DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

2. april 2009 *

I sag C-202/07 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statutten for Domstolen, iværksat den 10. april 2007,

France Télécom SA, Paris (Frankrig), ved avocats J. Philippe, H. Calvet, O.W. Brouwer og T. Janssens,

appellant,

den anden part i appelsagen:

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved E. Gippini Fournier, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt i første instans,

har

* Processprog: fransk.

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Jann, og dommerne M. Ilešič, A. Tizzano (refererende dommer), A. Borg Barthet og J.-J. Kasel,

generaladvokat: J. Mazák
justitssekretær: kontorchef M.-A. Gaudissart,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 3. april 2008,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 25. september 2008,

afsagt følgende

Dom

1 France Télécom SA (herefter »France Télécom«) har i appelskriftet nedlagt påstand om, at Domstolen ophæver dom afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 30. januar 2007, France Télécom mod Kommissionen (sag T-340/03, Sml. II, s. 107, herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten ikke gav appellanten medhold i en påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 16. juli 2003 vedrørende en procedure i henhold til artikel 82 EF (sag COMP/38.233 — Wanadoo Interactive, herefter »den anfægtede beslutning«).

Sagens baggrund, forhandlingerne for Retten og den appellerede dom

2 Wanadoo Interactive SA (herefter »WIN«) var på tidspunktet for de faktiske omstændigheder et selskab i koncernen France Télécom, der i Frankrig drev virksomhed i sektoren for tjenesteydelser med internetadgang, herunder udbydelsen af ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line).

3 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber fastslog i den anfægtede beslutnings artikel 1, at »[WIN] fra marts 2001 til oktober 2002 har overtrådt artikel [82 EF] ved i forbindelse med sine tjenester eXtense og Wanadoo ADSL at have anvendt underbudspriser, således at selskabet 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«. Kommissionen krævede derfor i beslutningens artikel 2, at WIN bragte denne overtrædelse til ophør, og pålagde i beslutningens artikel 4 selskabet en bøde på 10,35 mio. EUR.

4 Den 2. oktober 2003 anlagde WIN, i hvis rettigheder France Télécom indtrådte efter en virksomhedssammenslutning den 1. september 2004, sag ved Retten i Første Instans med påstand om annullation af den anfægtede beslutning. Ved den appellerede dom blev Kommissionen frifundet.

5 WIN fremsatte til støtte for sin påstand om annullation særligt et anbringende om, at Kommissionen har tilsidesat artikel 82 EF. WIN gjorde med et af dette anbringendes led gældende, at Kommissionen ikke i tilstrækkeligt omfang har godtgjort, at WIN har gjort sig skyldig i misbrug af en dominerende stilling i form af anvendelsen af underbudspriser for de omhandlede tjenesteydelser fra marts 2001 til oktober 2002, og at Kommissionen begik en række retlige fejl.

6 Det omhandlede led består af to grupper af argumenter vedrørende henholdsvis den metode, som Kommissionen anvendte ved beregningen af dækningsgraden af omkostningerne, og den af Kommissionen anvendte underbudstest.

7 Hvad angår argumenterne vedrørende metoden til beregning af dækningsgraden af omkostningerne mindede Retten indledningsvis i den appellerede doms præmis 129 og 130 om det vide skøn, som Kommissionen har i forbindelse med vanskelige økonomiske vurderinger, samt de kriterier, som er fastlagt i retspraksis, med henblik på at fastslå, om der er tale om en underbudspris.

8 Retten mindede i den appellerede doms præmis 130, navnlig med henvisning til dom af 3. juli 1991, AKZO mod Kommissionen (sag C-62/86, Sml. I, s. 3359), og af 14. november 1996, Tetra Pak mod Kommissionen (sag C-333/94 P, Sml. I, s. 5951), om, at »priser, der er lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger, medfører en formodning for, at der ikke foreligger aftalte priser, samt at priser, der er lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger, men højere end de gennemsnitlige variable omkostninger, skal anses for at udgøre misbrug, såfremt de er fastsat som led i en plan, hvis formål er at fjerne en konkurrent«.

9 Herved fastslog Retten indledningsvis, at Kommissionen i denne sag valgte beregningsmetoden med de beregnede omkostninger for at beregne dækningsgraden af omkostningerne. Denne metode er beskrevet i den appellerede doms præmis 132 på følgende måde:

»[…] Kommissionen har i henhold til indfrielsesprincippet benyttet teorien om en fordeling af omkostningerne til erhvervelse af kunder på 48 måneder. Kommissionen har på grundlag heraf undersøgt dækningen af de beregnede variable omkostninger og af de samlede beregnede omkostninger hver for sig, idet den har gjort gældende, at Domstolen har fastsat to test med hensyn til dækningen af omkostninger, alt efter om den dominerende virksomheds adfærd er en del af en plan om udelukkelse af konkurrenter […]«

10 Kommissionen konstaterede ved at anvende denne metode med de beregnede omkostninger følgende, som Retten gengav i den appellerede doms præmis 138:

»[…] de priser, WIN benyttede, [gav] ikke […] 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«.

11 Retten forkastede herefter WIN's påstande, der havde til formål at påvise, at den af Kommissionen valgte metode var statisk, og at den ikke tog hensyn til udsvingene i omkostningerne igennem den relevante periode på 48 måneder, idet den i den appellerede doms præmis 143 bemærkede, at Kommissionen for hver periode af overtrædelsen samt for alle abonnenterne havde medregnet de efterfølgende prisfald, der forekom i løbet af den periode, som overtrædelsen varede, og at den havde opbygget sin analyse ud fra disse fald.

12 Retten udtalte endvidere i den appellerede doms præmis 152, at Kommissionen med rette fandt, at de indtægter og omkostninger, der ligger efter oktober 2002 og dermed efter overtrædelsesperioden, ikke kan opføres på regnskabet til vurdering af dækningsgraden af omkostningerne i løbet af den nævnte periode.

13 Endelig fandt Retten i den appellerede doms præmis 153, at uanset om der, som WIN gjorde gældende, burde have været anvendt en anden beregningsmetode i denne sag, navnlig en metode om beregning af abonnenternes nettokapitalværdi, ville det ikke være tilstrækkeligt til at bevise, at den metode, Kommissionen anvendte i denne sag, er ulovlig.

14 WIN anfægtede endvidere under sagens behandling i første instans, at Kommissionen tog hensyn til visse urigtige forhold inden for rammerne af den valgte metode til fastsættelse af dækningsgraden af omkostningerne.

15 I den forbindelse udtalte Retten i den appellerede doms præmis 165 og 169, uden at tage stilling til formaliteten med hensyn til dette argument, at selv i det tilfælde, hvor der ikke blev taget hensyn til de nævnte urigtige forhold, ville indtjeningen fra de omhandlede tjenesteydelser, hvilket WIN selv har medgivet, under alle omstændigheder være mindre end de samlede omkostninger forbundet med tjenesteydelserne. Denne omstændighed var i sig selv tilstrækkelig til at forkaste dette argument som irrelevant.

16 Hvad angår argumenterne vedrørende underbudstesten forkastede Retten i den appellerede doms præmis 182-186 for det første de argumenter, som WIN fremførte, om, at der findes en absolut ret for en erhvervsdrivende til i god tro at sidestille sine priser med de priser, som en konkurrent tidligere har anvendt, når disse priser er lavere end den pågældende erhvervsdrivendes omkostninger.

17 Efter først at have bemærket, at hverken Kommissionens praksis eller retspraksis fra Fællesskabets retsinstanser anerkender, at en virksomhed med dominerende stilling har en sådan absolut ret, mindede Retten nemlig om, at dominerende virksomheder har særlige forpligtelser og derfor kan miste retten til at udvise adfærd, som ikke i sig selv ville være misbrug, og som ville være tilladt, hvis den var udvist af virksomheder, der ikke var dominerende.

18 Retten fastslog på baggrund heraf følgende i den appellerede doms præmis 187:

»WIN kan således ikke påberåbe sig en absolut ret til at sidestille sig med sine konkurrenters priser som begrundelse for sin adfærd. Såfremt det er rigtigt, at en dominerende virksomheds sidestilling med konkurrenternes priser ikke i sig selv er misbrug eller kan kritiseres, kan det ikke udelukkes, at dette bliver tilfældet, når

sidestillingen ikke blot tilsigter at beskytte virksomhedens interesser, men har til formål at styrke den dominerende stilling og misbruge den.«

19 For det andet forkastede Retten WIN's påstand om, at virksomheden ikke havde en plan om underbud og begrænsning af konkurrencen.

20 Kommissionen begik ifølge WIN en alvorlig tilsidesættelse af artikel 82 EF ved at konstatere, at der forelå en plan om at udelukke WIN's konkurrenter. En sådan plan kunne nemlig ikke anses for hensigtsmæssig efter omstændighederne på det omhandlede marked, særligt med hensyn til de begrænsede hindringer for adgang til markedet.

21 Hertil erindrede Retten indledningsvis i den appellerede doms præmis 195-198 om, at Kommissionen ifølge retspraksis skal fremlægge alvorlige indicier for, at der foreligger en strategi om »at blive den førende« på markedet for at godtgøre, at der er tale om en praksis med underbudspriser, når de priser, som en virksomhed med dominerende stilling benytter, ikke er tilstrækkelige til at dække virksomhedens samlede omkostninger. Derefter, og efter at have konstateret, at Kommissionen havde fremlagt sådanne indicier, fastslog Retten i dommens præmis 204, at WIN i sin stævning påberåbte sig omstændigheder, der var for uklare til, at Retten kunne tage stilling til dette argument, hvorfor argumentet blev forkastet. Retten bemærkede for fuldstændighedens skyld i dommens præmis 206-215, at de indicier, som Kommissionen støttede sig på, var tilstrækkeligt alvorlige, samt at de blev styrket af andre faktiske forhold, således at Kommissionen med rette kunne fastslå, at der forelå en strategi om »at blive den førende« på markedet i hele overtrædelsesperioden.

22 For det tredje begik Kommissionen ifølge WIN en retlig fejl ved at finde, at det ikke var nødvendigt at godtgøre muligheden for at genindvinde de tab, som WIN led i forbindelse med selskabets prispolitik. WIN fastholdt endvidere, at Kommissionen foretog et åbenbart urigtigt skøn og begik en retlig fejl ved at finde, at den havde oplyst om beviset for en sådan mulighed.

23 Retten udelukkede i den appellerede doms præmis 228 under henvisning til dommen i sagen AKZO mod Kommissionen og i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, at der kunne kræves et sådant bevis af Kommissionen. Når de priser, der anvendes af en virksomhed med dominerende stilling, kun er lavere end virksomhedens samlede omkostninger, har Kommissionen nemlig ikke pligt til også at godtgøre muligheden for at genindvinde tabet, idet den dog er forpligtet til at bevise et yderligere forhold, nemlig en plan om »at blive den førende« på markedet.

Parternes påstande

24 France Télécom har i appelskriftet nedlagt følgende påstande:

— den appellerede dom ophæves, og som følge heraf

— hjemvises sagen til Retten, eller

— Domstolen afgør selv sagen endeligt og annullerer den anfægtede beslutning, således at France Télécom gives medhold i de for Retten i Første Instans fremsatte påstande

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

25 Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Om appellen

Det første anbringende om, at den appellerede dom ikke er tilstrækkeligt begrundet

26 Appellanten har med sit første anbringende gjort gældende, at den appellerede dom ikke er tilstrækkeligt begrundet. Dette anbringende er opdelt i to led.

Det første anbringendes første led om nødvendigheden af at bevise, at det er muligt at genindvinde tabene

— Parternes argumenter

27 Appellanten har til støtte for det første anbringendes første led gjort gældende, at Domstolen i dommen i sagen Tetra Pak mod Kommissionen fastslog, at det ikke var nødvendigt at godtgøre muligheden for at genindvinde de tab, som en virksomhed med dominerende stilling har lidt i forbindelse med virksomhedens prispolitik, under de omstændigheder, som gav anledning til denne dom. Eftersom Retten støtter sig på det standpunkt, der blev indtaget i dommen i sagen Tetrapak mod Kommissionen, burde Retten have redegjort for grundene til, at omstændighederne i den foreliggende sag enten var sammenlignelige eller ikke sammenlignelige med de omstændigheder, der gav anledning til den pågældende dom, eller begrundede den samme afgørelse som i nævnte dom.

28 Kommissionen har nærmere bestemt gjort gældende, at det ifølge retspraksis ikke kræves af Kommissionen, at den godtgør muligheden for at genindvinde tab, og at Retten på dette punkt har begrundet den appellerede dom tilstrækkeligt.

— Domstolens bemærkninger

29 Indledningsvis bemærkes, at det følger af fast retspraksis, 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 (jf. bl.a. dom af 14.5.1998, sag C-259/96 P, Rådet mod de Nil og Impens, Sml. I, s. 2915, præmis 32 og 33, og af 17.5.2001, sag C-449/98 P, IECC mod Kommissionen, Sml. I, s. 3875, præmis 70).

30 Domstolen har imidlertid også præciseret, at Rettens forpligtelse til at begrunde sine afgørelser ikke kan fortolkes således, at den har en forpligtelse til at tage nærmere stilling til hvert eneste anbringende, som påberåbes af en part, navnlig når dette ikke er tilstrækkeligt klart og præcist og ikke er underbygget af udførlige beviser (dom af 6.3.2001, sag C-274/99 P, Connolly mod Kommissionen, Sml. I, s. 1611, præmis 121, og af 11.9.2003, sag C-197/99 P, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 8461, præmis 81).

31 Det er således på baggrund af disse principper, at det første anbringendes første led bør behandles.

32 Imidlertid må det konstateres, at Retten i den foreliggende sag, i modsætning til det af appellanten anførte, i tilstrækkeligt omfang har redegjort for grundene til, at Kommissionen ikke var forpligtet til at bevise, at WIN havde mulighed for at genindvinde sine tab.

33 Retten har nemlig i den appellerede doms præmis 224 indledningsvis mindet om, at Domstolen i dommen i sagen AKZO mod Kommissionen (præmis 71 og 72) samt i dommen i sagen Tetra Pak mod Kommissionen (præmis 41) dels fastslog, at priser, der er lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger, altid skal anses for at være udtryk for misbrug, dels at priser, der er lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger, men højere end de gennemsnitlige variable omkostninger, kun har karakter af misbrug, når det kan bevises, at der foreligger en plan om eliminering.

34 Retten har dernæst i den appellerede doms præmis 225 erindret om omstændighederne i sagen, der gav anledning til dommen i sagen Tetra Pak mod Kommissionen. Retten har særligt henvist til denne doms præmis 42 og 43, hvori Domstolen udtrykkeligt udtalte, at

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

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

35 Endelig har Retten — i den appellerede doms præmis 226 — citeret præmis 44 i dommen i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, hvori Domstolen fastslog, at det i lyset af de omstændigheder, der blev sammenfattet i den nævnte doms præmis 42 og 43, ikke fandtes påkrævet at kræve som yderligere bevis, at det påvistes, at Tetra Pak [International SA] havde en reel chance for at genindvinde sine tab.

36 Det er således ved netop at anvende Domstolens argumentation i dommen i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, som er sammenfattet i de ovenstående præmisser, på den foreliggende sag, at Retten i den appellerede doms præmis 227 er nået til den konklusion, at Kommissionen med rette kunne gå ud fra, at den omhandlede prispraksis havde til formål at fjerne konkurrencen, for så vidt som WIN's priser, præcist som tilfældet var i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, var lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger, og at Kommissionen hvad angår de samlede omkostninger herudover skulle bevise, at WIN's prispraksis var et led i en plan, der tilsigtede at »blive den førende« på markedet.

37 Under disse omstændigheder må det fastslås, at den appellerede dom redegør tilstrækkeligt klart for de grunde, der foranledigede Retten til at finde, at de omstændigheder, der ligger til grund for nærværende sag, navnlig forholdet mellem WIN's prisniveau og de gennemsnitlige variable og samlede omkostninger, der afholdes af WIN, er analoge med omstændighederne i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, og til derefter at konkludere, at en godtgørelse af muligheden for at genindvinde tab ikke udgør en forudsætning for konstateringen af, at der foreligger underbudspriser.

38 Det første anbringendes første led bør derfor forkastes.

Det første anbringendes andet led om en dominerende virksomheds ret til at sidestille sine priser med konkurrenternes

— Parternes argumenter

39 Appellanten har ved dette anbringendes andet led gjort gældende, at Retten ikke har begrundet afvisningen af appellantens argumenter, hvorved appellanten påberåbte sig en ret til at sidestille sine priser med konkurrenternes priser. Appellanten har særligt kritiseret, at Retten har begrænset sig til i den appellerede doms præmis 187 at erklære, at uanset om tilpasningen til konkurrenternes priser ikke i sig selv er misbrug, kan det

ikke udelukkes, at dette bliver tilfældet, når tilpasningen har til formål at styrke den dominerende stilling eller misbruge den, uden på nogen måde at specificere, om WIN i den foreliggende sag havde til hensigt at styrke eller misbruge sin dominerende stilling.

40 Kommissionen har gjort gældende, at appellanten ved sagens behandling i første instans begrænsede sig til at påberåbe sig, at Kommissionen har tilsidesat den absolutte ret, som enhver virksomhed har til at sidestille sine priser med konkurrenternes, selv når virksomheden har en dominerende stilling på markedet, og selv om en sådan sidestilling medfører anvendelsen af et prisniveau, der er lavere end omkostningerne. Kommissionen finder, at Retten som følge heraf med rette har begrænset sig til at udelukke, at der findes en sådan absolut ret i fællesskabsretten.

— Domstolens bemærkninger

41 Det bemærkes, at under en appelsag er formålet med Domstolens efterprøvelse bl.a. at undersøge, om Retten i tilstrækkelig grad har taget stilling til alle de argumenter, som appellanten har fremført (jf. dom af 17.12.1998, sag C-185/95 P, Baustahlgewebe mod Kommissionen, Sml. I, s. 8417, præmis 128, af 29.4.2004, sag C-359/01 P, British Sugar mod Kommissionen, Sml. I, s. 4933, præmis 47, og af 28.5.2005, forenede sager C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P — C-208/02 P og C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5425, præmis 244).

42 Imidlertid må det konstateres, således som Kommissionen har gjort gældende, at Retten i den foreliggende sag udtømmende har taget stilling til den argumentation, som WIN har gjort gældende i første instans, der nærmere bestemt havde til formål at begrunde den omhandlede prispraksis med støtte i en ret til at sidestille sine priser med selskabets konkurrenters priser, som tilkommer enhver erhvervsdrivende uanset den pågældendes stilling på markedet.

43 Retten har således i den appellerede doms præmis 176 indledningsvis præciseret, at den anfægtede beslutning, i betragtning 315 til beslutningen, kun anfægter WIN's ret til at sidestille sine priser med selskabets konkurrenters priser, for så vidt som udøvelsen af denne mulighed »medfører den dominerende virksomheds manglende dækning af omkostningerne til den pågældende tjeneste«.

44 Dernæst har Retten i den appellerede doms præmis 178-182 redegjort for baggrunden for, at en sådan ret til sidestilling hverken kan støttes på Kommissionens beslutning 83/462/EØF af 29. juli 1983 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel [82] (sag IV/30.698 — ECS/AKZO: foreløbige forholdsregler) (EFT L 252, s. 13) eller på dommen i sagen AKZO mod Kommissionen, som appellanten har påberåbt sig.

45 Endelig har Retten undersøgt, om begrænsningen af WIN's ret til at sidestille sine priser med selskabets konkurrenters priser, for så vidt som denne »medfører den dominerende virksomheds manglende dækning af omkostningerne til den pågældende tjeneste«, var forenelig med fællesskabsretten.

46 I dette øjemed har Retten i den appellerede doms præmis 185 og 186 henvist til Fællesskabets retsinstansers retspraksis, hvorefter artikel 82 EF pålægger virksomheder, der befinder sig i en dominerende stilling, særlige forpligtelser. Retten har særligt mindet om, 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 sådanne former for adfærd imidlertid ikke tillades, når de netop har til formål at styrke denne dominerende stilling og misbruge den.

47 Det er på grundlag af denne retspraksis, at Retten i den appellerede doms præmis 187 har konkluderet, at WIN ikke kan påberåbe sig nogen absolut ret at sidestille sine priser med selskabets konkurrenters priser som begrundelse for sin adfærd, når denne adfærd udgør et misbrug af dominerende stilling.

48 Appellanten kan heller ikke kritisere Retten for at have nået en sådan konklusion uden at efterprøve, om WIN's adfærd i denne sag udgjorde misbrug. Retten har nemlig i den appellerede doms præmis 195-218 og 224-230 netop forkastet alle appellantens argumenter, der er fremsat med henblik på at rejse tvivl om, hvorvidt der foreligger et sådant misbrug, som blev fastslået i den anfægtede beslutning.

49 Det første anbringendes andet led skal derfor også forkastes, og dermed skal det første anbringende forkastes i sin helhed.

Det andet anbringende om, at Retten har tilsidesat artikel 82 EF, for så vidt som den har afvist WIN's ret til i god tro at sidestille sine priser med selskabets konkurrenters priser

Parternes argumenter

50 Appellanten har med sit andet anbringende indledningsvis understreget, at Retten har medgivet, at appellanten har begrænset sig til at sidestille sine priser med visse af selskabets konkurrenters priser. Appellanten har dernæst hævdet, at en ret til at sidestille priserne med konkurrenternes priser er fastslået i Kommissionens beslutningspraksis, i Domstolens praksis og i retsteorien. Endelig har appellanten kritiseret Retten for ikke at have undersøgt — således som den ifølge fast retspraksis skal — om de foranstaltninger, som appellanten har iværksat for at sidestille sine priser med selskabets konkurrenters priser, var forholdsmæssige og rimelige, således som appellanten gør gældende.

51 Kommissionen har indvendt, at appellanten hverken har påberåbt sig, at Retten har begået en retlig fejl ved bedømmelsen af argumenterne vedrørende WIN's angivelige ret til at sidestille sine priser med selskabets konkurrenters priser, eller at Retten er fremkommet med en selvmodsigende begrundelse. Appellanten har i realiteten under

appelsagen for første gang fremsat argumenter om, at Kommissionen med urette har undladt at efterprøve, om de af WIN iværksatte foranstaltninger var forholdsmæssige og rimelige.

52 Appellanten har under alle omstændigheder alene anfægtet en præmis i den appellerede dom, nemlig dommens præmis 187, ifølge hvilken »det ikke kan udelukkes«, at muligheden for at sidestille sine priser med en virksomheds konkurrenters priser kan nægtes en virksomhed, når en sådan sidestilling har til formål at styrke virksomhedens dominerende stilling og misbruge den. Forbuddet mod en sådan sidestilling er ifølge Kommissionen i fuld overensstemmelse med principperne i artikel 82 EF, når det drejer sig om en virksomhed med dominerende stilling, der foretager en sidestilling med priser, der er lavere end virksomhedens omkostninger. Kommissionen har subsidiært understreget, at WIN ikke har begrænset sig til sidestille sine priser med selskabets konkurrenters priser, men derimod har tvunget sine konkurrenter til at sidestille deres priser med WIN's priser.

Domstolens bemærkninger

53 Sagsøgeren har til støtte for dette anbringende påberåbt sig to argumenter.

54 For det første har appellanten anført, at Retten har tilsidesat artikel 82 EF, derved at Retten nærmere bestemt har nægtet appellanten en ret til at sidestille sine priser med selskabets konkurrenters priser.

55 Hertil bemærkes, at et appelskrift i overensstemmelse med artikel 58 i statutten for Domstolen og artikel 112, stk. 1, litra c), i Domstolens procesreglement præcist skal angive, hvilke elementer der anfægtes i den dom, som påstås ophævet, samt de retlige argumenter, der særligt støtter denne påstand.

56 I denne sag har appellanten — som generaladvokaten har bemærket i punkt 83 i forslaget til afgørelse — på ingen måde forklaret, hvorfor Retten har tilsidesat artikel 82 EF, da den, som anført i denne doms præmis 44, udtrykkeligt har undersøgt Kommissionens beslutningspraksis og Domstolens retspraksis, som WIN påberåbte sig under sagens behandling i første instans, og på den baggrund har konkluderet, at artikel 82 EF ikke kan fortolkes således, at den sikrer en virksomhed med dominerende stilling en absolut ret til at sidestille sine priser med virksomhedens konkurrenters priser.

57 Heraf følger, at dette argument ikke kan antages til realitetsbehandling.

58 For det andet har appellanten kritiseret Retten for at have undladt at vurdere, om WIN's modsvar er rimeligt og forholdsmæssigt.

59 Dette anbringende kan imidlertid heller ikke antages til realitetsbehandling, eftersom appellanten ikke gjorde det gældende under sagens behandling i første instans.

60 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 (jf. bl.a. dom af 11.11.2004, forenede sager C-186/02 P og C-188/02 P, Ramondín m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 10653, præmis 60, og af 26.10.2006, sag C-68/05 P, Koninklijke Coöperatie Cosun mod Kommissionen, Sml. I, s. 10367, præmis 96).

61 Heraf følger, at det andet anbringende bør afvises.

Det tredje anbringende om, at Retten har begået en retlig fejl ved bedømmelsen af lovligheden af den metode, som Kommissionen brugte til at beregne dækningsgraden af omkostningerne

Parternes argumenter

62 Appellanten har med sit tredje anbringende hævdet, at Retten ved ikke at foreholde Kommissionen dens metode til beregning af dækningen af omkostningerne har forvansket underbudstesten, som er fastlagt i dommen i sagen AKZO mod Kommissionen, og dermed har Retten tilsidesat artikel 82 EF. Retten har nemlig retsstridigt tiltrådt Kommissionens urigtige anvendelse af denne test hvad angår de variable og samlede omkostninger.

63 Sagsøgeren har hvad angår de variable omkostninger gjort gældende, at for at den omstændighed, at priserne er lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger, skal kunne anses for at udgøre misbrug, skal den anvendte beregningsmetode godtgøre, at leveringen af de omhandlede ydelser er tabsgivende.

64 Eftersom WIN imidlertid ved søgsmålet for Retten påberåbte sig den omstændighed, at samtlige abonnenter i praktisk taget hele den periode, som overtrædelsen varede, hver især skabte en gevinst, kunne Retten ikke uden at tilsidesætte artikel 82 EF undlade at efterprøve, om Kommissionen har godtgjort, at resultatet for hvert enkelt abonnement udgjorde et tab for WIN. Retten har derimod godkendt Kommissionens fremgangsmåde, der består i en periodevis analyse, som ikke giver et fuldstændigt billede af hvert enkelt abonnements rentabilitet.

65 Hvad angår de samlede omkostninger har appellanten under henvisning til sine påstande vedrørende de variable omkostninger hævdet, at Retten har forvansket underbudstesten ved ikke at søge oplyst, om det var godtgjort, at de samlede omkostninger for abonnenterne var blevet dækket.

66 Kommissionen har heroverfor gjort gældende, at den metode, der er anvendt i den foreliggende sag, ikke alene er den samme metode som den, der blev anvendt i dommen i sagen AKZO mod Kommissionen og i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, som medtager de omkostninger, der fremgår af virksomhedens årsregnskab, men den er også anvendt på en måde, der er mere fordelagtig for appellanten, hvorfor det omkostningsniveau, der er lagt til grund ved beregningen, rettelig er lavere end WIN's reelle omkostningsniveau.

67 Kommissionen har herefter bemærket, at appellanten ikke har foreholdt Retten en skønsfejl eller en urigtig gengivelse af omstændigheder i vurderingen af anbringendet vedrørende den statiske beregningsmetode, som Kommissionen har anvendt. Appellanten har endvidere ikke gjort gældende, at der foreligger en retlig fejl angående Rettens vurdering af Kommissionens afvisning af at anvende den alternative metode til beregning af omkostningerne, som WIN har foreslået.

68 Hvad angår nødvendigheden af at tage hele varigheden af et abonnement på 48 måneder i betragtning finder Kommissionen, at med en dækningsgrad på under 100% for alle de efterfølgende korte perioder på i alt ca. halvandet år, der blev undersøgt i den anfægtede beslutning, kan dækningsgraden kun være lavere end 100% for hele den gennemsnitlige varighed af et abonnement, dvs. 48 måneder. Kommissionen har i den forbindelse bemærket, at denne dækningsgrad kun kan overstige 100% over en længere periode, hvis situationen efter den periode, hvor overtrædelsen fandt sted, gør det muligt for virksomheden at opnå en varig fortjeneste pr. abonnent, der ligger klart over konkurrenceniveauet.

Domstolens bemærkninger

69 Det bemærkes indledningsvis, at det fremgår af Domstolens praksis, at et appelskrift ikke kun kan 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. Domstolens kendelse af 5.2.1998, sag C-30/96 P, Abello m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 377, præmis 45, samt i denne retning dom af 8.1.2002, sag C-248/99 P, Frankrig mod Monsanto og Kommissionen, Sml. I, s. 1, præmis 69).

70 Retten har i den appellerede doms præmis 129-156 udførligt taget stilling til appellantens argumenter, hvorefter den metode, som Kommissionen anvendte til at beregne dækningsgraden af omkostningerne, ikke gjorde det muligt at tage hensyn til et passende omkostningsniveau for WIN.

71 Navnlig har Retten for det første i den appellerede doms præmis 138 fastslået, at den beregningsmetode, som Kommissionen valgte, i modsætning til det af appellanten anførte, gjorde det muligt for Kommissionen at fastslå, at WIN benyttede priser, der var lavere end selskabets omkostninger. For det andet har Retten i forbindelse med sin vurdering af lovligheden af denne metode, i dommens præmis 144 og 145, redegjort for, hvorfor Kommissionens periodevise analyse gjorde det muligt at tage hensyn til de prisændringer, der forekom i løbet af den periode, som overtrædelsen varede, og dermed skabe et tilstrækkeligt klart billede af et abonnements rentabilitet.

72 Det må konstateres, at appellanten med det anbringende, som her behandles, i realiteten ikke har identificeret nogen retlig fejl begået af Retten inden for rammerne af den vurdering, som er fremstillet i de foregående præmisser i denne dom, men har nøjedes med at gentage de argumenter mod den metode, som Kommissionen anvendte i den anfægtede beslutning, som appellanten allerede fremsatte under sagens behandling i første instans.

73 Det tredje anbringende må herefter afvises.

Det fjerde anbringende om, at Retten har begået en retlig fejl og tilsidesat begrundelsespligten, for så vidt som den har fundet, at de omkostninger og den indtjening, der er opstået efter den periode, hvor den påståede overtrædelse fandt sted, ikke må tages i betragtning ved beregningen af dækningsgraden af omkostningerne

Parternes argumenter

74 Appellanten har med det fjerde anbringende kritiseret Retten for at have tiltrådt Kommissionens analyse, som udelukkede indtægter og omkostninger, der er opstået efter den påståede overtrædelse, dvs. efter den 15. oktober 2002, ved beregningen af udviklingen i dækningsgraden af omkostningerne. Appellanten har i den forbindelse anført, at Retten ikke uden at modsige sig selv og tilsidesætte artikel 82 EF kunne godkende Kommissionens fremgangsmåde, som på den ene side fra beregningen af den nævnte dækningsgrad udelukkede indtægter og omkostninger, der opstod senere end den påståede overtrædelse, men som faldt inden for den periode på 48 måneder, som et abonnement løber, og på den anden side for så vidt angår abonnementerne kunne anerkende, at omkostningerne og indtægterne var legitimt spredt over en periode på 48 måneder.

75 Dette anbringende er ifølge Kommissionen blot en forlængelse af det tredje anbringende og giver anledning til usikkerhed. Ved at anvende den metode, som Kommissionen har brugt, og som Retten har tiltrådt, skal kun ikke-løbende omkostninger, dvs. »erobringsomkostninger« eller »omkostningerne til erhvervelse af kunder« nemlig spredes i henhold til indfrielsesprincippet. Derimod skal indtægter og de løbende omkostninger, såsom omkostninger, der er opstået efter overtrædelsen, ikke spredes.

76 Kommissionen har endvidere anført, at det er fejlagtigt at medtage fremtidige fortjenester ved beregningen af dækningsgraden af omkostningerne. Sådanne positive fremskrivninger er baseret på den omstændighed, at WIN besluttede ikke at afspejle den nedsættelse af priserne for adgang til France Télécoms netværk, som alle konkurrenter fik fordel af, i sine egne priser. I realiteten vil disse hypotetiske fortjenester ifølge Kommissionen kun kunne realiseres under svækket konkurrence.

77 Kommissionen har endelig mindet om, at appellantens generaliseringer under alle omstændigheder ikke medfører en positiv dækningsgrad af de samlede omkostninger, og at selv om man godtog appellantens fremskrivninger med meget høje fortjenester over en periode på de 48 måneder, som et abonnement løber, ville disse fortjenester kun kunne begrundes i en situation med svækket konkurrence.

Domstolens bemærkninger

78 Det bemærkes, at Retten i den appellerede doms præmis 136 og 137 har forklaret, at Kommissionens metode bestod i kun at sprede de ikke-løbende variable omkostninger, dvs. omkostninger til erhvervelse af kunder, over den gennemsnitlige varighed af et abonnement, som er 48 måneder. Ifølge den fremgangsmåde, som Kommissionen har anlagt i den anfægtede beslutning, var virksomhedens hensigt nemlig ikke straks at virkeliggøre et øjeblikkeligt positivt regnskabsresultat, men, som det fremgår af betragtning 76 til den anfægtede beslutning, som Retten har citeret i den appellerede doms præmis 136, »at opnå et dækningsniveau af de løbende omkostninger (netværksomkostninger og produktionsomkostninger), der var tilstrækkeligt til, at den frie margen på disse løbende omkostninger inden for en rimelig tidsramme skulle dække de ikke-løbende variable omkostninger, som blev investeret i forretningsudvikling af de pågældende produkter«.

79 Kommissionen har under anvendelse af denne metode analyseret WIN's prispolitik mellem januar 2001 og oktober 2002 og fastslået, at WIN i denne periode anvendte priser, der var lavere end et bestemt niveau for selskabets beregnede omkostninger.

80 Heraf følger, at den omstændighed, at der ikke er taget hensyn til omkostninger og indtægter, som er opstået efter perioden, hvori overtrædelsen fandt sted, men som er omfattet af den omhandlede periode på 48 måneder, er en direkte konsekvens af anvendelsen på denne sag af den metode, som Kommissionen har valgt til beregning af dækningsgraden af omkostningerne, hvilken metode appellanten hverken under sagens behandling i første instans — som det fremgår af den appellerede doms præmis 154 — eller under denne appelsag — som det fremgår af denne doms præmis 69-73 — har kunnet godtgøre er ulovlig.

81 Retten har derfor ikke begået en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 152 at fastslå, »at Kommissionen med rette har fundet, at de indtægter og omkostninger, der ligger efter overtrædelsesperioden, ikke kan opføres på regnskabet til vurdering af dækningsgraden af omkostningerne i løbet af den pågældende periode«.

82 Det følger heraf, at det fjerde anbringende skal forkastes som grundløst.

Det femte anbringende om, at Retten har begået en retlig fejl og tilsidesat begrundelsespligten, for så vidt som den har fundet, at en pris, som medfører en nedsættelse af en virksomheds markedsandel, kan anses for en underbudspris

Parternes argumenter

83 Ifølge appellanten har Retten med urette fundet, at den påståede overtrædelse var fortsat indtil den 15. oktober 2002, selv om Retten har anerkendt, at WIN's markedsandel var faldet fra august 2002. I virkeligheden forudsætter underbudspriser en betydelig konkurrencebegrænsning, og de er derfor udelukket i det tilfælde, hvor konkurrencen selv styrkes.

84 Kommissionen har heroverfor indledningsvis gjort gældende, at WIN alene fremførte dette argument ved Retten for at bestride, at selskabet har en dominerende stilling, samt for at kræve nedsættelse af bøden. Imidlertid er dette argument for første gang gjort gældende under appellen for at bestride, at der foreligger misbrug af en dominerende stilling, og argumentet skal derfor afvises.

85 Hvad angår spørgsmålet, om det femte anbringende er begrundet, har Kommissionen subsidiært understreget, at på baggrund af de oplysninger, som Kommissionen har til rådighed, steg WIN's markedsandel uafbrudt indtil august 2002. Derfor kan enhver mulig formindskelse af WIN's markedsandele i løbet af den sidste halvanden måned, som overtrædelsen varede, kun tilskrives France Télécoms nedsættelse af engrospriserne 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 herudover gjort gældende, at en sådan formindskelse ikke kan rejse tvivl om lovligheden af den anfægtede beslutning, men kun eventuelt kan have indflydelse på overtrædelsens varighed, uden at dette i øvrigt kan have indvirkning på sanktionens størrelse, eftersom appellanten ikke har nedlagt påstand om nedsættelse heraf.

Domstolens bemærkninger

86 Det er i denne henseende tilstrækkeligt at konstatere — som Kommissionen med rette har gjort gældende, og som generaladvokaten har bemærket i punkt 121 i forslaget til afgørelse — at appellanten i denne sag ikke under sagens behandling i første instans har anfægtet den anfægtede beslutning på dette punkt. Uanset om appellanten har påberåbt sig en nedsættelse af sin markedsandel med henblik på dels at bestride, at der forelå en dominerende stilling, dels at støtte påstanden om en nedsættelse af bødens størrelse, har appellanten imidlertid ikke anført dette argument, til forskel fra det foreliggende anbringende, til støtte for, at der ikke foreligger en overtrædelse.

87 Heraf følger, at det femte anbringende bør afvises i medfør af den i denne doms præmis 60 anførte retspraksis.

Det sjette anbringende om, at Retten har gengivet bevismateriale urigtigt og begået en retlig fejl ved bedømmelsen om, at der forelå en om underbud

88 Det sjette anbringende består af to led.

Det sjette anbringendes første led om en urigtig gengivelse af bevismateriale

— Parternes argumenter

89 Appellanten har med det første led af det anbringende, som her behandles, gjort gældende, at Retten har foretaget en urigtig gengivelse af det bevismateriale, hvorpå den baserede sin vurdering om, at der forelå en plan om underbud fra WIN's side. Retten har nemlig alene støttet sig på WIN's dokumenter, som med Rettens egne ord i den appellerede doms præmis 214 blot afspejlede »fremadstræbende handelsformål«, samt på en meget fejlagtig læsning af en række interne dokumenter, hvorved Retten bl.a. har anvendt ord som »at blive den førende« eller »blive førende«.

90 Ifølge Kommissionen skal det sjette anbringendes første led afvises, for så vidt som det dels sigter mod en genbehandling under appellen af et anbringende, som er blevet afvist af Retten, uden dog at bestride den omstændighed, at Retten har afvist anbringendet. Dels har appellanten ikke fremført noget argument til støtte for påstanden om en urigtig gengivelse, mens det tilkommer Retten uindskrænket at bedømme den værdi, der skal tillægges de beviser, som er fremlagt for den.

— Domstolens bemærkninger

91 Det bemærkes, således som det fremgår af den appellerede doms præmis 192, at appellanten allerede for Retten påberåbte sig, at Kommissionen har foretaget en urigtig gengivelse af bevismateriale, da appellanten erklærede, at det var med urette, at Kommissionen har støttet sig på interne dokumenter ved konstateringen af, at der forelå en plan om underbud.

92 Retten har imidlertid afvist dette argument i den appellerede doms præmis 204 og 205, fordi det ikke opfyldte de krav om bestemthed og konkret indhold, der følger af den fællesskabsretlige retspraksis, før den for fuldstændighedens skyld har vurderet de dokumenter, som er anfægtet af appellanten inden for rammerne af denne appel.

93 I forbindelse med en appel kan appellanten ikke påberåbe sig anbringender, som Retten har afvist, når denne afvisning ikke er anfægtet (dom af 22.12.1993, sag C-354/92 P, Eppe mod Kommissionen, Sml. I, s. 7027, præmis 13).

94 Det sjette anbringendes første led skal således afvises.

Det sjette anbringendes andet led om en tilsidesættelse af artikel 82 EF

— Parternes argumenter

95 Appellanten har inden for rammerne af dette anbringendes andet led gjort gældende, at Retten har tilsidesat artikel 82 EF, for så vidt som den udelukkende på grundlag af subjektive faktorer har fastslået, at der forelå en plan om underbud, hvorimod den nævnte artikel kræver bevis for, at der foreligger en objektivt identificerbar plan om udelukkelse, baseret på objektive indicier, som f.eks. trusler mod konkurrenter eller selektive prisfald rettet mod konkurrenternes kunder.

96 Kommissionen har heroverfor for det første gjort gældende, at elementet forsæt i henseende til misbrug af en dominerende stilling nødvendigvis er subjektivt, og for det andet er appellantens påstand om, at der findes et krav om bevis for, at der foreligger en plan om udelukkelse, som er baseret på objektive indicier, uden støtte i retspraksis.

— Domstolens bemærkninger

97 Det er tilstrækkeligt at fastslå, at det er med urette, at appellanten har anført, at Retten alene har støttet sig på subjektive faktorer for at påvise, at der forelå en plan om underbud.

98 Det fremgår nemlig af den appellerede doms præmis 199 og 215, at selv om Retten har henvist til, at WIN havde en »strategi om at blive den førende« på markedet, har Retten dog udledt denne strategi af objektive faktorer, som f.eks. WIN's interne dokumenter.

99 Eftersom det sjette anbringendes andet led bør forkastes, skal det sjette anbringende forkastes i sin helhed.

Det syvende anbringende, om at Retten har tilsidesat artikel 82 EF, for så vidt som den afviste at tage i betragtning, at det ikke er muligt at genindvinde tabene

100 Det syvende anbringende er ligeledes opdelt i to led.

Det syvende anbringendes første led om nødvendigheden af at bevise, at det er muligt at genindvinde tabene

— Parternes argumenter

101 Appellanten har med det syvende anbringendes første led gjort gældende, at Retten har tilsidesat artikel 82 EF ved at finde, at godtgørelse af muligheden for at genindvinde tabene ikke udgør en forudsætning for konstateringen om, at der foreligger underbudspriser. I realiteten kræver den fællesskabsretlige retspraksis altid en sådan godtgørelse, uden hvilken underbud er utænkelig, eftersom det ikke vil være økonomisk rationelt for en virksomhed at indlade sig på en sådan praksis. Denne opfattelse deles i øvrigt af en række nationale domstole og konkurrencemyndigheder samt af en lang række forfattere.

102 Kommissionen har heroverfor gjort gældende, at det ifølge Domstolens praksis ikke kræves, at muligheden for at genindvinde tabene godtgøres. En sådan godtgørelse, som kræves i henhold til fast retspraksis fra Amerikas Forenede Staters retsinstanser, hviler på en økonomisk logik, som er forskellig fra fællesskabsrettens. Ifølge Kommissionen

forudsætter en analyse af misbrug som omhandlet i artikel 82 EF i modsætning til fremgangsmåden efter amerikansk ret nemlig, at den omhandlede virksomhed har en dominerende stilling. Den omstændighed, at der foreligger en sådan stilling, er således i sig selv tilstrækkelig til at fastslå, at det er muligt at genindvinde tabene. I den foreliggende sag sandsynliggjorde situationen med det pågældende markeds eksponentielle vækst en sådan genindvinding.

— Domstolens bemærkninger

103 Med henblik på bedømmelsen af, om det syvende anbringendes første led er velbegrundet, skal der mindes om, at artikel 82 EF ifølge fast retspraksis er et konkret udtryk for det almindelige mål for Det Europæiske Fællesskabs virksomhed, som omhandles i artikel 3, stk. 1, litra g), EF, nemlig at der skal gennemføres en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke fordrejes. Begrebet dominerende stilling i artikel 82 EF skal således forstås som en virksomheds økonomiske magtposition, som sætter denne i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan udvise en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne (dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 38).

104 I denne sammenhæng er artikel 82 EF ved at forbyde misbrug af en dominerende stilling på markedet, i det omfang samhandelen mellem medlemsstaterne kan påvirkes derved, rettet mod adfærd, som kan påvirke strukturen af et marked, hvor konkurrencegraden allerede er svækket netop som følge af tilstedeværelsen af den omhandlede virksomhed, og som, idet der anvendes metoder, der adskiller sig fra dem, der regulerer en normal konkurrence med hensyn til varer eller tjenesteydelser på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser, har til virkning at skabe hindringer for opretholdelsen af den grad af konkurrence, der stadig findes på markedet, eller for udviklingen af denne konkurrence (dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 91, dom af 9.11.1983, sag 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 70, dommen i sagen AKZO mod Kommissionen, præmis 69, og dom af 15.3.2007, sag C-95/04 P, British Airways mod Kommissionen, Sml. I, s. 2331, præmis 66).

105 Artikel 82 EF omfatter derfor ikke blot praksis, der kan påføre forbrugerne direkte skade, men ligeledes praksis, som forvolder dem skade ved at skade en effektiv konkurrencestruktur (dom af 21.2.1973, sag 6/72, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, Sml. s. 215, præmis 26). En virksomhed, som har en dominerende stilling, er særligt forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet (dommen i sagen Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen, præmis 57).

106 Som Domstolen allerede har præciseret, følger det heraf, at artikel 82 EF forbyder en dominerende virksomhed at eliminere en konkurrent for herigennem at styrke sin stilling ved hjælp af andre midler end en konkurrence på ydelser. Herved kan ikke enhver form for priskonkurrence anses for lovlig (dommen i sagen AKZO mod Kommissionen, præmis 70).

107 Navnlig skal det konstateres, at en virksomhed misbruger sin dominerende stilling i det tilfælde, hvor den på et marked, hvor konkurrencestrukturen allerede er svækket netop som følge af tilstedeværelsen af den omhandlede virksomhed, iværksætter en prispolitik med det ene økonomiske formål at eliminere sine konkurrenter med henblik på efterfølgende at kunne udnytte begrænsningen af den konkurrence, der fortsat består på markedet.

108 Med henblik på vurderingen af lovligheden af den prispolitik, som en dominerende virksomhed anvender, har Domstolen i præmis 74 i dommen i sagen AKZO mod Kommissionen henvist til priskriterier baseret på de omkostninger, som den dominerende virksomhed har afholdt, og på virksomhedens strategi.

109 Domstolen har således dels præciseret, at priser, der er lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger, i princippet må betragtes som misbrug, for så vidt som en virksomhed med dominerende stilling kun kan antages at have et økonomisk formål med at anvende sådanne priser, nemlig at eliminere sine konkurrenter. Dels må priser, der er lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger, men højere end de

gennemsnitlig variable omkostninger, anses for misbrug, når disse priser er fastsat som led i en plan, der har til formål at eliminere en konkurrent (jf. dommen i sagen AKZO mod Kommissionen, præmis 70 og 71, og i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, præmis 41).

110 I modsætning til det af appellanten anførte følger det således ikke af Domstolens retspraksis, at bevis for, at det er muligt at genindvinde de tab, som en virksomhed med dominerende stilling har lidt som følge af anvendelsen af priser, der er lavere end et bestemt omkostningsniveau, udgør en nødvendig forudsætning for, at det kan fastslås, at en sådan prispolitik har karakter af misbrug. Domstolen har navnlig haft lejlighed til at udelukke nødvendigheden af et sådant bevis under omstændigheder, hvor det i betragtning af den omhandlede virksomheds anvendelse af priser, der var lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger, måtte antages, at den omhandlede virksomhed havde til hensigt at eliminere konkurrenter (jf. i denne retning dommen i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, præmis 44).

111 Denne fortolkning er naturligvis ikke til hinder for, at Kommissionen kan anse en sådan mulighed for genindvinding af tab for en relevant faktor ved bedømmelsen af, om den pågældende praksis har karakter af misbrug, idet den f.eks. kan medvirke til i tilfælde af anvendelse af priser, der er lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger, at udelukke andre økonomiske begrundelser end elimineringen af en konkurrent, eller til i tilfælde af anvendelse af priser, der er lavere end de samlede omkostninger, men højere end de gennemsnitlige variable omkostninger, at godtgøre, at der foreligger en plan, der har til formål at eliminere en konkurrent.

112 Desuden er den omstændighed, at det ikke på nogen måde er muligt at genindvinde tabene, ikke tilstrækkelig til at udelukke, at den omhandlede virksomhed vil have held til at styrke sin dominerende stilling, navnlig efter at en eller flere af virksomhedens konkurrenter har forladt markedet, således at graden af konkurrence på markedet, der allerede er svækket netop som følge af den omhandlede virksomheds tilstedeværelse, formindskes yderligere, og at forbrugerne påføres et tab som følge af begrænsningen af deres valgmuligheder.

113 Det er således med rette, at Retten i den appellerede doms præmis 228 har fastslået, at godtgørelsen af muligheden for at genindvinde tab ikke udgør en forudsætning for konstateringen af, at der foreligger underbudspriser.

114 Det følger heraf, at dette anbringendes første led er ugrundet.

Det syvende anbringendes andet led om den dominerende virksomheds fremlæggelse af bevis for, at det ikke er muligt at genindvinde tabene

— Parternes argumenter

115 Appellanten har med det syvende anbringendes andet led gjort gældende, at selskabet har ført bevis for, at det i den foreliggende sag ikke var muligt at genindvinde tabene. Retten burde derfor have taget stilling til, om Kommissionen kunne se bort fra dette bevis, når det er fremført af den sagsøgte virksomhed.

116 Kommissionen har repliceret, at appellanten ikke under sagens behandling i første instans påberåbte sig et anbringende om, hvorvidt Kommissionen kunne se bort fra et sådant bevis, fremsat af sagsøgte. Under alle omstændigheder blev dette argument indirekte forkastet i den appellerede doms præmis 103-121 og 264-267. Kommissionen har endelig i den anfægtede beslutning understreget, at den subsidiært har vurderet muligheden for at genindvinde tabene og har fundet, at dette er muligt i den foreliggende sag.

— Domstolens bemærkninger

117 Som anført i denne doms præmis 30, kan Rettens forpligtelse til at begrunde sine afgørelser ikke fortolkes således, at den har en forpligtelse til at tage nærmere stilling til hvert eneste anbringende, som påberåbes af en part, navnlig når dette ikke er tilstrækkeligt klart og præcist og ikke er underbygget af udførlige beviser.

118 Det er tilstrækkeligt at fastslå, at appellanten under sagens behandling i første instans ikke har anført et anbringende med henblik på specifikt at anfægte den omstændighed, at Kommissionen retsstridigt så bort fra det bevis, som WIN angiveligt fremførte, om, at det i denne sag ikke var muligt at genindvinde tabene.

119 Da det syvende anbringendes andet led under disse omstændigheder også er ugrundet, skal det syvende anbringende forkastes.

120 Henset til samtlige disse betragtninger må appellen forkastes, idet den delvist ikke kan antages til realitetsbehandling, og delvist er ugrundet.

Sagens omkostninger

121 henhold til procesreglementets artikel 122, stk. 1, træffer Domstolen afgørelse om sagens omkostninger, såfremt appellen forkastes.

122 I medfør af procesreglementets artikel 69, stk. 2, som i henhold til dets artikel 118 finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger, og da appellanten har tabt sagen, bør selskabet pålægges at betale sagens omkostninger under den foreliggende sag.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Første Afdeling):

1) Appellen forkastes.

2) France Télécom SA betaler sagens omkostninger.

Underskrifter