, at Kommissionen havde modsagt sig selv i sin markedsanalyse for at bevise, at genindvinding ikke var muligt, er efter min opfattelse ikke tilstrækkeligt klart og præcist. Det godtgør heller ikke, at Kommissionen ikke havde ret til at tilside-sætte det bevis for, at genindvinding ikke var muligt, som virksomheden havde fremlagt.

digvis forkastet i den appellerede doms præmis 103-121 og 261-267.

145. Under alle omstændigheder synes et sådant bevis at være indirekte, men nødven-

146. Efter min opfattelse bør det andet klagepunkt i det syvende anbringende derfor afvises som et nyt argument eller anbrin-gende, som ikke er rejst under sagen for Retten, og det må under alle omstændigheder forkastes som ubegrundet.

## V — Forslag til afgørelse

147. I lyset af det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen, at den ophæver den appellerede dom.

Endvidere er jeg af den opfattelse, at Domstolen bør hjemvise sagen til Retten i Første Instans til afgørelse i overensstemmelse med artikel 61, stk. 1, i statuten for Domstolen og udsætte afgørelsen om sagens omkostninger.