

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

MAZÁK

van 25 september 2008¹

1. In de onderhavige hogere voorziening wordt het Hof gevraagd zich te buigen over vermeend misbruik van een machtspositie in de vorm van de toepassing van afbraakprijzen, hetgeen binnen de categorie verdringspraktijken of uitsluitingspraktijken van dominante ondernemingen valt.² De eerdere rechtspraak van het Hof op het gebied van afbraakprijzen bestaat hoofdzakelijk uit de arresten AKZO³ en Tetra Pak II⁴.

ling ervan, voor haar diensten eXtense en Wanadoo ADSL⁶ (hierna: „betrokken diensten”) afbraakprijzen te hebben toegepast waarmee zij tot augustus 2001 niet haar variabele kosten en vanaf augustus 2001 niet haar totale kosten kon dekken.⁷ De Commissie heeft haar gelast deze inbreuk te beëindigen en heeft haar een geldboete van 10,35 miljoen EUR opgelegd.⁸

2. Aan de oorsprong van de onderhavige hogere voorziening ligt een beschikking van de Commissie van 16 juli 2003⁵, waarin de Commissie heeft vastgesteld dat Wanadoo Interactive SA artikel 82 EG heeft geschonden door in het kader van een plan tot toeeigening van de markt voor snelle internettoegang in een belangrijke fase van de ontwikke-

3. De litigieuze beschikking is bevestigd bij het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 30 januari 2007 in zaak T-340/03⁹ (hierna: „bestreden arrest”). In de onderhavige hogere voorziening vordert France Télécom SA (hierna: „FT” of „rekwirante”), voorheen Wanadoo Interactive SA (hierna: „WIN”), vernietiging van het bestreden arrest.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Afbraakprijzen worden soms ook „onder de kostprijs gelegen prijzen” genoemd.

3 — Arrest Hof van 3 juli 1991, AKZO/Commissie (C-62/86, Jurispr. blz. I-3359; hierna: „AKZO”).

4 — Arrest Hof van 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie (C-333/94 P, Jurispr. blz. I-5951; hierna: „Tetra Pak II”).

5 — Beschikking van de Commissie van 16 juli 2003 inzake een procedure op grond van artikel [82 EG] (Zaak COMP/38.233 - Wanadoo Interactive) (hierna: „litigieuze beschikking”).

6 — Asymmetric Digital Subscriber Line.

7 — Artikel 1 van de bestreden beschikking.

8 — Artikelen 2 en 4 van de bestreden beschikking.

9 — Arrest France Télécom/Commissie (Jurispr. blz. II-107).

I — Achtergrond van het geschil

4. De feitelijke achtergrond van het geschil is door het Gerecht samengevat in de punten 1 tot en met 11 van het bestreden arrest:

„1 In het kader van de ontwikkeling van snelle internetverbindingen heeft de Commissie in juli 1999 besloten om [...] [10] binnen de Europese Unie een bedrijfstakonderzoek te beginnen met betrekking tot onder meer de verlening van diensten inzake de toegang tot het aansluitnet en het gebruik van het residentiële aansluitnet. De in dit kader verzamelde gegevens hebben de Commissie ertoe gebracht, de tariefvoorwaarden voor de levering van snelle-internettoegangsdiensten door [WIN] aan particuliere gebruikers in Frankrijk grondig te onderzoeken. Daartoe heeft zij in september 2001 ambtshalve een procedure ingeleid.

2 In de litigieuze periode was WIN een vennootschap van de groep France Télécom. Van haar kapitaal was 99,9 % in handen van Wanadoo SA. De deelneming van [FT] in het kapitaal van Wanadoo heeft gedurende de litigieuze periode geschommeld tussen 70 en 72,2 %. In de door Wanadoo en haar dochterondernemingen gevormde groep [...] waren alle internetactiviteiten van [FT] alsook

haar activiteiten als uitgever van telefoongidsen bijeengebracht. [...] WIN [was] verantwoordelijk voor de operationele en technische aspecten van de internettoegangsdiensten op het Franse grondgebied, waaronder de diensten inzake ADSL [...]

3 De Commissie heeft WIN op 19 december 2001 een eerste mededeling van punten van bezwaar [...] gestuurd en op 9 augustus 2002 een aanvullende mededeling van punten van bezwaar [...], waarop WIN respectievelijk op 4 maart en 23 oktober 2002 heeft geantwoord.

4 Op 16 januari 2003 heeft de Commissie WIN een brief gestuurd die werd aangeduid als „brief omtrent de feiten” [...], waarbij zij haar toegang heeft verleend tot het dossier dat voor het opstellen van deze brief was gebruikt. WIN heeft op 23 en 27 januari 2003 [...] toegang gehad tot het dossier. Bij schrijven van 26 februari 2003 heeft WIN de Commissie verzocht om toelichting met betrekking tot verscheidene aspecten van de brief omtrent de feiten. De Commissie heeft geantwoord bij brief van 28 februari 2003, waarna WIN op 4 maart 2003 een memorie van antwoord op de brief omtrent de feiten heeft ingediend.

10 — Krachtens de haar bij artikel 12, lid 1, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204) toegekende bevoegdheden.

- 5 Bij [de litigieuze beschikking] heeft de Commissie vastgesteld dat [WIN artikel 82 EG had geschonden¹¹], heeft [zij] haar gelast deze inbreuk te beëindigen [...] en heeft [zij] haar een geldboete van 10,35 miljoen EUR opgelegd [...].
- 6 In de beschikking is de relevante markt omschreven als de Franse markt voor snelle internettoegang voor particuliere gebruikers. De producten waarop de inbreuk betrekking heeft, zijn de diensten inzake snelle internettoegang met gebruik van ADSL-technologie (Wanadoo ADSL en eXtense).
- 7 Volgens de beschikking moest de abonnee in het geval van Wanadoo ADSL in de litigieuze periode maandelijks aan [FT] abonnementsgeld voor de dienstverlening en de huur van de ADSL-modem van [FT] France Télécom betalen, alsook abonnementsgeld aan WIN als leverancier van internettoegang (Internet Access Provider). In het kader van de dienst eXtense werd de modem door de gebruiker gekocht en betaalde deze laatste enkel maandelijks abonnementsgeld aan WIN voor de door [FT] geleverde dienst en de onbeperkte internettoegang.
- 8 Na de beoordeling van verschillende factoren, waaronder de marktaandelen (punten 211-222 van de beschikking) en de gevolgen van de verbinding met [FT] (punten 223-228), komt de Commissie tot de conclusie dat WIN een machtspositie heeft op de relevante markt. Zij tracht vervolgens aan te tonen dat de door WIN toegepaste praktijk van tarifiering onder de kostprijs deel uitmaakt van een opzettelijke strategie om afbraakprijzen toe te passen teneinde zich de markt „toe te eigenen”, en daarmee misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 82 EG vormt (punt 254).
- 9 In de beschikking is het begin van de inbreukperiode vastgesteld op 1 maart 2001 en het einde op 15 oktober 2002, de dag van inwerkingtreding van de in maart 2002 door [FT] voorgestelde corrigerende maatregel. Van maart tot en met augustus 2001 werden de variabele kosten niet door de gehanteerde tarieven gedekt en vanaf laatstgenoemde datum werden de totale kosten niet gedekt (artikel 1 van de beschikking, zie punt 5 hierboven).
- 10 Deze beschikking is op 23 juli 2003 aan WIN betekend. [...]
- 11 Als gevolg van een fusie op 1 september 2004 is [FT] in de rechten van WIN getreden.”

11 — Zie punt 2 van deze conclusie.

II — Procedure voor het Gerecht en het bestreden arrest

5. Bij verzoekschrift, ingediend ter griffie van het Gerecht op 2 oktober 2003, stelde WIN beroep tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking in.

6. In het bestreden arrest verwierp het Gerecht het beroep.

7. Ter ondersteuning van haar vordering tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking had WIN vier middelen aangevoerd inzake i) schending van de rechten van de verdediging en van wezenlijke vormvoorschriften, ii) ontoereikende motivering, iii) schending van het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen en iv) schending van artikel 82 EG.¹²

8. Alleen het tweede onderdeel van het vierde middel (inzake schending van artikel 82 EG) — met betrekking tot het misbruik — is in de onderhavige hogere voorziening aan de orde.¹³ In dat onderdeel stelde WIN in wezen dat de Commissie artikel 82 EG had

geschonden doordat zij niet rechtens genoegzaam had aangetoond dat WIN haar machtspositie had misbruikt door afbraakprijzen te hanteren voor de betrokken diensten van maart 2001 tot oktober 2002 (hierna: „betrokken periode”).

9. Die stelling steunde op twee reeksen middelen, inzake: i) het criterium voor de goedmaking van verliezen en ii) de toepassing door de Commissie van het criterium voor afbraakprijzen.

10. Om te beginnen lijken partijen het in wezen eens te zijn over de volgende punten:

— de betrokken diensten zijn abonnementen voor internettoegang en worden derhalve gedurende een periode geleverd; de gemiddelde levensduur van een abonnement bedraagt 48 maanden;

¹² — Ter ondersteuning van haar beroep voor het Gerecht heeft WIN tevens subsidiaire vorderingen ingesteld tot intrekking of verlaging van de geldboete, wegens: i) schending van het beginsel van het persoonlijke karakter en van de legaliteit van straffen, ii) het ontbreken van gevolgen van de betrokken praktijken, iii) onjuiste vaststelling van de duur van de inbreuk en iv) schending van het evenredigheidsbeginsel.

¹³ — Zie punten 122-230 van het bestreden arrest.

— elk abonnement levert maandelijks terugkerende opbrengsten op;

— de kostenstructuur bestaat uit enerzijds „abonnee-verwervingskosten” of „veroveringskosten”, zoals reclame- en promotie-uitgaven, „beginnerspakketten” voor afnemers enzovoort (die behoren tot de categorie eenmalige kosten, aangezien een onderneming deze slechts één keer hoeft te maken om een abonnementsovereenkomst met een afnemer binnen te halen), en anderzijds „productiekosten” en „netwerkkosten” (die behoren tot de categorie terugkerende kosten, omdat zij verband houden met de levering van de abonnementsdienst en elke maand door de onderneming moeten worden gedragen; dit kunnen variabele kosten zijn, zoals kosten inzake toegang tot het netwerk van FT die deze in rekening brengt op basis van het aantal abonnees, of vast kosten, zoals kosten inzake de exploitatie van de onderneming).

11. Om de mate van kostendekking te bepalen, vergeleek de Commissie in wezen de maandelijkse opbrengsten met de som van de terugkerende maandelijkse kosten en het deel van de eenmalige kosten, die zij spreidde over 48 maanden, dat op basis daarvan aan één maand kon worden toegerekend. Meer specifiek berekende de Commissie het gemiddelde van de resulterende verhouding voor vier opeenvolgende perioden: van 1 januari 2001 tot en met 31 juli 2001, van 1 augustus 2001 tot 15 oktober 2001, van 15 oktober 2001 tot 15 februari 2002 en van 15 februari 2002 tot en met 15 oktober 2002.

A — Middelen inzake het criterium voor kostendekking

12. Het Gerecht merkte op¹⁴ dat „[b]ij de toepassing van deze methode [...] de Commissie tot het oordeel [is] gekomen dat de door WIN toegepaste prijzen deze niet in staat stelden, tot augustus 2001 haar variabele kosten te dekken en van januari 2001 tot oktober 2002 haar totale kosten te dekken [...], waarbij het, gelet op de mate van dekking van de variabele kosten, geen twijfel lijdt dat tot augustus 2001 de totale kosten niet werden gedekt”.

13. Bij de behandeling van het bezwaar van WIN tegen de keuze van de Commissie van een methode voor de berekening van de mate van kostendekking herinnerde het Gerecht er om te beginnen aan dat, aangezien een dergelijke keuze een ingewikkelde economische beoordeling van de Commissie impliceerde, haar een ruime beoordelingsbevoegdheid moest worden toegekend. Het toezicht van het Gerecht was derhalve beperkt tot de vraag of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht waren genomen, of de feiten juist waren vastgesteld en of er geen sprake was van een kennelijk onjuiste beoordeling dan wel misbruik van bevoegdheid.¹⁵

14. Onder verwijzing naar de arresten Akzo en Tetra Pak II¹⁶ wees het Gerecht er vervolgens op dat „op grond van prijzen die beneden de gemiddelde variabele kosten

¹⁴ — Punt 138 van het bestreden arrest.

¹⁵ — Zie punt 129, waarin in dat verband wordt verwezen naar het arrest van het Hof van 28 mei 1998, Deere/Commissie, C-7/95 P, Jurispr. blz. I-3111, punt 34, en aangehaalde rechtspraak.

¹⁶ — Aangehaald in respectievelijk voetnoot 2 en voetnoot 3.

liggen, mag worden aangenomen dat een toegepaste prijs op uitschakeling is gericht, en dat prijzen die beneden de gemiddelde totale kosten, maar boven de gemiddelde variabele kosten liggen, moeten worden geacht misbruik op te leveren wanneer zij zijn vastgesteld in het kader van een plan dat tot doel heeft een concurrent uit te schakelen”.¹⁷

15. Het Gerecht verklaarde dat in het onderhavige geval de Commissie de litigieuze beschikking had gebaseerd op een beoordeling van de werkelijke dekking van de gecorrigeerde kosten. Overeenkomstig het beginsel dat activa worden afgeschreven, had de Commissie de kosten voor het verwerven van afnemers over 48 maanden gespreid. Op deze grondslag had zij de gecorrigeerde variabele kosten en de gecorrigeerde totale kosten afzonderlijk beoordeeld.¹⁸

16. Voorts verwierp het Gerecht de stelling van WIN dat de Commissie een statisch criterium voor kostendekking had toegepast, waarin geen rekening wordt gehouden met de aanpassing van terugkerende kosten in de loop van de tijd, hetgeen aanzienlijk minder gunstig zou zijn geweest voor WIN. Het Gerecht verklaarde dat de Commissie voor elke onderzochte periode van de inbreuk en voor alle abonnees de opeenvolgende tariefverlagingen die zich gedurende de litigieuze periode hadden voorgedaan, in het geheel had opgenomen. De Commissie had haar analyse zelfs aan de hand van deze verlagingen gestructureerd.¹⁹

17. Het Gerecht stelde bovendien vast dat de Commissie terecht van oordeel was dat de inkomsten en kosten van na oktober 2002, dus van na de inbreuk, niet in aanmerking konden worden genomen bij de beoordeling van de mate waarin de kosten gedurende de onderzochte periode werden gedekt.²⁰

18. Tot slot merkte het Gerecht op dat, zelfs al zou WIN aantonen dat de door haar bepleite methode (dat wil zeggen de discountedcashflow-methode) in bepaalde opzichten geschikt was, dit niet zou volstaan om de onrechtmatigheid van de door de Commissie gebruikte methode te bewijzen.²¹

19. WIN stelde voorts dat de Commissie rekenfouten had gemaakt bij de toepassing van haar eigen berekeningsmethode, met name bij haar berekeningen van de vaste en de variabele kosten.

20. Dienaangaande stelde het Gerecht vast dat, ongeacht de ontvankelijkheid van dit middel, het feit dat de Commissie, gebruikmakend van haar beoordelingsbevoegdheid, aanvaardde dat een mate van dekking van de variabele kosten van 99,7% geen inbreuk

17 — Zie punt 130 van het bestreden arrest.

18 — Zie punt 132 van het bestreden arrest.

19 — Zie punten 140-143 van het bestreden arrest.

20 — Zie punt 152 van het bestreden arrest.

21 — Zie punt 153 van het bestreden arrest.

vormde, niet betekende dat zij dit ook moest aanvaarden voor een mate van dekking van — naargelang het geval — 98 of 99 % van de totale kosten. Dit middel moest dus worden afgewezen.²²

B — Middelen inzake het criterium voor afbraakprijzen

21. Het Gerecht verwierp ook de middelen van WIN inzake het door de Commissie toegepaste criterium voor afbraakprijzen.

22. Ten eerste verwierp het het betoog van WIN dat een marktdeelnemer het recht heeft om te goeder trouw zijn prijzen aan te passen aan de eerder door een concurrent toegepaste prijzen, zelfs indien zij beneden de kosten van de betrokken onderneming liggen.

23. Het Gerecht merkte op dat in de praktijk van de Commissie noch in de rechtspraak van het Hof is aanvaard dat het recht van een onderneming met een machtspositie om haar prijzen aan te passen aan die van de concurrentie, absoluut is, en wees erop dat op ondernemingen met een machtspositie bijzondere verplichtingen rusten en dat voor hen gedragingen of handelingen verboden kunnen zijn die op zich geen misbruik opleveren en niet eens laakbaar zouden zijn

indien zij het werk waren van ondernemingen die geen machtspositie innemen.²³

24. Het Gerecht concludeerde dat „WIN [...] zich ter rechtvaardiging van haar gedrag niet [kan] beroepen op een absoluut recht om haar prijzen aan te passen aan die van haar concurrenten. Weliswaar levert de aanpassing van de prijzen van een onderneming met een machtspositie aan die van haar concurrenten op zich geen misbruik op en is dit op zich niet laakbaar, maar het zou dit kunnen worden wanneer het niet alleen de belangen van die onderneming beoogt te verdedigen, maar tot doel heeft haar machtspositie te versterken en te misbruiken.”²⁴

25. Ten tweede besloot het Gerecht om het middel van WIN inzake het ontbreken van een plan tot toepassing van afbraakprijzen en van een vermindering van de mededinging, niet te aanvaarden.

26. Volgens WIN had de Commissie artikel 82 EG ernstig geschonden door te concluderen dat er sprake was geweest van een dergelijk plan. Een dergelijke strategie waarbij afbraakprijzen worden toegepast, kon onder de toen heersende marktomstandigheden immers in geen geval verstandig worden geacht, zeker gelet op de kleine toetredingsbarrières.²⁵

22 — Zie punten 165-169 van het bestreden arrest.

23 — Zie punt 186 van het bestreden arrest.

24 — Zie punt 187 van het bestreden arrest.

25 — Zie punt 188 van het bestreden arrest.

27. Het Gerecht verwees naar de communautaire rechtspraak en herinnerde eraan dat bij afbraakprijzen, indien de prijzen onder de gemiddelde totale kosten liggen, moet worden bewezen dat er een plan tot uitschakeling van de concurrentie bestaat, en dat het oogmerk tot uitschakeling van de mededinging op basis van serieuze en overeenstemmende aanwijzingen moet worden aangetoond.²⁶ Vervolgens verklaarde het dat de verklaringen in interne documenten van de vennootschap waarnaar de Commissie had verwezen, aanwijzingen waren voor een plan tot toepassing van afbraakprijzen en werden bevestigd door ander bewijs. Het Gerecht stelde vast dat WIN in haar verzoekschrift enkel vage beweringen had gedaan op grond waarvan het Gerecht geen uitspraak kon doen, en het verwierp deze dan ook. Het concludeerde dat de Commissie serieuze en overeenstemmende aanwijzingen had verstrekt van het bestaan van een plan tot toepassing van afbraakprijzen voor de gehele inbreukperiode.²⁷

28. Ten derde stelde WIN dat de goedmaking van verliezen volkomen losstaat van het criterium voor afbraakprijzen, en dat de Commissie had moeten bewijzen dat verliezen werden goedge maakt. De Commissie had dus in ernstige mate blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te betogen dat niet behoefde te worden bewezen dat verliezen werden goedge maakt. WIN stelde voorts dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout had gemaakt en tegelijkertijd blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat zij had bewezen dat goedmaking van verliezen mogelijk was.²⁸

26 — Zie punten 195-198 van het bestreden arrest.

27 — Zie punten 199-215 van het bestreden arrest.

28 — Zie punten 219-223 van het bestreden arrest.

29. Het Gerecht stelde vast dat de Commissie overeenkomstig de arresten AKZO en Tetra Pak II terecht had geoordeeld dat het voor de constatering van afbraakprijzen niet noodzakelijk was te bewijzen dat verliezen werden goedge maakt. In navolging van de communautaire rechtspraak kon de Commissie de prijzen die beneden de gemiddelde variabele kosten lagen, als misbruik beschouwen. In dat geval werd ervan uitgegaan dat een dergelijke prijs op uitschakeling was gericht. Met betrekking tot de totale kosten moest de Commissie daarenboven bewijzen dat de door WIN toegepaste afbraakprijzen pasten in het kader van een plan tot „toe-eigening” van de markt. In geen van deze gevallen was het noodzakelijk om ook aan te tonen dat WIN een reële kans had op goedmaking van haar verliezen.²⁹

III — Conclusies van partijen

30. FT concludeert dat het het Hof behage:

- het bestreden arrest te vernietigen en bijgevolg:
- de zaak voor een nieuwe beslissing naar het Gerecht te verwijzen, of

29 — Zie punten 224-229 van het bestreden arrest.

— het geding definitief af te doen en de litigieuze beschikking nietig te verklaren, door de door rekwirante in eerste aanleg ingediende voordeelingen toe te wijzen;

A — *Eerste middel: motiveringsgebrek*

33. Het eerste middel omvat twee grieven. Met de eerste grief stelt rekwirante dat het Gerecht zijn motiveringsplicht niet is nagekomen met betrekking tot het vereiste dat de mogelijkheid van goedmaking van verliezen moet worden bewezen.

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

31. De Commissie concludeert dat het het Hof behage:

34. Met de tweede grief van het eerste middel stelt rekwirante dat het Gerecht zijn motiveringsplicht niet is nagekomen met betrekking tot het recht om prijzen aan te passen aan die van concurrenten, dat het Gerecht zonder uitleg heeft afgewezen.

— de hogere voorziening af te wijzen;

35. Ik zal bovengenoemde grieven gemakshalve in omgekeerde volgorde behandelen.

— rekwirante te verwijzen in de kosten.

1. Recht om prijzen aan te passen aan die van concurrenten

a) Voornaamste argumenten van partijen

IV — Hogere voorziening

32. Ter ondersteuning van haar hogere voorziening voert rekwirante zeven middelen aan.

36. Rekwirante maakt bezwaar tegen het feit dat het Gerecht in punt 187 van het bestreden arrest enkel heeft verklaard dat „de aanpassing van de prijzen van een onderneming met een machtspositie aan die van haar concurrenten

op zich [weliswaar] geen misbruik op[levert] en [...] op zich niet laakbaar [is], maar [dit] zou [...] kunnen worden wanneer het niet alleen de belangen van die onderneming beoogt te verdedigen, maar tot doel heeft haar machtspositie te versterken en te misbruiken”³⁰ (cursivering van mij). Rekwirante stelt dat deze uitspraak louter hypothetisch is en dat het Gerecht volledig heeft nagelaten te verduidelijken of WIN in het onderhavige geval de bedoeling had om haar machtspositie te versterken of te misbruiken.

37. De Commissie stelt dat rekwirante zich voor het Gerecht alleen heeft beroepen op een „aanpassingsexceptie” of een „fundamenteel recht op aanpassing”, waarover elke al dan niet dominante onderneming beschikt, zelfs indien de prijzen van haar concurrenten betekenen dat zij prijzen vaststelt die onder haar kosten liggen. De Commissie stelt derhalve dat het Gerecht het bestaan van een dergelijk absoluut recht terecht heeft afge-
wezen.

b) Beoordeling

38. In de punten 176 tot en met 182 van het bestreden arrest besprak het Gerecht het recht van WIN om haar prijzen aan te passen aan die van haar concurrenten. Het Gerecht concludeerde dat niet kon worden gesteld dat een onderneming met een machtspositie een absoluut recht heeft om haar prijzen aan te passen aan die van de concurrentie. Dat standpunt was erkend in de

beschikkingspraktijk van de Commissie en door de rechtspraak.

39. Die conclusie lijkt mij juist.

40. In punt 185 van het bestreden arrest verwees het Gerecht echter in algemene zin naar de vaste rechtspraak dat een onderneming met een machtspositie weliswaar niet uit hoofde daarvan het recht verliest om haar eigen commerciële belangen te verdedigen wanneer deze worden bedreigd, en zij in de mate van het redelijke de mogelijkheid heeft om te handelen zoals zij ter verdediging van die belangen wenselijk acht, maar dat dit gedrag niettemin ontoelaatbaar is wanneer het juist tot doel heeft die machtspositie te versterken en te misbruiken.³¹

41. Vervolgens herinnerde het Gerecht in punt 186 van het bestreden arrest aan zijn eigen rechtspraak, waarin het heeft verklaard dat uit de aard van de door artikel 82 EG opgelegde verplichtingen volgt dat ondernemingen met een machtspositie in bepaalde

³⁰ — Zie punt 187 van het bestreden arrest.

³¹ — Onder verwijzing naar arrest Hof van 14 februari 1978, United Brands/Commissie (27/76, Jurispr. blz. 207, punt 189), en arresten Gerecht van 1 april 1993, BPB Industries en British Gypsum/Commissie (T-65/89, Jurispr. blz. II-389, punt 117), en 8 oktober 1996, Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie, T-24/93–T-26/93 en T-28/93, Jurispr. blz. II-1201, punt 146).

omstandigheden gedragingen of handelingen kunnen worden verboden die op zich geen misbruik opleveren en niet eens laakbaar zouden zijn indien zij het werk waren van ondernemingen die geen machtspositie innemen.³²

42. Tot slot verklaarde het Gerecht: „WIN kan zich ter rechtvaardiging van haar gedrag niet beroepen op een absoluut recht om haar prijzen aan te passen aan die van haar concurrenten. Weliswaar levert de aanpassing van de prijzen van een onderneming met een machtspositie aan die van haar concurrenten op zich geen misbruik op en is dit op zich niet laakbaar, maar het zou dit kunnen worden wanneer het niet alleen de belangen van die onderneming beoogt te verdedigen, maar tot doel heeft haar machtspositie te versterken en te misbruiken.”³³

43. Het Gerecht lijkt het recht van een onderneming met een machtspositie om haar prijzen aan te passen aan die van de concurrentie in algemene zin te hebben behandeld, zonder dit evenwel toe te passen op de feiten van het concrete voorliggende geval.

44. Met andere woorden, het Gerecht heeft niet specifiek onderzocht of WIN haar prijzen had aangepast teneinde haar machtspositie te versterken en te misbruiken. Mijns inziens

heeft het Gerecht die vraag in het onderhavige geval totaal niet behandeld.

45. In dat verband moet worden onderzocht of het Gerecht heeft voldaan aan zijn formele motiveringsplicht op grond van artikel 36 van het Statuut van het Hof van Justitie, dat krachtens artikel 53, eerste alinea, daarvan van toepassing is op het Gerecht. Artikel 36 schrijft voor dat arresten met redenen zullen worden omkleed.³⁴

46. Advocaat-generaal Léger merkte op in zijn conclusie in de zaak Acerinox dat „[u]it de motivering van een arrest [...] duidelijk en ondubbelzinnig de redenering van het Gerecht [moet] blijken, zodat de betrokkenen kennis kunnen nemen van de gronden voor de genomen beslissing en het Hof zijn rechterlijke controle kan uitoefenen”.³⁵

32 — Onder verwijzing naar arrest Gerecht van 17 juli 1998, ITT Promedia/Commissie (T-111/96, Jurispr. blz. II-2937, punt 139).

33 — Zie punt 187 van het bestreden arrest.

34 — Zie met betrekking tot de overeenkomstige bepalingen van het Statuut-EGKS van het Hof van Justitie, arrest van 11 september 2003, België/Commissie (C-197/99 P, Jurispr. blz. I-8461, punt 63).

35 — Arrest van 14 juli 2005, Acerinox/Commissie (C-57/02 P, Jurispr. blz. I-6689), punt 32, waarin wordt verwezen naar arresten van 14 mei 1998, Raad/De Nil en Impens (C-259/96 P, Jurispr. blz. I-2915, punten 32-34), en 17 mei 2001, IECC/Commissie (C-449/98 P, Jurispr. blz. I-3875, punt 70), en beschikkingen van 19 juli 1995, Commissie/Atlantic Container Line e.a. [C-149/95 P(R), Jurispr. blz. I-2165, punt 58]; 14 oktober 1996, SCK en FNK/Commissie [C-268/96 P(R), Jurispr. blz. I-4971, punt 52], en 25 juni 1998, Nederlandse Antillen/Raad [C-159/98 P(R), Jurispr. blz. I-4147, punt 70]. Zie tevens arrest Acerinox/Commissie, hierboven aangehaald, punt 36.

47. Terwijl de Commissie voor het Gerecht betoogde dat een onderneming met een machtspositie haar prijzen niet zou moeten mogen aanpassen indien de kosten van de betrokken dienst voor de onderneming niet werden gedekt³⁶, was het antwoord van het Gerecht in deze kwestie iets subtieler. Op basis van de formulering in punt 187 van het bestreden arrest lijkt het erop dat het Gerecht trachtte de mogelijkheid open te laten voor een rechtvaardiging op basis van „weerstand bieden aan concurrentie” in toekomstige zaken waarin een onderneming met een machtspositie prijzen hanteert die onder de kosten liggen.

48. Het Gerecht verwees naar de *United Brands*-rechtspraak³⁷ en de rechtspraak inzake de bijzondere verplichtingen van ondernemingen met een machtspositie en koos als antwoord op zijn eigen vraag in punt 184 van het bestreden arrest een formulering van wat geoorloofde aanpassing aan prijzen van concurrenten is, die enigszins afwijkt van het criterium dat door de Commissie was aangevoerd en was toegepast in de litigieuze beschikking, zoals beschreven in de punten 176 en 183 van het bestreden arrest.

49. Het Gerecht had derhalve moeten beoordelen of die (nieuwe) formulering van toepassing was op de feiten in het onderhavige geval, hetgeen het duidelijk niet heeft gedaan.

36 — Dat argument kan eenvoudig worden bekritiseerd, omdat de Commissie niet specificeert welke kosten (variabel of totaal, enz.) zij in gedachten heeft.

37 — Zie in voetnoot 31 aangehaalde arresten *United Brands/Commissie*, punt 189; *BPB Industries en British Gypsum/Commissie*, punt 117, en *Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie*, punt 146.

50. Ik ben het eens met het betoog van rekwirante dat de verklaring van het Gerecht in punt 187 van het bestreden arrest³⁸ louter hypothetisch is en op het eerste gezicht onvolledig lijkt. In dat verband kan ik mij niet vinden in het argument van de Commissie, dat die verklaring wordt „aangevuld” (en/of dat de nieuwe formulering van wat een toelaatbare aanpassing is, is toegepast op de feiten van het onderhavige geval) in de punten 199 tot en met 218 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht vaststelde dat de Commissie de noodzakelijke feiten had vastgesteld om te bewijzen dat er sprake was van de toepassing van afbraakprijzen die onder de gemiddelde totale kosten liggen. Ten eerste werd dat argument te laat in de procedure aangevoerd om ontvankelijk te zijn, dat wil zeggen, de Commissie heeft het pas ter terechtzitting naar voren gebracht en het was derhalve nieuw ten opzichte van de schriftelijke stukken. Voorts is dat argument mijns inziens gebaseerd op delen van het bestreden arrest die losstaan van punt 187.

51. Tot slot acht ik het gebrek aan motivering door het Gerecht en de onvolledigheid van zijn betoog, zoals hierboven is opgemerkt, des te ernstiger omdat het erop lijkt dat dit het eerste geval is waarin de gemeenschapsrechter zich rechtstreeks heeft uitgesproken over een rechtvaardiging op basis van aanpassing in een situatie als die van het onderhavige geval.

38 — Waarin in wezen wordt verklaard dat aanpassing laakbaar zou kunnen worden wanneer het niet alleen de belangen van die onderneming beoogt te verdedigen, maar tot doel heeft haar machtspositie te versterken en te misbruiken.

52. Hieruit volgt dat het Gerecht niet heeft voldaan aan zijn motiveringsplicht en bovendien blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

53. Derhalve moet de tweede grief van het eerste middel worden aanvaard.

2. Bewijs van (de mogelijkheid) van goedmaking van verliezen

a) Voornaamste argumenten van partijen

54. Rekwirante stelt in wezen dat het Hof in het arrest Tetra Pak II had verklaard dat het *in de omstandigheden van dat concrete geval* niet dienstig zou zijn om bovendien als extra bewijs te eisen dat wordt aangetoond dat een onderneming met een machtspositie een reële kans had om haar verliezen goed te maken.³⁹ In het bestreden arrest besloot het Gerecht om deze uitspraak om te zetten in een algemene regel, maar gaf het daarvoor geen redenen. Rekwirante voegt toe dat de omstandigheden in de zaak Tetra Pak II volledig anders waren dan die van de onderhavige zaak, omdat Tetra Pak zogenoemd superdominant was op een volledig ontwikkelde markt. Tot slot is in de communautaire rechtspraak nooit verklaard dat het niet noodzakelijk is om aan te tonen dat verliezen kunnen worden goedge maakt.

55. De Commissie verwijst in dupliek naar haar antwoord op het zevende middel en betoogt in wezen dat uit de communautaire rechtspraak niet blijkt dat het noodzakelijk is om aan te tonen dat verliezen worden goedge maakt. Subsidiair stelt de Commissie dat in de litigieuze beschikking welzeker grondig is onderzocht of het in het onderhavige geval waarschijnlijk was dat verliezen zouden worden goedge maakt, en dat is geconcludeerd dat dat het geval was.

b) Beoordeling

56. In punt 226 van het bestreden arrest haalde het Gerecht punt 44 van het arrest Tetra Pak II aan, waarin wordt verklaard dat het „in de omstandigheden van de onderhavige zaak niet dienstig [zou] zijn om daarnaast nog als extra bewijs te eisen, dat wordt aangetoond dat Tetra Pak een reële kans had om haar verliezen goed te maken. Tegen een praktijk van afbraakprijzen moet namelijk kunnen worden opgetreden, zodra het risico bestaat dat concurrenten worden uitgeschakeld. In casu is een dergelijk risico door het Gerecht vastgesteld in de rechtsoverwegingen 151 en 191 van [zijn] arrest [in de zaak Tetra Pak II]. Het nagestreefde doel van de instandhouding van een onvervalste mededinging staat niet toe dat wordt gewacht tot een dergelijk beleid resulteert in de feitelijke uitschakeling van de concurrenten.” Het Gerecht stelde vervolgens in de punten 227 en 228 van het bestreden arrest vast dat „de

39 — Arrest Tetra Pak II, aangehaald in voetnoot 4, punt 44.

Commissie dus de prijzen die beneden de gemiddelde variabele kosten lagen, als misbruik [kon] beschouwen. In [een dergelijke situatie] wordt aangenomen dat een dergelijke toegepaste prijs op uitschakeling is gericht [...] Aangaande de totale kosten diende de Commissie bovendien te bewijzen dat de door WIN toegepaste afbraakprijzen pasten in het kader van een plan dat op ‚toe-eigening’ van de markt was gericht. In beide gevallen was het niet noodzakelijk om als extra bewijs aan te tonen dat WIN een reële kans op goedmaking van haar verliezen had. [...] De Commissie heeft dus terecht geconcludeerd dat het voor de constatering van een praktijk van afbraakprijzen niet noodzakelijk was aan te tonen dat de verliezen werden goedge maakt.”⁴⁰

57. Zoals hierboven reeds is verklaard met betrekking tot de grief inzake het recht om prijzen aan te passen, moet uit de motivering van een arrest van het Gerecht duidelijk en ondubbelzinnig diens redenering blijken, zodat de betrokkenen kennis kunnen nemen van de gronden voor de genomen beslissing en het Hof zijn rechterlijke controle kan uitoefenen.⁴¹

58. Mijns inziens heeft het Gerecht niet uitgelegd waarom het van oordeel was dat het, in het licht van de specifieke situatie van het onderhavige geval, niet noodzakelijk was om aan te tonen dat verliezen konden worden goedge maakt.

59. Het Gerecht haalde een arrest aan waarin ondubbelzinnig werd verklaard dat het *in de omstandigheden van dat concrete geval* niet dienstig zou zijn om te eisen dat wordt aangetoond dat een onderneming met een machtspositie een reële kans had om haar verliezen goed te maken. Volgens mij had het Gerecht die uitspraak, die duidelijk was gebaseerd op de specifieke situatie van de zaak Tetra Pak II, niet zonder meer moeten omzetten in een algemene regel. Door dit zonder enige uitleg te doen, is het Gerecht duidelijk zijn motiveringsplicht niet nagekomen.

60. Ik concludeer derhalve dat het Gerecht twee fouten heeft begaan. Ten eerste heeft het Gerecht door zijn onjuiste lezing en toepassing van het arrest Tetra Pak II een onjuiste regel toegepast. Ten tweede is het Gerecht zijn motiveringsplicht duidelijk niet nagekomen, zoals hierboven is uiteengezet.

61. Ik voeg hieraan toe dat het Gerecht bovendien niet precies het door WIN gevoerde betoog heeft beantwoord. WIN had niet betoogd dat de Commissie moest bewijzen dat verliezen „werkelijk” werden goedge maakt. WIN had juist gesteld dat de Commissie moest aantonen dat WIN „de mogelijkheid” om haar verliezen goed te maken „kon verwachten”.

62. Voor zover het feit dat het Gerecht bepaalde delen van het betoog van rekwirante niet heeft onderzocht, invloed heeft op de

40 — Zie punten 226-228 van het bestreden arrest.

41 — Zie in voetnoot 35 aangehaalde rechtspraak.

uitkomst van de zaak en aldus haar belangen nadelig beïnvloedt, kan dit zelfs schending van het recht van hoor en wederhoor opleveren.⁴²

voor de constatering van een praktijk van afbraakprijzen niet noodzakelijk was om aan te tonen dat verliezen konden worden goedgeemaakt.

63. De eerste grief van het eerste middel moet derhalve eveneens worden aanvaard.

1. Voornaamste argumenten van partijen

64. Uit het bovenstaande volgt dat het Gerecht zijn motiveringsplicht niet is nagekomen en blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en dat het bestreden arrest derhalve moet worden vernietigd.

B — Eerste grief van het zevende middel: schending van artikel 82 EG — goedmaking van verliezen — mogelijkheid van goedmaking van verliezen als voorwaarde voor de constatering van toepassing van afbraakprijzen

65. Het zevende middel omvat twee grieven. Met haar eerste grief, die ik nu zal behandelen, stelt rekwirante dat het Gerecht artikel 82 EG heeft geschonden door te oordelen dat het

66. Rekwirante stelt dat het gemeenschapsrecht vereist dat bewijs wordt geleverd van de mogelijkheid om verliezen goed te maken, bij gebreke waarvan de hantering van afbraakprijzen onvoorstelbaar is, omdat de toepassing van afbraakprijzen zonder de verwachting dat verliezen zullen worden goedgeemaakt, geen rationeel economisch gedrag is. Volgens rekwirante wordt deze zienswijze gedeeld door talrijke nationale rechterlijke instanties en mededingingsautoriteiten, alsmede een groot aantal auteurs.

67. De Commissie stelt dat het gemeenschapsrecht geen afzonderlijk bewijs vereist van de mogelijkheid om verliezen goed te maken. Anders dan in het Amerikaanse antitrust-recht geldt in de analyse van misbruik in het kader van artikel 82 EG de

⁴² — Zie arrest Hof van 10 december 1998, Schröder e.a./Commissie (C-221/97 P, Jurispr. blz. I-8255, punt 24).

voorwaarde dat er een machtspositie bestaat (zie arrest Hoffman-La Roche⁴³), hetgeen op zich volstaat voor de conclusie dat het mogelijk is verliezen goed te maken.

onderhavige zaak” in het arrest Tetra Pak II duidelijk willen vermijden een algemene uitspraak te doen⁴⁴ waardoor het in toekomstige zaken op het gebied van de hantering van afbraakprijzen niet noodzakelijk zou zijn om de mogelijkheid van goedmaking aan te tonen.⁴⁵

2. Beoordeling

68. Het Gerecht verwees naar het arrest Tetra Pak II en oordeelde in punt 228 van het bestreden arrest dat de Commissie terecht had geconcludeerd dat het voor de constatering van een praktijk van afbraakprijzen niet noodzakelijk was om aan te tonen dat verliezen werden goedge maakt.

69. Volgens mij is de uitlegging van de rechtspraak van het Hof door het Gerecht en door de Commissie onjuist. Mijns inziens vereist de rechtspraak dat de mogelijkheid van goedmaking van verliezen wordt aangetoond.

70. Het Hof heeft door het gebruik van de kwalificatie „in de omstandigheden van de

71. Zoals advocaat-generaal Fennelly terecht heeft opgemerkt in zijn conclusie in de zaak Compagnie Maritime Belge Transports e.a./Commissie⁴⁶, „lijkt het Hof niet zo ver te zijn gegaan als advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer, die de aanbeveling had gedaan^[47] dat het Hof ‚de waarschijnlijkheid van compensatie van de verliezen [niet] als een nieuw vereiste voor de vaststelling van met artikel [82 EG] strijdige afbraakprijzen [behoeft te stellen]’, onder meer omdat volgens [advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer] ‚[d]e compensatie van de verliezen [...] het resultaat [is] dat de onderneming met

44 — Zie voor een vergelijkbare uitlegging bijvoorbeeld R. Whish, *Competition Law*, Butterworths, 4e uitgave, 2001, blz. 650; A. Jones en B. Sufrin, *EC Competition Law*, Oxford University Press, 2001, punt 342; V. Korah, „The Paucity of Economic Analysis in the Decision on Competition: Tetra Pak II”, in *Current Legal Problems*, deel 46, 1993, blz. 172, en S. Kon en S. Turnbull, „Pricing and the Dominant Firm: Implications of the Competition Commission Appeal Tribunal’s Judgment in the NAPP Case”, *ECLR* 2003, 24(2) 70-86, op blz. 75.

45 — Uit punt 44 van het arrest van het Hof in de zaak Tetra Pak II blijkt evenwel dat bewijs van feitelijke goedmaking niet is vereist. Dat volgt uit de uitspraak van het Hof in dat punt dat „[t]egen een praktijk van afbraakprijzen [...] namelijk [moet] kunnen worden opgetreden, zodra het risico bestaat dat concurrenten worden uitgeschakeld. In casu is een dergelijk risico door het Gerecht vastgesteld in de rechtsoverwegingen 151 en 191 van het bestreden arrest. Het nagestreefde doel van de instandhouding van een onvervalste mededinging staat niet toe dat wordt gewacht tot een dergelijk beleid resulteert in de feitelijke uitschakeling van de concurrenten.”

46 — Arrest van 16 maart 2000 (C-395/96 P en C-396/96 P, *Jurispr.* blz. I-1365, punt 129 en voetnoot 84 van conclusie).

47 — Zie punt 78 van zijn conclusie in de zaak Tetra Pak II, aangehaald in voetnoot 4.

43 — Arrest van 13 februari 1979, *Hoffmann-La Roche/Commissie* (85/76, *Jurispr.* blz. 461).

de machtspositie probeert te bereiken, doch de afbraakprijzen [...] op zichzelf een mededingingsverstoringe gedraging [vormen], ongeacht of dit doel nu wel of niet wordt bereikt”.

72. Bovendien week het Hof door het gebruik van een dergelijke kwalificatie duidelijk af van de categorische verklaring in het arrest van het Gerecht in de zaak Tetra Pak II dat „niet [...] specifiek behoeft te worden aangetoond, dat de betrokken onderneming een redelijk vooruitzicht had om de aldus opgelopen verliezen goed te maken”.⁴⁸

73. Ook uit de arresten AKZO⁴⁹ en Hoffman-La Roche⁵⁰ volgt dat op grond van artikel 82 EG bewijs van de mogelijkheid van goedmaking noodzakelijk is voor de constatering van een praktijk van afbraakprijzen.⁵¹ Tenzij er een mogelijkheid van goedmaking is, is de onderneming met een machtspositie waar-

schijnlijk bezig met gewone mededinging.⁵²

74. In een dergelijk geval, wanneer het niet mogelijk is verliezen goed te maken, zullen consumenten en hun belangen in beginsel niet worden benadeeld. Ik deel het standpunt van advocaat-generaal Jacobs, die in zijn conclusie in de zaak Bronner verklaarde dat „het hoofddoel van artikel [82 EG] erin bestaat een verstoring van de mededinging te voorkomen — en in het bijzonder de belangen van de consumenten te beschermen — en niet, de positie van afzonderlijke concurrenten te beschermen.”⁵³

75. Tot slot zal ik gebruikmaken van deze gelegenheid om erop te wijzen dat, behalve in de bovengenoemde rechtspraak, het belang

48 — Zie arrest van 6 oktober 1994, Tetra Pak International/Commissie (T-83/91, Jurispr. blz. II-755, punt 150).

49 — Met name punt 71 van het arrest.

50 — Met name punt 91 van het arrest.

51 — Mijns inziens vereist de beoordeling van de mogelijkheid van het goedmaken van verliezen een ex ante of prospectieve analyse van de marktstructuur nadat de uitschakeling heeft plaatsgevonden, d.w.z., de mogelijkheid van goedmaking zoals die redelijkerwijs kan worden voorzien door de onderneming met een machtspositie op het moment dat zij haar prijzen vaststelt. Het lijkt erop dat een dergelijke analyse vergelijkbaar is met de analyse die de Commissie uitvoert op het gebied van concentratiecontrole. Zie arrest van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval (C-12/03 P, Jurispr. blz. I-987, punten 42-44). Zie tevens bijvoorbeeld Ezrachi, A., *EC Competition Law*, Hart, 2008, blz. 140; Papandropoulos, P., „Article 82 EC reform” in *Droit & économie*, Concurrences No 1 — 2008, en M. de la Mano en B. Durand, „A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82”, DG Concurrentie, Europese Commissie, Office of the Chief Economist Discussion Paper, 12 december 2005, blz. 3.

52 — Zie dienaangaande de conclusie van advocaat-generaal Fennelly in de zaak Compagnie Maritime Belge, aangehaald in voetnoot 46, punt 136. Aangezien de prijs/kosten-analyse die is vereist in zaken op het gebied van praktijken van afbraakprijzen, beslist controverseel en omstrede zal zijn (zie arrest AKZO, aangehaald in voetnoot 3; zie tevens Howarth, D., „Unfair and Predatory Pricing under Article 82 EC”, in *EC Competition Law*, G. Amato en C.-D. Ehlermann ed., Hart, 2007, blz. 258-262), niet in het minst met betrekking tot vragen als welke kosten variabel zijn en welke vast, wat de relevante periode is, enz., zou het eisen van bewijs van de mogelijkheid van goedmaking bovendien in beginsel gunstig zijn om de kosten van vergissingen (in het bijzonder vals-positieve resultaten) te matigen in zaken op het gebied van vermeende praktijken van afbraakprijzen. Wat het ex ante bewijs van de mogelijkheid van goedmaking als nuttige en toepasbare schiffingsmethode betreft, ben ik het voorts eens dat in beginsel „het veel gemakkelijker is om uit de structuur van de markt af te leiden dat goedmaking onwaarschijnlijk is, dan om de kosten vast te stellen die een bepaalde producent maakt”. Zie de Amerikaanse zaak A. A. Poultry Farms, Inc v Rose Acre Farms, Inc, 881 F.2d 1396, (7th Cir. 1989), cert denied, 494 U.S. (1990). Een dergelijke analyse van goedmaking „stelt een rechter in staat om zich niet te hoeven begeven op het moeilijke gebied van kostenanalyse, het onderzoek van uiteenlopende boekhoudkundige cijfers en rationaliserende deskundigenverklaringen over de vraag wat de relevante kosten zijn”. Zie de Australische zaak Boral (2003) 195 ALR 609, punt 292.

53 — Conclusie in zaak C-7/97 (Jurispr. 1998, blz. I-7817, punt 58).

van bewijs van de mogelijkheid van goedmaking onder meer aan de orde is gesteld door de Economic Advisory Group on Competition Policy (EAGCP)⁵⁴, de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling⁵⁵ en de Europese Groep van regelgevende instanties.⁵⁶

gebaseerd op historische marktomstandigheden, terwijl bewijs van de mogelijkheid van goedmaking, zoals ik hierboven heb uitgelegd, van nature ex ante en prospectief is, waarbij de marktstructuur wordt beoordeeld zoals die in de toekomst zal zijn.⁵⁷

76. In mijn afsluitende opmerkingen over het vraagstuk van het bewijs van de mogelijkheid van goedmaking zou ik erop willen wijzen dat ik niet ben overtuigd door de redenering van de Commissie dat in Europa en in het kader van artikel 82 EG goedmaking vanzelf volgt uit de machtspositie, niet in het minst omdat de constatering van een machtspositie vaak is

77. Uit het voorgaande volgt dat de eerste grief van het zevende middel moet worden aanvaard.

78. Alleen al op grond van het voorgaande moet het bestreden arrest volgens mij worden vernietigd. Voorts zijn de vraagstukken van het bewijs van de mogelijkheid van goedmaking en van het recht op aanpassing dermate belangrijk voor de onderhavige zaak, dat dit beroep opnieuw in eerste aanleg moet worden onderzocht.

54 — „In het bijzonder moet de mogelijkheid van goedmaking voor degene die afbraakprijzen hanteert, zorgvuldig worden beoordeeld”, in het verslag van de EAGCP (een groep vooraanstaande academische economen die het directoraat-generaal Concurrentie van de Commissie en het met Concurrentie belaste lid van de Commissie adviseren), „An economic approach to Article 82”, juli 2005, blz. 52, verkrijgbaar op: http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf.

55 — „Het criterium van goedmaking zou stelselmatig moeten worden toegepast in zaken op het gebied van praktijken van afbraakprijzen” in OESO, „Predatory Foreclosure”, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, DAF/COMP(2005)14, 15 maart 2005, blz. 8 e.v., verkrijgbaar op: <http://www.oecd.org/dataoecd/26/53/34646189.pdf>. Zie voor een recent algemeen overzicht van 35 landen, The International Competition Network, Report on Predatory Pricing, prepared by The Unilateral Conduct Working Group, presented at the 7th Annual Conference of the ICN, Kyoto, april 2008, verkrijgbaar op: http://www.icn-kyoto.org/documents/materials/Unilateral_WG_3.pdf.

56 — De Europese Groep van regelgevende instanties voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, die is opgericht door de Commissie, verklaart op blz. 36 van een consultatiedocument van 21 november 2003 inzake een „Draft joint ERG/EC approach on appropriate remedies in the new regulatory framework” het volgende: „De toepassing van afbraakprijzen vertoont de volgende kenmerken: i) de gehanteerde prijs ligt beneden de kosten, ii) concurrenten worden van de markt verdreven of buitengesloten, en iii) *de onderneming kan haar verliezen goedmaken*” (cursivering van mij). Dat document is verkrijgbaar op: http://www.erg.eu.int/doc/publications/erg0330_draft_joint_approach_on_remedies.pdf.

57 — Zie: „Tegelijkertijd moet echter rekening worden gehouden met het feit dat bewijs van een machtspositie niet noodzakelijkerwijs meebrengt dat de onderneming met een machtspositie tevens haar verliezen zal kunnen goedmaken. Bewijs van goedmaking betekent dat het monopolie van de onderneming met een machtspositie zal voortbestaan in de toekomst, maar het is van belang rekening te houden met het feit dat de fase waarin verliezen worden gemaakt en die waarin ze worden goedge maakt, niet samenvallen. [...] Het feit dat een onderneming een machtspositie had op het moment dat zij onder de kostprijs verkocht, betekent niet dat zij verliezen uit het verleden zal kunnen goedmaken in de toekomst door prijzen te verhogen: de mededingingsvoorwaarden zouden in de toekomst zeer wel anders kunnen zijn. [...] Ten tweede zijn vorderingen op grond van artikel 82 EG wegens de hantering van afbraakprijzen in de praktijk alleen geslaagd wanneer goedmaking werkelijk was aangetoond of op basis van de feiten waarschijnlijk was.”, in R. O’Donoghue en A. J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford: Hart, 2006, blz. 254. Zie tevens: „Instanties moeten echter in gedachten houden dat de beoordeling van een machtspositie niet gelijkstaat aan een analyse met betrekking tot goedmaking”, OESO, werk aangehaald in voetnoot 55, blz. 8 e.v.

C — Tweede middel: schending van artikel 82 EG — aanpassing van prijzen aan die van concurrenten

onderzoeken of het weerwoord van WIN op de concurrentie „redelijk” en „wenselijk” was.

79. Met haar tweede middel betoogt rekwirante dat het Gerecht artikel 82 EG heeft geschonden door WIN het recht te ontzeggen, haar prijzen te goeder trouw aan te passen aan die van haar concurrenten.

1. Voornaamste argumenten van partijen

80. Volgens rekwirante heeft het Gerecht niet betwist dat WIN haar prijzen enkel had aangepast aan die van haar concurrenten. Het Gerecht heeft daaruit echter geen conclusies getrokken. Zonder daarvoor een verklaring te geven, heeft het Gerecht alleen verklaard dat een dergelijke aanpassing misbruik „zou kunnen” vormen en laakbaar „zou kunnen worden”. Het Gerecht heeft derhalve de voorwaarden voor toepassing van artikel 82 EG niet geëerbiedigd. Het recht op een dergelijke aanpassing maakt deel uit van de beschikkingspraktijk van de Commissie en de rechtspraak van het Hof, alsmede in de rechtsleer op het gebied van het mededingingsrecht en in de beschikkingspraktijk van de Franse autoriteiten. Het is voorts de enige manier voor rekwirante om op de markt te blijven concurreren. Tot slot stelt rekwirante dat het Gerecht in de lijn van de *United Brands*-rechtspraak⁵⁸ had moeten

81. Volgens de Commissie stelt rekwirante niet dat het Gerecht blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting over de argumenten inzake het beweerde recht van WIN op aanpassing, noch dat de motivering van het bestreden arrest een tegenstrijdigheid bevat. De argumenten inzake een „redelijk” en „wenselijk” weerwoord voert rekwirante in hogere voorziening voor de eerste keer aan door te klagen dat de Commissie een dergelijke evenredigheidstoets niet heeft uitgevoerd. In ieder geval bekritiseert rekwirante slechts één punt van het bestreden arrest (punt 187).⁵⁹ De Commissie stelt dat een verbod van aanpassing door een onderneming met een machtspositie wanneer dat leidt tot prijzen die onder de kosten liggen, volledig strookt met de beginselen waarop artikel 82 EG is gebaseerd, op grond waarvan een onderneming met een machtspositie een „bijzondere verantwoordelijkheid” heeft. Subsidiair betoogt de Commissie dat in de litigieuze beschikking, gelet op de feiten, is geconcludeerd dat de stelling van WIN dat zij enkel haar prijzen had aangepast aan die van haar concurrenten, ongegrond was. Het Gerecht behoefde over die feiten niet uitspraak te doen.

59 — Volgens dat punt zou de aanpassing van prijzen aan die van concurrenten „[misbruik kunnen opleveren en laakbaar] [...] kunnen worden wanneer het [...] tot doel heeft [de] machtspositie [van de onderneming] te versterken en te misbruiken”.

58 — Aangehaald in voetnoot 37.

2. Beoordeling

82. Ten eerste heeft het Gerecht, zoals ik heb opgemerkt in punt 39 van deze conclusie, in de punten 176 tot en met 182 van het bestreden arrest terecht vastgesteld dat een onderneming met een machtspositie op grond van de communautaire rechtspraak geen absoluut recht heeft om haar prijzen aan te passen aan die van de concurrentie.

83. In het onderhavige middel maakt rekwirante echter niet kenbaar op welke manier de redenering van het Gerecht onjuist is, en stelt rekwirante niet dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

84. Rekwirante stelt echter, zoals zij ook voor het Gerecht heeft gedaan, dat het (absolute) recht van een marktdeelnemer om te goeder trouw zijn prijzen aan te passen aan die van de concurrentie, door de Commissie zelf is erkend in haar eerdere beschikkingen en door de rechtspraak van het Hof, en unaniem goedkeuring vindt in de literatuur en in economische analyses.

85. Uit artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie en artikel 112, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering volgt dat een hogere voorziening duidelijk moet aangeven tegen welke onderdelen van het arrest waarvan de vernietiging wordt gevorderd, zij is gericht, en welke

argumenten rechtens die vordering specifiek staven. Het Hof heeft consequent verklaard dat een hogere voorziening die slechts de reeds voor het Gerecht aangevoerde middelen en argumenten woordelijk herhaalt, niet aan dit vereiste voldoet.⁶⁰

86. Advocaat-generaal Geelhoed verwees naar de relevante rechtspraak dienaangaande in zijn conclusie in de zaak Sumitomo Metal Industries en Nippon Steel/Commissie⁶¹: „In een inmiddels omvangrijke en eenduidige rechtspraak heeft het Hof uitgemaakt dat de aangevoerde middelen betrekking moeten hebben op de beslissing van het Gerecht^[62] en dat, op straffe van niet-ontvankelijkheid, duidelijk moet worden aangegeven op en in welke punten van de beslissing het Gerecht het recht heeft geschonden.^[63] Uit dit nauwkeurighedsvereiste vloeit, onder meer, voort dat niet kan worden volstaan met het noemen van een middel zonder daaraan een uitwerking te geven.^[64]”

60 — Zie arrest Schröder e.a./Commissie, aangehaald in voetnoot 42, punt 35. Een dergelijke uitlegging van een hogere voorziening zou niets meer zijn dan een poging om de zaak opnieuw te laten behandelen, en er is geen voorziening voor hernieuwd onderzoek door het Hof. Zie bijvoorbeeld arrest van 3 maart 2005, Biegi Nahrungsmittel en Commonfood/Commissie (C-499/03 P, Jurispr. blz. I-1751, punten 37 en 38).

61 — Conclusie van 12 september 2006 (C-403/04 P en C-405/04 P, Jurispr. 2007, blz. I-729, punt 24).

62 — Niet-ontvankelijk zijn middelen die zich in essentie richten tegen de handeling of nalatigheid van de instelling(en). Het opnieuw aanvoeren van die middelen zou inhouden dat er van „gewoon” hoger beroep sprake zou zijn. Zie onder meer arresten Hof van 7 mei 1998, Somaco/Commissie (C-401/96 P, Jurispr. blz. I-2587, punt 49), en 22 april 1999, Kernkraftwerke Lippe-Ems/Commissie (C-161/97 P, Jurispr. blz. I-2057, punten 76 en 77).

63 — Zie onder meer arrest Schröder e.a./Commissie, aangehaald in voetnoot 42, punten 35 en 38-42, en arrest van 9 september 1999, Lucaccioni/Commissie (C-257/98 P, Jurispr. blz. I-3251, punten 61 en 62).

64 — Arrest van 8 juli 1999, Hercules/Commissie (C-51/92 P, Jurispr. blz. I-4235, punt 113).

87. Derhalve zou het tweede middel mijns inziens niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.

88. Laat ik er echter van uitgaan dat het onderhavige middel, ondanks de hierboven beschreven twijfel met betrekking tot de ontvankelijkheid ervan, als ontvankelijk moet worden beschouwd, om rekwirante het voordeel van de twijfel te gunnen.

89. Anders dan rekwirante lijkt te betogen, is er geen tegenstrijdigheid in de motivering van het bestreden arrest, aangezien het bestreden arrest geen enkele verklaring bevat dat „het Gerecht, gelet op de feiten, niet zou betwisten dat WIN enkel haar prijzen had aangepast aan die van haar concurrenten”.

90. Zoals ik hierboven heb geconcludeerd bij mijn beoordeling van het eerste middel, heeft het Gerecht de relevante rechtspraak inzake het recht op aanpassing niet toegepast op de feiten van het onderhavige geval.

91. Het Gerecht heeft immers niet onderzocht of WIN, gelet op de feiten van het onderhavige geval, haar prijzen werkelijk te goeder trouw had aangepast aan die van haar concurrenten. Het probleem is dat deze feitelijke vraag nu in hogere voorziening tussen partijen ter discussie staat.

92. Hogere voorzieningen voor het Hof zijn echter beperkt tot rechtsvragen, wat betekent dat het Gerecht als enige bevoegd is om vaststellingen te doen met betrekking tot de feiten die ten grondslag liggen aan de procedure in eerste aanleg. Voorts is het partijen niet toegestaan om in hogere voorziening een bewijsaanbod te doen inzake feiten die niet door het Gerecht zijn vastgesteld.

93. Mijns inziens volgt hieruit dat het tweede middel tweevoudig niet-ontvankelijk is.

94. In ieder geval zou het bestreden arrest, overeenkomstig mijn conclusie, moeten worden vernietigd en verwezen naar het Gerecht voor een hernieuwd onderzoek. Dat zou het Gerecht in staat stellen om vaststellingen te doen met betrekking tot de feitelijke vraag inzake de aanpassing door WIN.⁶⁵

95. Wat het principe betreft, zou ik hier toch gebruik willen maken van de gelegenheid om de aandacht te richten op punten die mij in dit opzicht relevant lijken. Ten eerste is er de rechtspraak waarop het Gerecht een beroep doet in de punten 185 en 186 van het bestreden arrest. Ten tweede heeft het Hof in het arrest Tetra Pak II verklaard dat „de materiële werkingssfeer van de bijzondere verantwoordelijkheid die op een onderneming met een machtspositie rust, moet

65 — Wanneer bijkomende feitelijke vaststellingen noodzakelijk zijn of de reeds gemaakte vaststellingen opnieuw moeten worden bekeken, zal het Hof de zaak verwijzen naar het Gerecht. Zie in dit verband arrest van 17 december 1992, Moritz/Commissie (C-68/91 P, Jurispr. blz. I-6849, punten 41 en 42).

worden beoordeeld met inachtneming van de specifieke omstandigheden van iedere zaak, waarin een verflauwde mededingingssituatie tot uiting komt”.⁶⁶ De vraag van aanpassing in een zaak als deze moet derhalve van geval tot geval worden beoordeeld. Ten derde moeten er volgens mij omstandigheden mogelijk zijn waarin een onderneming met een machtspositie bij wijze van uitzondering mag aantonen dat haar hantering van prijzen die onder de gemiddelde variabele kosten liggen, objectief gerechtvaardigd is.⁶⁷

van kostendekking niet te veroordelen. Dit heeft tot een verkeerde voorstelling van het door het Hof in het arrest AKZO vereiste criterium voor afbraakprijzen geleid. De door de Commissie gebruikte methode maakt het onmogelijk om te weten of de abonnees van WIN gedurende hun abonnement winst of verlies hebben gegenereerd voor dat bedrijf.

D — *Derde middel: schending van artikel 82 EG — verkeerde opvatting van het criterium voor afbraakprijzen*

1. Voornaamste argumenten van partijen

96. Met haar derde middel betoogt rekwirante dat het Gerecht artikel 82 EG ook heeft geschonden door de methode van de Commissie voor de berekening van de mate

97. Wat de *variabele kosten* betreft, stelt rekwirante dat om prijzen beneden de variabele kosten als misbruik in de zin van artikel 82 EG te kunnen beschouwen, punt 71 van het arrest AKZO vereist dat de methode voor de berekening van de mate van kostendekking aantoonst dat de producten of diensten met verlies zijn verkocht. De gebruikte methode kan alleen verenigbaar zijn met artikel 82 EG indien zij aantoonst dat het abonnement van sommige abonnees gedurende een periode van 48 maanden verlies heeft gegenereerd. Aangezien WIN echter in haar beroep tot nietigverklaring had gesteld dat gedurende vrijwel de gehele betrokken periode elke afzonderlijke abonnee winst had gegenereerd voor WIN, kon het Gerecht niet, zonder artikel 82 EG te schenden, nalaten te onderzoeken of de Commissie had aangetoond dat op zijn minst sommige abonnees per saldo verlies hadden gegenereerd voor WIN. Toch is de benadering van de Commissie, die niet een compleet beeld gaf van de winstgevendheid van elk abonnement, door het Gerecht aanvaard.

66 — Zie arrest Tetra Pak II, aangehaald in voetnoot 4, punt 24.

67 — Zie conclusie van advocaat-generaal Fennelly in de zaak Compagnie Maritime Belge, aangehaald in voetnoot 31, punt 127. Vergelijk arrest Tetra Pak International/Commissie, aangehaald in voetnoot 48, punt 147: „het [kan] aanvaardbaar [...] zijn dat een onderneming met een machtspositie onder bepaalde omstandigheden met verlies verkoopt”. Zie tevens onder meer Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, Oxford, 6e uitgave, 2008, blz. 956-957, punt 10.071: „Voor zover de [Akzo-regel] een regel inhoudt dat prijzen die onder de gemiddelde variabele kosten liggen, [...] afbraakprijzen moeten zijn, lijkt deze regel te rigide. Prijzen onder de [gemiddelde variabele kosten] kunnen worden gehanteerd ter bevordering van de mededinging [...]”; Motta, M., *Competition Policy*, Cambridge University Press, 2004, blz. 453; Faull, J., en Nikpay, A., *The EC law of competition*, Oxford University Press, 2007, blz. 379, punt 4.287; Ezrachi, A., aangehaald in voetnoot 51, blz. 136; OESO, aangehaald in voetnoot 55, blz. 18: „Dat een onderneming haar prijzen vaststelt beneden de kostprijs, betekent niet noodzakelijkerwijs dat haar gedrag de mededinging schaadt. Er zijn omstandigheden waaronder een dergelijke prijsstelling niet alleen onschadelijk is, maar zelfs de mededinging bevordert. Instellingen moeten de rechtvaardiging die voor de prijsstelling wordt aangevoerd door degene die vermeende afbraakprijzen hanteert, zorgvuldig onderzoeken”; R. Whish, aangehaald in voetnoot 44, blz. 649, Jones en Sufrin, aangehaald in voetnoot 44, blz. 339, en L. Garzaniti en F. Liberatore, „Recent Developments in the European Commission’s Practice in the Communications Sector: Part 2” (2004) ECLR 25(4) 234-240.

98. Wat de *totale kosten* betreft, verwijst rekwirante naar haar betoog met betrekking tot variabele kosten en stelt zij dat het Gerecht het criterium voor afbraakprijzen verkeerd heeft opgevat, door niet na te gaan of was bewezen dat de totale kosten van abonnees niet waren gedekt. Er was immers geen bewijs overgelegd van het bestaan van abonnees van wie het abonnement gedurende een periode van 48 maanden verlies had gegenereerd voor WIN.

99. De Commissie weerlegt deze stellingen door te betogen dat, om te beginnen, de in het onderhavige geval toegepaste methode niet alleen dezelfde is als de methode die is toegepast in de zaken die hebben geleid tot de arresten AKZO en Tetra Pak II — waarbij eenvoudigweg de kostenbedragen worden gebruikt die in de boekhouding van de onderneming staan — maar deze keer heeft de Commissie de methode zelfs versoepeld op een voor rekwirante gunstige manier. De Commissie heeft bijvoorbeeld geen discontingsvoet toegepast en heeft geen opportuniteitskosten meegerekend bij de in de berekening gebruikte kosten.

100. Wat de alternatieve berekeningsmethode (de *discountedcashflow*-methode) betreft, verklaarde het Gerecht dat de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout had begaan, en in de onderhavige hogere voorziening wordt niet gesteld dat het Gerecht in dat opzicht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Aangaande de noodzaak om rekening te houden met de volledige levensduur van 48 maanden van een abonnement, stelt de Commissie dat, aangezien de mate van kostendekking lager was dan 100 % voor alle achtereenvolgende korte perioden die in de litigieuze beschikking

waren onderzocht (in totaal ongeveer anderhalf jaar), de mate van kostendekking ook voor de gehele gemiddelde abonnementsduur, dat wil zeggen 48 maanden, alleen maar lager dan 100 % kon zijn. Dienaangaande stelt de Commissie dat een mate van kostendekking van minder dan 100 % gedurende een langere periode niet meer dan 100 % kan worden, behalve indien de situatie in de periode na de inbreuk de onderneming in staat stelt om winstmarges per abonnee te behalen die langdurig aanzienlijk boven een concurrerend niveau liggen.

2. Beoordeling

101. Rekwirante maakt niet duidelijk welke delen (dat wil zeggen, welke punten) van het bestreden arrest zij aanvecht.⁶⁸

102. In haar verzoekschrift aan het Hof betoogt rekwirante dat de Commissie een statische analyse van kostendekking heeft toegepast, die in feite erop neerkomt, de verwervingskosten op te tellen bij 48 maal het bedrag van de terugkerende maandelijkse kosten, zoals die waren op de dag dat het abonnement werd afgesloten, en dit totaal te vergelijken met 48 maal de maandelijks terugkerende opbrengsten, zoals die op dezelfde dag waren.

⁶⁸ — Om herhaling te voorkomen, verwijs ik dienaangaande naar de punten 85 en 86 van deze conclusie, die ook hier van toepassing zijn.

103. In het bestreden arrest heeft het Gerecht in respectievelijk de punten 140 en 142 vastgesteld dat „de Commissie, anders dan WIN heeft gesteld, niet [heeft] gekozen voor een statisch criterium voor kostendekking” en dat „[a]nders dan WIN stelt, [...] deze methode er bovendien geenszins op neer[komt] dat de verwervingskosten worden opgeteld bij 48 maal het bedrag van de maandelijks terugkerende kosten, zoals die waren op de dag dat het abonnement werd afgesloten, en dat dit totaal wordt vergeleken met 48 maal de maandelijks opbrengsten, zoals die op dezelfde dag waren”.⁶⁹

104. Behalve dat rekwirante in hogere voorziening de beoordeling van de feiten door het Gerecht lijkt aan te vechten, bekritiseert zij het Gerecht echter niet voor een onjuiste beoordeling of een onjuiste weergave van de feiten in dit verband en herhaalt zij slechts dezelfde argumenten die aan het Gerecht zijn voorgelegd.⁷⁰ Wat de argumenten met betrekking tot de discountedcashflow-methode betreft, heeft het Gerecht in de punten 153 tot en met 155 van het bestreden arrest vastgesteld dat de Commissie geen blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door niet voor die methode te kiezen, en rekwirante betoogt niet dat het Gerecht in dat opzicht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

69 — Zie punten 143-151 van het bestreden arrest voor de redenering van het Gerecht waarom dit zo is.

70 — In hogere voorziening kunnen niet enkel de middelen en argumenten worden herhaald die reeds aan het Gerecht zijn voorgelegd, zonder dat argumenten worden aangevoerd om aan te tonen dat het blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Zie arrest van 5 februari 1998, *Abello e.a./Commissie* (C-30/96 P, Jurispr. blz. I-377, punt 45).

105. Derhalve ben ik van mening dat dit op zich volstaat om het derde middel niet-ontvankelijk en in ieder geval ongegrond te verklaren.

E — Vierde middel: schending door het Gerecht van artikel 82 EG en zijn motiveringsplicht — kosten en opbrengsten van na de betrokken periode

106. Met haar vierde middel stelt rekwirante dat het Gerecht zowel artikel 82 EG als zijn motiveringsplicht heeft geschonden door te oordelen dat de kosten en opbrengsten van na de vermeende periode van de inbreuk (dat wil zeggen, na 15 oktober 2002) niet in aanmerking moesten worden genomen. Op basis van die beperking in de tijd van de in aanmerking te nemen opbrengsten en kosten heeft de Commissie ten onrechte geconcludeerd dat er sprake was van een inbreuk.

1. Voornaamste argumenten van partijen

107. Rekwirante klaagt dat het Gerecht de analyse van de Commissie heeft bevestigd, waarbij kosten en opbrengsten van na 15 oktober 2002 niet zijn meegerekend. Het Gerecht kon de benadering van de Commissie niet goedkeuren zonder zichzelf tegen te spreken en artikel 82 EG te schenden. In deze benadering werden enerzijds opbrengsten en kosten van na de vermeende inbreuk, maar van binnen de periode van 48 maanden, uitgesloten van de berekening van de mate

van kostendekking en werd anderzijds erkend dat, wat abonnementen betreft, de kosten en opbrengsten terecht waren gespreid over 48 maanden. Om te voldoen aan de vereisten van artikel 82 EG, zou de mate van kostendekking alleen over een periode van 48 maanden moeten worden berekend.

108. Volgens rekwirante heeft het Gerecht, door het standpunt van de Commissie te bevestigen, een tegenstrijdigheid veroorzaakt in de motivering, omdat in de litigieuze beschikking duidelijk was vastgesteld dat vanaf 15 oktober 2002 de mededingingsvoorwaarden waren „hersteld”⁷¹, en de Commissie nu toegaf dat zij de opbrengsten van na de vermeende inbreuk nooit in aanmerking had genomen, omdat die alleen zouden zijn verwezenlijkt in een verzwakte mededingingssituatie.

109. Volgens de Commissie is dit middel in werkelijkheid enkel een uitbreiding van het derde middel en komt het voort uit een misverstand. Er is nooit sprake van geweest dat alle opbrengsten en kosten van een abonnement over een periode van 48 maanden mochten worden gespreid. De methode van de Commissie, die door het Gerecht is aanvaard, maakte het veeleer mogelijk om — overeenkomstig het beginsel van afschrijving van activa — een bepaalde categorie kosten over een bepaalde periode te spreiden, namelijk de eenmalige variabele kosten („veroveringskosten” of „abonneeverwervingskosten”), die worden gemaakt bij het begin van een abonnement.

110. De Commissie stelt dat terugkerende kosten evenwel niet over een tijdsperiode moeten worden gespreid. Volgens de litigieuze beschikking was de onderneming niet in staat „om een mate van dekking van de terugkerende kosten (netwerk- en productiekosten) te bereiken die toereikend [was] om ervoor te zorgen dat door de op deze terugkerende kosten gerealiseerde marge binnen een redelijke termijn de eenmalige variabele kosten, gemaakt voor de commerciële ontwikkeling van de betrokken producten, [werden] gedekt”.⁷² Alle kosten en opbrengsten die na de vermeende inbreuk zijn opgetreden en die rekwirante wil laten meenemen in de berekening, zijn echter terugkerend.

111. De Commissie stelt voorts dat het verkeerd zou zijn om in de berekening rekening te houden met ramingen van toekomstige positieve marges als gevolg van dalingen van toekomstige kosten, die haalbaar zouden zijn voor alle concurrenten maar die niet gepaard zouden gaan met een prijsdaling. Een dergelijke uitkomst zou alleen kunnen worden bereikt in het kader van verzwakte mededinging. De Commissie merkt op dat de extrapolaties van rekwirante in ieder geval niet zouden leiden tot een positieve mate van dekking van de totale kosten en dat, al werden de door rekwirante overgelegde prognoses van extreem hoge winstmarges gedurende 48 maanden aanvaard, dergelijke marges alleen zouden kunnen worden verwezenlijkt in een situatie van verzwakte mededinging. Zelfs zonder de „verwervingskosten” zouden volgens de Commissie de rechtstreekse kosten voor WIN van elke abonnee elke maand hoger zijn dan de opbrengst van het abonnement.

71 — Zie punt 386 van de litigieuze beschikking.

72 — Zie punt 76 van de litigieuze beschikking en punt 136 van het bestreden arrest.

112. Tot slot stelt de Commissie dat de (onjuiste) benadering van rekwirante inhoudt dat enerzijds wordt erkend dat haar abonnees gedurende anderhalf jaar (de periode die de litigieuze beschikking beslaat) steeds hogere maandelijks verliezen genereren, maar dat anderzijds wordt aangenomen dat er gedurende de jaren na het ingrijpen door de Commissie een aanzienlijk positieve marge zou zijn, zodat de abonnees tegen het einde van de abonnementsperiode winstgevend zouden kunnen blijken.

2. Beoordeling

113. Op het eerste gezicht lijkt het erop dat het onderhavige middel louter een uitbreiding is van het vorige middel en dat rekwirante het argument herhaalt dat alleen met een periode van 48 maanden een berekening van de mate van kostendekking mogelijk zou zijn geweest die voldoet aan de vereisten van artikel 82 EG. Ten eerste lijkt het onderhavige middel te berusten op de onjuiste veronderstelling dat het Gerecht heeft erkend dat „kosten en opbrengsten zijn gespreid over 48 maanden”. Het Gerecht heeft dat in het bestreden arrest niet gedaan. In plaats daarvan heeft het Gerecht de methode van de Commissie, die bestond in de spreiding van slechts een categorie kosten, namelijk eenmalige variabele kosten, bevestigd.

114. In ieder geval heeft mijn onderzoek van de punten 129 tot en met 156 niets uitgewezen dat de geldigheid van de aanpak van het Gerecht zou kunnen aantasten. Volgens mij heeft het Gerecht geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en heeft het artikel 82 EG correct toegepast toen het vaststelde dat „WIN niet [heeft] aangetoond dat de Commissie in casu een onrechtmatig crite-

rium voor kostendekking heeft toegepast door gebruik te maken van de in de boekhouding van WIN opgenomen gegevens en deze op een voor haar gunstige wijze te corrigeren teneinde rekening te houden met de bijzondere context van de relevante markt, terwijl zij de voorschriften voor het door artikel 82 EG vereiste onderzoek heeft nageleefd”, en dat „uit de rechtspraak niet [volgt] dat in casu de discountedcashflow-methode moest worden toegepast, en [...] WIN voorts geen enkel argument [heeft] aangevoerd dat aantoonde dat de Commissie in dat opzicht een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt”.⁷³

115. Tot slot zou ik eraan willen herinneren dat volgens het Reglement voor de procesvoering van het Hof het voorwerp van het geding voor het Gerecht niet mag worden gewijzigd in de hogere voorziening. Het onderhavige middel van rekwirante verschilt echter aanzienlijk van het middel dat rekwirante voor het Gerecht had aangevoerd, waarin zij stelde dat de Commissie blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te weigeren de discountedcashflow-methode of de methode van de geactualiseerde nettowaarde (die volgens rekwirante de enige relevante methode was) te gebruiken. In het verzoekschrift in hogere voorziening van rekwirante wordt die methode echter niet meer vermeld.

116. Bijgevolg dient het vierde middel niet-ontvankelijk en in ieder geval ongegrond te worden verklaard.

⁷³ — Zie punten 154 en 155 van het bestreden arrest. Zie met betrekking tot het debat over de benadering van de geactualiseerde nettowaarde bijvoorbeeld de Britse zaak *Napp Pharmaceutical Holdings Ltd v Director General of Fair Trading, Competition Commission Appeal Tribunal (CAT)*, Case No. 1001/1/1/01, [15 januari 2002], punt 260.

F — Vijfde middel: schending van artikel 82 EG en de motiveringsplicht — een prijs is een afbraakprijs, zelfs wanneer hij gepaard gaat met een aanzienlijke daling van het marktaandeel van de betrokken onderneming

geldboete te verzoeken. Zij gebruikt het argument pas in hogere voorziening om te betwisten dat er sprake is van misbruik.

117. Met haar vijfde middel stelt rekwirante dat het Gerecht artikel 82 EG en zijn motiveringsplicht tevens heeft geschonden door te oordelen dat een prijs een afbraakprijs kan zijn, zelfs als hij gepaard gaat met een aanzienlijke daling van het marktaandeel van de betrokken onderneming. Een dergelijke prijs kan niet worden geacht tot de uitschakeling van de concurrenten te kunnen leiden.

120. Wat de inhoud betreft, toont de informatie waarover de Commissie beschikt aan dat het marktaandeel van WIN continu groeide tot 31 augustus 2002. Een daling van haar marktaandeel gedurende de laatste anderhalve maand van de inbreuk kon alleen het gevolg zijn van de verlaging van de groothandelstarieven van FT voor toegang tot het netwerk, die WIN — in tegenstelling tot haar concurrenten — besloot niet via haar prijzen door te geven, waardoor de inbreuk op 15 oktober 2002 ten einde kwam. Voor de volledigheid voegt de Commissie hieraan toe dat een dergelijke daling van het marktaandeel niet zou afdoen aan de rechtmatigheid van de beschikking als zodanig, maar ten hoogste vragen zou kunnen doen rijzen over de duur van de inbreuk. Dat zou echter geen invloed hebben op het bedrag van de geldboete, aangezien in hogere voorziening niet is gevraagd om een herbeoordeling daarvan.

1. Voornaamste argumenten van partijen

118. Rekwirante stelt dat het Gerecht weliswaar heeft erkend dat het marktaandeel van WIN vanaf augustus 2002 was gedaald, maar toch heeft vastgesteld dat de vermeende inbreuk had voortgeduurd tot 15 oktober 2002. De toepassing van afbraakprijzen vereist echter een aanzienlijke vermindering van de mededinging en kan derhalve niet plaatsvinden indien de mededinging sterker wordt.

2. Beoordeling

119. De Commissie stelt dat rekwirante dat argument in eerste aanleg enkel had aangevoerd om het bestaan van een machtspositie te betwisten en om een verlaging van de

121. Zoals de Commissie terecht opmerkt, is de onderhavige hogere voorziening beperkt tot de beoordeling door het Gerecht van het misbruik van een machtspositie en heeft WIN

het argument inzake een beweerde daling van haar marktaandeel in eerste aanleg alleen aangevoerd om te betwisten dat er sprake was van een machtspositie⁷⁴ en om een verlaging van de geldboete te verzoeken.⁷⁵

G — Zesde middel: onjuiste opvatting van feiten en schending van artikel 82 EG — vermeend plan tot toepassing van afbraakprijzen

1. Onjuiste opvatting van feiten en bewijzen

122. Volgens vaste rechtspraak zou een partij, indien zij een middel dat zij voor het Gerecht niet heeft aangevoerd, voor het eerst voor het Hof zou mogen aanvoeren, dan in feite bij het Hof, met een beperkte bevoegdheid in hogere voorziening, een geschil aanhangig mogen maken met een ruimere strekking dan het geschil waarvan het Gerecht kennis heeft genomen. In hogere voorziening is het Hof enkel bevoegd om te oordelen over de rechtsbeslissing die is gegeven ten aanzien van de middelen die voor het Gerecht zijn aangevoerd.⁷⁶

124. Het zesde middel omvat twee grieven. Met de eerste grief stelt rekwirante dat het Gerecht de aangedragen feiten en bewijzen, wat het vermeende plan tot toepassing van afbraakprijzen betreft, onjuist heeft opgevat.

a) Voornaamste argumenten van partijen

123. Het vijfde middel van rekwirante dient derhalve niet-ontvankelijk te worden verklaard.

125. Rekwirante stelt dat het Gerecht de bewijselementen die aan de basis liggen van zijn beoordeling of er sprake was van een plan tot toepassing van afbraakprijzen, onjuist heeft opgevat. Het heeft zich uitsluitend gebaseerd op documenten van WIN en het bestaan van een plan tot toepassing van afbraakprijzen afgeleid uit daarin gebruikte woorden zoals „toe-eigening” en „toe-eigenen”. Die documenten geven echter louter „vrij ambitieuze commerciële doelstellingen” weer, in de woorden van het Gerecht zelf.⁷⁷

⁷⁴ — Punt 95 van het verzoekschrift in eerste aanleg van WIN, in het middel inzake het bestaan van een machtspositie.

⁷⁵ — Punt 272 van het verzoekschrift in eerste aanleg van WIN, in het middel inzake de geldboete.

⁷⁶ — Zie arrest van 26 oktober 2006, Koninklijke Coöperatie Cosun/Commissie (C-68/05 P, Jurispr. blz. I-10367, punten 95-98 en aangehaalde rechtspraak).

⁷⁷ — Die verwijzing is naar punt 214 van het bestreden arrest.

126. De Commissie stelt dat rekwirante probeert een herbeoordeling in hogere voorziening te verkrijgen van een middel dat het Gerecht niet-ontvankelijk heeft verklaard, zonder evenwel de vaststelling van de niet-ontvankelijkheid ervan te betwisten. Voorts heeft rekwirante geen enkel argument aangevoerd tot staving van de vermeende onjuiste opvatting en alleen het Gerecht is bevoegd om te bepalen welke waarde moet worden gehecht aan de hem voorgelegde bewijzen. Voor de volledigheid stelt de Commissie dat het Gerecht zijn beoordeling niet uitsluitend heeft gebaseerd op documenten die de uitdrukking „toe-eigenen” bevatten, maar ook op talrijke andere documenten.

een onjuiste rechtsopvatting.⁷⁹ Mijns inziens heeft rekwirante de vaststelling van niet-ontvankelijkheid door het Gerecht niet aangevochten.

129. De onderhavige grief betreft een feitelijke vraag en voert geen overtuigende argumenten aan tot staving van een beweerde onjuiste opvatting van de feiten.

b) Beoordeling

127. Rekwirante probeert een herbeoordeling te verkrijgen van een middel dat het Gerecht in de punten 204 en 205 van het bestreden arrest niet-ontvankelijk heeft verklaard.

128. In de onderhavige hogere voorziening mag rekwirante dat middel echter niet opnieuw aanvoeren. Zij kan enkel op specifieke gronden de vaststelling van het Gerecht van de niet-ontvankelijkheid van het middel in eerste aanleg aanvechten⁷⁸ en moet in dat verband argumenten aanvoeren om aan te tonen dat het Gerecht blijk heeft gegeven van

130. Op grond van artikel 225 EG en artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie is het Hof niet bevoegd om de feiten vast te stellen, noch in beginsel om de bewijzen te onderzoeken die het Gerecht daarvoor in aanmerking heeft genomen. Wanneer deze bewijzen regelmatig zijn verkregen en de algemene rechtsbeginselen en de procedurevoorschriften inzake de bewijslast en de bewijsvoering zijn geëerbiedigd, staat het immers uitsluitend aan het Gerecht om te beoordelen, welke waarde moet worden gehecht aan de hem voorgelegde bewijzen.⁸⁰ Deze beoordeling levert dus geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof, behalve in het geval van een verdraaiing van deze bewijzen.⁸¹

78 — Zie Lenaerts, K./Arts, D./Maselis, L., *Procedural Law of the European Union*, 2e uitgave, London 2006, blz. 464: „Dit kan worden afgeleid uit het arrest van 22 december 1993, *Eppe/Commissie* (C-354/92 P, Jurispr. blz. I-7027, punt 13).”

79 — Zie arrest *Abello e.a./Commissie*, aangehaald in voetnoot 70, punt 45.

80 — Arrest van 17 december 1998, *Baustahlgewebe/Commissie* (C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punt 24).

81 — Arrest van 7 november 2002, *Glencore en Compagnie Continentale/Commissie* (C-24/01 P en C-25/01 P, Jurispr. blz. I-10119, punten 65-69). Een dergelijke onjuiste opvatting moet duidelijk uit de stukken van het dossier blijken, zonder dat een nieuwe beoordeling van de feiten en de bewijzen dient te worden verricht; zie arrest van 6 april 2006, *General Motors/Commissie* (C-551/03 P, Jurispr. blz. I-3173, punten 51, 52 en 54).

131. De eerste grief van het zesde middel dient derhalve niet-ontvankelijk te worden verklaard.

134. De Commissie stelt ten eerste dat het oogmerk als bestanddeel van misbruik noodzakelijkerwijs subjectief is, en ten tweede dat een plan tot toepassing van afbraakprijzen op grond van de communautaire rechtspraak niet behoeft te worden gestaafd met het soort objectieve bewijs dat rekwirante suggereert.

2. Schending van artikel 82 EG

b) Beoordeling

132. Met haar tweede grief stelt rekwirante dat het Gerecht artikel 82 EG heeft geschonden. Dit artikel vereist een objectief identificeerbaar plan tot uitschakeling van concurrenten; een louter subjectieve benadering van het begrip misbruik van machtspositie kan in geen geval volstaan.

135. Het volstaat op te merken dat, evenals in sommige eerdere middelen, rekwirante lijkt terug te grijpen op dezelfde argumenten die zij voor het Gerecht heeft aangevoerd.

a) Voornaamste argumenten van partijen

133. Rekwirante stelt dat misbruik van machtspositie een objectief begrip is. Het Gerecht heeft zijn beoordeling en conclusie echter op louter subjectieve factoren gebaseerd, in plaats van op objectief bewijs zoals bedreiging van concurrenten, selectieve prijsstelling jegens de afnemers van concurrenten, prijsdiscriminatie, een praktijk van aftroeven, of de duur, consequente toepassing en omvang van verliesmakende verkopen.

136. Derhalve moet ook de tweede grief van het zesde middel niet-ontvankelijk worden verklaard.

137. Wat het plan tot toepassing van afbraakprijzen betreft, heeft het Gerecht mijns inziens in casu de rechtspraak uit de zaken AKZO en Tetra Pak II correct en rechtens genoegzaam toegepast.

138. Derhalve dient het zesde middel niet-ontvankelijk en in ieder geval ongegrond te worden verklaard.

H — Tweede grief van het zevende middel: schending van artikel 82 EG — goedmaking van verliezen — bewijs door de onderneming van de onmogelijkheid om verliezen goed te maken

139. Met haar tweede grief van het zevende middel stelt rekwirante dat het Gerecht artikel 82 EG heeft geschonden door het bewijs door de Commissie van de mogelijkheid van goedmaking van verliezen te verwarren met het bewijs door de betrokken onderneming van de onmogelijkheid om verliezen goed te maken.

1. Voornaamste argumenten van partijen

140. Rekwirante stelt dat WIN zelf bewijs had geleverd dat de goedmaking van verliezen onmogelijk was. Het Gerecht had zich derhalve moeten uitspreken over de vraag of de Commissie het door de onderneming geleverde bewijs van de onmogelijkheid van goedmaking mocht negeren.

141. De Commissie stelt dat rekwirante in eerste aanleg geen middel heeft aangevoerd met betrekking tot de vraag of de Commissie dergelijk bewijs mocht negeren. Zij stelt in ieder geval dat het argument impliciet is afgewezen in de punten 103 tot en met 121 en 261 tot en met 267 van het bestreden arrest. Tot slot stelt de Commissie voor de volledigheid dat zij in de litigieuze beschikking de mogelijkheid van goedmaking welzeker had beoordeeld en had geconcludeerd dat het in het betrokken geval waarschijnlijk was.

2. Beoordeling

142. Rekwirante heeft voor het Gerecht geen enkel argument aangevoerd met de strekking dat de goedmaking van verliezen onmogelijk was, behalve haar stelling dat de Commissie in de litigieuze beschikking zelf de onmogelijkheid van goedmaking van verliezen had bewezen door te verklaren dat „de mededingingsvoorwaarden waren hersteld”.

143. De verplichting van het Gerecht om zijn beslissingen te motiveren gaat niet zo ver, dat het op elk argument van rekwirant in detail moet antwoorden, met name wanneer het argument niet voldoende duidelijk en nauwkeurig is en niet wordt gestaafd door voldoende bewijs.⁸²

⁸² — Zie arrest van 6 maart 2001, Connolly/Commissie (C-274/99 P, Jurispr. blz. I-1611, punt 121), en arrest België/Commissie, aangehaald in voetnoot 34, punt 81.

144. Het argument dat WIN in haar verzoekschrift voor het Gerecht had aangevoerd — met de strekking dat de Commissie zichzelf had tegengesproken in haar marktanalyse — om te bewijzen dat goedmaking onmogelijk was, kan niet als voldoende duidelijk en nauwkeurig worden beschouwd. Het kwam evenmin neer op een stelling dat de Commissie het door de onderneming geleverde bewijs van de onmogelijkheid van goedmaking niet mocht negeren.

de punten 103 tot en met 121 en 261 tot en met 267 van het bestreden arrest.

145. In ieder geval lijkt dat bewijs impliciet maar noodzakelijkerwijs te zijn verworpen in

146. Ik concludeer derhalve dat de tweede grief van het zevende middel niet-ontvanke-lijk moet worden verklaard als een nieuw argument of middel dat niet voor het Gerecht is aangevoerd, en in ieder geval ongegrond is.

V — Conclusie

147. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging het bestreden arrest te vernietigen.

Voorts geef ik het Hof in overweging de zaak voor afdoening te verwijzen naar het Gerecht van eerste aanleg overeenkomstig artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie, en de beslissing omtrent de kosten aan te houden.