DOMSTOLENS DOM (första avdelningen)

den 2 april 2009 *

I mål C-202/07 P,

angående ett överklagande enligt artikel 56 i domstolens stadga, som ingavs den 10 april 2007,

France Télécom SA, Paris (Frankrike), företrätt av J. Philippe, H. Calvet, O. W. Brouwer och T. Janssens, avocats,

sökande,

i vilket den andra parten är:

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av E. Gippini Fournier, i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande i första instans,

meddelar

* Rättegångsspråk: franska.

DOMSTOLEN (första avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden P. Jann samt domarna M. Ilešič, A. Tizzano (referent), A. Borg Barthet och J.-J. Kasel,

generaladvokat: J. Mazák,
justitiesekreterare: enhetschefen M.-A. Gaudissart,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 3 april 2008,

och efter att den 25 september 2008 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 France Télécom SA (nedan kallat France Télécom) har yrkat att domstolen ska upphäva den dom som meddelades av Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt den 30 januari 2007 i mål T-340/03, France Télécom mot kommissionen (REG 2007, s. II-107) (nedan kallad den överklagade domen). I denna dom ogillade förstainstansrätten klagandens talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut av den 16 juli 2003 om ett förfarande enligt artikel 82 EG (ärende COMP/38.233 – Wanadoo Interactive) (nedan kallat det omtvistade beslutet).

Bakgrund till tvisten, förfarandet vid förstainstansrätten och den överklagade domen

2 Wanadoo Interactive SA (nedan kallat WIN) var vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna ett bolag i koncernen France Télécom, som drev verksamhet i Frankrike inom sektorn för tillhandahållande av höghastighetsinternet, inbegripet ADSL-tjänster (Asymmetric Digital Subscriber Line, assymmetrisk digital abonnentanslutning).

3 Europeiska gemenskapernas kommission fastställde i artikel 1 i det omtvistade beslutet att ”[WIN] från mars 2001 till oktober 2002 har... överträtt artikel [82 EG] genom att, inom ramen för en plan som syftade till att lägga beslag på marknaden för tillhandahållande av höghastighetsinternet i en viktig fas av dess utveckling, ha tillämpat underpriser för sina tjänster eXtense och Wanadoo ADSL, som innebar att företaget inte kunde täcka sina rörliga kostnader förrän i augusti 2001 och från och med augusti 2001 inte kunde täcka sina totala kostnader”. Kommissionen förpliktade således, i artikel 2 i beslutet, WIN att upphöra med denna överträdelse och ålade, i artikel 4, WIN böter på 10,35 miljoner euro.

4 WIN, i vars rättigheter France Télécom inträdde efter en fusion den 1 september 2004, väckte den 2 oktober 2003 talan vid förstainstansrätten och yrkade att det omtvistade beslutet skulle ogiltigförklaras. I den överklagade domen ogillades denna talan.

5 WIN anförde till stöd för sin talan om ogiltigförklaring bland annat grunden att kommissionen hade åsidosatt artikel 82 EG. Såsom del av denna grund gjorde WIN gällande att kommissionen inte hade förmått att styrka att WIN gjort sig skyldigt till missbruk av dominerande ställning genom att tillämpa en underprissättning för de berörda tjänsterna under perioden mars 2001–oktober 2002 och att kommissionen hade gjort sig skyldig till flera fall av felaktig rättstillämpning.

6 Den berörda delgrunden innefattar två typer av argument avseende dels den metod som kommissionen använt för att beräkna kostnadstäckningsgraden, dels det underprissättningstest som kommissionen använt.

7 Vad beträffar argumenten avseende metoden att beräkna kostnadstäckningsgraden erinrade förstainstansrätten inledningsvis, i punkterna 129 och 130 i den överklagade domen, om att kommissionen har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning vid komplicerade ekonomiska bedömningar samt vid bedömningen av de kriterier som har slagits fast i rättspraxis för att kunna fastslå om det är frågan om underprissättning.

8 Förstainstansrätten erinrade i punkt 130 i den överklagade domen med hänvisning till dom av den 3 juli 1991 i mål C-62/86, AKZO mot kommissionen (REG 1991, s. I-3359; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-249), och av den 14 november 1996 i mål C-333/94 P, Tetra Pak mot kommissionen (REG 1996, s. I-5951), om att ”priser som är lägre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna gör att man kan förutsätta att en prissättning leder till att konkurrenter slås ut och att priser som är lägre än de genomsnittliga totala kostnaderna men högre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna skall betraktas som missbruk när de är fastställda inom ramen för en plan som syftar till att slå ut en konkurrent”.

9 Förstainstansrätten fastslog därefter att kommissionen i förevarande fall, för att beräkna kostnadstäckningsgraden, har valt metoden att beräkna de justerade kostnaderna. Denna metod beskrivs enligt följande i punkt 132 i den överklagade domen:

”… Kommissionen spred i enlighet med principen om avskrivning av anläggningstillgångar ut kostnaderna för att värva kunder över 48 månader. Kommissionen prövade på grundval härav täckningen av de justerade rörliga kostnaderna och av de justerade totala kostnaderna var för sig, och angav att domstolen har slagit fast två tester av kostnadstäckningen, beroende på om det dominerande företagets handlingar utgör en del av en plan som syftar till att slå ut konkurrenter…”

10 Kommissionen drog, genom att använda metoden med justerade kostnader, vilket förstainstansrätten erinrade om i punkt 138 i den överklagade domen, följande slutsats:

”… de priser som tillämpades av WIN [gjorde det] inte möjligt för WIN att täcka sina rörliga kostnader förrän i augusti 2001 och inte heller [att] täcka sina totala kostnader från januari 2001 till oktober 2002 [och det] rådde [inte] något tvivel om att de totala kostnaderna inte var täckta förrän i augusti 2001 med beaktande av täckningsnivån av de rörliga kostnaderna”.

11 Förstainstansrätten förkastade därefter WIN:s påstående, vars syfte var att visa att den metod som kommissionen valt var statisk och att den inte beaktade skillnaderna i kostnader under den relevanta perioden på 48 månader, när den i punkt 143 i den överklagade domen slog fast att kommissionen, för varje beaktad överträdelseperiod och för samtliga abonnenter, har tagit med de successiva prissänkningar som inträffade under hela den period som överträdelsen varade och att den har byggt upp sin analys utifrån dessa prissänkningar.

12 Förstainstansrätten fann vidare i punkt 152 i den överklagade domen att det var med rätta som kommissionen fann att intäkterna och kostnaderna efter oktober 2002, det vill säga efter överträdelsen, inte kan vara relevanta för att utvärdera kostnadstäckningsgraden under den nämnda perioden.

13 Förstainstansrätten fann slutligen i punkt 153 i den överklagade domen att även om det, som WIN gjort gällande, hade varit lämpligt att använda en annan beräkningsmetod i förevarande fall, nämligen en metod att beräkna abonnenternas nettokapitalvärde, skulle det inte vara tillräckligt för att bevisa att den metod som kommissionen slutligen tillämpade var rättsstridig.

14 WIN gjorde i förstainstansrätten även gällande att kommissionen beaktade vissa felaktiga uppgifter vid tillämpningen av den valda metoden för att fastställa kostnadstäckningsgraden.

15 Förstainstansrätten fann därför i punkterna 165 och 169 i den överklagade domen, utan att ta ställning till om argumentet kunde prövas i sak, att även om ovannämnda felaktiga uppgifter inte beaktades skulle intäkterna från de berörda tjänsterna, vilket WIN själv hade medgett, hur som helst vara lägre än de totala kostnaderna. Denna omständighet var i sig tillräcklig för att anse argumentet verkningslöst.

16 Vad beträffar argumenten avseende underprissättningstestet förkastade förstainstansrätten i punkterna 182–186 i den överklagade domen först de argument som WIN framfört om att näringsidkare har en absolut rätt att i god tro anpassa sina priser till de priser som tidigare använts av en konkurrent när dessa priser är lägre än den berörde näringsidkarens kostnader.

17 Efter att först ha påpekat att varken kommissionens praxis eller rättspraxis från gemenskapsdomstolarna medger ett företag med en dominerande ställning en sådan absolut rätt, erinrade förstainstansrätten om att företag med dominerande ställning har särskilda skyldigheter och därför kan förlora rätten att handla på ett sätt som inte i sig utgör missbruk och som skulle vara tillåtet om handlandet kunde tillskrivas företag som inte hade en dominerande ställning.

18 Förstainstansrätten fastslog därefter följande i punkt 187 i den överklagade domen:

”WIN kan inte göra gällande en absolut rätt att anpassa sig efter konkurrenternas priser för att rättfärdiga sitt beteende. Även om det är riktigt att ett dominerande företags anpassning efter konkurrenternas priser inte i sig utgör ett missbruk eller kan förbjudas, kan det inte uteslutas att så blir fallet när anpassningen inte endast syftar till

att skydda företagets intressen, utan har till syfte att förstärka och missbruka denna dominerande ställning.”

19 Förstainstansrätten förkastade dessutom WIN:s påstående att företaget inte hade en underprissättningsplan eller konkurrensbegränsande plan.

20 Enligt WIN åsidosatte kommissionen grovt artikel 82 EG när den konstaterade att det förelåg en plan att slå ut WIN:s konkurrenter. En sådan plan kunde nämligen inte betraktas som rationell med hänsyn till omständigheterna på den relevanta marknaden, bland annat på grund av att hindren för marknadstillträde var låga.

21 Förstainstansrätten erinrade inledningsvis, i punkterna 195–198 i den överklagade domen, om att kommissionen enligt rättspraxis var skyldig att lägga fram underbyggda uppgifter om att det förelåg en strategi för att ”lägga beslag” på marknaden, för att bevisa att det är frågan om en strategi med underprissättning när de priser som tillämpas av företaget med en dominerande ställning inte är tillräckligt höga för att täcka företagets totala kostnader. Förstainstansrätten fastslog därefter, och efter att ha konstaterat att kommissionen hade framlagt sådana uppgifter, i punkt 204 i den överklagade domen att WIN i sin ansökan endast hade åberopat uppgifter som var för vaga för att förstainstansrätten skulle kunna pröva påståendet, med följd att påståendet förkastades. Förstainstansrätten påpekade för fullständighetens skull i punkterna 206–215 i domen att de uppgifter som kommissionen stödde sig på var tillräckligt underbyggda och samstämmiga för att kommissionen skulle kunna slå fast att det förelåg planer på att tillskansa sig marknaden under hela överträdelseperioden.

22 Kommissionen har vidare enligt WIN:s uppfattning gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att hävda att det inte var nödvändigt att bevisa att förlusterna till följd av företagets prispolitik kunde återhämtas. WIN hävdade vidare att kommissionen gjorde sig skyldig till en uppenbart felaktig bedömning och en felaktig rättstillämpning genom att anse sig ha bevisat att det fanns en sådan möjlighet att återhämta förlusterna.

23 Förstainstansrätten ansåg i punkt 228 i den överklagade domen, med hänvisning till domarna i de ovannämnda målen AKZO mot kommissionen och Tetra Pak mot kommissionen, att kommissionen inte var skyldig att bevisa förlusterna. När de priser som används av ett företag med dominerande ställning endast är lägre än företagets totala kostnader är kommissionen nämligen inte skyldig att bevisa att det förelåg en möjlighet att återhämta förlusten, men den är skyldig att bevisa att det förelåg planer på om att lägga beslag på marknaden.

Parternas yrkanden

24 France Télécom har yrkat att domstolen ska

— upphäva den överklagade domen, och följaktligen

— återförvisa målet till förstainstansrätten, eller

— slutligt avgöra tvisten genom att ogiltigförklara det omtvistade beslutet och således bifalla France Télécoms yrkanden vid förstainstansrätten, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

25 Kommissionen har yrkat att domstolen ska ogilla överklagandet och förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.

Prövning av överklagandet

Den första grunden: bristfällig motivering i den överklagade domen

26 Klaganden har som första grund gjort gällande att den överklagade domen är bristfälligt motiverad. Grunden består av två delar.

Den första grundens första del: huruvida det är nödvändigt att bevisa att det är möjligt att återhämta förlusterna

— Parternas argument

27 Klaganden har till stöd för den första grundens första del gjort gällande att domstolen i domen i det ovannämnda målet Tetra Pak mot kommissionen slog fast att det inte var nödvändigt att visa att det var möjligt att återhämta de förluster som ett företag med dominerande ställning har haft med anledning av företagets prispolitik under de i det målet aktuella omständigheterna. Eftersom förstainstansrätten stödde sig på den ståndpunkt som intogs i domen i ovannämnda mål borde förstainstansrätten ha redogjort för skälen till varför omständigheterna i förevarande fall kan jämföras med de omständigheter som låg till grund för domen i det målet eller motiverar samma utgång som i det målet.

28 Kommissionen har gjort gällande att det enligt rättspraxis inte krävs att kommissionen kan visa att det är möjligt att återhämta förlusten, och att förstainstansrätten i den överklagade domen har lämnat en tillräcklig motivering på denna punkt.

— Domstolens bedömning

29 Det följer av fast rättspraxis att det av motiveringen till en dom klart och tydligt ska framgå hur förstainstansrätten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för det fattade beslutet och så att domstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt (se, bland annat, dom av den 14 maj 1998 i mål C-259/96 P, rådet mot de Nil och Impens, REG 1998, s. I-2915, punkterna 32 och 33, och av den 17 maj 2001 i mål C-449/98 P, IECC mot kommissionen, REG 2001, s. I-3875, punkt 70)

30 Domstolen har emellertid även uttalat att förstainstansrättens skyldighet att motivera sina beslut förvisso inte kan tolkas så, att den är tvungen att i detalj bemöta varje argument som åberopats av en part, särskilt om argumentet inte är tillräckligt klart och precist och inte stöds av tillräckligt utförlig bevisning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 mars 2001 i mål C-274/99 P, Connolly mot kommissionen, REG 2001, s. I-1611, punkt 121, och av den 11 september 2003 i mål C-197/99 P, Belgien mot kommissionen, REG 2003, s. I-8641, punkt 81).

31 Det är således mot bakgrund av dessa principer som den första grundens första del ska prövas.

32 Det kan emellertid fastslås att förstainstansrätten i förevarande fall, i motsats till vad klaganden har hävdat, har lämnat en tillräcklig motivering till varför kommissionen inte var skyldig att bevisa att WIN hade möjlighet att återhämta sina förluster.

33 Förstainstansrätten erinrade inledningsvis i punkt 224 i den överklagade domen om att domstolen i domen i det ovannämnda målet AKZO mot kommissionen (punkterna 71 och 72) samt i domen i det ovannämnda målet Tetra Pak mot kommissionen (punkt 41) slog fast dels att priser som är lägre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna alltid ska betraktas som missbruk, dels att priser som är lägre än de genomsnittliga totala kostnaderna men högre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna endast ska betraktas som missbruk om det kan bevisas att det förelåg en plan för att eliminera konkurrensen.

34 Förstainstansrätten har sedan, i punkt 225 i den överklagade domen, erinrat om omständigheterna i det ovannämnda målet Tetra Pak mot kommissionen. Förstainstansrätten har särskilt hänvisat till punkterna 42 och 43 i domen i det målet, i vilka domstolen uttalade följande:

”42 ... I fråga om försäljningen av icke-aseptiska kartonger i Italien mellan åren 1976 och 1981 konstaterade förstainstansrätten att priserna var betydligt lägre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna. Det var därför inte nödvändigt att bevisa att avsikten var att slå ut konkurrenterna. År 1982 låg priserna på dessa kartonger mellan de genomsnittliga rörliga kostnaderna och de genomsnittliga sammanlagda kostnaderna. Av den anledningen bemödade sig förstainstansrätten i punkt 151 i den överklagade domen, för övrigt utan att i detta avseende kritiseras av klaganden, om att fastställa att Tetra Pak [International SA] hade för avsikt att slå ut en konkurrent.

43 Det var likaledes med rätta som förstainstansrätten, i punkt[erna] 189–191 i den överklagade domen, följde exakt samma resonemang i fråga om försäljningen av icke-aseptiska maskiner i Förenade kungariket mellan åren 1981 och 1984.”

35 Förstainstansrätten har slutligen, i punkt 226 i den överklagade domen, citerat punkt 44 i domen i det ovannämnda målet Tetra Pak mot kommissionen, i vilken domstolen fastslog att det, mot bakgrund av de omständigheter som angavs i punkterna 42 och 43 i den domen, inte skulle vara lämpligt att som ytterligare bevisning kräva att det dessutom visades att Tetra Pak International SA hade en verklig möjlighet att återhämta sina förluster.

36 Det är således genom att på förevarande fall tillämpa domstolens resonemang i domen i det ovannämnda målet Tetra Pak mot kommissionen, såsom det sammanfattas i ovannämnda punkter, som förstainstansrätten i punkt 227 i den överklagade domen dragit slutsatsen dels att kommissionen med rätta kunde presumera att den berörda prissättningen kunde leda till att konkurrenter slogs ut eftersom WIN:s priser, liksom fallet var i målet Tetra Pak, var lägre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna, dels att kommissionen vad beträffar de totala kostnaderna dessutom skulle bevisa att WIN:s prissättning ingick i en plan för att ”lägga beslag” på marknaden.

37 Det kan under dessa omständigheter fastslås att det i den överklagade domen ges en tillräckligt klar motivering till varför förstainstansrätten fann att omständigheterna i detta mål, särskilt förhållandet mellan WIN:s prisnivå och WIN:s genomsnittliga rörliga och totala kostnader, är jämförbara med omständigheterna i domen i det ovannämnda målet Tetra Pak mot kommissionen och till varför förstainstansrätten följaktligen drog slutsatsen att det inte är nödvändigt att bevisa att förlusterna kan återhämtas för att det ska vara frågan om underprissättning.

38 Talan kan således inte bifallas med stöd av den första grundens första del.

Den första grundens andra del: huruvida ett företag med en dominerande ställning får anpassa sina priser till konkurrenternas priser

— Parternas argument

39 Klaganden har genom den första grundens andra del gjort gällande att förstainstansrätten inte har motiverat varför den underkände klagandens argument att klaganden hade rätt att anpassa sina priser till konkurrenternas priser. Klaganden har bland annat kritiserat att förstainstansrätten i punkt 187 i den överklagade domen endast uttalade att även om det är riktigt att ett dominerande företags anpassning till konkurrenternas

priser inte i sig utgör ett missbruk, kan det inte uteslutas att så blir fallet när anpassningen har till syfte att förstärka och missbruka denna dominerande ställning, utan att över huvud taget ange om WIN i förevarande fall avsåg att förstärka eller missbruka sin dominerande ställning.

40 Kommissionen har gjort gällande att klaganden i förstainstansrätten begränsade sig till att åberopa att kommissionen hade åsidosatt varje företags absoluta rätt att anpassa sina priser till konkurrenternas priser oavsett om företaget intar en dominerande ställning på marknaden och även om anpassningen medför en prisnivå som är lägre än kostnaderna. Kommissionen anser därför att det var korrekt av förstainstansrätten att enbart utesluta att det finns en sådan absolut rätt i gemenskapsrätten.

— Domstolens bedömning

41 I mål om överklagande syftar domstolens kontroll bland annat till att bedöma i vilken omfattning förstainstansrätten på ett tillfredsställande sätt har prövat samtliga argument som klaganden har anfört (se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen, REG 1998, s. I-8417, punkt 128, och av den 29 april 2004 i mål C-359/01 P, British Sugar mot kommissionen, REG 2004, s. I-4933, punkt 47, och av den 28 maj 2005 i de förenade målen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P och C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, REG 2005, s. I-5425, punkt 244).

42 Såsom kommissionen har gjort gällande har emellertid förstainstansrätten i förevarande fall utförligt tagit ställning till den argumentation som WIN har anfört vid förstainstansrätten, nämligen att alla näringsidkare oberoende av ställning på marknaden har rätt att anpassa sina priser till konkurrenternas priser och att den i målet aktuella prissättningen således är tillåten.

43 Förstainstansrätten har i punkt 176 i den överklagade domen angett att kommissionen i det omtvistade beslutet (skäl 315) endast ifrågasatte WIN:s rätt att anpassa sina priser till företagets konkurrenter såtillvida som denna möjlighet ”innebär att det dominerande företagets kostnader för den aktuella tjänsten inte är täckta”.

44 Förstainstansrätten har sedan, i punkterna 178–182 i den överklagade domen, redogjort för skälen till varför en sådan rätt till anpassning varken kan grundas på kommissionens beslut 83/462/EEG av den 29 juli 1983 om ett förfarande enligt artikel [82] i EEG-fördraget IV/30.698 – ECS mot AKZO: interimistiska åtgärder (EGT L 252, s. 13) eller på domen i det ovannämnda målet AKZO mot kommissionen, som klaganden har åberopat.

45 Förstainstansrätten har slutligen prövat om begränsningen av WIN:s rätt att anpassa sina priser till företagets konkurrenters priser, när detta ”innebär att det dominerande företagets kostnader för den aktuella tjänsten inte är täckta”, var förenlig med gemenskapsrätten.

46 Förstainstansrätten har härvidlag, i punkterna 185 och 186 i den överklagade domen, hänvisat till rättspraxis från gemenskapsdomstolarna, av vilken det framgår att företag som har en dominerande ställning även har särskilda skyldigheter enligt artikel 82 EG. Förstainstansrätten har särskilt erinrat om att samtidigt som förekomsten av en dominerande ställning inte kan frånta ett företag som befinner sig i en sådan ställning rätten att tillvarata sina egna affärsintressen när dessa hotas och företaget i rimlig omfattning måste få möjlighet att vidta de åtgärder som det anser vara lämpliga för att skydda företagets affärsintressen, kan ett sådant beteende dock inte tillåtas när det just har till syfte att förstärka och missbruka denna dominerande ställning.

47 Förstainstansrätten har med stöd av denna rättspraxis, i punkt 187 i den överklagade domen, dragit slutsatsen att WIN inte kan göra gällande en absolut rätt att anpassa sig till konkurrenternas priser för att motivera sitt beteende när detta beteende utgör ett missbruk av en dominerande ställning.

48 Klaganden kan inte heller kritisera förstainstansrätten för att ha dragit denna slutsats utan att pröva om WIN:s beteende, i förevarande fall, utgör missbruk. Förstainstansrätten har nämligen, i punkterna 195–218 och 224–230 i den överklagade domen, förkastat samtliga av klaganden åberopade argument till stöd för att det inte föreligger ett sådant missbruk som konstaterats i det omtvistade beslutet.

49 Talan kan således inte heller bifallas med stöd av den första grundens andra del, och således kan talan inte bifallas med stöd av den första grunden.

Den andra grunden: huruvida förstainstansrätten har åsidosatt artikel 82 EG genom att slå fast att WIN inte har rätt att i god tro anpassa sina priser till de priser som tas ut av företagets konkurrenter

Parternas argument

50 Klaganden har som andra grund inledningsvis anfört att förstainstansrätten har godtagit att klaganden endast har anpassat sina priser till vissa av konkurrenternas priser. Klaganden har även hävdat att en rätt att anpassa sina priser till konkurrenternas priser har slagits fast i kommissionens beslutspraxis, domstolens rättspraxis och i doktrinen. Klaganden har slutligen kritiserat förstainstansrätten för att inte ha prövat, vilket krävs enligt fast rättspraxis, huruvida de åtgärder som klaganden har vidtagit för att anpassa sina priser till konkurrenternas priser var proportionerliga och rimliga, vilket klaganden har hävdat att de var.

51 Kommissionen har hävdat att klaganden varken har åberopat att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning vid bedömningen av WIN:s påstådda rätt att anpassa sina priser till konkurrenternas priser eller att förstainstansrätten har lämnat en motsägelsefull motivering. Klaganden har i själva verket först

i målet om överklagande framfört argumentet att kommissionen felaktigt har underlåtit att pröva om de åtgärder som WIN vidtagit var proportionerliga och rimliga.

52 Klaganden har i vart fall endast ifrågasatt en enda punkt i den överklagade domen, nämligen punkt 187, enligt vilken den möjligheten ”… inte [kan] uteslutas” att ett företag kan sakna rätt att anpassa sina priser till konkurrenternas priser när anpassningen har till syfte att förstärka eller missbruka denna dominerande ställning. Förbudet mot en sådan anpassning är enligt kommissionen helt i samklang med principerna som underligger artikel 82 EG, när det handlar om ett företag med en dominerande ställning som anpassar sina priser så att de är lägre än kostnaderna. Kommissionen har i andra hand påpekat att WIN inte endast har anpassat sina priser till konkurrenternas utan även har tvingat konkurrenterna att anpassa sina priser till WIN:s priser.

Domstolens bedömning

53 Klaganden har anfört två argument till stöd för denna grund.

54 Klaganden har hävdat att förstainstansrätten har åsidosatt artikel 82 EG genom att förstainstansrätten inte har godtagit att klaganden har rätt att anpassa sina priser till konkurrenternas priser.

55 Domstolen erinrar inledningsvis om att det framgår av artikel 58 i domstolens stadga och artikel 112.1 c i domstolens rättegångsregler att det i ett överklagande klart ska anges på vilka punkter den dom som enligt yrkande ska upphävas ifrågasätts samt de rättsliga grunder som särskilt åberopas till stöd för detta yrkande.

56 I detta mål har klaganden emellertid, vilket generaladvokaten har påpekat i punkt 83 i sitt förslag till avgörande, på intet sätt förklarat varför förstainstansrätten skulle ha åsidosatt artikel 82 EG, då den, såsom påpekades i punkt 44 i denna dom, uttryckligt undersökte kommissionens beslutspraxis och domstolens rättspraxis, som WIN åberopade vid förstainstansrätten, och med stöd härav drog slutsatsen att artikel 82 EG inte kan tolkas så att ett dominerande företag har en absolut rätt att anpassa sina priser till konkurrenternas priser.

57 Härav följer att detta argument inte kan tas upp till sakprövning.

58 Klaganden har vidare kritiserat förstainstansrätten för att inte ha prövat om WIN:s försvar är rimligt och proportionerligt.

59 Inte heller detta argument kan tas upp till sakprövning, eftersom klaganden inte åberopade argumentet i förstainstansrätten.

60 Av fast rättspraxis framgår nämligen att om en part tillåts att vid domstolen för första gången åberopa en ny grund som han inte har åberopat vid förstainstansrätten, innebär detta att han vid domstolen, som har en begränsad behörighet i samband med ett överklagande, kan anhängiggöra en mer omfattande tvist än den som förstainstansrätten har prövat. Domstolen är i ett mål om överklagande endast behörig att pröva den rättsliga bedömningen av de grunder som har behandlats vid förstainstansrätten (se, bland annat, dom av den 11 november 2004 i de förenade målen C-186/02 P och C-188/02 P, Ramondín m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. I-10653, punkt 60, och av den 26 oktober 2006 i mål C-68/05 P, Koninklijke Coöperatie Cosun mot kommissionen, REG 2006, s. I-10367, punkt 96).

61 Härav följer att den andra grunden inte kan tas upp till sakprövning.

Den tredje grunden: huruvida förstainstansrätten har gjort sig skyldig till en felaktig bedömning genom att anse att den metod som kommissionen använde för att beräkna kostnadstäckningsgraden var lagenlig

Parternas argument

62 Klaganden har som tredje grund gjort gällande att förstainstansrätten har åsidosatt artikel 82 EG genom att inte kritisera kommissionens metod att beräkna kostnadstäckningsgraden då förstainstansrätten härigenom har förvanskat det underprissättningstest som slogs fast i domen i det ovannämnda målet AKZO mot kommissionen. Förstainstansrätten har nämligen rättsstridigt godkänt kommissionens felaktiga tillämpning av detta test vad beträffar såväl de rörliga som de totala kostnaderna.

63 Klaganden har, beträffande de rörliga kostnaderna, hävdat att för att den omständigheten att priserna är lägre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna ska kunna anses utgöra missbruk ska det framgå av den metod som tillämpas att tillhandahållandet av de berörda tjänsterna sker med förlust.

64 Eftersom WIN emellertid vid förstainstansrätten har åberopat den omständigheten att samtliga abonnenter under hela den period som överträdelsen varade var vinstgivande, kunde inte förstainstansrätten utan att åsidosätta artikel 82 EG underlåta att pröva huruvida kommissionen har visat att varje enskild abonnent utgjorde en förlust för WIN eller inte. Förstainstansrätten har tvärtom godtagit kommissionens metod, som består i periodvisa analyser, vilka inte ger en fullständig bild av varje enskild abonnents lönsamhet.

65 Vad beträffar de totala kostnaderna har klaganden med hänvisning till sina argument avseende de rörliga kostnaderna hävdat att förstainstansrätten har förvanskat underprissättningstestet genom att inte försöka utreda om det visats att de totala kostnaderna för abonnenterna var täckta.

66 Kommissionen har genmält att den metod som använts i förevarande fall inte endast är samma metod som den som tillämpades i domen i det ovannämnda målet AKZO mot kommissionen och i domen i det ovannämnda målet Tetra Pak mot kommissionen, en metod som beaktade de kostnader som framgår av företagets årsredovisning, men att den även tillämpades på ett sätt som är mer fördelaktigt för klaganden genom att den kostnadsnivå som användes vid beräkningen faktiskt var lägre än WIN:s faktiska kostnadsnivå.

67 Kommissionen har vidare påpekat att klaganden inte har lagt förstainstansrätten till last att den gjort en felaktig bedömning eller att den har missuppfattat de faktiska omständigheterna vid prövningen av grunden avseende den statiska beräkningsmetod som kommissionen har tillämpat. Klaganden har inte heller gjort gällande att förstainstansrätten gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den prövade kommissionens beslut att inte tillämpa den alternativa metod att beräkna kostnaderna som WIN föreslagit.

68 Vad beträffar nödvändigheten av att beakta ett abonnemangs hela löptid på 48 månader, anser kommissionen att, med en täckningsgrad på under 100 procent för alla de korta successiva perioder på sammanlagt ett och ett halvt år som undersöktes i det omtvistade beslutet, täckningsgraden måste vara lägre än 100 procent för hela den genomsnittliga abonnemangsperioden, vilken är 48 månader. Kommissionen har härvidlag påpekat att denna täckningsgrad endast kan överstiga 100 procent över en längre period om situationen efter den period när överträdelsen skedde möjliggör för företaget att uppnå en bestående vinst per abonnent som ligger klart över konkurrensnivån.

Domstolens bedömning

69 Det framgår av domstolens rättspraxis att ett överklagande inte får vara begränsat till att upprepa de grunder och argument som redan har framförts vid förstainstansrätten utan att framföra argument som är avsedda att visa att denna har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning (se beslut av den 5 februari 1998 i mål C-30/96 P, Abello m.fl. mot kommissionen, REG 1998, s. I-377, punkt 45, och, för ett liknande resonemang, dom av den 8 januari 2002 i mål C-248/99 P, Frankrike mot Monsanto och kommissionen, REG 2002, s. I-1, punkt 69).

70 Förstainstansrätten har i punkterna 129–156 i den överklagade domen utförligt bemött klagandens argument att den metod som kommissionen använde för att beräkna kostnadstäckningsgraden inte gjorde det möjligt att beakta en lämplig kostnadsnivå för WIN.

71 Förstainstansrätten har nämligen för det första, i punkt 138 i den överklagade domen, slagit fast att den beräkningsmetod som kommissionen valde, i strid med vad klaganden har anfört, möjliggjorde för kommissionen att fastslå att WIN hade en prissättning som var lägre än företagets kostnader. Förstainstansrätten redogjorde för det andra, när den prövade metodens rättsenlighet i punkterna 144 och 145 i den överklagade domen, för skälen till varför kommissionens periodvisa analyser gjorde det möjligt att beakta prisändringar under överträdelseperioden och, därmed, ge en tillräckligt klar bild av ett abonnemangs lönsamhet.

72 Det kan konstateras att klaganden med denna grund inte har angett på vilket sätt förstainstansrätten har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning vid den prövning som nämns i föregående punkter i denna dom, utan endast har upprepat de argument som klaganden redan framfört i förstainstansrätten, mot den metod, som kommissionen använde i det omtvistade beslutet.

73 Den tredje grunden ska följaktligen inte tas upp till sakprövning.

Den fjärde grunden: huruvida förstainstansrätten har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning och åsidosatt motiveringsskyldigheten genom att finna att kostnader och intäkter som uppstod efter den period då överträdelsen påstås ha ägt rum inte skulle beaktas vid beräkningen av kostnadstäckningsgraden

Parternas argument

74 Klaganden har som fjärde grund kritiserat att förstainstansrätten godtagit kommissionens analys, som inte beaktade kostnader och intäkter efter den påstådda överträdelsen, det vill säga efter den 15 oktober 2002, vid beräkningen av kostnadstäckningsgraden. Förstainstansrätten kunde, enligt klaganden, inte utan att säga mot sig själv och bryta mot artikel 82 EG ansluta sig till kommissionens ståndpunkt, vilken innebar att man vid beräkningen av täckningsgraden uteslöt intäkter och kostnader som uppkommit efter den påstådda överträdelseperioden men som låg inom abonnemangsperioden på 48 månader, och att man beträffande abonnemangen ansåg att kostnader och intäkter skulle fördelas över 48 månader.

75 Enligt kommissionen är denna grund endast en utvidgning av den tredje grunden och därför förvirrande. Genom att tillämpa den metod som kommissionen har valt och som förstainstansrätten har godtagit ska endast icke-löpande kostnader, det vill säga ”värvningskostnaderna” eller ”kostnaderna för att värva kunder” fördelas i enlighet med principen om avskrivning. Däremot ska intäkter och rörliga kostnader, såsom kostnader som uppstått efter överträdelsen, inte fördelas.

76 Kommissionen har vidare påpekat att det är fel att beakta framtida vinster vid beräkningen av kostnadstäckningsgraden. Sådana positiva prognoser grundas på den omständigheten att WIN beslutade att inte sätta ned de egna priserna med anledning av sänkningen av priset för tillträde till France Télécoms nätverk, vilket var tillgängligt för samtliga konkurrenter. Kommissionen anser att dessa hypotetiska intäkter i praktiken endast kan återhämtas under försvagad konkurrens.

77 Kommissionen har slutligen erinrat om att klagandens extrapoleringar hur som helst inte medför en positiv täckningsgrad av de totala kostnaderna och att även om klagandens extrapoleringar med extremt höga vinstmarginaler över en period på 48 månader, abonnemangslöptiden, godtogs skulle dessa vinster endast kunna uppkomma under försvagad konkurrens.

Domstolens bedömning

78 Förstainstansrätten uttalade i punkterna 136 och 137 i den överklagade domen att kommissionens metod bestod i att fördela de rörliga kostnaderna av icke-löpande karaktär, det vill säga kostnader för att värva kunder, över den genomsnittliga abonnemangsperioden på 48 månader. Kommissionen bedömde nämligen i det omtvistade beslutet att företagets målsättning inte var att omedelbart få till stånd ett positivt resultat i bokföringen, utan, vilket framgår av skäl 76 i det omtvistade beslutet, ”att uppnå en nivå på täckningen av de löpande kostnaderna (nätverkskostnader och produktionskostnader) som var tillräcklig för att marginalen på de löpande kostnaderna, inom en rimlig tid, kommer att täcka de rörliga kostnader av icke-löpande karaktär som har investerats i affärsutveckling av de aktuella produkterna”.

79 Kommissionen har med tillämpning av denna metod analyserat WIN:s prispolitik mellan januari 2001 och oktober 2002 och därvid slagit fast att WIN under denna period tillämpade priser som var lägre än en viss nivå på de justerade kostnaderna.

80 Härav följer att den omständigheten att kostnader och intäkter som uppkommit efter den period när överträdelsen skedde men som omfattas av 48-månadersperioden inte beaktades är en direkt konsekvens av den metod som kommissionen har valt för att beräkna kostnadstäckningsgraden i förevarande fall. Klaganden har varken i förstainstansrätten, vilket framgår av punkt 154 i den överklagade domen, eller i målet om överklagande, vilket framgår av punkterna 69–73 i denna dom, kunnat styrka att denna metod är rättsstridig.

81 Förstainstansrätten har således inte gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när rätten i punkt 152 i den överklagade domen slog fast ”att det är med rätta som kommissionen har funnit att intäkterna och kostnaderna efter överträdelsen inte kan vara relevanta för att utvärdera kostnadernas täckningsgrad under den beaktade perioden”.

82 Härav följer att talan inte kan bifallas med stöd av den fjärde grunden.

Den femte grunden: huruvida förstainstansrätten har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning och åsidosatt motiveringsskyldigheten genom att finna att ett pris som leder till att företagets marknadsandel minskar kan betraktas som underprissättning

Parternas argument

83 Enligt klaganden var förstainstansrättens bedömning, att den påstådda överträdelsen pågick fram till den 15 oktober 2002, trots att den godtog att WIN:s marknadsandel sjönk från augusti 2002, felaktig. Underprissättning förutsätter nämligen en betydande minskning av konkurrensen och kan därför inte föreligga när konkurrensen ökar.

84 Kommissionen har genmält att WIN endast anförde detta argument i förstainstansrätten till stöd för en invändning att det inte förelåg en dominerande ställning och till stöd för att böterna skulle reduceras. Klaganden har emellertid i överklagandet för första gången anfört argumentet till stöd för invändningen att missbruk av dominerande ställning inte föreligger. Argumentet kan därför inte tas upp till sakprövning.

85 Vad beträffar frågan huruvida det i sak finns fog för den femte grunden, har kommissionen i andra hand påpekat att enligt kommissionens upplysningar ökade WIN:s marknadsandel oavbrutet fram till och med augusti 2002. Således kan en eventuell minskning av WIN:s marknadsandel under de sista sex veckor som överträdelsen varade endast tillskrivas den omständigheten att France Télécom sänkte priserna ”i grossistledet” för nättillträdet, en omständighet som WIN i motsats till konkurrenterna, valde att inte avspegla i sina priser, varefter företaget upphörde med överträdelsen den 15 oktober 2002. Kommissionen har dessutom för fullständighetens skull påpekat att en sådan minskning inte har en sådan karaktär att det kan uppstå tvivel i frågan huruvida det omtvistade beslutet är rättsenligt utan endast kan vara av betydelse för bedömningen av överträdelsens längd, vilket för övrigt inte kan påverka böternas storlek, eftersom klaganden inte har yrkat nedsättning av dessa.

Domstolens bedömning

86 Det räcker i detta sammanhang att konstatera, vilket kommissionen med rätta har gjort gällande och som generaladvokaten erinrade om i punkt 121 i sitt förslag till avgörande, att klaganden inte ifrågasatte det omtvistade beslutet på denna punkt i förstainstansrätten. Oberoende av om klaganden har hävdat att marknadsandelen har sjunkit till stöd för sitt bestridande av att det hade en dominerande ställning, och till stöd för att böterna skulle sättas ned, har klaganden emellertid inte anfört detta argument, förrän i samband med denna grund, till stöd för att det inte föreligger någon överträdelse.

87 Härav följer enligt den rättspraxis som angetts i punkt 60 i denna dom att den femte grunden inte kan tas upp till sakprövning.

Den sjätte grunden: huruvida förstainstansrätten har missuppfattat bevisningen och har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den bedömde att det förelåg en underprissättningsplan

88 Den sjätte grunden består av två delar.

Den sjätte grundens första del: missuppfattning av bevisningen

— Parternas argument

89 Klaganden har med den första delen av denna grund hävdat att förstainstansrätten har missuppfattat den bevisning som låg till grund för dess bedömning att WIN hade en underprissättningsplan. Förstainstansrätten har nämligen endast stött sig på WIN:s dokument, vilka med förstainstansrättens egna ord i punkt 214 i den överklagade domen endast speglade ”kommersiella målsättningar”, samt på en missuppfattning av en rad interna dokument, där förstainstansrätten bland annat har använt ord som ”beslagtagande” eller ”lägga beslag på”.

90 Enligt kommissionen kan den sjätte grundens första del inte tas upp till sakprövning, eftersom det skulle innebära att en grund som förstainstansrätten avvisat togs upp till sakprövning i målet om överklagande, trots att klaganden inte har bestritt den omständigheten att förstainstansrätten avvisade grunden. Klaganden har inte heller anfört något argument till stöd för påståendet att bevisningen missuppfattats, trots att det ankommer på förstainstansrätten att fritt bedöma vilket bevisvärde som ska tillskrivas de uppgifter som läggs fram vid rätten.

— Domstolens bedömning

91 Såsom det framgår av punkt 192 i den överklagade domen åberopade klaganden redan i förstainstansrätten att kommissionen hade missuppfattat bevisningen då klaganden påstod att det var fel av kommissionen att använda sig av interna dokument för att konstatera att det förelåg planer på underprissättning.

92 Förstainstansrätten har emellertid, i punkterna 204 och 205 i den överklagade domen, avvisat denna grund, eftersom den inte uppfyllde det krav på klarhet och konkret innehåll som följer av gemenskapens rättspraxis, innan rätten för fullständighetens skull bedömde dokumenten, en bedömning som klaganden har bestritt i målet om överklagande.

93 I ett mål om överklagande får klaganden inte åberopa grunder som förstainstansrätten har avvisat, om inte avvisningsbeslutet har överklagats (dom av den 22 december 1993 i mål C-354/92 P, Eppe mot kommissionen, REG 1993, s. I-7027, punkt 13).

94 Följaktligen kan talan inte bifallas med stöd av den sjätte grundens första del.

Den sjätte grundens andra del: åsidosättande av artikel 82 EG

— Parternas argument

95 Klaganden har i andra delen av denna grund gjort gällande att förstainstansrätten har åsidosatt artikel 82 EG, eftersom förstainstansrätten fastslog att det förelåg planer på underprissättning endast med stöd av subjektiva omständigheter, medan det i artikel 82 EG krävs bevis för att det föreligger en objektivt bestämbar uteslutningsplan som baseras på objektiva omständigheter, såsom, bland annat, hot mot konkurrenter eller selektiva prissänkningar i förhållande till konkurrenternas kunder.

96 Kommissionen har genmält att uppsåtet att missbruka en dominerande ställning med nödvändighet är subjektivt och att ett krav på bevisning för att det föreligger planer på att eliminera konkurrenterna som baseras på objektiva omständigheter av det slag som klaganden har åberopat saknar stöd i rättspraxis.

— Domstolens bedömning

97 Det är tillräckligt att konstatera att klagandens påstående att förstainstansrätten endast har stött sig på subjektiva omständigheter för att visa att det förelåg planer på underprissättning är felaktigt.

98 Det framgår nämligen av punkterna 199 och 215 i den överklagade domen att även om förstainstansrätten har hänvisat till att WIN hade en strategi för att ”lägga beslag” på marknaden har dock förstainstansrätten dragit denna slutsats med stöd av objektiva omständigheter, såsom exempelvis WIN:s interna dokument.

99 Eftersom talan inte heller kan bifallas med stöd av denna grunds andra del ska den sjätte grunden förkastas i sin helhet.

Den sjunde grunden: huruvida förstainstansrätten har åsidosatt artikel 82 EG genom att rätten inte beaktade den omständigheten att det inte är möjligt att återhämta förlusterna

100 Även den sjunde grunden har två delar.

Den sjunde grundens första del: nödvändigheten av att bevisa att det är möjligt att återhämta förlusterna

— Parternas argument

101 Klaganden har med den sjunde grundens första del gjort gällande att förstainstansrätten har åsidosatt artikel 82 EG genom att finna att det inte är en förutsättning att kunna bevisa att förlusterna kan återhämtas för att underprissättning ska föreligga. Enligt gemenskapens rättspraxis krävs det nämligen alltid sådan bevisning. Utan en sådan bevisning kan inte underprissättning föreligga, eftersom det inte skulle vara ekonomiskt rationellt för ett företag att handla på ett sådant sätt. Detta synsätt delas för övrigt av åtskilliga nationella domstolar och konkurrensmyndigheter samt i en stor del av doktrinen.

102 Kommissionen har genmält att det inte enligt domstolens rättspraxis krävs att det kan bevisas att det är möjligt att återhämta förlusterna. En sådan bevisning, som krävs enligt fast rättspraxis från domstolarna i Amerikas förenta stater, vilar på en ekonomisk logik som skiljer sig från den i gemenskapsrätten. Enligt kommissionen förutsätts det

nämligen för att ett missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG ska anses föreligga, i motsats till i amerikansk rätt, att det berörda företaget har en dominerande ställning. Den omständigheten att det föreligger en sådan ställning är emellertid i sig själv tillräcklig för att fastslå att det är möjligt att återhämta förlusterna. I förevarande fall utgör dessutom den omständigheten att den berörda marknaden är i stark tillväxt en omständighet som gör det sannolikt att förlusterna kan återhämtas.

— Domstolens bedömning

103 För att kunna bedöma huruvida talan kan bifallas med stöd av denna grunds första del ska det inledningsvis erinras om att artikel 82 EG enligt fast rättspraxis ger uttryck för det allmänna mål för gemenskapens verksamhet som anges i artikel 3.1 g i fördraget, det vill säga upprättandet av en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den gemensamma marknaden inte snedvrids. Med en sådan dominerande ställning som avses i artikel 82 EG ska förstås den situationen att ett företag har en sådan ekonomisk maktställning att det får möjlighet att hindra upprätthållandet av en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden, genom att företagets ställning tillåter det att i betydande omfattning agera oberoende i förhållande till konkurrenter, kunder och i sista hand konsumenter (dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, REG 1979, s. 461, punkt 38; svensk specialutgåva, volym 4, s. 315).

104 Genom att förbjuda missbruk av en dominerande ställning på marknaden, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater, omfattar artikel 82 EG sådant beteende som kan påverka strukturen på en marknad där konkurrensen redan är försvagad just till följd av närvaron av ett företag med dominerande ställning och som hindrar att den konkurrens som fortfarande föreligger på marknaden upprätthålls eller utvecklas, genom användning av andra metoder än sådana som räknas till normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas prestationer (domen i det ovannämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 91, dom av den 9 november 1983 i mål 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mot kommissionen, REG 1983, s. 3461, punkt 70, svensk specialutgåva, volym 7, s. 351, domen i det ovannämnda målet AKZO mot kommissionen, punkt 69, och dom av den 15 mars 2007, i mål C-95/04 P, British Airways mot kommissionen, REG 2007, s. I-2331, punkt 66).

105 Artikel 82 EG avser således inte endast förfaranden som direkt leder till skada för konsumenterna utan också missbruk som kan leda till skada för dem genom att det påverkar strukturen för effektiv konkurrens (dom av den 21 februari 1973 i mål 6/72, Europemballage och Continental Can mot kommissionen, REG 1973, s. 215, punkt 26; svensk specialutgåva, volym 2, s. 89). Företag med en dominerande ställning har ett särskilt ansvar att inte genom sitt beteende skada en effektiv och icke snedvriden konkurrens inom den inre marknaden (domen i det ovannämnda målet Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mot kommissionen, punkt 57).

106 Härav följer, såsom domstolen redan har uttalat, att artikel 82 i fördraget förbjuder ett dominerande företag att slå ut en konkurrent och därigenom stärka sin ställning genom att använda sig av andra medel än dem som hör till en konkurrens genom prestationer. I detta sammanhang kan emellertid inte all konkurrens med priser anses vara tillåten (domen i det ovannämnda målet AKZO mot kommissionen, punkt 70).

107 Det ska särskilt påpekas att ett företag missbrukar sin dominerande ställning när det på en marknad där konkurrensen redan är försvagad just på grund av det berörda företagets närvaro, tillämpar en prispolitik som har som enda ekonomiska syfte att eliminera konkurrenterna för att därefter kunna utnyttja den minskade konkurrens som nu råder på marknaden.

108 För att bedöma huruvida det var rättsenligt för ett dominerande företag att tillämpa en viss prispolitik hänvisade domstolen i punkt 74 i domen i det ovannämnda målet AKZO mot kommissionen till att de tillämpliga kriterierna för vad som är tillåtet avser i vilken mån det dominerande företagets pris är baserat på dess kostnader och dess strategi.

109 Domstolen har uttalat att priser som är lägre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna i princip ska betraktas som missbruk, då det kan presumeras att ett företag med en dominerande ställning som tillämpar sådana priser inte har något annat ekonomiskt syfte än att slå ut en konkurrent. För det andra ska priser som är lägre än de genomsnittliga sammanlagda kostnaderna, men högre än de genomsnittliga rörliga

kostnaderna, endast betraktas som missbruk när de ingår i en plan för att slå ut konkurrenterna (se domen i det ovannämnda målet AKZO mot kommissionen, punkterna 70 och 71, och i målet Tetra Pak mot kommissionen, punkt 41).

110 Det framgår således inte av domstolens rättspraxis, i motsats till vad klaganden har hävdat, att det är nödvändigt att kunna bevisa att det är möjligt att återhämta de förluster som ett företag med dominerande ställning har gjort, till följd av tillämpningen av priser som är lägre än en viss kostnadsnivå, för att kunna slå fast att en sådan prispolitik utgör missbruk. Domstolen har nämligen uteslutit att det är nödvändigt att bevisa denna omständighet när det, mot bakgrund av att det berörda företaget i det fallet tillämpade priser som var lägre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna, måste antas att företagets målsättning var att eliminera konkurrenterna (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Tetra Pak mot kommissionen, punkt 44).

111 Denna tolkning utgör naturligtvis inte något hinder för att kommissionen kan anse att möjligheten att återhämta förluster är en relevant omständighet vid bedömningen av om det berörda agerandet utgör missbruk, genom att agerandet exempelvis kan bidra till, om priserna är lägre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna, att utesluta andra ekonomiska motiv än att eliminera en konkurrent eller för att visa, om priserna är lägre än de genomsnittliga totala kostnaderna men högre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna, att det föreligger en plan vars målsättning är att eliminera en konkurrent.

112 Dessutom är den omständigheten att det inte finns någon möjlighet att återhämta förlusterna inte tillräcklig för att utesluta att det berörda företaget senare skulle kunna stärka sin dominerande ställning, bland annat om en eller flera konkurrenter har lämnat marknaden, vilket kan leda till att konkurrensen som redan har försvagats av det berörda företagets närvaro minskar ytterligare och till att konsumenterna blir lidande på grund av att deras valmöjligheter har begränsats.

113 Förstainstansrätten slog följaktligen, i punkt 228 i den överklagade domen, med rätta fast att det inte var nödvändigt att bevisa att förlusterna kunde återhämtas för att kunna fastställa att det förelåg underprissättning.

114 Härav följer att talan inte kan vinna bifall med stöd av den första delen av denna grund.

Den sjunde grundens andra del: det dominerande företagets bevisning till stöd för att det inte är möjligt att återhämta förlusterna

— Parternas argument

115 Klaganden har som sjunde grund hävdat att företaget har bevisat att det var omöjligt att återhämta förlusterna i förevarande fall. Förstainstansrätten borde därför ha prövat om kommissionen kunde bortse från den bevisning härom som framlagts av klaganden.

116 Kommissionen har genmält att klaganden inte i förstainstansrätten som grund åberopade att kommissionen inte kunde bortse från bevis som framlagts av klaganden. Under alla omständigheter förkastades detta argument indirekt i punkterna 103–121 och 261–267 i den överklagade domen. Kommissionen har slutligen påpekat att den i det omtvistade beslutet i andra hand har bedömt möjligheten att återhämta förlusterna och då ansett att detta var möjligt i förevarande fall.

— Domstolens bedömning

117 Såsom det erinrats om i punkt 30 i denna dom kan inte förstainstansrättens skyldighet att motivera sina avgöranden tolkas så att den är tvungen att i detalj bemöta varje argument som åberopas av en part, särskilt om argumentet inte är tillräckligt klart och precist och inte stöds av tillräcklig bevisning.

118 Det är tillräckligt att fastslå att klaganden i förstainstansrätten inte har anfört någon grund i syfte att särskilt ifrågasätta den omständigheten att kommissionen rättsstridigt bortsåg från den bevisning som WIN påstår sig ha lagt fram och som skulle visa att det var omöjligt att återhämta förlusterna i förevarande fall.

119 Eftersom talan inte heller kan bifallas med stöd av den andra delen av denna grund ska hela grunden avfärdas.

120 Mot bakgrund av samtliga ovannämnda omständigheter ska överklagandet lämnas utan bifall, eftersom det i vissa delar inte kan tas upp till sakprövning och det i andra delar ska ogillas.

Rättegångskostnader

121 Enligt artikel 122 första stycket i rättegångsreglerna ska domstolen, när överklagandet lämnas utan bifall, besluta om rättegångskostnaderna.

122 Enligt artikel 69.2 i nämnda rättegångsregler, som enligt artikel 118 däri ska tillämpas i mål om överklagande, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att klaganden ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom klaganden har tappat målet ska bolaget förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna i förevarande instans.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (första avdelningen) följande:

1) Överklagandet ogillas.

2) France Télécom SA ska ersätta rättegångskostnaderna.

Underskrifter