ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

2 april 2009*

In zaak C-202/07 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie, ingesteld op 10 april 2007,

France Télécom SA, gevestigd te Parijs (Frankrijk), vertegenwoordigd door J. Philippe, H. Calvet, O.W. Brouwer en T. Janssens, avocats,

rekwirante,

andere partij bij de procedure:

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door E. Gippini Fournier als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster in eerste aanleg,

wijst

* Procestaal: Frans.

HET HOF VAN JUSTITIE (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: P. Jann, kamerpresident, M. Ilešič, A. Tizzano (rapporteur), A. Borg Barthet en J.-J. Kasel, rechters,

advocaat-generaal: J. Mazák,
griffier: M.-A. Gaudissart, hoofd van administratieve eenheid,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 3 april 2008,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 25 september 2008,

het navolgende

Arrest

1 Met haar hogere voorziening verzoekt France Télécom SA (hierna: „France Télécom") het Hof om vernietiging van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 30 januari 2007, France Télécom/Commissie (T-340/03, Jurispr. blz. II-107; hierna: „bestreden arrest"), waarin het Gerecht haar beroep tot nietigverklaring van de 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") heeft verworpen.

Voorgeschiedenis van het geding, procesverloop voor het Gerecht en bestreden arrest

2 Wanadoo Interactive SA (hierna: „WIN") was ten tijde van de litigieuze feiten een vennootschap van het France Télécom-concern, die in Frankrijk actief was in de sector internettoegangsdiensten, waaronder de diensten inzake ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line).

3 In artikel 1 van de litigieuze beschikking heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen vastgesteld dat WIN van maart 2001 tot oktober 2002 „artikel [82 EG] heeft geschonden door in het kader van een plan tot toe-eigening van de markt voor snelle internettoegang in een belangrijke fase van de ontwikkeling ervan, voor haar diensten eXtense en Wanadoo ADSL afbraakprijzen te hebben toegepast waarmee zij tot augustus 2001 niet haar variabele kosten en vanaf augustus 2001 niet haar totale kosten kon dekken". In artikel 2 gelastte de Commissie haar dan ook, deze inbreuk te beëindigen en in artikel 4 van de beschikking legde zij haar een geldboete van 10,35 miljoen EUR op.

4 Op 2 oktober 2003 stelde WIN, in wier rechten France Télécom is getreden na een fusie op 1 september 2004, bij het Gerecht beroep in tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking. Dit beroep werd bij het bestreden arrest verworpen.

5 In haar beroep tot nietigverklaring had WIN in het bijzonder gesteld dat de Commissie in strijd had gehandeld met artikel 82 EG. In een van de onderdelen van het desbetreffende middel stelde WIN dat de Commissie het door WIN begane misbruik van machtspositie door de hantering van afbraakprijzen voor de in geding zijnde diensten van maart 2001 tot oktober 2002, rechtens niet voldoende had aangetoond en dat zij op een aantal punten blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

6 Dit onderdeel bestond uit twee groepen argumenten, de eerste betrekking hebbend op de door de Commissie gevolgde methode voor de berekening van de mate waarin de kosten waren gedekt, en de tweede op de toepassing door de Commissie van het criterium voor afbraakprijzen.

7 Ten aanzien van de argumenten inzake de methode voor de berekening van de mate waarin de kosten waren gedekt, wees het Gerecht in de punten 129 en 130 van het bestreden arrest om te beginnen op de ruime beoordelingsbevoegdheid die de Commissie is toegekend wanneer het gaat om ingewikkelde economische beoordelingen, alsmede aan de in de rechtspraak geformuleerde criteria om te bepalen wanneer een prijs als afbraakprijs moet worden beschouwd.

8 Onder verwijzing naar met name de arresten van 3 juli 1991, AKZO/Commissie (C-62/86, Jurispr. blz. I-3359), en 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie (C-333/94 P, Jurispr. blz. I-5951), herinnerde het Gerecht er in punt 130 van het bestreden arrest aan dat „op grond van prijzen die beneden de gemiddelde variabele kosten 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".

9 Vervolgens stelde het Gerecht allereerst vast dat de Commissie in casu voor de berekening van de mate waarin de kosten waren gedekt, de berekeningsmethode van de gecorrigeerde kosten had gekozen. Deze methode wordt in punt 132 van het bestreden arrest beschreven als volgt:

„[…] Volgens het beginsel dat activa worden afgeschreven, is de Commissie uitgegaan van de spreiding van de kosten voor het verwerven van afnemers over 48 maanden. Zij heeft op deze grondslag de dekking van de gecorrigeerde variabele kosten en die van de gecorrigeerde totale kosten afzonderlijk onderzocht, waarbij zij stelt dat er volgens het Hof twee criteria voor kostendekking zijn, naargelang het gedrag van de onderneming met een machtspositie al dan niet deel uitmaakt van een plan dat op de uitschakeling van concurrenten is gericht. […]"

10 Bij de toepassing van deze methode is de Commissie, zoals het Gerecht in punt 138 van het bestreden arrest opmerkte, tot het oordeel 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".

11 Na vervolgens de bewering van WIN te hebben verworpen dat de door de Commissie gekozen methode statisch was en geen rekening hield met de kostenvariaties in de loop van de onderzochte periode, merkte het Gerecht in punt 143 van het bestreden arrest op dat de Commissie wel degelijk 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 en haar analyse zelfs aan de hand van deze verlagingen had gestructureerd.

12 Voorts verklaarde het Gerecht in punt 152 van het bestreden arrest dat de Commissie terecht van oordeel was geweest dat de inkomsten en kosten van na oktober 2002, dus na de inbreuk, niet in aanmerking konden worden genomen bij de beoordeling van de mate waarin de kosten gedurende de onderzochte periode werden gedekt.

13 Ten slotte oordeelde het Gerecht in punt 153 van het bestreden arrest dat, gesteld al dat, zoals door WIN was betoogd, in casu de toepassing van een andere berekeningsmethode geschikt was geweest, in het bijzonder de methode waarbij de geactualiseerde nettowaarde van de abonnees wordt berekend, deze omstandigheid niet kon volstaan om de onrechtmatigheid van de uiteindelijk door de Commissie gekozen methode te bewijzen.

14 WIN keerde zich in eerste aanleg tevens tegen het feit dat door de Commissie bepaalde onjuiste gegevens in aanmerking waren genomen in het kader van de toepassing van de voor de bepaling van de mate van kostendekking gekozen methode.

15 Dienaangaande oordeelde het Gerecht in de punten 165 en 169 van het bestreden arrest dat, wat er ook zij van de ontvankelijkheid van dat argument, de door de in geding zijnde diensten gegenereerde opbrengsten ook zonder de inaanmerkingneming van deze onjuiste gegevens, zoals door WIN zelf was erkend, hoe dan ook lager waren geweest dan de totale kosten van die diensten. Deze omstandigheid op zich was al voldoende om dit argument af te wijzen.

16 Wat de argumenten inzake het criterium voor afbraakprijzen betreft, verwierp het Gerecht in de punten 182 tot en met 186 van het bestreden arrest ten eerste de door WIN aangevoerde argumenten betreffende het bestaan van een absoluut recht van een ondernemer om te goeder trouw zijn prijs aan te passen aan de eerder door een van zijn concurrenten toegepaste prijzen, wanneer die prijzen lager zijn dan de kosten van die ondernemer.

17 Na te hebben opgemerkt dat noch de praktijk van de Commissie noch de communautaire rechtspraak aan een onderneming met een machtspositie een dergelijk absoluut recht verleent, herinnerde het Gerecht eraan dat ondernemingen met een machtspositie specifieke verplichtingen hebben en dat aan dergelijke ondernemingen gedragingen kunnen worden verboden die op zich geen misbruik opleveren en toelaatbaar zouden zijn, indien zij het werk waren van een onderneming die geen machtspositie inneemt.

18 Het Gerecht concludeerde daaruit in punt 187 van het bestreden arrest het volgende:

„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."

19 Ten tweede verwierp het Gerecht de bewering van WIN dat zij geen plan had voor de toepassing van afbraakprijzen en vermindering van de mededinging.

20 Volgens WIN had de Commissie artikel 82 EG ernstig geschonden door te concluderen dat er een plan bestond om haar concurrenten uit te schakelen. Een dergelijk plan kon namelijk bij de heersende marktverhoudingen niet verstandig worden geacht, met name gezien de lage toetredingsbarrières op die markt.

21 In dit verband herinnerde het Gerecht er in de punten 195 tot en met 198 van het bestreden arrest allereerst aan dat volgens de rechtspraak de Commissie, wil zij tot het bestaan van een praktijk van afbraakprijzen kunnen concluderen, serieuze aanwijzingen van het bestaan van een strategie van „toe-eigening" van de markt moet verstrekken, wanneer de door een onderneming met een machtspositie gehanteerde prijzen niet voldoende zijn om haar totale kosten te dekken. Na vervolgens te hebben geconstateerd dat de Commissie dergelijke aanwijzingen inderdaad had verstrekt, oordeelde het in punt 204 van het arrest dat de door WIN in het verzoekschrift aangedragen gegevens te vaag waren om het Gerecht in staat te stellen zich over dit argument uit te spreken, en verwierp het dit bijgevolg. Ten overvloede overwoog het Gerecht in de punten 206 tot en met 215 van het arrest dat de aanwijzingen waarop de Commissie zich had gebaseerd voldoende serieus waren en werden gestaafd met anderen feiten om op goede gronden te kunnen aannemen dat er een strategie van „toe-eigening" van de markt bestond gedurende de gehele inbreukperiode.

22 Ten derde had de Commissie volgens WIN blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door ervan uit te gaan dat de mogelijkheid van goedmaking van de door haar als gevolg van haar prijsbeleid geleden verliezen, niet behoefde te worden bewezen. WIN stelde tevens dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout had gemaakt en blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat zij die mogelijkheid had bewezen.

23 Onder verwijzing naar de reeds aangehaalde arresten AKZO/Commissie en Tetra Pak/Commissie verklaarde het Gerecht in punt 228 van het bestreden arrest dat dergelijk bewijs niet van de Commissie kon worden verwacht. Wanneer de door een onderneming met een machtspositie gehanteerde prijzen alleen al lager liggen dan haar totale kosten, is de Commissie weliswaar gehouden, nog een factor aan te tonen, te weten het bestaan van een plan voor „toe-eigening" van de markt, maar is zij niet verplicht om ook het bewijs te leveren van de mogelijkheid van goedmaking van de verliezen.

Conclusies van partijen

24 In haar hogere voorziening vordert France Télécom:

— vernietiging van het bestreden arrest, en bijgevolg

— verwijzing van de zaak naar het Gerecht, of

— afdoening door het Hof zelf door nietigverklaring van de litigieuze beschikking en toewijzing van de door haar in eerste aanleg ingestelde vorderingen, en

— verwijzing van de Commissie in de kosten.

25 De Commissie vordert afwijzing van de hogere voorziening en verwijzing van rekwirante in de kosten.

Beslissing in hogere voorziening

Eerste middel: het bestreden arrest is ontoereikend gemotiveerd

26 Met haar eerste middel stelt rekwirante dat het bestreden arrest ontoereikend is gemotiveerd. Het middel bestaat uit twee onderdelen.

Eerste onderdeel van het eerste middel: de mogelijkheid van goedmaking van de verliezen moet worden bewezen

— Argumenten van partijen

27 Tot staving van het eerste onderdeel van het eerste middel betoogt rekwirante dat het Hof in het arrest Tetra Pak/Commissie heeft verklaard dat het aantonen van de mogelijkheid van het goedmaken van de door de onderneming met de machtspositie als gevolg van de toepassing van haar prijsbeleid geleden verliezen, niet noodzakelijk was in de omstandigheden van het geval dat tot dat arrest aanleiding had gegeven. Aangezien het Gerecht zich bij de in het arrest Tetra Pak/Commissie gevolgde benadering heeft aangesloten, had het moeten uitleggen waarom de omstandigheden van de onderhavige zaak al dan niet vergelijkbaar waren met die van de zaak die tot dat arrest aanleiding heeft gegeven, dan wel dezelfde oplossing rechtvaardigden als in dat arrest.

28 Het betoog van de Commissie komt erop neer dat de rechtspraak niet van de Commissie eist dat zij op enigerlei wijze de mogelijkheid van het goedmaken van de verliezen aantoont en dat het Gerecht het bestreden arrest op dit punt voldoende heeft gemotiveerd.

— Beoordeling door het Hof

29 Om te beginnen moet erop worden gewezen dat volgens vaste rechtspraak uit 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 (zie met name arresten van 14 mei 1998, Raad/de Nil en Impens, C-259/96 P, Jurispr. blz. I-2915, punten 32 en 33, en 17 mei 2001, IECC/Commissie, C-449/98 P, Jurispr. blz. I-3875, punt 70).

30 Zoals het Hof echter eveneens heeft verklaard, houdt de op het Gerecht rustende verplichting om zijn beslissingen te motiveren niet in dat het op elk argument van een partij in detail moet antwoorden, met name wanneer het argument niet voldoende duidelijk en nauwkeurig is en niet wordt gestaafd door omstandig bewijs (arresten van 6 maart 2001, Connolly/Commissie, C-274/99 P, Jurispr. blz. I-1611, punt 121, en 11 september 2003, België/Commissie, C-197/99 P, Jurispr. blz. I-8461, punt 81).

31 Het eerste onderdeel van het eerste middel moet derhalve worden onderzocht in het licht van deze beginselen.

32 In casu moet worden geconstateerd dat het Gerecht, anders dan rekwirante beweert, de redenen waarom de Commissie niet verplicht was om te bewijzen dat WIN de mogelijkheid had, haar verliezen goed te maken, voldoende heeft gemotiveerd.

33 In punt 224 van het bestreden arrest heeft het Gerecht er allereerst op gewezen dat in de arresten AKZO/Commissie (punten 71 en 72) en Tetra Pak/Commissie (punt 41) het Hof heeft verklaard dat prijzen beneden de gemiddelde variabele kosten altijd als misbruik moeten worden beschouwd, en prijzen beneden de gemiddelde totale kosten, maar boven de gemiddelde variabele kosten alleen dan misbruik zijn, wanneer een op uitschakeling gericht plan kan worden aangetoond.

34 Vervolgens heeft het Gerecht in punt 225 van het bestreden arrest de omstandigheden uiteengezet van de zaak die aanleiding hebben gegeven tot het arrest Tetra Pak/Commissie. Het heeft in het bijzonder verwezen naar de punten 42 en 43 van dat arrest, waarin het Hof specifiek het volgende heeft uitgelegd:

„42 […] Met betrekking tot de verkopen van niet-aseptische kartons in Italië tussen 1976 en 1981 heeft [het Gerecht] vastgesteld, dat de prijzen veel lager waren dan de gemiddelde variabele kosten. Het oogmerk om de concurrenten uit te schakelen, behoefde derhalve niet te worden bewezen. In 1982 lagen de prijzen van deze kartons tussen de gemiddelde variabele kosten en de gemiddelde totale kosten. Daarom heeft het Gerecht in rechtsoverweging 151 van het bestreden arrest geprobeerd, zonder op dit punt overigens door Tetra Pak te worden gekritiseerd, aan te tonen dat Tetra Pak het oogmerk had om een concurrent uit te schakelen.

43 Eveneens heeft het Gerecht in de rechtsoverwegingen 189 tot en met 191 van het bestreden arrest terecht precies dezelfde redenering gevolgd met betrekking tot de verkopen van niet-aseptische machines in het Verenigd Koninkrijk tussen 1981 en 1984."

35 Ten slotte heeft het Gerecht in punt 226 van het bestreden arrest punt 44 van het arrest Tetra Pak/Commissie aangehaald, waarin het Hof had geconcludeerd dat het, gezien de in de punten 42 en 43 van genoemd arrest weergegeven omstandigheden, niet dienstig was om daarnaast nog als extra bewijs te eisen dat werd aangetoond dat Tetra Pak International SA een reële kans had om haar verliezen goed te maken.

36 Het Gerecht heeft dus precies de redenering van het Hof in het arrest Tetra Pak/Commissie, zoals weergegeven in de voorgaande punten, toegepast op het onderhavige geval, om in punt 227 van het bestreden arrest tot de conclusie te komen dat de Commissie er terecht van mocht uitgaan dat het in geding zijnde prijsbeleid gericht was op uitschakeling, aangezien de door WIN gehanteerde prijzen, evenals in de zaak die aanleiding had gegeven tot het arrest Tetra Pak/Commissie, beneden de gemiddelde variabele kosten lagen, en dat zij wat de totale kosten betreft bovendien het bewijs moest leveren dat het door WIN gevolgde prijsbeleid paste in het kader van een plan dat op „toe-eigening" van de markt was gericht.

37 Derhalve moet worden geconstateerd dat in het bestreden arrest voldoende duidelijk is uiteengezet waarom het Gerecht tot de conclusie is gekomen dat de omstandigheden in het onderhavige geval, in het bijzonder het verband tussen de hoogte van de door WIN gehanteerde prijzen en het gemiddelde van haar variabele en totale kosten, vergelijkbaar waren met die welke tot het arrest Tetra Pak/Commissie hadden geleid, en dat het aantonen dat de verliezen konden worden goedgemaakt derhalve geen noodzakelijke voorwaarde was voor de constatering van een praktijk van afbraakprijzen.

38 Derhalve moet het eerste onderdeel van het eerste middel worden afgewezen.

Tweede onderdeel van het eerste middel: het recht van een onderneming met een machtspositie om haar prijzen aan te passen aan die van haar concurrenten

— Argumenten van partijen

39 Met het tweede onderdeel van dit middel verwijt rekwirante het Gerecht dat het de afwijzing van haar argumenten dat zij het recht had om haar prijzen aan die van haar concurrenten aan te passen, niet heeft gemotiveerd. In het bijzonder verwijt zij het Gerecht dat het zich ertoe heeft beperkt, in punt 187 van het bestreden arrest te verklaren dat aanpassing aan de prijzen van de concurrenten weliswaar op zich geen

misbruik is, maar dat niet viel uit te sluiten dat het dit kon worden wanneer het tot doel had een machtspositie te versterken en te misbruiken, zonder nader in te gaan op de vraag of WIN in casu de bedoeling had gehad, haar machtspositie te versterken of te misbruiken.

40 De Commissie stelt dat rekwirante in eerste instantie slechts had gesteld dat de Commissie inbreuk had gemaakt op het absolute recht van elke onderneming om haar prijzen aan te passen aan die van haar concurrenten, ook wanneer zij een machtspositie op de markt inneemt en zelfs wanneer die aanpassing leidt tot een prijs die lager is dan de kosten. De Commissie is van mening dat het Gerecht zich dus terecht heeft beperkt tot de vaststelling dat een dergelijk absoluut recht in het gemeenschapsrecht niet bestaat.

— Beoordeling door het Hof

41 Er zij eraan herinnerd dat het toezicht van het Hof in hogere voorziening met name tot doel heeft, na te gaan of het Gerecht rechtens voldoende is ingegaan op alle door de rekwirant aangevoerde argumenten (zie in die zin arresten van 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie, C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punt 128; 29 april 2004, British Sugar/Commissie, C-359/01 P, Jurispr. blz. I-4933, punt 47, en 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punt 244).

42 Geconstateerd moet worden dat het Gerecht in casu, zoals de Commissie stelt, uitvoerig is ingegaan op de argumentatie van WIN in eerste aanleg, die er hoofdzakelijk op was gericht het in geding zijnde prijsbeleid te rechtvaardigen op grond van een recht van elke ondernemer, ongeacht zijn positie op de markt, om zijn prijzen aan te passen aan die van zijn concurrenten.

43 Zo heeft het Gerecht in punt 176 van het bestreden arrest allereerst verklaard dat de litigieuze beschikking in punt 315 het recht van WIN om haar prijzen aan te passen aan die van haar concurrenten slechts bestrijdt voor zover de gebruikmaking van die mogelijkheid „impliceert dat de kosten van de betrokken dienst door de onderneming met een machtspositie niet worden gedekt".

44 Vervolgens heeft het Gerecht in de punten 178 tot en met 182 van het bestreden arrest uiteengezet waarom dit recht van aanpassing niet kon worden gebaseerd op beschikking 83/462/EEG van de Commissie van 29 juli 1983 inzake een procedure op grond van artikel [82] van het EEG-Verdrag (IV/30.698 — ECS/AKZO: voorlopige maatregelen) (PB L 252, blz. 13), noch op het arrest AKZO/Commissie, waarop rekwirante zich had beroepen.

45 Ten slotte is het Gerecht nagegaan of de beperking van het recht van WIN om haar prijzen aan te passen aan die van haar concurrenten, voor zover dit „impliceert dat de kosten van de betrokken dienst door de onderneming met een machtspositie niet worden gedekt", verenigbaar was met het gemeenschapsrecht.

46 Het Gerecht heeft daartoe in de punten 185 en 186 van het bestreden arrest aangesloten bij de communautaire rechtspraak volgens welke artikel 82 EG aan ondernemingen met een machtspositie specifieke verplichtingen stelt. In het bijzonder herinnerde het Gerecht eraan 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 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 niet toelaatbaar is wanneer het juist tot doel heeft die machtspositie te versterken en te misbruiken.

47 Het Gerecht heeft daarop in punt 187 van het bestreden arrest deze rechtspraak toegepast, en geconcludeerd dat WIN zich ter rechtvaardiging van haar gedrag niet kon beroepen op een absoluut recht om haar prijzen aan te passen aan die van haar concurrenten, wanneer dit misbruik van haar machtspositie betekende.

48 Rekwirante kan het Gerecht ook niet verwijten dat het zich ertoe heeft beperkt deze conclusie te formuleren, zonder na te gaan of het gedrag van WIN in casu misbruik vormde. Het Gerecht heeft immers, met name in de punten 195 tot en met 218 en 224 tot en met 230 van het bestreden arrest, precies de argumenten verworpen die door rekwirante naar voren waren gebracht om het bestaan van dit misbruik, zoals dat in de litigieuze beschikking was geconstateerd, te ontkennen.

49 Derhalve moet ook het tweede onderdeel van het eerste middel, en bijgevolg het eerste middel in zijn geheel, ongegrond worden verklaard.

Tweede middel: schending van artikel 82 EG door het Gerecht doordat het WIN het recht heeft ontzegd om te goeder trouw zijn prijzen aan te passen aan die van zijn concurrenten

Argumenten van partijen

50 Met haar tweede middel benadrukt rekwirante allereerst dat het Gerecht heeft erkend dat zij niet anders heeft gedaan dan haar prijzen aanpassen aan die van enkele van haar concurrenten. Vervolgens stelt zij dat een recht van aanpassing aan de prijzen van de concurrenten is erkend in de beschikkingspraktijk van de Commissie, de rechtspraak van het Hof en de rechtsleer. Ten slotte verwijt zij het Gerecht, niet te zijn nagegaan, zoals volgens vaste rechtspraak vereist is, of de maatregelen die zij heeft genomen ter aanpassing van haar prijzen aan die van haar concurrenten, evenredig en redelijk waren, zoals zij stelt.

51 De Commissie werpt tegen dat rekwirante zich er niet op beroept dat het Gerecht bij de analyse van de argumenten betreffende het recht dat WIN zou hebben om haar prijzen aan te passen aan die van haar concurrenten, blijk heeft gegeven van een verkeerde rechtsopvatting, noch dat de motivering tegenstrijdig is. In werkelijkheid verwijt

rekwirante in het stadium van de hogere voorziening de Commissie voor het eerst dat zij niet is nagegaan of de door WIN genomen maatregelen evenredig en redelijk waren.

52 Hoe dan ook heeft rekwirante het volgens de Commissie slechts voorzien op één punt van het bestreden arrest, punt 187, waarin wordt overwogen dat de mogelijkheid de prijzen aan te passen aan die van de concurrenten, misbruik zou kunnen worden en dus niet kan worden toegestaan aan een onderneming, wanneer deze aanpassing tot doel heeft de machtspositie van de onderneming te versterken en te misbruiken. Subsidiair benadrukt de Commissie dat WIN het niet heeft gelaten bij aanpassing van haar prijzen aan die van haar concurrenten, maar haar concurrenten integendeel heeft gedwongen, hun prijzen aan te passen aan die van haar.

Beoordeling door het Hof

53 Rekwirant brengt voor dit middel twee argumenten in stelling.

54 In de eerste plaats verwijt zij het Gerecht, een verkeerde toepassing te hebben gegeven aan artikel 82 EG, door haar in wezen geen recht toe te kennen op aanpassing van haar prijzen aan die van haar concurrenten.

55 In dit verband moet erop worden gewezen dat overeenkomstig artikel 58 van het Statuut van het Hof van Justitie en artikel 112, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering 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.

56 Zoals de advocaat-generaal in punt 83 van zijn conclusie heeft opgemerkt, maakt rekwirante in casu echter niet kenbaar om welke redenen het Gerecht artikel 82 EG verkeerd heeft toegepast, waar het uitdrukkelijk is ingegaan, zoals in punt 44 van het onderhavige arrest is gememoreerd, op de door WIN ingeroepen beschikkingspraktijk van de Commissie en rechtspraak van het Hof en heeft geconcludeerd dat dit artikel niet aldus kan worden uitgelegd dat het een onderneming met een machtspositie een absoluut recht verleent om haar prijzen aan te passen aan die van haar concurrenten.

57 Dit argument is derhalve niet-ontvankelijk.

58 In de tweede plaats verwijt rekwirante het Gerecht dat het niet is nagegaan of het weerwoord van WIN redelijk en evenredig was.

59 Ook dit tweede argument is niet-ontvankelijk, daar rekwirante het niet in eerste aanleg heeft aangevoerd.

60 Het is immers vaste rechtspraak dat een partij, indien zij een middel dat zij voor het Gerecht niet heeft aangevoerd, dit 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 zou mogen maken met een ruimere strekking dan het geschil waarvan het Gerecht kennis heeft genomen. In hogere voorziening is het Hof dus enkel bevoegd om te oordelen over de rechtsbeslissing die is gegeven ten aanzien van de middelen die voor de rechter in eerste aanleg zijn aangevoerd (zie met name arresten van 11 november 2004, Ramondín e.a./Commissie, C-186/02 P en C-188/02 P, Jurispr. blz. I-10653, punt 60, en 26 oktober 2006, Koninklijke Coöperatie Cosun/Commissie, C-68/05 P, Jurispr. blz. I-10367, punt 96).

61 Mitsdien moet het tweede middel niet-ontvankelijk worden verklaard.

Derde middel: onjuiste beoordeling door het Gerecht van de rechtmatigheid van de methode die door de Commissie is gebruikt voor de berekening van de mate van kostendekking

Argumenten van partijen

62 Met haar derde middel stelt rekwirante dat het Gerecht, door niet de door de Commissie voor de berekening van de mate van kostendekking gebruikte methode af te keuren, het in het arrest AKZO/Commissie geformuleerde criterium voor afbraakprijzen onjuist heeft toegepast en dus artikel 82 EG heeft geschonden. Ten onrechte heeft het Gerecht volgens rekwirante zijn fiat gegeven aan de verkeerde toepassing van dit criterium door de Commissie, zowel ten aanzien van de variabele als ten aanzien van de totale kosten.

63 Wat de variabele kosten betreft, stelt rekwirante dat, om prijzen beneden het gemiddelde van de variabele kosten als misbruik te kunnen kwalificeren, de berekeningsmethode moet aantonen dat de in geding zijnde diensten met verlies zijn verleend.

64 Aangezien WIN zich echter in eerste aanleg erop had beroepen dat alle abonnees over vrijwel de gehele inbreukperiode individueel winst hadden opgeleverd, had het Gerecht niet zonder in strijd te komen met artikel 82 EG mogen nalaten, te onderzoeken of de Commissie had aangetoond dat elk abonnement per saldo al dan niet verlies voor WIN had gegenereerd. In plaats daarvan had het Gerecht de benadering van de Commissie goedgekeurd, die bestond in een analyse voor elke periode afzonderlijk en die geen compleet beeld gaf van de winstgevendheid van elk abonnement.

65 Wat de totale kosten betreft, stelt rekwirante onder verwijzing naar haar betoog betreffende de variabele kosten dat het Gerecht het criterium voor afbraakprijzen verkeerd heeft opgevat, door niet te willen nagaan of was bewezen dat de totale kosten van de abonnees niet waren gedekt.

66 De Commissie brengt hiertegen allereerst in dat de in casu toegepaste methode niet alleen dezelfde is als de methode die zij heeft toegepast in de zaken die hebben geleid tot de arresten AKZO/Commissie en Tetra Pak/Commissie — waarbij eenvoudigweg de kostenbedragen worden gebruikt die in de jaarstukken van de onderneming staan — maar dat deze methode zelfs in een voor rekwirante gunstige zin is versoepeld, zodat de in de berekening aangehouden kosten in werkelijkheid lager waren dan de reële kosten van WIN.

67 De Commissie merkt vervolgens op dat rekwirante het Gerecht geen verkeerde beoordeling of onjuiste weergave van de feiten bij de analyse van het middel betreffende de door de Commissie toegepaste statische berekeningsmethode verwijt. Ook stelt zij niet dat het Gerecht in zijn analyse van de weigering van de Commissie om de door WIN voorgestelde alternatieve kostenberekeningsmethode te hanteren, het recht verkeerd zou hebben toegepast.

68 Wat betreft de noodzaak rekening te houden met het abonnement voor de gehele levensduur van 48 maanden is de Commissie van mening dat bij een mate van kostendekking die lager was dan 100 % voor alle achtereenvolgende korte perioden die in de litigieuze beschikking waren onderzocht, de mate van kostendekking ook voor de gehele gemiddelde abonnementsduur, dat wil zeggen 48 maanden, alleen maar lager dan 100 % kon zijn. Dienaangaande merkt de Commissie op dat een mate van kostendekking gedurende een langere periode alleen dan niet meer kan worden dan 100 %, indien ervan wordt uitgegaan dat de situatie in de periode na de inbreuk de onderneming in staat heeft gesteld om winstmarges per abonnee te behalen die langdurig aanzienlijk boven concurrerend niveau liggen.

Beoordeling door het Hof

69 Er moet eerst en vooral aan worden herinnerd dat volgens de rechtspraak van het Hof een hogere voorziening zich niet kan beperken tot het herhalen van de middelen en argumenten die reeds voor het Gerecht zijn aangevoerd, zonder daarbij argumenten aan te voeren ten bewijze dat het Gerecht is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting (zie beschikking van 5 februari 1998, Abello e.a./Commissie, C-30/96 P, Jurispr. blz. I-377, punt 45, alsook in dezelfde zin arrest van 8 januari 2002, Frankrijk/Monsanto en Commissie, C-248/99 P, Jurispr. blz. I-1, punt 69).

70 In de punten 129 tot en met 156 van het bestreden arrest is het Gerecht uitvoerig ingegaan op de argumenten van rekwirante inhoudend dat het met de door de Commissie gebruikte berekeningsmethode voor de mate van kostendekking niet mogelijk was, te komen tot een passend bedrag van de kosten van WIN.

71 In het bijzonder heeft het Gerecht in de eerste plaats in punt 138 geconstateerd dat, anders dan rekwirante stelde, de Commissie door de toepassing van de door haar gekozen methode in staat was geweest, te concluderen dat WIN prijzen had gehanteerd die lager waren dan haar kosten. In de tweede plaats heeft het Gerecht in zijn analyse van de rechtmatigheid van deze methode in de punten 144 en 145 de redenen uiteengezet waarom het met de door de Commissie toegepaste analyse per periode mogelijk was, rekening te houden met de tariefvariaties in de inbreukperiode, en dus een voldoende compleet overzicht van de winstgevendheid van een abonnement te verkrijgen.

72 In wezen betoogt rekwirante met dit middel niet dat het Gerecht van een verkeerde rechtsopvatting blijk heeft gegeven in het kader van de in voorgaande punten van het onderhavige arrest weergegeven analyse, maar herhaalt zij slechts de argumenten die zij in eerste aanleg reeds had aangevoerd tegen de door de Commissie in de litigieuze beschikking gevolgde methode.

73 Het derde middel dient dus niet-ontvankelijk te worden verklaard.

Vierde middel: verkeerde toepassing van het recht en schending van de motiveringsplicht door het Gerecht, doordat het heeft geoordeeld dat de kosten en de opbrengsten van na de periode waarin de gestelde inbreuk heeft voortgeduurd niet moeten worden meegerekend bij de berekening van de mate waarin de kosten waren gedekt

Argumenten van partijen

74 In haar vierde middel klaagt rekwirante dat het Gerecht heeft ingestemd met de analyse van de Commissie waarbij de kosten en de opbrengsten van na de gestelde inbreuk, dat wil zeggen na 15 oktober 2002, niet werden meegerekend voor de beoordeling van de mate waarin de kosten waren gedekt. Met name kon het Gerecht, zonder zichzelf tegen te spreken en artikel 82 EG te schenden, de benadering van de Commissie niet goedkeuren. In deze benadering werden enerzijds opbrengsten en kosten van na de vermeende inbreuk, maar binnen de levensduur van een abonnement 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 een periode van 48 maanden.

75 Volgens de Commissie is dit middel enkel een uitbreiding van het derde middel en komt het voort uit een misverstand. In de methode van de Commissie, die door het Gerecht is aanvaard, dienden immers alleen de eenmalige kosten, te weten de „veroveringskosten" of „abonnee-verwervingskosten", te worden gespreid volgens het afschrijvingsprincipe. Daarentegen diende de opbrengsten en de terugkerende kosten, zoals de kosten van na de inbreuk, niet te worden gespreid.

76 De Commissie stelt voorts dat het onjuist is om in de berekening van de mate waarin de kosten waren gedekt, rekening te houden met ramingen van toekomstige positieve marges. Dergelijke positieve ramingen zijn erop gebaseerd dat WIN had besloten de verlaging van de toegangstarieven voor het netwerk van France Télécom, dat voor alle concurrenten toegankelijk was, niet in haar prijzen door te berekenen. In werkelijk zijn dergelijke hypothetische marges alleen haalbaar in een situatie van verzwakte mededinging.

77 Ten slotte wijst de Commissie erop 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 de levensduur van een abonnement van 48 maanden aanvaard, dergelijke marges alleen zouden kunnen worden verwezenlijkt in een situatie van verzwakte mededinging.

Beoordeling door het Hof

78 Het Gerecht heeft in de punten 136 en 137 van het bestreden arrest uiteengezet dat de door de Commissie gevolgde methode erin bestond, alleen de variabele terugkerende kosten, te weten de abonnee-verwervingskosten, te spreiden over de gemiddelde levensduur van een abonnement, die 48 maanden bedroeg. Volgens de benadering van de Commissie in de litigieuze beschikking is de doelstelling van de onderneming niet om onmiddellijk een positief boekhoudkundig resultaat te behalen, maar blijkens punt 76 van de considerans van de litigieuze beschikking, aangehaald door het Gerecht in punt 136 van het bestreden arrest, „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".

79 Met deze methode heeft de Commissie het prijsbeleid van WIN tussen januari 2001 en oktober 2002 geanalyseerd en heeft zij de conclusie getrokken dat WIN in die periode prijzen had gehanteerd die lager waren dan een bepaald niveau van haar gecorrigeerde kosten.

80 Het niet meerekenen van de kosten en opbrengsten van na de periode waarin de inbreuk plaatsvond, maar wel binnen de genoemde periode van 48 maanden, vloeide dus rechtstreeks voort uit de toepassing op dit geval van de door de Commissie gekozen methode voor de berekening van de mate waarin de kosten waren gedekt. Rekwirante heeft de onrechtmatigheid daarvan niet weten aan te tonen, noch in eerste aanleg, zoals uit punt 154 van het bestreden arrest blijkt, noch in het kader van de onderhavige hogere voorziening, zoals volgt uit de punten 69 tot en met 73 van dit arrest.

81 Het Gerecht heeft dan ook niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting toen het in punt 152 van het bestreden arrest concludeerde dat „de Commissie terecht van oordeel was dat de inkomsten en kosten 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".

82 Het vierde middel moet dan ook ongegrond worden verklaard.

Vijfde middel: verkeerde toepassing van het recht en schending van de motiveringsplicht door het Gerecht, doordat het heeft geoordeeld dat een prijs die gepaard gaat met een daling van het marktaandeel van de onderneming als afbraakprijs kan worden beschouwd

Argumenten van partijen

83 Volgens rekwirante heeft het Gerecht weliswaar erkend dat het marktaandeel van WIN vanaf augustus 2002 was gedaald, maar ten onrechte toch vastgesteld dat de beweerde inbreuk had voortgeduurd tot 15 oktober 2002. In werkelijkheid is voor de toepassing van afbraakprijzen een aanzienlijke vermindering van de mededinging vereist en kan deze derhalve niet plaatsvinden indien de mededinging zelf toeneemt.

84 De Commissie werpt om te beginnen tegen dat WIN dit argument in eerste aanleg enkel had aangevoerd om het bestaan van haar machtspositie te betwisten en om een verlaging van de geldboete te verzoeken. Dit argument wordt in hogere voorziening echter voor het eerst gebruikt om te betwisten dat er sprake was van misbruik van machtspositie en is op die grond dus niet-ontvankelijk.

85 Wat de gegrondheid van het vijfde middel betreft, benadrukt de Commissie subsidiair dat het marktaandeel van WIN volgens de informatie waarover zij beschikt, continu groeide tot augustus 2002. Een lichte afname van het marktaandeel van WIN gedurende de laatste anderhalve maand van de inbreuk was alleen het gevolg van de verlaging van de groothandelstarieven van France Télécom voor toegang tot het netwerk, die WIN, in tegenstelling tot haar concurrenten, besloot niet via haar prijzen door te geven, waardoor aan de inbreuk op 15 oktober 2002 een einde kwam. Voor de volledigheid voegt de Commissie hieraan toe dat een dergelijke afname van het marktaandeel niet kan afdoen aan de rechtmatigheid van de beschikking, maar alleen gevolgen zou kunnen hebben voor de duur van de inbreuk, zonder dat dit overigens invloed kan hebben op het bedrag van de geldboete, aangezien rekwirante niet om een herbeoordeling daarvan heeft gevraagd.

Beoordeling door het Hof

86 Dienaangaande behoeft slechts te worden geconstateerd dat, zoals de Commissie terecht heeft aangevoerd en de advocaat-generaal in punt 121 van zijn conclusie heeft opgemerkt, rekwirante in eerste aanleg op dit punt geen kritiek op de litigieuze beschikking heeft geuit. Zij heeft zich wel op de vermindering van haar marktaandeel beroepen, in de eerste plaats om het bestaan van een machtspositie te betwisten en in de tweede plaats om een verlaging van de boete te verzoeken, maar, in tegenstelling tot het onderhavige middel, heeft zij dit argument niet aangevoerd om het bestaan van de inbreuk te betwisten.

87 Hieruit volgt dat op grond van de in punt 60 van dit arrest aangehaalde rechtspraak het vijfde middel niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

Zesde middel: verkeerde voorstelling van het bewijsmateriaal en verkeerde toepassing van het recht door het Gerecht bij zijn beoordeling van het bestaan van een plan tot toepassing van afbraakprijzen

88 Het zesde middel bestaat uit twee onderdelen.

Eerste onderdeel van het zesde middel: verkeerde voorstelling van het bewijsmateriaal

— Argumenten van partijen

89 Met het eerste onderdeel van dit middel beweert rekwirante dat het Gerecht het bewijsmateriaal ten grondslag liggend aan zijn analyse of er bij WIN een plan tot toepassing van afbraakprijzen bestond, verkeerd heeft voorgesteld. Het heeft zich uitsluitend gebaseerd op documenten van WIN waaruit niets anders bleek dan, in de eigen woorden van het Gerecht in punt 21 van het bestreden arrest, „vrij ambitieuze commerciële doelstellingen", alsmede op een verregaand onnauwkeurige lezing van een aantal interne documenten, waarin met name termen als „toe-eigening" of „toe-eigenen" werden gebezigd.

90 Volgens de Commissie is het eerste onderdeel van het zesde middel niet-ontvankelijk daar het er in de eerste plaats toe strekt, in het stadium van de hogere voorziening een middel opnieuw te laten beoordelen dat door het Gerecht niet-ontvankelijk was verklaard, zonder evenwel de niet-ontvankelijkverklaring te betwisten. In de tweede plaats brengt rekwirante geen argumenten naar voren om de gestelde verkeerde voorstelling van zaken te onderbouwen, terwijl het ter soevereine beoordeling van het Gerecht staat welke waarde aan de hem voorgelegde bewijzen moet worden gehecht.

— Beoordeling door het Hof

91 Zoals uit punt 192 van het bestreden arrest blijkt, heeft rekwirante zich voor het Gerecht reeds beroepen op de verkeerde voorstelling van het bewijsmateriaal door de Commissie, toen zij stelde dat de Commissie zich voor haar conclusie dat er sprake was van een plan tot toepassing van afbraakprijzen ten onrechte had gebaseerd op interne documenten.

92 Alvorens echter ten overvloede over te gaan tot de door rekwirante thans in hogere voorziening betwiste beoordeling van die documenten, heeft het Gerecht allereerst, in de punten 204 en 205 van het bestreden arrest, dit middel niet-ontvankelijk verklaard, daar het niet strookte met de in de communautaire rechtspraak gestelde eisen van nauwkeurigheid en specificiteit.

93 In het kader van een hogere voorziening kan de rekwirant zich echter niet beroepen op middelen die het Gerecht niet-ontvankelijk heeft verklaard, wanneer deze niet-ontvankelijkverklaring zelf niet wordt aangevochten (arrest van 22 december 1993, Eppe/Commissie, C-354/92 P, Jurispr. blz. I-7027, punt 13).

94 Derhalve moet het eerste onderdeel van het zesde middel niet-ontvankelijk worden verklaard.

Tweede onderdeel van het zesde middel: schending van artikel 82 EG

— Argumenten van partijen

95 In het kader van het tweede onderdeel van dit middel stelt rekwirante dat het Gerecht artikel 82 EG heeft geschonden doordat het uitsluitend op basis van subjectieve gegevens heeft geconcludeerd dat er een plan tot toepassing van afbraakprijzen bestond, terwijl dit artikel het bewijs eist van een objectief aantoonbaar uitschakelingsplan, welk bewijs gebaseerd moet zijn op objectieve aanwijzingen, zoals met name bedreigingen aan het adres van concurrenten of selectieve prijsverlagingen voor afnemers van de concurrenten.

96 De Commissie riposteert dat de opzet van machtspositiemisbruik noodzakelijkerwijs een subjectief gegeven is, en dat het vereiste dat het bestaan van een uitschakelingsplan moet worden bewezen op basis van objectieve gegevens als die welke door rekwirante worden genoemd, geen steun vindt in de rechtspraak.

— Beoordeling door het Hof

97 Volstaan kan worden met de constatering dat rekwirante ten onrechte stelt dat het Gerecht zich als bewijs voor het bestaan van een afbraakprijzenplan uitsluitend heeft gebaseerd op subjectieve gegevens.

98 Zoals blijkt uit de punten 199 en 215 van het bestreden arrest, is het Gerecht weliswaar uitgegaan van een „strategie van toe-eigening" van de markt door WIN, maar heeft het deze afgeleid uit objectieve gegevens als interne documenten van deze onderneming.

99 Daar het tweede onderdeel van dit middel ongegrond is, moet het gehele zesde middel worden afgewezen.

Zevende middel: schending van artikel 82 EG door het Gerecht doordat het heeft geweigerd, rekening te houden met de onmogelijkheid van goedmaking van de verliezen

100 Ook het zevende middel bestaat uit twee onderdelen.

Eerste onderdeel van het zevende middel: de noodzaak, de mogelijkheid van goedmaking van de verliezen te bewijzen

— Argumenten van partijen

101 Met het eerste onderdeel van het zevende middel stelt rekwirante dat het Gerecht artikel 82 EG heeft geschonden door te oordelen dat het aantonen dat de verliezen konden worden goedgemaakt geen noodzakelijke voorwaarde was voor de constatering van een praktijk van afbraakprijzen. In werkelijkheid eist de communautaire rechtspraak steeds dat dit wordt aangetoond, en kan zonder dit bewijs geen praktijk van afbraakprijzen worden aangenomen, aangezien het voor een onderneming economisch niet verstandig is om een dergelijke praktijk te volgen. Dit standpunt wordt overigens gedeeld door tal van rechterlijke instanties en mededingingsautoriteiten en door een groot deel van de rechtsleer.

102 De Commissie brengt hier allereerst tegen in dat het aantonen dat de verliezen kunnen worden goedgemaakt, niet door de rechtspraak van het Hof wordt geëist. Overigens berust dit bewijs, dat in de rechtspraak van de gerechten van de Verenigde Staten wordt geëist, op een economische redenering die niet eigen is aan het gemeenschapsrecht.

Volgens de Commissie gaat de analyse van misbruik in de zin van artikel 82 EG, anders dan in de benadering van het Amerikaanse recht, ervan uit dat de betrokken onderneming een machtspositie heeft. Het enkele feit dat die machtspositie bestaat, is voldoende om vast te stellen dat het goedmaken van de verliezen mogelijk is. Ten slotte stelt zij dat het in casu, gezien de situatie van exponentiële groei van de betrokken markt, waarschijnlijk was dat goedmaking van de verliezen mogelijk was.

— Beoordeling door het Hof

103 Voor de beoordeling van de gegrondheid van het eerste onderdeel van dit middel moet er om te beginnen op worden gewezen dat volgens vaste rechtspraak in artikel 82 EG de algemene doelstelling van de activiteit van de Europese Gemeenschap is uitgewerkt, die in artikel 3, lid 1, sub g, EG is omschreven als de invoering van een regime waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst. De economische machtspositie waaraan in artikel 82 EG is gedacht, is die welke een onderneming in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de relevante markt te verhinderen en het haar mogelijk maakt zich jegens haar concurrenten, haar afnemers en uiteindelijk de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen (arrest van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie, 85/76, Jurispr. blz. 461, punt 38).

104 In deze context ziet artikel 82 EG, door zijn verbod om misbruik te maken van een machtspositie op de markt voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, op gedragingen die de structuur kunnen beïnvloeden van een markt waar, juist door de aanwezigheid van een onderneming met een dergelijke positie, de mededinging reeds is verzwakt, en die met andere middelen dan bij een normale, op ondernemersprestaties berustende mededinging van goederen of diensten gebruikelijk zijn, de instandhouding of de ontwikkeling van het nog op die markt aanwezige concurrentieniveau kunnen verhinderen (arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, punt 91; arrest van 9 november 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 70; arrest AKZO/Commissie, reeds aangehaald, punt 69, en arrest van 15 maart 2007, British Airways/Commissie, C-95/04 P, Jurispr. blz. I-2331, punt 66).

105 Daar artikel 82 EG dus niet alleen ziet op handelwijzen die de consument rechtstreeks kunnen benadelen maar tevens op praktijken die hem kunnen benadelen door in te grijpen in een structuur van daadwerkelijke mededinging (arrest van 21 februari 1973, Europemballage en Continental Can/Commissie, 6/72, Jurispr. blz. 215, punt 26), rust op de onderneming met een machtspositie een bijzondere verantwoordelijkheid om niet door haar gedrag inbreuk te maken op een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt (arrest Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie, reeds aangehaald, punt 57).

106 Zoals het Hof reeds heeft verklaard, volgt daaruit dat artikel 82 EG een onderneming met een machtspositie verbiedt, een concurrent uit te schakelen en dus haar positie te versterken met behulp van andere middelen dan die welke berusten op een mededinging op basis van kwaliteit. In die optiek kan niet elke prijsconcurrentie als rechtmatig worden beschouwd (arrest AKZO/Commissie, reeds aangehaald, punt 70).

107 In het bijzonder moet een onderneming worden geacht misbruik van haar machtspositie te maken die in een markt waarvan de mededingingsstructuur juist door haar aanwezigheid aldaar reeds is verzwakt, een prijsbeleid voert dat geen ander economisch doel heeft dan het uitschakelen van haar concurrenten, om daarna profijt te trekken van de teruggelopen concurrentie die nog op de markt bestaat.

108 Voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het door een onderneming met een machtspositie gevoerde prijsbeleid heeft het Hof in punt 74 van het arrest AKZO/Commissie aangesloten bij de prijscriteria die gebaseerd zijn op de kosten en de strategie van de onderneming met de machtspositie.

109 Het Hof verklaarde in de eerste plaats dat prijzen beneden de gemiddelde variabele kosten in principe moeten worden geacht misbruik op te leveren, daar ervan kan worden uitgegaan dat een onderneming met een machtspositie geen ander economisch doel heeft dan het uitschakelen van haar concurrenten. In de tweede plaats leveren prijzen die beneden de gemiddelde totale kosten, maar boven de gemiddelde variabele

kosten liggen, misbruik op wanneer zij zijn vastgesteld in het kader van een plan dat tot doel heeft een concurrent uit te schakelen (zie reeds aangehaalde arresten AKZO/Commissie, punten 70 en 71, en Tetra Pak/Commissie, punt 41).

110 Anders dan rekwirante stelt, volgt uit de rechtspraak van het Hof dus niet dat het bewijs van de mogelijkheid van goedmaking van de door een onderneming met een machtspositie als gevolg van de hantering van prijzen beneden een bepaald kostenpeil geleden verliezen, een noodzakelijke voorwaarde is om aan te tonen dat een dergelijk prijsbeleid misbruik is. In het bijzonder heeft het Hof de noodzaak van dit bewijs uitgesloten in omstandigheden waarin het oogmerk van uitschakeling bij de betrokken onderneming kon worden aangenomen gezien het feit dat zij prijzen hanteerde die beneden de gemiddelde variabele kosten lagen (zie in die zin arrest Tetra Pak/Commissie, reeds aangehaald, punt 44).

111 Deze uitlegging sluit uiteraard niet uit dat de Commissie de mogelijkheid van goedmaking van de verliezen beschouwt als een relevant gegeven voor de beoordeling of de betrokken praktijk misbruik vormt, doordat deze mogelijkheid bijvoorbeeld ertoe kan bijdragen om in geval van toepassing van prijzen beneden de gemiddelde variabele kosten, andere economische motieven dan de uitschakeling van een concurrent uit te sluiten, of om in geval van toepassing van prijzen beneden de gemiddelde variabele kosten maar boven de gemiddelde totale kosten, aan te tonen dat sprake is van een plan tot uitschakeling van een concurrent.

112 Overigens sluit het ontbreken van mogelijkheden van goedmaking van de verliezen op zich niet uit dat de betrokken onderneming haar machtspositie weet te versterken, met name als gevolg van het verlaten van de markt door een of meer van haar concurrenten, zodat de bestaande concurrentie op de markt die juist door de aanwezigheid van deze onderneming reeds is verzwakt, nog verder terugloopt en de consumenten schade lijden als gevolg van de beperking van hun keuzemogelijkheden.

113 Terecht heeft het Gerecht dus in punt 228 van het bestreden arrest geconcludeerd dat het aantonen van een mogelijkheid van goedmaking van de verliezen geen noodzakelijke voorwaarde is voor de constatering van een praktijk van afbraakprijzen.

114 Bijgevolg is het eerste onderdeel van dit middel ongegrond.

Tweede onderdeel van het zevende middel: het bewijs door de onderneming met een machtspositie van de onmogelijkheid van goedmaking van de verliezen

— Argumenten van partijen

115 Met het tweede onderdeel van het zevende middel stelt rekwirante dat zij het bewijs had geleverd dat de goedmaking van verliezen in casu onmogelijk was. Het Gerecht had zich derhalve moeten uitspreken over de vraag of de Commissie dit bewijs mocht negeren wanneer het door de onderneming zelf is geleverd.

116 De Commissie antwoordt dat rekwirante in eerste aanleg geen middel heeft aangevoerd met betrekking tot de vraag of de Commissie dergelijk door verweerster geleverd bewijs mocht negeren. In ieder geval is het argument volgens haar impliciet afgewezen in de punten 103 tot en met 121 en 261 tot en met 267 van het bestreden arrest. Tot slot benadrukt de Commissie dat zij in de litigieuze beschikking subsidiair de mogelijkheid van goedmaking heeft beoordeeld en deze in casu mogelijk heeft geacht.

— Beoordeling door het Hof

117 Zoals in punt 30 van dit arrest is opgemerkt, houdt de op het Gerecht rustende verplichting om zijn beslissingen te motiveren niet in dat het op elk argument van een partij in detail moet antwoorden, met name wanneer het argument niet voldoende duidelijk en nauwkeurig is en niet wordt gestaafd door omstandig bewijs.

118 Volstaan kan thans worden met de constatering dat rekwirante in eerste aanleg geen middel heeft aangevoerd waarmee zij specifiek betoogt dat de Commissie het door WIN naar eigen zeggen geleverde bewijs van de onmogelijkheid van goedmaking van de verliezen onrechtmatig had genegeerd.

119 Aangezien het tweede onderdeel van het zevende middel dus eveneens ongegrond is, moet het zevende middel in zijn geheel worden afgewezen.

120 Gezien alle voorgaande overwegingen moet de hogere voorziening gedeeltelijk niet-ontvankelijk en gedeeltelijk ongegrond worden verklaard.

Kosten

121 Volgens artikel 122, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering beslist het Hof ten aanzien van de proceskosten wanneer de hogere voorziening ongegrond is.

122 Overeenkomstig artikel 69, lid 2, van dit Reglement, dat krachtens artikel 118 ervan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien rekwirante in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie te worden verwezen in de kosten van deze instantie.

Het Hof van Justitie (Eerste kamer) verklaart:

1) De hogere voorziening wordt afgewezen.

2) France Télécom SA wordt verwezen in de kosten.

ondertekeningen