

## Rechtspraak

## Wanadoo: hoe *exclusionary* moet een *abuse* zijn om onder artikel 82 EG-Verdrag te vallen?

Mr. C. Borba Lefèvre

**D**it arrest betreft het beroep van France Télécom tegen de boete van € 10,35 miljoen die de Commissie aan haar dochter Wanadoo Interactive SA (WIN) oplegde voor het hanteren van rooftprijzen op de Franse markt voor breedbandinternet.<sup>1</sup>

GvEA, 30 januari 2007, zaak T-340/03, France Télécom SA v. Commissie, n.n.g.

### Inleiding

De uitspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg (GvEA) is voornamelijk interessant omdat het de eerste keer is dat de gemeenschapsrechter zich meer in het algemeen uitspreekt over de vraag of artikel 82 EG-Verdrag een *recoupment* test kent als het gaat om rooftprijzen. Met andere woorden, dient de Commissie aan te tonen dat een dominante onderneming die onder de kostprijs verkoopt een reële kans had op goedmaking van haar verliezen?

Daarnaast doet het GvEA een aantal interessante uitspraken over de manier waarop de Commissie de relevante markt afbakent en over hoe de Commissie het misbruikelijke karakter van het gedrag van WIN beoordeelt. In dat kader is het arrest een welkome overwinning voor de Commissie, omdat het grotendeels het beleid van de Commissie inzake 'uitsluitende praktijken', zoals vervat in haar discussion paper over de toepassing van artikel 82 EG op *exclusionary abuses*, sanctioneert.<sup>2</sup> Ten slotte is deze zaak relevant voor de discussie over de parallelle toepassing van het reguliere mededingingsrecht en het sectorspecifieke toezicht op de telecomsector.

### Arrest van het Gerecht

#### Door de Commissie geconstateerde feiten

In september 2001 is de Commissie een ambtshalve onderzoek begonnen naar de retailprijzen van WIN op de Franse markt voor snelle internettoegang. Het ging de Commissie om internettoegang via ADSL. WIN had daarvoor twee producten op de markt gezet: Wanadoo ADSL en eXtense.

Uit het onderzoek van de Commissie bleek dat WIN in de periode januari 2001 – oktober 2002 deze producten op de markt had gezet voor zeer lage prijzen. Een maandabonnement op Wanadoo ADSL kostte vanaf januari 2001 FRF 135 (€ 20,58). De klant moest daarbij ook een abonnement aan France Télécom betalen voor de aansluiting en de huur van de ADSL modem, dat varieerde van € 25 tot € 30. De dienst eXtense werd op de markt gezet voor een maandbedrag van FRF 298 (€ 45,42) zonder dat de klant iets extra's aan France Télécom hoefde te betalen.

De Commissie heeft een uitgebreid onderzoek gedaan naar de variabele en de totale kosten van WIN.<sup>3</sup> Zij besloot de kosten voor de acquisitie van klanten te verspreiden over een periode van 48 maanden. Hoewel WIN slechts abonnementen sloot voor de periode van één jaar, koos de Commissie voor de afschrijving van de acquisitiekosten een langere periode, die volgens haar correspondeerde met de gebruikelijke duur van een abonnement.<sup>4</sup> De Commissie concludeerde dat WIN in de periode 1 januari – 31 juli 2001 de variabele kosten van haar ADSL-dienst niet kon dekken. In de periode 1 augustus 2001 – 15 oktober 2002 werden de variabele kosten net gedekt, maar werden de totale kosten niet gedekt. Vanaf 15 oktober 2002 kon WIN pas de totale kosten weer dekken. De Commissie baseerde haar onderzoek op de periode vanaf maart 2001, omdat zij ervan uitging dat de ADSL vóór die periode nog niet volledig was ontwikkeld.<sup>5</sup>

Daarnaast vond de Commissie in haar ogen voldoende bewijs dat WIN via haar prijsbeleid de markt probeerde af te schermen voor concurrenten. De Commissie vond interne documenten bij

Mr. C. Borba Lefèvre is advocaat bij Houthoff Buruma te Amsterdam.

<sup>1</sup> Beschikking van de Commissie van 16 juli 2003 inzake een procedure op grond van artikel 82 EG-Verdrag (COMP/38.233 – Wanadoo Interactive).

<sup>2</sup> DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Brussels, December 2005. Zie <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

<sup>3</sup> Par. 70 – 106 van de Beschikking in zaak COMP/38.233.

<sup>4</sup> Par. 77-78 van de Beschikking in zaak COMP/38.233.

<sup>5</sup> Par. 71 van de Beschikking in zaak COMP/38.233.

WIN (waaronder presentaties bij management meetings) waarin een strategie van 'afscherming' of 'toe-eigening' van de breedbandmarkt werd verkondigd.<sup>6</sup> Ten slotte constateerde de Commissie dat het marktaandeel van WIN op de breedbandmarkt aanzienlijk was gestegen, dat het marktaandeel van de belangrijkste concurrenten was gedaald en dat een van de concurrenten (Mangoosta) zelfs uit de markt was gestapt.<sup>7</sup>

#### Afbakening van relevante markt

De Commissie maakte een onderscheid tussen langzame internettoegang (dial-up toegang via de gewone telefoonlijn of ISDN) en snelle internettoegang (breedband via ADSL of kabel). Daarnaast maakte de Commissie een onderscheid tussen internettoegang voor huishoudens en zakelijke gebruikers.

WIN maakte bezwaar tegen dit door de Commissie gemaakte onderscheid. Volgens WIN bestond er daadwerkelijke concurrentie tussen langzame en snelle internettoegang. Daarnaast zou 80% van de gebruikers langzame en snelle internettoegang voor dezelfde soort toepassingen en functionaliteiten gebruiken. Een verschil in comfort en kwaliteit zou volgens WIN geen onderscheid in afzonderlijke relevante markten rechtvaardigen.

Het GvEA overweegt dat sommige toepassingen die met de snelle verbinding beschikbaar zijn, niet kunnen worden gebruikt met een langzame verbinding, bijvoorbeeld het downloaden van omvangrijke bestanden en interactieve netwerkspellen. Daarnaast zouden bepaalde toepassingen juist ontwikkeld zijn voor gebruik met een breedbandverbinding, zoals interactieve spelletjes spelen, het online naar de radio luisteren, het online bekijken van videobeelden en het doen van aankopen. Naast verschillen in gebruiksmogelijkheden, kenmerken en prestaties, bestond er volgens het GvEA een groot verschil in prijs tussen langzame en snelle internettoegang. Ten slotte overweegt het GvEA dat, als er al enige substitueerbaarheid bestond, deze uiterst asymmetrisch was. Het aantal afnemers dat van snel internet op langzaam internet overging was bijzonder klein in vergelijking met het aantal afnemers dat van langzaam op snel internet overgaat. Deze sterke wanverhouding maakt de stelling dat deze diensten onderling verwisselbaar zouden zijn, niet aannemelijk, aldus het GvEA. Het GvEA concludeert dat de Commissie terecht een onderscheid had gemaakt tussen langzame en snelle internetverbindingen.

#### Machtspositie van WIN

WIN stelde dat de Commissie ten onrechte slechts had gekeken naar haar marktaandeel om het bestaan van een machtspositie vast te stellen. Volgens WIN was er sprake van een opkomende markt, die vanuit een dynamisch perspectief moest worden beoordeeld. Aangezien breedbandinternet nog maar heel beperkt uitgerold was in Frankrijk, was het aantal potentiële afnemers zeer groot. Deze factoren zouden getuigen van de kracht van de mededinging op de markt, waarop WIN geen machtspositie kon hebben.

Het GvEA constateert dat het marktaandeel van WIN gedurende de onderzochte periode was gestegen van 50% (op 31 maart 2001) tot 72% (op 31 maart 2002). Volgens de gegevens van WIN was haar marktaandeel in oktober 2002 63,6% en volgens de gegevens van de Commissie in ieder geval tussen 63,4 en 71%. In dat kader overweegt het GvEA dat deze zeer grote marktaandelen, overeenkomstig vaste rechtspraak van het HvJ,<sup>8</sup> behoudens buitengewone omstandigheden al het bewijs vormen van het bestaan van een machtspositie. Het GvEA overweegt dat de Commissie wel degelijk rekening had gehouden met het opkomende karakter van de breedbandmarkt. De markt had zich vanaf 1997 ontwikkeld. De betreffende ADSL-diensten waren eind 1999 op de markt gezet. In de loop van het eerste trimester van 2001 groeide de markt met meer dan 5000 nieuwe abonnees per week. Door zich bovendien slechts te concentreren op de periode ná maart 2001 had de Commissie de beginfase terecht buiten beschouwen gelaten. Het GvEA concludeert dat de Commissie terecht van mening was dat WIN in de bedoelde periode een machtspositie innam op de relevante markt.

#### Methode voor de berekening van de mate van kostendekking

WIN was het niet eens met de methode die de Commissie had gebruikt om de mate van kostendekking te berekenen. Volgens WIN had de Commissie de *discounted cash flow*-methode moeten gebruiken om de economische haalbaarheid van haar ADSL-diensten te kunnen beoordelen. De Commissie stelde dat de *discounted cash flow*-methode niet geschikt is om te beoordelen of er sprake is van rooftprijzen. Deze methode is juist bedoeld om aan te tonen dat een bedrijf gemaakte verliezen op de middellange of lange termijn zou kunnen terugverdienen. Volgens de Commissie zou er heel goed sprake kunnen zijn van rooftprijzen, terwijl een *discounted cash flow*-analyse een positief resultaat geeft.<sup>9</sup>

Het GvEA stelt om te beginnen dat de Commissie een ruime discretie moet worden toegekend wat betreft de keuze voor de methode voor de berekening van de mate van kostendekking. Het toezicht van de rechter moet volgens het GvEA worden beperkt tot de vraag of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn vastgesteld en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling van wel of geen misbruik van bevoegdheid. Het GvEA brengt de AKZO-test in herinnering, die door het HvJ ontwikkeld is om te beoordelen of er sprake is van rooftprijzen in de zin van artikel 82 EG.<sup>10</sup> De AKZO-test bestaat uit twee onderdelen. In de eerste plaats vallen prijzen die lager zijn dan de gemiddelde variabele kosten onder de categorie rooftprijzen, omdat daarvan mag worden aangenomen dat zij gericht zijn op de uitschakeling van de concurrentie. Onder deze categorie vallen in de tweede plaats prijzen die lager zijn dan de gemiddelde totale kosten (maar hoger zijn dan de gemiddelde variabele kosten) wanneer zij zijn vastgesteld in het kader van een plan dat tot doel heeft concurrenten uit te schakelen.

Het GvEA overweegt vervolgens dat de door de Commissie gebruikte methode dient te worden beoordeeld in het licht van het nagestreefde doel, te weten het criterium voor kostendekking in het

<sup>6</sup> Het Franse woord dat in de betreffende documenten werd gebruikt was 'préemption'. Zie arrest van het GvEA, r.o. 199.

<sup>7</sup> Par. 369 e.v. van de Beschikking in zaak COMP/38.233.

<sup>8</sup> HvJ, 13 februari 1979, zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, r.o. 41, GvEA, 28 april 1999, zaak T-221/95, Endemol v. Commissie, r.o. 134.

<sup>9</sup> De Commissie is in haar beschikking zeer uitgebreid ingegaan op deze argumenten van WIN, zie paragraaf 87-106.

<sup>10</sup> HvJ, 3 juli 1991, zaak C-62/86, AKZO t. Commissie, Jur. 1991, p. I-3359, r.o. 71-72.

<sup>11</sup> Het GvEA neemt tevens in aanmerking dat de Commissie drie verschillende analyses heeft gemaakt van de kosten, volgens drie verschillende methodes. Alle drie methodes worden door de Commissie uitgewerkt en besproken, waarbij zij haar keuze voor de tweede methode (die van de 'adjusted costs') uitgebreid motiveert (zie beschikking van de Commissie, paragraaf 70 – 106).

kader van artikel 82 EG (de AKZO-test), en in het licht van de door WIN geuite kritiek. De analyse van de Commissie was gebaseerd op de dekking van de 'gecorrigeerde kosten' ofwel 'adjusted costs'.<sup>11</sup> Een van de belangrijkste punten van de methode van de Commissie was de spreiding van de acquisitiekosten van abonnees (kennelijk een van de hoogste variabele kostenposten) over een periode van 48 maanden, teneinde rekening te houden met het feit dat in het geval van abonnementen de door de abonnee gegenereerde kosten en opbrengsten over een lange periode worden gespreid. De toepassing van deze methode leidde tot de conclusie dat de door WIN toegepaste prijzen haar niet in staat stelden, tot augustus 2001, haar variabele kosten te dekken en, tot oktober 2002, haar totale kosten te dekken.

In tegenstelling tot de stelling van WIN, stelt het GvEA dat de Commissie rekening heeft gehouden met prijsverlagingen bij de beoordeling van de mate van kostendekking. Het GvEA overweegt dat de Commissie voor elke onderzochte periode van de inbreuk en voor alle abonnees de opeenvolgende tariefverlagingen die zich hebben voorgedaan in haar berekeningen heeft opgenomen. Het GvEA acht de door de Commissie toegepaste methode niet onrechtmatig, aangezien de Commissie (i) gebruik heeft gemaakt van de in de boekhouding van WIN opgenomen gegevens (ii) deze op een voor WIN gunstige wijze (afschrijving eenmalige kosten in 48 maanden) heeft gecorrigeerd (iii) teneinde rekening te houden met de bijzondere context van de relevante markt.

#### Meeting competition defense

WIN stelde dat geen inbreuk op artikel 82 EG-Verdrag kon worden vastgesteld, omdat zij slechts bezig was met een aanpassing van de prijs aan een door een concurrent toegepaste prijs. WIN beriep zich in dit verband op de beschikking van de Commissie inzake ECS/AKZO, waarbij voorlopige maatregelen werden gelast,<sup>12</sup> en op het daaropvolgende arrest van het HvJ.<sup>13</sup>

Het GvEA stelt vast dat de Commissie aan AKZO weliswaar bij wijze van voorlopige maatregel, onder zeer nauwkeurig omschreven voorwaarden, had toegestaan om haar prijzen aan te passen aan die van een concurrent. Echter, noch uit de beschikkingspraktijk van de Commissie, noch uit de jurisprudentie van het HvJ volgt dat een dominante onderneming een absoluut recht heeft om haar prijzen aan te passen aan die van haar concurrenten, aldus het GvEA. Volgens het GvEA levert de aanpassing van de prijzen van een dominante onderneming aan die van haar concurrenten op zich geen misbruik op. Het kan echter wel misbruikelijk gedrag worden wanneer de prijsaanpassing niet alleen beoogt de belangen van de dominante onderneming te beschermen, maar de onderneming tevens ten doel heeft haar machtspositie te versterken en te misbruiken. WIN kon zich derhalve niet beroepen op een recht om de prijzen van concurrenten te volgen.

#### Plan tot uitschakeling van de concurrentie

Dit onderdeel van de uitspraak van het GvEA betreft het tweede element van de AKZO-test. De Commissie was immers tot de conclusie gekomen dat prijzen van WIN in de periode augustus 2001 – oktober 2002 wél de gemiddelde variabele kosten dekten, maar niet de gemiddelde totale kosten. In dat geval diende de Commissie te bewijzen dat de prijzen van WIN onderdeel uitmaakten van een plan tot uitschakeling van de concurrentie.

De Commissie had interne documenten van WIN gevonden, waarop zij de conclusie baseerde dat er sprake was van een strategie om door middel van prijsverlagingen de concurrentie uit te schakelen. WIN betoogde dat de Commissie bepaalde uitspraken van mede-

werkers van WIN uit hun context had geplaatst. Volgens WIN had de Commissie moeten bewijzen dat er sprake was van een aanzienlijke vermindering van de mededinging, hetgeen niet het geval was.

Het GvEA beoordeelt of de Commissie, aan de hand van door haar gevonden documentatie, terecht tot de conclusie was gekomen dat het tweede onderdeel van de AKZO-test was vervuld. Het GvEA overweegt dat de Commissie, voor de periode dat de totale kosten niet werden gedekt, serieuze aanwijzingen van het bestaan van een strategie van 'toe-eigening'<sup>14</sup> van de markt dient te verstrekken om een inbreuk te kunnen constateren. De Commissie had onder andere documenten gevonden waarin gerefereerd werd aan de 'campagne tot toe-eigening van de breedbandsector' en de noodzaak om '[zich] de ADSL-markt toe te eigenen' en de moeite die WIN zou hebben om 'met een te hoge prijs ....[zich] die markt toe te eigenen'. De Commissie had ook een nota van de strategische directie van WIN gevonden waarin stond:

*'De breedband- en ADSL-markt zullen nog enkele jaren moeten worden veroverd, waarbij het strategische doel is, een machtspositie in termen van marktaandeel te verkrijgen. Rentabiliteit komt pas later aan de orde.'*

Het GvEA neemt in aanmerking dat de betreffende uitlatingen (i) afkomstig waren van kaderpersoneel van de directie (ii) in het kader van formele presentaties voor besluitvormende organen waren gedaan en (iii) in zeer uitgebreide brieven aan het management waren opgenomen. Volgens het GvEA is het daarom twijfelachtig dat het, zoals WIN stelde, zou gaan om spontane en ondoordachte uitlatingen.

Het GvEA overweegt voorts dat deze verklaringen, die in interne documenten van de vennootschap stonden, hoe dan ook een aanwijzing vormden van het bestaan van een plan tot toepassing van rooftprijzen, die ook door andere elementen wordt bevestigd. De Commissie had daarom voldoende bewijs geleverd van de elementen die noodzakelijk zijn om aan te tonen dat een onderneming met een machtspositie rooftprijzen hanteert die beneden de gemiddelde totale kosten liggen.

#### De recoupmenttest

WIN had als principieel argument ten slotte aangevoerd dat de Commissie, als integraal onderdeel van het criterium voor het vaststellen van rooftprijzen, zou moeten bewijzen dat de door de onderneming gemaakte verliezen werden goedgeemaakt. WIN beriep zich op de economische en juridische literatuur en op besluiten van talrijke rechtelijke instanties en mededingingsautoriteiten, waaronder die van de Verenigde Staten.

Het GvEA brengt nogmaals de arresten van het HvJ in AKZO en Tetra Pak in herinnering, waarin het HvJ constateerde dat er sprake was van rooftprijzen, zonder extra bewijs te eisen dat de onderneming een reële kans had op goedmaking van haar verliezen. Volgens het GvEA had de Commissie aangetoond dat aan beiden elementen van de AKZO-test was voldaan. In dat geval hoefde de Commissie niet als extra bewijs aan te tonen dat WIN een reële kans had op goedmaking van haar verliezen.

<sup>12</sup> Beschikking van de Commissie van 29 juli 1983, zaak nr. IV/30.689, voorlopige maatregelen, Pb. EG 1983, L 252/13.

<sup>13</sup> HvJ, 3 juli 1991, zaak C-62/86, AKZO t. Commissie, r.o. 134.

<sup>14</sup> Het woord 'toe-eigening' is de vertaling door de vertaaldiensten van het Hof van het Franse woord 'préemption'.

## Commentaar

### Het gevolg van technologische ontwikkelingen voor de marktafbakening

Het is op zich niet verrassend dat het GvEA de marktafbakening door de Commissie in stand heeft gelaten. Het onderscheid tussen langzame (dial-up) en snelle (breedband) internettoegang is in overeenstemming met de aanbeveling van de Commissie betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector.<sup>15</sup> De Nederlandse (civiele) rechter heeft zich eveneens achter deze marktafbakening geschaard,<sup>16</sup> die overigens door OPTA en NMa wordt geaccepteerd.<sup>17</sup>

Niettemin zijn de overweging van het GvEA interessant, met name als het gaat om de gevolgen van technologische ontwikkelingen voor de afbakening van de relevante markt. In de telecomsector zijn deze ontwikkelingen aan de orde van de dag. Zij leiden tot nieuwe producten en diensten die nieuwe toepassingen mogelijk maken. Dit leidt vaak tot een asymmetrische substitueerbaarheid, waarbij gebruikers overgaan van het oude naar het nieuwe product, maar niet (of nauwelijks) andersom. Uit het arrest van het GvEA kan worden afgeleid dat producten die asymmetrisch substitueerbaar zijn, niet volledig substitueerbaar zijn, waardoor zij tot andere relevante markten gaan behoren.<sup>18</sup> Het GvEA verwerpt het argument van WIN dat een louter verschil in kwaliteit niet leidt tot een product dat tot een andere markt behoort wanneer de gebruikers de producten grotendeels voor dezelfde soort toepassingen en functionaliteiten gebruiken. Wanneer sommige toepassingen niet kunnen worden gebruikt met het oude product en nieuwe gebruiksmogelijkheden juist voor het nieuwe product worden ontwikkeld, dan is er niet louter sprake van een kwaliteitsverschil maar van een compleet ander product, aldus het GvEA.<sup>19</sup> Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat technologische ontwikkelingen, in het bijzonder in de telecomsector, kunnen leiden tot producten en diensten die tot een andere relevante markt behoren, en niet in concurrentie staan met de oude producten of diensten.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> Aanbeveling van de Commissie van 11 februari 2003 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector, Pb. EG 2003, L 114/45.

<sup>16</sup> Rb. Den Haag 22 maart 2006, n.ltree t. KPN, LJN: 213303.

<sup>17</sup> Besluit van OPTA van 18 juli 2006 marktanalyse wholesale breedbandtoegang, zie [www.opta.nl](http://www.opta.nl). Besluit van de NMa van 22 december 2006, zaak 5807/KPN Telecom – Tiscali.

<sup>18</sup> Arrest van het GvEA, r.o. 88-89.

<sup>19</sup> Arrest van het GvEA, r.o. 82.

<sup>20</sup> Opvallend is dat de NMa, in een besluit dat dateert van vóór het hier besproken arrest, – zonder nadere motivering – tot een afwijkende conclusie is gekomen wat betreft analoge en digitale televisie. In haar besluit van 8 december 2006 inzake Cinven – Warburg Pincus – Essent Kabelcom (zaak 5796), komt de NMa tot de conclusie dat 'geen nader onderscheid [dient] te worden gemaakt tussen de doorgifte van digitale en analoge tv-signalen aangezien digitale doorgifte slechts een technologische ontwikkeling is ten opzichte van analoge doorgifte' (punt 44 van het besluit).

<sup>21</sup> Beschikking van de Commissie, par. 76.

<sup>22</sup> De cijfers waarop de Commissie haar onderzoek heeft gebaseerd zijn vertrouwelijk gemaakt.

<sup>23</sup> Arrest van het GvEA, r.o. 157.

<sup>24</sup> Arrest van het GvEA, r.o. 195, 227 en 229.

### GvEA accepteert kostenberekening door Commissie

De manier waarop de Commissie de kosten van de ADSL-dienst van WIN heeft berekend, illustreert een van de complicaties in deze zaak. Het ging om de introductie van een nieuw product op de markt. Daarbij is het logisch dat een onderneming niet alle initiële investeringen gelijktijdig zal proberen terug te verdienen, maar deze zal spreiden over een redelijke periode.

Indien de AKZO-test al te strikt zou worden toegepast op dergelijke opkomende markten, dan zou een dominante onderneming vrijwel nooit haar toegang tot een nieuwe markt kunnen financieren met aanbiedingen waarbij de kostprijs niet geheel gedekt wordt. De Commissie heeft dit uitdrukkelijk erkend in haar beschikking in deze zaak.<sup>21</sup> Op twee manieren heeft de Commissie rekening gehouden met het opkomende karakter van de markt. In de eerste plaats heeft de Commissie de periode waarin de markt zich in haar ogen nog aan het ontwikkelen was, buiten beschouwing gelaten. In de tweede plaats heeft de Commissie de eenmalige acquisitiekosten verspreid over de periode die zij redelijk achtte voor het terugverdienen van deze kosten. Daarmee berekent zij de 'gecorrigeerde variabele en totale kosten' van WIN, die anders zijn dan de kosten die uit de jaarrekening van WIN kunnen worden afgeleid. Aangezien WIN niet dergelijke afschrijvingen toepaste, kiest de Commissie in feite voor een test die – ten opzichte van een formele toepassing van de AKZO-test – gunstig uitwerkt voor WIN.

Het GvEA sanctioneert deze benadering van de Commissie. Daaruit blijkt in ieder geval dat de AKZO-formule ook gebruikt kan worden in opkomende markten. De AKZO-formule is immers redelijk breed en, zoals uit deze zaak blijkt, behoorlijk flexibel. Het GvEA geeft de Commissie een grote discretionaire marge bij de berekening van de 'variabele' en de 'totale kosten' van WIN, zolang zij haar keuzes goed motiveert en op een overtuigende manier afweegt tegen andere mogelijke benaderingen. Wat voor buitenstaanders helaas onduidelijk blijft,<sup>22</sup> is in hoeverre de Commissie, zoals door WIN aangevoerd, 'op een voor WIN stelselmatig ongunstige wijze' verschillende waarden gekozen heeft voor dezelfde kosten.<sup>23</sup> Eenieder die met kostenmodellen heeft gewerkt, weet dat kleine aanpassingen tot grote verschillen in uitkomst kunnen leiden, zeker als het gaat om de allocatie van gemeenschappelijke kosten.

### Effect op de mededinging en recoupmenttest

Meer dan op de kosten en de waargenomen effecten van het prijsniveau van WIN, legt het GvEA de nadruk op het *exclusionary* karakter van de gedraging. De AKZO-formule lijkt bijna te zijn teruggebracht tot een soort bewijsformule: als de prijs beneden de variabele kosten ligt, dan worden deze prijzen geacht gericht te zijn op de uitschakeling van concurrentie; als de prijs beneden de totale kosten ligt, dan dient de Commissie extra bewijs te leveren van het doel om de concurrentie uit te schakelen. Verder bewijs dat de onderneming zijn verliezen zou kunnen goedmaken, is volgens het GvEA niet nodig.<sup>24</sup> Het gaat er voornamelijk om of er sprake is van een gedraging die gericht is op uitschakeling van de concurrentie.

In dat kader heeft de documentatie die de Commissie bij WIN heeft gevonden een wezenlijke rol gespeeld. Op deze documenten baseerde de Commissie haar oordeel dat de gedraging gericht was op uitschakeling van de concurrentie. De prijsstrategie van WIN blijkt daaruit ontegenzeggelijk gericht te zijn op vergroting van haar marktaandeel, ten koste van de concurrenten. Dit is op zichzelf een begrijpelijke strategie in netwerksectoren, waarin de vaste (vaak gezonken) kosten zeer hoog zijn en de strategie van ondernemingen

erop gericht is zo snel mogelijk hun klantenbestand te vergroten, zodat schaalvoordelen kunnen worden gecreëerd en investeringen kunnen worden terugverdiend. Maar voor dominante ondernemingen zijn de grenzen van een dergelijke prijsstrategie beperkt, zo blijkt weer uit deze zaak. De grens ligt bij een prijsstrategie die gericht is op het versterken of het misbruiken van de machtspositie. Dit blijft echter een vaag criterium. Een dominante onderneming mag wel degelijk als strategie hebben haar marktaandeel te vergroten. Dit gaat noodzakelijkerwijs ten koste van de concurrentie. Een dominante onderneming mag daarbij echter geen 'oneigenlijke' middelen gebruiken, ofwel andere middelen dan de middelen die gewoonlijk worden toegepast 'bij een op basis van ondernemers prestatie berustende normale mededinging'.<sup>25</sup>

In het geval van WIN, had de Commissie documenten gevonden die de prijsstrategie koppelden aan het doel om zich de markt 'toe te eigenen', ofwel te monopoliseren. Het feit dat deze documenten er waren heeft waarschijnlijk een zeer belangrijke rol gespeeld bij het besluit van de Commissie om deze zaak door te zetten.

Het dient echter vermeld te worden dat de Commissie wel degelijk een onderzoek had gedaan naar de mogelijkheden die WIN had om haar verliezen goed te maken. De Commissie heeft dus een recoupmenttest toegepast terwijl zij principieel van mening was dat deze niet nodig was.

#### Het algemene vs. sectorspecifieke mededingingsrecht

Deze zaak roept ten slotte een aantal vragen op met betrekking tot de relatie tussen het algemene en het sectorspecifieke mededingingsrecht.

Het huidige regelgevende kader voor de elektronische communicatiesector gaat ervan uit dat *ex ante* regulering (via sectorspecifiek mededingingsrecht) alleen mag worden toegepast wanneer de middelen van het algemene mededingingsrecht ontoereikend zijn om een bepaald probleem op te lossen.<sup>26</sup>

Dit geval toont aan dat het mededingingsrecht een 'restfunctie' heeft wanneer het sectorspecifieke recht niet voldoende is om een bepaald probleem op te lossen. In casu waren de retailtarieven van de ADSL-dienst van WIN niet *ex ante* gereguleerd. De *ex ante* verplichting die door de Franse regulator ARCEP opgelegd was ten aanzien van de wholesaletarieven van WIN's moeder Franse Télécom, bleek niet voldoende om deze *price-squeeze* te voorkomen. Door alsnog *ex post* in te grijpen, heeft de Commissie een algemeen mededingingsrechtelijke sanctie toegepast op het gedrag van WIN.

In dit geval ontbraken er wettelijke mogelijkheden voor de Franse nationale autoriteit om *ex ante* in te grijpen in de tarieven van WIN. In een dergelijke situatie is het begrijpelijk dat er op grond van het algemene mededingingsrecht wordt ingegrepen. De vraag blijft wat de rol is van het algemene mededingingsrecht wanneer een nationale regelgevende autoriteit bewust heeft afgezien van ingrijpen of slechts beperkte maatregelen heeft opgelegd.<sup>27</sup> Is er in een dergelijk geval nog ruimte voor het ingrijpen op grond van het verbod van misbruik van machtspositie? Hoewel op deze vraag geen eenduidig antwoord valt te geven, lijkt het mij dat dominante ondernemingen nooit af zullen zijn van de dreiging van artikel 82 EG-Verdrag (en 24 Mw), ondanks (de mogelijkheid) tot *ex ante* ingrijpen door een regelgevende autoriteit. Dit arrest van het GvEA toont aan dat ook het algemene mededingingsrecht grenzen stelt aan dominante ondernemingen die onderworpen zijn aan sectorspecifieke regelgeving.

## Conclusie

Dit arrest van het GvEA illustreert dat er geen *per se* schending van artikel 82 EG-Verdrag bestaat. Prijzen die beneden de variabele kosten liggen, zijn niet *per se* verboden, mits de onderneming een 'redelijke' afschrijvingstermijn hanteert voor het terugverdienen daarvan. De belangrijkste karakteristiek van *exclusionary abuses* die onder artikel 82 EG-Verdrag vallen, is kennelijk het afschermend effect daarvan, dat tot een beperking van de mededinging leidt. Dit leidt onvermijdelijk tot een vage grens tussen anticompetitief en pro-competitief gedrag van dominante ondernemingen die een vergroting van hun marktaandeel nastreven. Daarbij is toepassing van de AKZO-formule op hun prijsbeleid niet altijd vanzelfsprekend en de Commissie is hoe dan ook genoodzaakt om daar een eigen invulling aan te geven, bijvoorbeeld door het bepalen van een redelijke afschrijvingstermijn voor bepaalde investeringen. De Commissie heeft daarbij een grote mate van discretie, hetgeen hopelijk niet tot willekeur zal leiden.

Wellicht zou de Commissie niet aan deze zaak zijn begonnen, als zij niet het duidelijke bewijs had gevonden van de *exclusionary intent* van de prijsstrategie van WIN. In combinatie met het zeer hoge marktaandeel van WIN en het krimpende marktaandeel van concurrenten, was het bewijs van *foreclosure* daarmee gegeven. Het GvEA vond een bewijs van recoupment verder niet nodig. Het is overigens denkbaar dat France Télécom nog in hoger beroep gaat. Wellicht zal het HvJ zich dan alsnog uitspreken over de principiële recoupment vraag.

<sup>25</sup> HvJ, 13 februari 1979, zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jur. 1979, p. 461.

<sup>26</sup> Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), Pb. EG 2002, L 108/33, overweging 27.

<sup>27</sup> Vergelijk de besluiten van OPTA van 17 maart 2006 inzake de regulering van de kabeltarieven in Nederland, zoals het besluit inzake het Verzorgingsgebied van UPC Nederland B.V. (OPTA/BO/2006/200535).