ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

25 maart 2021 *

„Hogere voorziening – Mededinging – Artikel 102 VWEU – Misbruik van machtspositie – Slowaakse markt voor breedbandinternetdiensten – Wettelijke verplichting voor exploitanten die over een aanmerkelijke macht beschikken om toegang tot het aansluitnetwerk te verlenen – Door de gevestigde exploitant vastgestelde voorwaarden voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk voor andere exploitanten – Onontbeerlijkheid van de toegang – Uitholling van marges – Kosten – Concurrent die minstens even efficiënt is als de onderneming met een machtspositie – Rechten van de verdediging”

In zaak C-165/19 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 22 februari 2019,

Slovak Telekom a.s., gevestigd te Bratislava (Slowakije), vertegenwoordigd door D. Geradin, avocat, en R. O’Donoghue, QC,

rekwirante,

andere partijen in de procedure:

Europese Commissie, vertegenwoordigd door M. Farley, M. Kellerbauer, L. Malferrari, C. Vollrath en L. Wildpanner als gemachtigden,

verweerster in eerste aanleg,

Slovanet a.s., gevestigd te Bratislava, vertegenwoordigd door P. Tisaj, advokát,

interveniënte in eerste aanleg,

wijst

HET HOF (Derde kamer),

samengesteld als volgt: A. Prechal (rapporteur), kamerpresident, K. Lenaerts, president van het Hof, waarnemend rechter van de Derde kamer, N. Wahl, F. Biltgen en L. S. Rossi, rechters,

advocaat-generaal: H. Saugmandsgaard Øe,

* Procestaal: Engels.

griffier: D. Dittert, hoofd van een administratieve eenheid,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 17 juni 2020,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 9 september 2020,

het navolgende

Arrest

1 Met haar hogere voorziening vordert Slovak Telekom a.s., ten eerste, de gehele of gedeeltelijke vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 13 december 2018, Slovak Telekom/Commissie (T-851/14, EU:T:2018:929; hierna: „bestreden arrest"), houdende gedeeltelijke verwerping van haar beroep tot nietigverklaring van besluit C(2014) 7465 final van de Commissie van 15 oktober 2014 inzake een procedure op grond van artikel 102 VWEU en artikel 54 van de EER-Overeenkomst (zaak AT.39523 – Slovak Telekom), zoals gerectificeerd bij besluit C(2014) 10119 final van de Commissie van 16 december 2014 en bij besluit C(2015) 2484 final van de Commissie van 17 april 2015 (hierna: „litigieus besluit"), ten tweede, de gehele of gedeeltelijke nietigverklaring van het litigieuze besluit en, ten derde, subsidiair, de intrekking of verlaging van de bij dat besluit aan rekwirante opgelegde geldboete.

Toepasselijke bepalingen

Verordening nr. 2887/2000

2 In de overwegingen 3, 6 en 7 van verordening (EG) nr. 2887/2000 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk (PB 2000, L 336, blz. 4), stond te lezen:

„(3) Onder het ‚aansluitnetwerk' worden de metalen aderparen in het vaste openbare telefoonnetwerk verstaan die het netwerkaansluitpunt in de ruimten van de klant verbinden met de hoofdverdeler of een gelijkwaardige voorziening. Zoals opgemerkt in het vijfde verslag van de [Europese] Commissie over de tenuitvoerlegging van het pakket telecommunicatieregelgeving is het lokaletoegangsnetwerk nog steeds een van de onderdelen van de geliberaliseerde telecommunicatiemarkt waar de minste concurrentie bestaat. Nieuwe aanbieders beschikken niet over wijdverbreide alternatieve netwerkinfrastructuren en zijn niet in staat om met traditionele technologieën de schaalvoordelen en de dekkingsgraad te evenaren van exploitanten die zijn aangemeld als beschikkende over een aanmerkelijke marktmacht op de markt van vaste openbare telefoonnetwerken. Dit is het gevolg van het feit dat de exploitanten hun oude, metalen, lokale toegangsinfrastructuur hebben opgezet terwijl zij exclusieve rechten genoten, hetgeen zeer lang heeft geduurd, zodat zij investeringskosten konden financieren uit de opbrengsten van hun monopoliepositie.

[...]

(6) Het zou voor nieuwe aanbieders economisch niet haalbaar zijn om de metalen lokale toegangsinfrastructuur van de gevestigde exploitant volledig en binnen redelijke tijd te dupliceren. Alternatieve infrastructuren, zoals kabeltelevisie, satellieten en draadloze aansluitnetten, bieden vooralsnog over het algemeen niet dezelfde functionaliteit of dekkingsgraad, hoewel de situaties in de lidstaten kunnen verschillen.

(7) De ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk stelt nieuwe aanbieders in staat om de concurrentie aan te gaan met de aangemelde exploitanten, door het aanbieden van snelle datatransmissiediensten voor een permanente internettoegang en multimediatoepassingen op basis van ‚digital subscriber line'-technologie (DSL), alsmede van spraaktelefoniediensten. Een redelijk verzoek om ontbundelde toegang impliceert dat de toegang noodzakelijk is voor het verlenen van de diensten van de ontvanger en dat een afwijzing van het verzoek de concurrentie in deze sector verhindert, beperkt of verstoort."

3 Artikel 1 („Doel en toepassingsgebied") van deze verordening bepaalde:

„1. Doel van deze verordening is, door middel van geharmoniseerde voorwaarden voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk, de concurrentie op de lokaletoegangsmarkt te intensiveren en de technologische innovatie aldaar te stimuleren, om aldus te bevorderen dat in een concurrerend klimaat een breed scala van elektronische communicatiediensten wordt aangeboden.

2. Deze verordening is van toepassing op de ontbundelde toegang tot de aansluitnetwerken en bijbehorende faciliteiten van aangemelde exploitanten als omschreven in artikel 2, onder a).

[…]"

4 Artikel 2 van deze verordening bevatte de volgende definities:

„[…]

a) ‚aangemelde exploitant': exploitanten van vaste openbare telefoonnetwerken die door de nationale regelgevende instantie zijn aangemeld als beschikkende over een aanmerkelijke marktmacht op de markt van de levering van vaste openbare telefoonnetwerken […];

[…]

c) ‚aansluitnetwerk': de metalen aderparen die het netwerkaansluitpunt in de ruimte van de klant verbinden met de hoofdverdeler of gelijkwaardige voorziening in het vaste openbare telefoonnetwerk;

[…]"

5 Artikel 3 van verordening nr. 2887/2000 luidde als volgt:

„1. De aangemelde exploitanten publiceren per 31 december 2000 een referentieaanbod voor de ontbundelde toegang tot hun aansluitnetwerken en bijbehorende faciliteiten dat ten minste de in de bijlage genoemde punten bevat, en werken dit regelmatig bij. Het aanbod is in voldoende mate ontbundeld, zodat de ontvanger niet hoeft te betalen voor onderdelen of faciliteiten van het netwerk die niet nodig zijn om zijn diensten te verlenen, en bevat een beschrijving van de verschillende onderdelen en de respectieve voorwaarden en tarieven.

2. Per 31 december 2000 willigen de aangemelde exploitanten elk redelijk verzoek van een ontvanger om ontbundelde toegang tot hun aansluitnetwerk en bijhorende faciliteiten in, onder transparante, billijke en niet-discriminerende voorwaarden. Een verzoek kan alleen worden afgewezen op grond van objectieve criteria die betrekking hebben op de technische haalbaarheid of de noodzaak om de integriteit van het netwerk te handhaven. [...] De aangemelde exploitanten leveren aan de ontvangers faciliteiten die gelijkwaardig zijn aan die welke zij aan hun eigen diensten of hun geassocieerde ondernemingen leveren, en dit volgens dezelfde voorwaarden en binnen dezelfde termijnen.

[...]"

6 Verordening nr. 2887/2000 is met ingang van 19 december 2009 ingetrokken overeenkomstig de artikelen 4 en 6 van richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten, richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronischecommunicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, en richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (PB 2009, L 337, blz. 37).

Richtlijn 2002/21

7 Artikel 8 van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn) (PB 2002, L 108, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140, bepaalt:

„[...]

2. De nationale regelgevende instanties bevorderen de concurrentie bij de levering van elektronischecommunicatienetwerken en -diensten en de bijbehorende faciliteiten en diensten, onder meer op de volgende wijze:

[...]

b) zij zorgen ervoor dat er in de sector elektronische communicatie geen verstoring of beperking van de concurrentie is;

[...]

5. Bij het nastreven van de in de leden 2, 3 en 4 bedoelde beleidsdoelstellingen passen de nationale regelgevende instanties objectieve, doorzichtige, niet-discriminerende en proportionele regelgevingsbeginselen toe, onder meer op de volgende wijze:

[...]

f) zij leggen regelgevende verplichtingen ex ante uitsluitend daar op waar geen effectieve en duurzame concurrentie is en zij verlichten de verplichtingen of heffen deze op zodra er wel aan die voorwaarde is voldaan."

Voorgeschiedenis van het geding

8 De voorgeschiedenis van het geding, zoals uiteengezet in de punten 1 tot en met 53 van het bestreden arrest, kan als volgt worden samengevat.

9 Rekwirante is de gevestigde telecomexploitant in Slowakije. In de periode van 12 augustus 2005 tot en met 31 december 2010 had Deutsche Telekom AG (hierna: „DT"), de gevestigde telecomexploitant in Duitsland en moedermaatschappij van het Deutsche Telekom-concern, een deelneming van 51 % in het kapitaal van rekwirante.

10 Rekwirante had tot het jaar 2000 een wettelijk monopolie op de Slowaakse telecommarkt en is de grootste telecomexploitant en leverancier van breedbandtoegang in Slowakije. Het kopernetwerk en het mobiele netwerk van rekwirante beslaan bijna het volledige Slowaakse grondgebied.

11 Na de markt te hebben geanalyseerd, heeft de Slowaakse regelgevende instantie op het gebied van telecommunicatie (hierna: „TUSR") rekwirante in 2005 aangewezen als exploitant die over een aanmerkelijke macht beschikt op de wholesalemarkt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk in de zin van verordening nr. 2887/2000.

12 Op grond hiervan heeft de TUSR rekwirante verplicht om alle redelijke en gerechtvaardigde verzoeken om ontbundelde toegang tot haar aansluitnetwerk in te willigen, zodat alternatieve exploitanten gebruik konden maken van dit netwerk om hun eigen diensten aan te bieden op de retailmassamarkt voor breedbandinternetdiensten vanaf een vaste locatie in Slowakije. Om deze verplichting na te komen, heeft rekwirante haar referentieaanbod voor ontbundeling – met daarin de contractuele en technische voorwaarden voor toegang tot haar aansluitnetwerk – gepubliceerd.

13 De Commissie heeft ambtshalve een onderzoek uitgevoerd naar onder meer de voorwaarden voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van rekwirante en heeft op respectievelijk 7 en 8 mei 2012 een mededeling van punten van bezwaar aan rekwirante en DT doen toekomen. Na een voorstel van toezeggingen, verschillende briefwisselingen en bijeenkomsten, heeft de Commissie op 15 oktober 2014 het litigieuze besluit vastgesteld.

14 In dit besluit heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat de onderneming die door rekwirante en DT werd gevormd, gedurende de periode van 12 augustus 2005 tot en met 31 december 2010 één enkele voortdurende inbreuk op artikel 102 VWEU en artikel 54 van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte van 2 mei 1992 (PB 1994, L 1, blz. 3) heeft gepleegd met betrekking tot breedbandinternetdiensten in Slowakije.

15 Zij heeft in het bijzonder opgemerkt dat het aansluitnetwerk van rekwirante, dat na de ontbundeling van de betrokken lijnen van deze exploitant kon worden gebruikt om breedbandinternetdiensten aan te bieden, in de periode 2005-2010 75,7 % van alle Slowaakse huishoudens dekte. In die periode is slechts voor enkele aansluitnetten van ST de toegang ontbundeld, met name sinds 18 december 2009, en hiervan is slechts gebruikgemaakt door één alternatieve exploitant, namelijk om retaildiensten voor supersnel internet aan ondernemingen te leveren.

16 Volgens de Commissie bestond de inbreuk die de door rekwirante en DT gevormde onderneming heeft gepleegd uit, ten eerste, het onthouden aan de alternatieve exploitanten van de netwerkinformatie die nodig is voor de ontbundeling van de aansluitnetten, ten tweede, de

beperking van de omvang van de verplichtingen van rekwirante ten aanzien van de ontbundeling van de aansluitnetten, ten derde, de vaststelling van onbillijke ontbundelingsvoorwaarden in het referentieaanbod van rekwirante met betrekking tot colocatie, kwalificatie, prognoses, reparaties en bankgaranties en, ten vierde, de toepassing van onbillijke tarieven waardoor een even efficiënte exploitant als rekwirante die gebruikmaakt van de wholesaletoegang tot de ontbundelde aansluitnetten van ST niet in staat was de door ST aangeboden retaildiensten te repliceren zonder verlies te lijden.

17 In het litigieuze besluit heeft de Commissie wegens die inbreuk een hoofdelijke geldboete van 38 838 000 EUR opgelegd aan rekwirante en DT en een geldboete van 31 070 000 EUR opgelegd aan DT.

Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest

18 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 26 december 2014, heeft rekwirante beroep ingesteld dat primair strekte tot nietigverklaring van het litigieuze besluit voor zover dit haar betrof, en, subsidiair, tot verlaging van de haar opgelegde geldboete.

19 Tot staving van haar beroep voerde rekwirante vijf middelen aan. Ten eerste heeft de Commissie blijk gegeven van kennelijk onjuiste beoordelingen en kennelijk onjuiste rechtsopvattingen bij de toepassing van artikel 102 VWEU. Ten tweede heeft zij rekwirantes rechten van verdediging geschonden met betrekking tot de beoordeling van de praktijk die tot de uitholling van de marges heeft geleid. Ten derde heeft de Commissie fouten gemaakt bij de vaststelling van de marge-uitholling. Ten vierde heeft zij blijk gegeven van kennelijk onjuiste beoordelingen en kennelijk onjuiste rechtsopvattingen toen zij tot de slotsom kwam dat rekwirante met DT één onderneming vormde en dat beide ondernemingen verantwoordelijk waren voor de betrokken inbreuk. Ten vijfde en subsidiair heeft de Commissie fouten gemaakt bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete.

20 Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht alle door rekwirante aangevoerde middelen afgewezen, met uitzondering van het derde middel, dat het gedeeltelijk heeft aanvaard op grond dat de Commissie niet had bewezen dat rekwirante tussen 12 augustus en 31 december 2005 de praktijk had toegepast die tot een uitholling van de marges had geleid. Het Gerecht heeft derhalve het litigieuze besluit gedeeltelijk nietig verklaard en het bedrag van de geldboete waarvoor DT en rekwirante hoofdelijk aansprakelijk waren verklaard, vastgesteld op 38 061 963 EUR. Het heeft het beroep verworpen voor het overige.

21 In het bijzonder verweet rekwirante met haar eerste middel, dat vijf grieven bevatte, de Commissie – in de eerste en de vijfde grief – met name dat zij volgende gedragingen van rekwirante had aangemerkt als een weigering om toegang te verlenen tot haar aansluitnetwerk: ten eerste, het onthouden aan de alternatieve exploitanten van de voor de ontbundeling van haar aansluitnetwerk benodigde netwerkinformatie (punten 431-534 van het litigieuze besluit), ten tweede, het beperken van de uit het toepasselijke regelgevingskader voortvloeiende verplichtingen inzake ontbundeling (punten 535-651 van het litigieuze besluit) en, ten derde, het opnemen van verschillende oneerlijke clausules en voorwaarden in haar referentieaanbod voor ontbundeling (punten 655-819 van het litigieuze besluit), zonder vooraf te zijn nagegaan of een dergelijke toegang onontbeerlijk was in de zin van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569; hierna: „arrest Bronner”). In de punten 107 tot en met 129 van het bestreden arrest heeft het Gerecht deze grieven afgewezen door in wezen te oordelen dat in het

in casu toepasselijke regelgevingskader was erkend dat toegang tot het aansluitnetwerk van rekwirante noodzakelijk was om het ontstaan en het ontwikkelen van een daadwerkelijke mededinging op de Slowaakse markt voor breedbandinternetdiensten mogelijk te maken, zodat de Commissie niet langer hoefde aan te tonen dat die toegang onontbeerlijk was.

22 Met de tweede grief van het eerste middel betoogde rekwirante dat het litigieuze besluit in strijd was met de leer van het arrest van 9 september 2009, Clearstream/Commissie (T-301/04, EU:T:2009:317), omdat het de voorwaarden van het arrest Bronner niet had toegepast. Het Gerecht heeft deze grief in de punten 138 tot en met 140 van het bestreden arrest verworpen op grond dat de bij het Gerecht aanhangige zaak niet vergelijkbaar was met die welke tot dat arrest had geleid.

23 Met de derde grief van het eerste middel voerde rekwirante aan dat hoewel in geval van een impliciete weigering om toegang te verlenen niet hoefde te worden nagegaan of de toegang onontbeerlijk was in de zin van de door het Hof in de zaak Bronner gestelde voorwaarden, het gemakkelijker is om aan te tonen dat er sprake is van een impliciete weigering om toegang te verlenen dan van een regelrechte weigering om toegang te verlenen. Het Gerecht heeft deze grief in de punten 133 tot en met 135 van het bestreden arrest verworpen met het argument dat de ernst van een inbreuk kon afhangen van talrijke factoren die losstaan van de expliciete of impliciete aard van de weigering, zodat rekwirante zich niet op de vorm van een inbreuk kon baseren om de ernst ervan te beoordelen.

24 De vierde grief van het eerste middel, waarmee werd aangevoerd dat de Commissie feitelijk en rechtens had gedwaald ten aanzien van de rechtvaardigingsgronden die zij had aangevoerd om af te wijken van de voorwaarden van het arrest Bronner – namelijk dat deze voorwaarden niet van toepassing zijn wanneer het betrokken net zijn historische oorsprong vindt in een staatsmonopolie –, is door het Gerecht in de punten 153 en 154 van het bestreden arrest verworpen op grond van vaste rechtspraak volgens welke het bestaan van een uit een wettelijk monopolie voortvloeiende machtspositie in aanmerking moet worden genomen in het kader van de toepassing van artikel 102 VWEU.

25 Met haar tweede middel betoogde rekwirante met name dat haar rechten van verdediging waren geschonden doordat zij niet door de Commissie was gehoord over de methode, de beginselen en de gegevens die deze instelling had gebruikt voor de berekening van de „gemiddelde marginale langetermijnkosten” (*long run average incremental costs*; hierna: „LRAIC”), op basis waarvan moest worden vastgesteld in hoeverre zij haar marges had uitgehold. Het Gerecht heeft dit middel verworpen en met name in de punten 186 tot en met 192 en 209 van het bestreden arrest overwogen dat de Commissie rekwirante naar behoren in kennis had gesteld van haar berekeningsmethode en -beginselen en dat zij niet verplicht was om haar definitieve berekeningen van de marges mee te delen alvorens rekwirante het litigieuze besluit te doen toekomen.

26 Met haar derde middel betoogde rekwirante dat de Commissie de praktijk die tot de marge-uitholling had geleid, niet correct had vastgesteld, met name omdat zij bij de berekening van de LRAIC geen rekening had gehouden met haar optimaliseringsaanpassingen. Het Gerecht heeft dit middel in de punten 223 tot en met 239 van het bestreden arrest verworpen en in wezen verklaard dat de afwijzing van de door rekwirante voorgestelde optimaliseringsaanpassingen gerechtvaardigd was. Had de Commissie deze aanpassingen wel in aanmerking genomen, dan zou bij de berekening van de marge-uitholling ten onrechte zijn afgeweken van de kosten die rekwirante zelf tijdens de inbreukperiode had gemaakt.

Conclusie van partijen

27 Met haar hogere voorziening verzoekt rekwirante het Hof:

– het bestreden arrest geheel of gedeeltelijk te vernietigen;

– het litigieuze besluit geheel of gedeeltelijk nietig te verklaren;

– subsidiair, de haar opgelegde geldboete in te trekken of het bedrag ervan verder te verlagen, en

– de Commissie te verwijzen in de kosten van de onderhavige procedure en van de procedure in eerste aanleg.

28 De Commissie verzoekt het Hof:

– de hogere voorziening af te wijzen, en

– rekwirante te verwijzen in de kosten.

Hogere voorziening

29 Tot staving van haar hogere voorziening voert rekwirante drie middelen aan. Met haar eerste middel voert rekwirante aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van onjuiste rechtsopvattingen omdat het de door rekwirante toegepaste beperkingen van de toegang tot haar aansluitnetwerk heeft gekwalificeerd als misbruik van machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU. Het tweede middel is ontleend aan schending van haar rechten van verdediging bij de beoordeling of er sprake was van marge-uitholling. Met het derde middel voert rekwirante aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van onjuiste rechtsopvattingen bij de beoordeling of er sprake was van marge-uitholling.

30 Voorts verzoekt rekwirante dat de toewijzing van de middelen die DT heeft aangevoerd in de verwante zaak C-152/19 P betreffende de hogere voorziening die DT heeft ingesteld tegen het arrest van het Gerecht van 13 december 2018, Deutsche Telekom/Commissie (T-827/14, EU:T:2018:930), waarmee DT betwist dat zij met rekwirante één onderneming vormde, wordt uitgebreid tot rekwirante.

Eerste middel

Argumenten van partijen

31 Met haar eerste middel, dat uit vijf onderdelen bestaat, betoogt rekwirante dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de Commissie, om aan te tonen dat rekwirante haar machtspositie had misbruikt in de zin van artikel 102 VWEU door de toegang tot haar aansluitnetwerk te beperken, niet hoefde te bewijzen dat die toegang onontbeerlijk was voor de uitoefening van de activiteit van de betrokken marktdeelnemers in de zin van het arrest Bronner, omdat op haar reeds een wettelijke verplichting rustte om toegang tot haar aansluitnetwerk te verlenen.

32 Met het eerste onderdeel van het eerste middel betoogt rekwirante dat het Gerecht, door in punt 121 van het bestreden arrest te oordelen dat de voorwaarden van het arrest Bronner in casu niet van toepassing waren, ten onrechte geen rekening heeft gehouden met het verschil tussen de controle achteraf op grond van artikel 102 VWEU, die ertoe strekt een einde te maken aan misbruiken, en de controle vooraf door een regelgevende instantie voor de telecommunicatiesector, die ertoe strekt specifieke vormen van mededinging te bevorderen. Bovendien zijn de relevante markten niet identiek. De wettelijke verplichting om toegang te verlenen heeft betrekking op het onontbeerlijke karakter van de toegang tot de wholesalemarkt voor toegang tot het ontbundelde aansluitnetwerk, terwijl het door de Commissie vastgestelde misbruik betrekking had op een veel ruimere retailmarkt dan die voor diensten op basis van het aansluitnetwerk, waarvoor niet was aangetoond dat de toegang tot het aansluitnetwerk onontbeerlijk was. Ten slotte stelt rekwirante dat de overweging dat schending van een wettelijke verplichting automatisch schending van artikel 102 VWEU oplevert, berust op een onjuiste uitlegging van die bepaling, welke uitlegging strenger is en tot gevolg heeft dat een onderneming met een machtspositie waarvoor een reeds bestaande wettelijke voorwaarde geldt, anders wordt behandeld.

33 Met het tweede onderdeel van dat middel betoogt rekwirante dat het Gerecht in de punten 126 en 127 van het bestreden arrest ten onrechte uit het arrest van 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83; hierna: „arrest TeliaSonera”), heeft afgeleid dat de voorwaarden van het arrest Bronner in casu niet van toepassing waren. Volgens rekwirante heeft het arrest TeliaSonera geen betrekking op een weigering om een overeenkomst te sluiten, zoals in de onderhavige zaak, maar op een marge-uitholling. Voorts heeft het Hof in de punten 55 tot en met 58 van dat arrest vragen beantwoord die in de onderhavige zaak niet aan de orde zijn.

34 Met het derde onderdeel van het eerste middel betoogt rekwirante dat het Gerecht in de punten 138 en 139 van het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het arrest van 9 september 2009, Clearstream/Commissie (T-301/04, EU:T:2009:317), niet ter zake dienend was. Volgens rekwirante blijkt in de eerste plaats uit laatstgenoemd arrest niet dat het bestaan van een oud staatsmonopolie of van een wettelijke verplichting van invloed was geweest op de analyse van het Gerecht in dat arrest. In de tweede plaats is dat arrest gebaseerd op een wettelijke voorwaarde ex ante, zoals in de onderhavige zaak. In de derde plaats beschikte Clearstream in de zaak die tot dat arrest heeft geleid, ten tijde van het misbruik van haar machtspositie nog over een monopolie, terwijl rekwirantes monopoliepositie vijf jaar vóór het begin van het gestelde misbruik was beëindigd. Ten slotte en in de vierde plaats zijn de weigeringen van Clearstream en van rekwirante vergelijkbaar.

35 Met het vierde onderdeel van het eerste middel betoogt rekwirante dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, een kennelijk onjuiste beoordeling of een ontoereikende motivering door in de punten 133 en 134 van het bestreden arrest te oordelen dat een impliciete weigering niet noodzakelijk minder ernstig was dan een daadwerkelijke weigering en dat een beoordeling per geval vereist was. Volgens rekwirante is er geen rechtvaardiging voor de benadering van het Gerecht volgens welke de in casu aan de orde zijnde impliciete weigering, om als misbruik in de zin van artikel 102 VWEU te worden aangemerkt, niet aan de voorwaarden van het arrest Bronner moet voldoen, terwijl een uitdrukkelijke of categorische weigering wel aan die voorwaarden moet voldoen. Een dergelijke benadering leidt er volgens rekwirante toe dat ernstiger gedrag gunstiger wordt behandeld dan minder ernstig gedrag.

36 Met het vijfde en laatste onderdeel van dat middel voert rekwirante aan dat het Gerecht in de punten 153 en 154 van het bestreden arrest ten onrechte van oordeel was dat het feit dat zij een oud staatsmonopolie had genoten, kon rechtvaardigen dat de voorwaarden van het arrest Bronner niet werden toegepast. Volgens rekwirante is die benadering niet verenigbaar met de leer die voortvloeit uit het arrest van 27 maart 2012, Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172), is zij in strijd met de verplichting om rekening te houden met de omstandigheden ten tijde van het gestelde misbruik, schendt zij de beginselen van rechtszekerheid en non-discriminatie en houdt zij geen rekening met de investeringen die zij in haar netwerk heeft gedaan.

37 De Commissie is in wezen van mening dat de criteria van het arrest Bronner in de onderhavige zaak niet van toepassing waren, aangezien het misbruik van machtspositie dat aan de orde was in de zaak die aan dat arrest ten grondslag lag, verschilde van dat in de onderhavige zaak.

Beoordeling door het Hof

38 Met haar eerste middel keert rekwirante zich met name tegen de punten 113 tot en met 122 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht de gegrondheid van het litigieuze besluit heeft bevestigd voor zover de Commissie niet hoefde aan te tonen dat de toegang van alternatieve exploitanten tot het aansluitnetwerk van ST onontbeerlijk was, teneinde de praktijken van rekwirante die de Commissie in overweging 365 van het litigieuze besluit als een impliciete leveringsweigering had beschouwd, als „misbruik" te kunnen aanmerken, welke praktijken erin bestonden dat, ten eerste, aan de alternatieve exploitanten de voor de ontbundeling van haar aansluitnet benodigde netwerkinformatie werd onthouden, ten tweede, haar uit de toepasselijke regelgeving voortvloeiende verplichtingen met betrekking tot de ontbundeling werden beperkt en, ten derde, onbillijke ontbundelingsclausules en -voorwaarden in haar referentieaanbod voor ontbundeling werden vastgesteld (hierna: „litigieuze praktijken").

39 In het bijzonder heeft het Gerecht in punt 121 van het bestreden arrest geoordeeld dat, aangezien in de op het gebied van telecommunicatie toepasselijke regelingen duidelijk is erkend dat toegang tot het aansluitnetwerk van rekwirante noodzakelijk was met het oog op het ontstaan en de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op de Slowaakse markt voor breedbandinternetdiensten, de Commissie niet hoefde aan te tonen dat die toegang onontbeerlijk was in de zin van de laatste voorwaarde zoals geformuleerd in punt 41 van het arrest Bronner. Voorts heeft het Gerecht in de punten 123 tot en met 127 van het bestreden arrest in wezen geoordeeld dat de voorwaarden van het arrest Bronner, in het bijzonder de voorwaarde dat een dienst of infrastructuur van de onderneming met een machtspositie onontbeerlijk is, niet van toepassing zijn op andere gedragingen dan een toegangsweigering, zoals de litigieuze praktijken.

40 Om te beoordelen of deze overwegingen berusten op een onjuiste rechtsopvatting, zoals rekwirante beweert, zij eraan herinnerd dat artikel 102 VWEU bepaalt dat het verboden is, voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan. Op de onderneming met een machtspositie rust dus een bijzondere verantwoordelijkheid om niet door haar gedrag afbreuk te doen aan een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de interne markt [arrest van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:C:2020:52, punt 153 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

41 Volgens vaste rechtspraak van het Hof is het begrip „misbruik maken van een machtspositie" in de zin van artikel 102 VWEU een objectief begrip dat betrekking heeft op gedragingen van een onderneming met een machtspositie die, op een markt waar de mededinging juist door de

aanwezigheid van deze onderneming reeds is verzwakt, de instandhouding of de ontwikkeling van de nog op deze markt aanwezige mededinging verhinderen door het gebruik van andere middelen dan die welke bij een normale, op ondernemersprestaties berustende mededinging van goederen of diensten gebruikelijk zijn (arrest van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:C:2020:52, punt 148 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

42 Bij de beoordeling van de vraag of een praktijk van een onderneming met een machtspositie misbruik vormt in de zin van artikel 102 VWEU, moet rekening worden gehouden met alle specifieke omstandigheden van de zaak (zie in die zin arresten TeliaSonera, punt 68; 6 oktober 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, punt 68, en 19 april 2018, MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, C-525/16, EU:C:2018:270, punten 27 en 28).

43 Blijkens punt 37 van het arrest Bronner had de zaak die tot dat arrest heeft geleid betrekking op de vraag of de omstandigheid dat de eigenaar van het enige landelijke thuisbezorgingssysteem op het grondgebied van een lidstaat, die dit systeem gebruikt voor de distributie van zijn eigen dagbladen, de toegang daartoe weigert aan de uitgever van een concurrerend dagblad, misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU vormt, op grond dat die weigering de concurrent een voor de verkoop van haar producten essentieel geachte distributiewijze ontzegt.

44 In antwoord op die vraag heeft het Hof in punt 41 van dat arrest geoordeeld dat die weigering misbruik van machtspositie zou hebben gevormd wanneer niet alleen de weigering om de dienst van thuisbezorging te verlenen elke mededinging op de dagbladmarkt door de verzoeker van de dienst kon uitsluiten en niet objectief kon worden gerechtvaardigd, maar de dienst op zich bovendien onontbeerlijk was voor de uitoefening van de werkzaamheid van deze laatste, in die zin dat er geen reëel of potentieel alternatief voor dat thuisbezorgingssysteem bestond.

45 Deze voorwaarden werden gerechtvaardigd door de specifieke omstandigheden van die zaak, waarin alleen sprake was van een weigering van een onderneming met een machtspositie om een concurrent toegang te verlenen tot een infrastructuur die zij ten behoeve van haar eigen werkzaamheid had ontwikkeld, en niet van andere gedragingen.

46 Zoals ook de advocaat-generaal in de punten 68, 73 en 74 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, heeft de vaststelling dat een onderneming met een machtspositie misbruik heeft gemaakt van haar positie door te weigeren met een concurrent een contract te sluiten, tot gevolg dat die onderneming gedwongen is met die concurrent een contract te sluiten. Een dergelijke verplichting vormt een ernstige inbreuk op de contractvrijheid en het recht op eigendom van de onderneming met een machtspositie, aangezien het een onderneming – zelfs een onderneming met een machtspositie – in beginsel vrijstaat om te weigeren contracten te sluiten en de door haar opgebouwde infrastructuur voor eigen doeleinden te gebruiken (zie naar analogie arrest van 5 oktober 1988, Volvo, 238/87, EU:C:1988:477, punt 8).

47 Bovendien kan de veroordeling van een onderneming wegens misbruik van haar machtspositie, door te weigeren om met een concurrent contracten te sluiten, de mededinging weliswaar op korte termijn bevorderen, maar op lange termijn is het in het algemeen gunstig voor de ontwikkeling van de mededinging en in het belang van de consumenten om een onderneming toe te staan om de infrastructuur die zij voor haar eigen werkzaamheid heeft ontwikkeld, uitsluitend zelf te gebruiken. Indien al te gemakkelijk toegang wordt verschaft tot een productie-, aankoop- of distributievoorziening, zou een concurrent immers niet worden gestimuleerd concurrerende voorzieningen te creëren. Bovendien zou een onderneming met een

machtspositie minder snel bereid zijn om in efficiënte voorzieningen te investeren, wanneer zij kan worden gedwongen om de vruchten van haar eigen investeringen op eenvoudig verzoek van haar concurrenten met hen te delen.

48 Wanneer een onderneming met een machtspositie weigert om toegang te verlenen tot infrastructuur die zij voor haar eigen werkzaamheid heeft ontwikkeld, kan het besluit om die onderneming te verplichten die toegang te verlenen derhalve op het gebied van het mededingingsbeleid uitsluitend worden gerechtvaardigd wanneer deze onderneming een echt stevige greep op de betrokken markt heeft.

49 Aan de hand van de door het Hof in het arrest Bronner uiteengezette voorwaarden (zie punt 44 hierboven), in het bijzonder de voorwaarde inzake de onontbeerlijkheid van de toegang tot de infrastructuur van de onderneming met een machtspositie, kan de bevoegde nationale instantie of rechter in elk concreet geval vaststellen of die onderneming door middel van die infrastructuur een dergelijke stevige greep op de betrokken markt heeft. Die onderneming kan dus uitsluitend worden gedwongen om een concurrent toegang te verlenen tot infrastructuur die zij ten behoeve van haar eigen werkzaamheid heeft ontwikkeld, wanneer die toegang onontbeerlijk is voor de activiteit van die concurrent, oftewel wanneer er geen reëel of potentieel alternatief voor die infrastructuur is.

50 Wanneer een onderneming met een machtspositie toegang tot haar infrastructuur verleent, maar onbillijke voorwaarden stelt voor die toegang, de levering van diensten of de verkoop van producten, zijn de door het Hof in punt 41 van het arrest Bronner uiteengezette voorwaarden daarentegen niet van toepassing. Indien de toegang tot die infrastructuur of zelfs tot een dienst of input onontbeerlijk is voor de concurrenten van de onderneming met een machtspositie om winstgevend actief te zijn op een downstreammarkt, is het ongetwijfeld des te waarschijnlijker dat onbillijke praktijken op die markt ten minste potentieel de mededinging verstoren en misbruik in de zin van artikel 102 VWEU vormen (zie in die zin arresten van 14 oktober 2010, Deutsche Telekom/Commissie, C-280/08 P, EU:C:2010:603, punt 234, en TeliaSonera, punten 70 en 71). Bij praktijken die geen toegangsweigering vormen, is het ontbreken van die onontbeerlijkheid evenwel als zodanig niet doorslaggevend voor het onderzoek van het potentieel als misbruik aan te merken gedrag van een onderneming met een machtspositie (zie in die zin arrest TeliaSonera, punt 72).

51 Hoewel zulke gedragingen een vorm van misbruik kunnen zijn wanneer zij de mededinging ten minste potentieel kunnen verstoren, of zelfs potentiele uitsluitingseffecten kunnen hebben op de betrokken markten, kunnen zij niet worden gelijkgesteld aan een regelrechte weigering om een concurrent toegang te verlenen tot een infrastructuur, aangezien de bevoegde nationale mededingingsautoriteit of de bevoegde nationale rechter de onderneming met een machtspositie niet zal dwingen om een toegang tot haar infrastructuur te verlenen die reeds verleend is. De maatregelen die in dergelijke gevallen zullen worden genomen, zullen de contractvrijheid en het recht op eigendom van de onderneming met een machtspositie derhalve minder inperken dan de verplichting om toegang te verlenen tot haar infrastructuur die zij uitsluitend voor haar eigen werkzaamheden gebruikte.

52 In die zin heeft het Hof in de punten 75 en 96 van het arrest van 10 juli 2014, Telefónica en Telefónica de España/Commissie (C-295/12 P, EU:C:2014:2062), reeds geoordeeld dat de door het Hof in punt 41 van het arrest Bronner uiteengezette voorwaarden, in het bijzonder de voorwaarde inzake de onontbeerlijkheid van de toegang, niet van toepassing zijn op misbruik dat bestaat in de uitholling van de marges van concurrerende exploitanten op een downstreammarkt.

53 In dezelfde zin heeft het Hof in punt 58 van het arrest TeliaSonera in wezen geoordeeld dat het onderzoek naar de onontbeerlijkheid van elke gedraging van een onderneming met een machtspositie jegens haar concurrenten systematisch moet plaatsvinden in het licht van de voorwaarden die het Hof heeft uiteengezet in het arrest Bronner, dat betrekking had op een weigering om een dienst te leveren. Het Gerecht heeft in de punten 125 tot en met 127 van het bestreden arrest derhalve terecht geoordeeld dat het Hof in punt 58 van het arrest TeliaSonera bij de beoordeling van de gedragingen waarop de voorwaarden van het arrest Bronner niet van toepassing zijn, niet uitsluitend doelde op de bijzondere vorm van misbruik bestaande in de uitholling van de marges van concurrerende exploitanten op een downstreammarkt.

54 In de onderhavige zaak kenmerkt de situatie van rekwirante, zoals in punt 119 van het bestreden arrest is vermeld, zich door het feit dat zij was onderworpen aan een wettelijke verplichting op het gebied van telecommunicatie om toegang te verlenen tot haar aansluitnetwerk. Overeenkomstig het besluit van 8 maart 2005 van de TUSR, dat op 14 juni 2005 door de directeur van die instantie is bevestigd, was rekwirante namelijk als ondernemer met aanmerkelijke marktmacht verplicht om alle redelijke en gerechtvaardigde verzoeken van alternatieve exploitanten om ontbundelde toegang tot haar aansluitnetwerk in te willigen, zodat zij dit netwerk konden gebruik om hun eigen diensten op de retailmassamarkt voor breedbanddiensten op een vaste locatie in Slowakije aan te bieden.

55 Een dergelijke verplichting strookt met de door de Uniewetgever vastgestelde doelstelling om een daadwerkelijke mededinging op de telecommunicatiemarkten te bevorderen. Zoals in de overwegingen 3, 6 en 7 van verordening nr. 2887/2000 staat te lezen, wordt die toegangsverplichting gerechtvaardigd door het feit dat, aangezien de exploitanten met een aanmerkelijke marktmacht hun lokale aansluitnetwerk gedurende lange tijd hebben kunnen opzetten terwijl zij exclusieve rechten genoten, en hun investeringskosten konden financieren uit de opbrengsten van hun monopoliepositie, het voor nieuwe aanbieders economisch niet haalbaar zou zijn om het lokale aansluitnetwerk van de gevestigde exploitant te dupliceren, en door het feit dat alternatieve infrastructuren niet kunnen dienen als een goede vervanging voor dat lokale aansluitnetwerk. De ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk stelt nieuwe aanbieders dus in staat om de concurrentie aan te gaan met ondernemers met een aanmerkelijke marktmacht. Zoals het Gerecht in punt 119 van het bestreden arrest heeft opgemerkt, is de in casu door de TUSR opgelegde toegangsverplichting bedoeld om rekwirante en haar concurrenten te stimuleren om te investeren en te innoveren en tegelijkertijd de mededinging op de markt veilig te stellen.

56 Deze wettelijke verplichting gold voor ST gedurende de gehele door de Commissie in het litigieuze besluit in aanmerking genomen inbreukperiode, te weten van 12 augustus 2005 tot 31 december 2010. Naast het feit dat de regelgevende instanties op het gebied van telecommunicatie een dergelijke toegangsverplichting krachtens artikel 8, lid 5, onder f), van richtlijn 2002/21, zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140, uitsluitend kunnen opleggen wanneer er geen daadwerkelijke en duurzame mededinging is en zij deze verplichtingen moeten verlichten of opheffen zodra er wel aan die voorwaarde is voldaan, heeft rekwirante namelijk noch gesteld noch bewezen dat zij heeft betwist dat rekwirante gedurende de inbreukperiode aan die verplichting was onderworpen. Bovendien heeft de Commissie het bestaan van die toegangsverplichting ook in afdeling 5.1 van het litigieuze besluit gemotiveerd en in punt 377 daarvan aangegeven dat zij een eigen ex-postanalyse van de betrokken markten had uitgevoerd, op basis waarvan zij heeft geconcludeerd dat de situatie op die markten gedurende de inbreukperiode in dat opzicht niet aanmerkelijk was veranderd.

57 Naar analogie van hetgeen het Hof in punt 224 van het arrest van 14 oktober 2010, Deutsche Telekom/Commissie (C-280/08 P, EU:C:2010:603), waar in punt 117 van het bestreden arrest naar wordt verwezen, reeds heeft aangegeven, moet worden vastgesteld dat een wettelijke verplichting relevant kan zijn voor de beoordeling of het gedrag van een onderneming met een machtspositie waarop een sectorregeling van toepassing is, misbruik vormt in de zin van artikel 102 VWEU. Hoewel in het onderhavige geval de aan rekwirante opgelegde verplichting om toegang tot haar aansluitnetwerk te verlenen, de Commissie niet vrijstelde van het vereiste om het bestaan van misbruik in de zin van artikel 102 VWEU aan te tonen en daarbij met name rekening te houden met de toepasselijke rechtspraak, kon rekwirante vanwege die verplichting gedurende de gehele in casu vastgestelde inbreukperiode niet regelrecht weigeren om toegang te verlenen tot haar aansluitnetwerk en heeft zij dit ook niet gedaan.

58 Ondanks voornoemde wettelijke verplichting behield rekwirante gedurende die periode evenwel de autonomie om over de voorwaarden voor die toegang te beslissen. Met uitzondering van enkele leidende beginselen, was de verplichte inhoud van het referentieaanbod voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk in de zin van artikel 3 van verordening nr. 2887/2000 namelijk niet voorgeschreven door de regelgeving of de besluiten van de TUSR. Bij de litigieuze praktijken heeft rekwirante van deze beslissingsautonomie gebruikgemaakt.

59 Aangezien de litigieuze praktijken geen weigering vormden om toegang te verlenen tot het aansluitnetwerk van rekwirante, maar betrekking hadden op de voorwaarden voor die toegang, zijn de door het Hof in punt 41 van het arrest Bronner geformuleerde voorwaarden (zie punt 44 hierboven) om de in de punten 45 tot en met 51 van het onderhavige arrest genoemde redenen evenwel niet op de onderhavige zaak van toepassing.

60 Derhalve heeft het Gerecht geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 121 van het bestreden arrest te oordelen dat de Commissie, teneinde vast te stellen dat ST door de litigieuze praktijken haar machtspositie had misbruikt, niet hoefde aan te tonen dat de toegang tot het aansluitnetwerk van rekwirante „onontbeerlijk” was in de zin van de laatste voorwaarde zoals geformuleerd in punt 41 van het arrest Bronner.

61 Het eerste middel van de hogere voorziening berust derhalve op een onjuiste rechtsopvatting en moet dan ook in zijn geheel worden afgewezen.

Tweede middel

Argumenten van partijen

62 Met haar tweede middel betoogt rekwirante dat het Gerecht ten onrechte heeft nagelaten schending van haar rechten van verdediging vast te stellen. De methode, de beginselen en de gegevens die de Commissie in het stadium van de mededeling van punten van bezwaar heeft gebruikt om de kosten te bepalen op basis waarvan moest worden nagegaan of er sprake was van marge-uitholling, waren namelijk gebaseerd op historische kostengegevens uit een intern kostenrapportagesysteem van rekwirante, te weten de zogenoemde „účelové členenie nákladov”-gegevens („specifieke kostenclassificatie”; hierna: „UCN-gegevens”), terwijl zij in het litigieuze besluit waren gebaseerd op de LRAIC, zonder dat de Commissie rekwirante in de gelegenheid had gesteld hierover een zinvol standpunt in te nemen.

63 Voorts verwijt rekwirante de Commissie dat zij de bewijslast heeft omgekeerd, aangezien deze instelling haar heeft verzocht haar beginselen, methode en gegevens betreffende de vaststelling van de LRAIC uiteen te zetten, terwijl de Commissie zelf van meet af aan heeft verzuimd haar eigen beginselen en methode mee te delen en haar gegevens te verstrekken. Het feit dat de Commissie niet van meet af aan over een eigen kostenmodel beschikte om aan te tonen dat er sprake was van marge-uitholling, had door het Gerecht moeten worden erkend als een onrechtmatige omkering van de bewijslast. In dit verband zijn de overwegingen in de punten 186 en 189 van het bestreden arrest, volgens welke rekwirante in de gelegenheid is gesteld om op de mededeling van punten van bezwaar te antwoorden en de Commissie zich in dat document op de LRAIC heeft gebaseerd, respectievelijk irrelevant en onjuist, aangezien er op de datum van de mededeling van punten van bezwaar geen gegevens over de LRAIC bestonden.

64 Evenzo heeft het Gerecht in punt 189 van het bestreden arrest ten onrechte geoordeeld dat de Commissie in het litigieuze besluit geen nieuwe bezwaren met betrekking tot de marge-uitholling had aangevoerd. De omstandigheid dat de Commissie zowel in de mededeling van punten van bezwaar als in het litigieuze besluit heeft overwogen, ten eerste, dat een even efficiënte concurrent als rekwirante negatieve marges zou hebben, ten tweede, dat de conclusie inzake de negatieve marges geldig bleef indien bepaalde andere diensten in de inkomsten werden opgenomen en, ten derde, dat de in het litigieuze besluit vastgestelde inbreukperiode korter was dan die welke in de mededeling van punten van bezwaar was vermeld, was irrelevant voor de vaststelling of rekwirantes rechten van verdediging waren geschonden omdat de in de mededeling van punten van bezwaar in aanmerking genomen methode, beginselen en gegevens niet overeenstemden met die welke de Commissie in het litigieuze besluit had gehanteerd.

65 Voorts bekritiseert rekwirante punt 190 van het bestreden arrest. Anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, verschilden de ten tijde van de mededeling van punten van bezwaar door de Commissie in aanmerking genomen netwerkkosten, methode en beginselen namelijk aanzienlijk van die welke zij ten tijde van de vaststelling van het litigieuze besluit in aanmerking had genomen. Volgens rekwirante heeft het Gerecht voorts in punt 192 van het bestreden arrest ten onrechte geoordeeld dat haar rechten van verdediging waren geëerbiedigd omdat de Commissie op haar argumenten had geantwoord. Dat rekwirante in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar of in de in de loop van 2013 ingediende stukken de resultaten van nieuwe bewerkingen inzake de LRAIC had meegedeeld, is in dit verband irrelevant, aangezien de Commissie vóór de vaststelling van het litigieuze besluit niet alle elementen van haar beginselen, methode en gegevens betreffende de berekening van de LRAIC had uiteengezet.

66 Ten slotte betoogt rekwirante dat het Gerecht in punt 209 van het bestreden arrest tevens blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting alsook de feiten en het bewijs onjuist heeft opgevat door de in dat punt genoemde „evaluatiebijeenkomst” van 16 september 2014 als irrelevant te beschouwen. Door op die bijeenkomst voor het eerst haar voorlopige berekeningen van de LRAIC bekend te maken, heeft de Commissie erkend dat zij die berekeningen voordien niet had meegedeeld en dat zij daartoe verplicht was. Ook bleek uit die bekendmaking in dat stadium van de procedure dat de Commissie vastbesloten was een verbodsbesluit vast te stellen, zodat rekwirante in dat stadium niet meer naar behoren kon worden gehoord.

67 De Commissie is van mening dat het tweede middel moet worden afgewezen, aangezien niet is aangetoond, ten eerste, dat het Gerecht de feiten die het in aanmerking heeft genomen, onjuist heeft opgevat en, ten tweede, dat rekwirantes rechten van verdediging zijn geëerbiedigd.

Beoordeling door het Hof

68 Om te beginnen moet in herinnering worden gebracht dat artikel 256 VWEU en artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie bepalen dat de hogere voorziening tegen beslissingen van het Gerecht beperkt is tot rechtsvragen. Volgens vaste rechtspraak is dus enkel het Gerecht bevoegd om de feiten vast te stellen en, in beginsel, om de bewijzen te onderzoeken die het tot staving van die feiten in aanmerking neemt. Deze beoordeling levert dan ook geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof, behoudens wanneer deze bewijzen onjuist zijn opgevat (arrest van 10 juli 2014, Telefónica en Telefónica de España/Commissie, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punt 84 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

69 In casu voert rekwirante niet aan dat het Gerecht de in de punten 177 en 185 tot en met 187 van het bestreden arrest beschreven feiten onjuist heeft opgevat.

70 Tijdens het onderzoek dat aan de mededeling van punten van bezwaar was voorafgegaan, had de Commissie rekwirante verzocht om haar de nodige gegevens te verstrekken ter berekening van de kosten betreffende de aanvullende input die nodig was om haar wholesalediensten te transformeren tot retaildiensten. In antwoord daarop heeft rekwirante de Commissie tabellen toegezonden met kostenberekeningen voor de jaren 2003 tot en met 2010 op basis van de UCN-gegevens. De kosten in deze tabellen waren derhalve berekend op basis van volledig toegerekende historische kosten en verschilden van de LRAIC. De Commissie heeft rekwirante bijgevolg verzocht om haar de rentabiliteitsgegevens voor de breedbanddiensten te verstrekken, zoals herberekend aan de hand van een op de LRAIC gebaseerde methode. Aangezien rekwirante te kennen heeft gegeven dat zij de rentabiliteitsgegevens ten aanzien van de breedbanddiensten niet volgens de LRAIC-methode berekende, heeft de Commissie in het stadium van de mededeling van punten van bezwaar gebruikgemaakt van de UCN-gegevens gegevens waarover zij beschikte, om de door rekwirante toegepaste marge-uitholling te beoordelen. De Commissie was namelijk van oordeel dat, bij gebreke van gegevens betreffende de LRAIC, de UCN-gegevens de best beschikbare bron waren om de marge-uitholling te berekenen. Op basis van deze gegevens heeft de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar vastgesteld dat een concurrent die even efficiënt was als rekwirante en die toegang tot haar aansluitnetwerk had, met aanzienlijke negatieve marges zou zijn geconfronteerd, indien hij had geprobeerd de retailportefeuille van rekwirante in de jaren 2005-2010 te repliceren. In haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar heeft rekwirante nieuwe gegevens verstrekt om de kosten voor de periode tussen 2005 en 2010 te beoordelen. Deze gegevens waren gebaseerd op de gegevens van 2011. In het bijzonder heeft rekwirante in dat antwoord gesteld dat bij de berekening van de LRAIC enerzijds haar activa moesten worden geherwaardeerd en anderzijds rekening moest worden gehouden met de inefficiënties van haar netwerk voor het breedbandaanbod. Zij heeft een aantal optimaliseringsaanpassingen doorgevoerd, te weten 1) het vervangen van de bestaande activa door de moderne equivalenten ervan die efficiënter en minder duur zijn, 2) het zoveel mogelijk in stand houden van de technologische coherentie en 3) het afbouwen van de activa op basis van de daadwerkelijk gebruikte capaciteit in plaats van de geïnstalleerde capaciteit (hierna samen: „optimaliseringsaanpassingen”). In het litigieuze besluit heeft de Commissie ermee ingestemd om onder meer de herwaardering van de activa van rekwirante te betrekken bij haar analyse van de marge-uitholling, maar heeft zij de optimaliseringsaanpassingen afgewezen. Aldus is de Commissie in het litigieuze besluit en in de mededeling van punten van bezwaar tot verschillende resultaten gekomen met betrekking tot de omvang van de marge-uitholling door rekwirante.

71 In het licht van deze feiten, waarvan niet wordt gesteld dat zij onjuist zijn opgevat, dient te worden beoordeeld of het Gerecht blijk heeft gegeven van de door rekwirante in haar tweede middel aangevoerde onjuiste rechtsopvattingen.

– Omkering van de bewijslast

72 Met betrekking tot de grief dat het Gerecht ten onrechte de omkering van de bewijslast door de Commissie heeft bevestigd, zij eraan herinnerd dat het bewijs van een inbreuk op de mededingingsregels moet worden geleverd door de partij of de autoriteit die de inbreuk aanvoert (zie in die zin arrest van 17 juni 2010, Lafarge/Commissie, C-413/08 P, EU:C:2010:346, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

73 Om misbruik bestaande in een marge-uitholling vast te stellen, is het meer in het bijzonder van belang dat de Commissie aantoont dat het verschil tussen de groothandelsprijzen voor de betrokken diensten en de detailhandelsprijzen voor de downstream aan eindgebruikers geleverde diensten negatief was of onvoldoende was om de specifieke kosten van de betrokken diensten te dekken die de onderneming met een machtspositie moet dragen voor het verlenen van haar eigen detailhandelsdiensten aan eindgebruikers, zodat dit verschil een even efficiënte concurrent als die onderneming niet in staat stelt met haar te concurreren betreffende de verlening van die diensten aan eindgebruikers (zie in die zin arrest TeliaSonera, punt 32).

74 Het Hof heeft ook geoordeeld dat voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het door een onderneming met een machtspositie gevoerde prijsbeleid in beginsel een beroep dient te worden gedaan op prijscriteria die gebaseerd zijn op de kosten en de strategie van de onderneming met de machtspositie (arrest TeliaSonera, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

75 In casu kan, gelet op de door het Gerecht vastgestelde feiten, zoals samengevat in punt 70 van het onderhavige arrest, niet worden geoordeeld dat het Gerecht een omkering van de bewijslast heeft bevestigd omdat het niet van oordeel was dat de Commissie niet van meet af aan haar methode en gegevens betreffende de berekening van de LRAIC had uiteengezet.

76 Uit deze feiten blijkt namelijk dat de Commissie rekwirante vanaf het begin van de administratieve procedure te kennen heeft gegeven dat zij haar beoordeling of er sprake was van een marge-uitholling zou baseren op de LRAIC-methode. Zo heeft de Commissie naar aanleiding van de indiening van de UCN-gegevens door rekwirante – vóór de mededeling van punten van bezwaar – rekwirante verzocht om haar de rentabiliteitsgegevens voor breedbanddiensten te verstrekken, zoals herberekend volgens de LRAIC-methode. Uit overweging 870 van het litigieuze besluit, waarnaar in punt 185 van het bestreden arrest wordt verwezen, blijkt evenwel dat rekwirante in antwoord op dit verzoek heeft verklaard dat zij de LRAIC toepaste voor de berekening van de prijzen voor interconnectiediensten en dat zij slechts één keer, in 2005, de LRAIC voor breedbanddiensten had berekend. Voorts heeft het Gerecht in punt 189 van het bestreden arrest geoordeeld dat uit de punten 996 tot en met 1002 van de mededeling van punten van bezwaar bleek dat de Commissie de leidende beginselen voor de berekening van de kosten op basis van de LRAIC had uiteengezet, zonder dat dienaangaande enige onjuiste opvatting werd aangevoerd. Uit het voorgaande blijkt dat de Commissie haar methode ter bepaling van de kosten aan het begin van de administratieve procedure had uiteengezet en dat rekwirante daarvan op de hoogte was.

77 Wat de in aanmerking genomen gegevens betreft, zij eraan herinnerd dat, zoals blijkt uit punt 73 van het onderhavige arrest, de Commissie zich voor de vaststelling dat er sprake is van een marge-uitholling in beginsel baseert op de door de onderneming met een machtspositie gemaakte kosten. Het feit dat de Commissie rekwirante heeft verzocht om haar gegevens over haar kosten over te leggen, vormt bijgevolg geen omkering van de bewijslast. Evenmin is daarvan sprake wanneer de Commissie rekening houdt met de bewerkte gegevens die rekwirante na de mededeling van punten van bezwaar heeft verstrekt.

78 Ten slotte vormt het feit dat de Commissie in het stadium van de mededeling van punten van bezwaar haar op de LRAIC gebaseerde methode niet heeft kunnen toepassen wegens gebrek aan toereikende gegevens, anders dan rekwirante stelt, geen verzuim van de Commissie om haar eigen methode te ontwikkelen die is bedoeld om te voldoen aan de op haar rustende bewijsplicht.

79 Bijgevolg moet de grief dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door niet vast te stellen dat de op de Commissie rustende bewijslast was omgekeerd, ongegrond worden verklaard.

– *Schending van de rechten van de verdediging*

80 Wat de grief betreft dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door niet te erkennen dat rekwirantes rechten van verdediging zijn geschonden, zij eraan herinnerd dat de rechten van de verdediging fundamentele rechten zijn die integrerend deel uitmaken van de algemene rechtsbeginselen waarvan het Hof de eerbiediging verzekert (arrest van 25 oktober 2011, Solvay/Commissie, C-109/10 P, EU:C:2011:686, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Dit algemene beginsel van Unierecht is verankerd in artikel 41, lid 2, onder a) en b), van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en is van toepassing wanneer de overheid voornemens is ten opzichte van een bepaalde persoon een bezwarend besluit vast te stellen (zie in die zin arrest van 16 januari 2019, Commissie/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

81 Op het gebied van het mededingingsrecht verlangt de eerbiediging van de rechten van de verdediging dat de adressaat van een besluit waarin wordt vastgesteld dat hij een inbreuk op het mededingingsrecht heeft gepleegd, tijdens de administratieve procedure in staat wordt gesteld naar behoren zijn standpunt kenbaar te maken met betrekking tot de juistheid en relevantie van de hem verweten feiten en omstandigheden, alsook met betrekking tot de stukken waarmee de Commissie de door haar gestelde inbreuk heeft gestaafd (zie in die zin arresten van 5 december 2013, SNIA/Commissie, C-448/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:801, punt 41, en 14 september 2017, LG Electronics en Koninklijke Philips Electronics/Commissie, C-588/15 P en C-622/15 P, EU:C:2017:679, punt 43).

82 In die zin bepaalt artikel 27, lid 1, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [101] en [102 VWEU] (PB 2003, L 1, blz. 1), zoals het Gerecht in de punten 179 tot en met 183 van het bestreden arrest terecht heeft opgemerkt, dat aan de partijen een mededeling van punten van bezwaar moet worden gezonden. Het is vaste rechtspraak van het Hof dat deze mededeling duidelijk de belangrijkste feiten moet vermelden waarop de Commissie zich in dat stadium van de procedure baseert. Dit kan evenwel beknopt geschieden en het besluit dat de Commissie vervolgens vaststelt, hoeft niet noodzakelijkerwijs gelijkluidend te zijn met de mededeling van

punten van bezwaar, daar die mededeling een voorbereidend document is met zuiver voorlopige beoordelingen feitelijk en rechtens (arrest van 5 december 2013, SNIA/Commissie, C-448/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:801, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

83 Hieruit volgt dat, aangezien de juridische kwalificatie van de feiten in de mededeling van punten van bezwaar per definitie slechts voorlopig kan zijn, een later besluit van de Commissie niet nietig kan worden verklaard op de enkele grond dat de definitieve conclusies die uit deze feiten worden getrokken, niet precies overeenstemmen met deze voorlopige kwalificatie. De Commissie moet immers de adressaten van een mededeling van punten van bezwaar horen en in voorkomend geval rekening houden met de opmerkingen die zij in antwoord op de aangevoerde bezwaren maakten, door haar analyse te wijzigen, juist om hun rechten van verdediging te eerbiedigen. De Commissie moet deze kwalificatie van de feiten dus in haar eindbesluit kunnen preciseren op basis van de elementen die tijdens de administratieve procedure aan het licht zijn gekomen, hetzij om ongegrond gebleken punten van bezwaar te laten vallen, hetzij om haar argumentatie ter onderbouwing van de door haar in aanmerking genomen punten van bezwaar zowel feitelijk als rechtens aan te passen en aan te vullen, op voorwaarde echter dat zij zich enkel baseert op feiten waarover de betrokkenen zich hebben kunnen uitspreken en dat zij hun in de loop van de administratieve procedure de voor het voeren van verweer noodzakelijke gegevens heeft verstrekt (arrest van 5 december 2013, SNIA/Commissie, C-448/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:801, punten 43 en 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

84 In de onderhavige zaak verwijt rekwirante het Gerecht in de eerste plaats dat het niet heeft vastgesteld dat haar rechten van verdediging zijn geschonden omdat de Commissie voor de beoordeling van de mate waarin rekwirante een marge-uitholling kon worden verweten, respectievelijk in de mededeling van punten van bezwaar en in het litigieuze besluit, wat de berekening van de kosten betreft, niet dezelfde methode, beginselen en gegevens heeft gehanteerd.

85 Dienaangaande blijkt uit de door het Gerecht vastgestelde feiten, zoals samengevat in punt 70 van het onderhavige arrest, dat de Commissie rekwirante vóór de vaststelling van de mededeling van punten van bezwaar heeft verzocht om haar de volgens de LRAIC-methode herberekende rentabiliteitsgegevens te verstrekken. Omdat de Commissie die gegevens niet had ontvangen, heeft zij zich in de mededeling van punten van bezwaar gebaseerd op de UCN-gegevens waarover zij op dat moment beschikte, om na te gaan of er sprake was van een marge-uitholling. Zoals blijkt uit overweging 875 van het litigieuze besluit, waarnaar in punt 185 van het bestreden arrest wordt verwezen, was de Commissie van mening dat deze gegevens een voldoende betrouwbare indicator vormden voor de berekening van de LRAIC. Vervolgens heeft rekwirante in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar nieuwe gegevens verstrekt en verduidelijkt dat bij de berekening van de LRAIC enerzijds rekening moest worden gehouden met een herwaardering van haar activa en anderzijds met de inefficiënties van haar netwerk voor het aanbieden van breedband. Ten slotte wordt niet betwist dat de Commissie in het litigieuze besluit de LRAIC-methode heeft toegepast.

86 In het licht van deze feiten, met name de omstandigheid dat rekwirante in antwoord op de mededeling van punten van bezwaar ramingen van de LRAIC voor de periode 2005-2011 had overgelegd, en de overwegingen in punt 76 van dit arrest, moet worden vastgesteld dat rekwirante tijdens de administratieve procedure perfect wist dat de Commissie zou trachten het bestaan van een marge-uitholling vast te stellen op basis van een op de LRAIC gebaseerde methode en beginselen.

87 Voorts blijkt uit de feitelijke omstandigheden die het Gerecht in aanmerking heeft genomen, zoals samengevat in punt 70 van het onderhavige arrest, dat het in de punten 189 en 190 van het bestreden arrest op goede gronden kon oordelen dat de Commissie in het stadium van de mededeling van punten van bezwaar en dat van het litigieuze besluit dezelfde methode en dezelfde beginselen voor de berekening van de LRAIC had toegepast. Het feit dat de Commissie in het stadium van de mededeling van punten van bezwaar van oordeel was dat de UCN-gegevens van rekwirante een voldoende betrouwbare indicator voor de vaststelling van de LRAIC vormden, impliceert niet dat de Commissie haar methode en beginselen voor de berekening van deze kosten heeft gewijzigd.

88 Bovendien wijst het Gerecht in punt 190 van het bestreden arrest terecht op de overeenstemming tussen de tabellen in de mededeling van punten van bezwaar en in het litigieuze besluit ter ondersteuning van het argument dat de Commissie tijdens de procedure die tot het litigieuze besluit heeft geleid, een en dezelfde methode heeft gebruikt. Uit de opschriften van de tabellen blijkt immers dat daarmee wordt beoogd gelijkwaardige gegevens te verzamelen.

89 Hieruit volgt dat rekwirante ten onrechte aanvoert dat haar rechten van verdediging zijn geschonden op grond dat de methode en de beginselen voor de berekening van de kosten met het oog op de vaststelling van een marge-uitholling verschilden in de respectieve stadia van de mededeling van punten van bezwaar en het litigieuze besluit. Bijgevolg is rekwirantes stelling dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door een dergelijke schending van haar rechten van verdediging niet te erkennen, ongegrond.

90 In de tweede plaats verwijt rekwirante het Gerecht dat het niet heeft erkend dat haar rechten van verdediging waren geschonden omdat de kostengegevens die in aanmerking waren genomen in de mededeling van punten van bezwaar verschilden van die welke in aanmerking waren genomen in het litigieuze besluit.

91 Dienaangaande blijkt uit de punten 187, 190 en 192 van het bestreden arrest dat de verschillen tussen de kosten en marges in respectievelijk de mededeling van punten van bezwaar en het litigieuze besluit voortvloeien uit het feit dat de Commissie rekening heeft gehouden met een aantal door rekwirante zelf voorgestelde aanpassingen, om haar rechten van verdediging te eerbiedigen. Zoals blijkt uit punt 83 van het onderhavige arrest, impliceert het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging echter niet alleen dat de Commissie de adressaten van een mededeling van punten van bezwaar hoort, maar ook dat zij in voorkomend geval rekening houdt met hun opmerkingen om op de aangevoerde bezwaren te reageren door haar analyse te wijzigen, juist om hun rechten van verdediging te eerbiedigen. In casu kunnen de door rekwirante aangevoerde verschillen dus niet aantonen dat haar rechten van verdediging zijn geschonden.

92 Bovendien vormt het feit dat de Commissie deze aanpassingen met betrekking tot de berekening van rekwirantes marges had verricht zonder rekwirante opnieuw te hebben gehoord, geen schending van haar rechten van verdediging. De berekening is namelijk aangepast op basis van de gegevens die rekwirante zelf had verstrekt overeenkomstig de beginselen en de methode van de LRAIC, zoals de Commissie tijdens de administratieve procedure had aangekondigd.

93 In de derde plaats moet met betrekking tot de tegen punt 209 van het bestreden arrest gerichte grieven betreffende de „evaluatiebijeenkomst” over de stand van het dossier van 16 september 2014 worden vastgesteld dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in dat punt te oordelen dat het beginsel van eerbiediging van de rechten

van de verdediging niet vereiste dat de Commissie haar definitieve berekeningen van de marges bekendmaakte alvorens het litigieuze besluit tot rekwirante te richten. Dit beginsel verplicht de Commissie er enkel toe om rekwirante in de gelegenheid te stellen haar standpunt kenbaar te maken over de elementen, feitelijk en rechtens, die zij bij de vaststelling van haar besluit in aanmerking zal nemen. Rekwirante toont evenwel niet aan dat de tijdens deze bijeenkomst meegedeelde gegevens waren ontleend aan elementen feitelijk of rechtens waarover zij zich tijdens de aan deze bijeenkomst voorafgaande administratieve procedure niet had kunnen uitspreken.

94 Bijgevolg heeft het Gerecht in punt 209 van het bestreden arrest geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat rekwirante in kennis was gesteld van alle relevante informatie betreffende de berekening van de marges door de Commissie en dat zij in de gelegenheid was gesteld om vóór de vaststelling van het litigieuze besluit haar opmerkingen in te dienen.

95 Gelet op een en ander moet het tweede middel dat rekwirante ter ondersteuning van haar hogere voorziening aanvoert, ongegrond worden verklaard.

Derde middel

Ontvankelijkheid

– Argumenten van partijen

96 De Commissie is van mening dat het derde middel van rekwirante niet-ontvankelijk is voor zover zij daarin stelt dat deze instelling een wezenlijke beoordelingsfout heeft gemaakt door geen gegevens van derden te verzamelen of door geen eigen berekening van de LRAIC te maken met het oog op de toepassing van het criterium van de „even efficiënte exploitant", aangezien dit middel niet voor het Gerecht is aangevoerd.

97 Rekwirante betwist dat dit middel niet-ontvankelijk is. Zij is van mening dat zij de Commissie in haar antwoord voor het Gerecht heeft verweten dat zij de methode, de beginselen en de gegevens voor de berekening van de LRAIC waarop zij zich wilde baseren, niet volledig had uiteengezet.

– Beoordeling door het Hof

98 In herinnering zij gebracht dat het voorwerp van het geschil voor het Gerecht op grond van artikel 170, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof in hogere voorziening niet mag worden gewijzigd. In hogere voorziening is het Hof 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.

99 Een partij kan bijgevolg een middel dat zij voor het Gerecht niet heeft aangevoerd, niet voor het eerst voor het Hof aanvoeren, aangezien zij anders bij het Hof, waarvan de bevoegdheid in hogere voorziening beperkt is, een geschil aanhangig zou mogen maken met een ruimere strekking dan het geschil waarvan het Gerecht kennis heeft genomen (arrest van 11 november 2004, Ramondín e.a./Commissie, C-186/02 P en C-188/02 P, EU:C:2004:702, punt 60).

100 Tevens dient eraan te worden herinnerd dat bij de beoordeling, of een in een prijssqueeze resulterende tariefpraktijk misbruik oplevert, in beginsel in eerste instantie rekening moet worden gehouden met de prijzen en de kosten van de betrokken onderneming op de markt voor retaildiensten. Slechts wanneer het, gelet op de omstandigheden, onmogelijk is zich op die prijzen en kosten te baseren, moeten de prijzen en de kosten van de concurrenten op deze markt worden onderzocht (arrest TeliaSonera, punt 46).

101 Met haar derde middel, waarmee rekwirante aanvoert dat het Gerecht blijk heeft gegeven van onjuiste rechtsopvattingen door haar argument te verwerpen dat de Commissie haar verzoeken om optimaliseringsaanpassingen ten onrechte heeft afgewezen, stelt rekwirante in het bijzonder dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door niet te oordelen dat, aangezien de structuur van rekwirantes LRAIC om objectieve redenen niet precies kon worden vastgesteld, de Commissie de gegevens van haar concurrenten had moeten verzamelen of een eigen coherente databank had moeten aanleggen om een op de LRAIC gebaseerd model te ontwikkelen.

102 Rekwirante toont evenwel niet aan dat zij een dergelijke grief voor het Gerecht had aangevoerd. Met haar betoog voor het Gerecht dat de Commissie de methode, de beginselen en de gegevens voor de berekening van de LRAIC op basis waarvan zij voornemens was na te gaan of er in de onderhavige zaak sprake was van een marge-uitholling, niet volledig had uiteengezet, heeft rekwirante enkel een schending van haar procedurele rechten aangevoerd. Zij heeft niet betoogd dat die kosten daarom niet als grondslag konden dienen. Bovendien heeft rekwirante niet aangevoerd dat het Gerecht in punt 231 van het bestreden arrest haar argumenten onjuist heeft opgevat. In dat punt heeft het Gerecht echter uitdrukkelijk geoordeeld dat rekwirante niet had aangevoerd dat het in casu noodzakelijk was om de prijzen en kosten van haar concurrenten te onderzoeken, aangezien het niet mogelijk was om haar eigen prijzen en kosten als uitgangspunt te gebruiken.

103 Er is dus geen bewijs dat rekwirante voor het Gerecht heeft aangevoerd dat de Commissie zich niet op haar gegevens kon baseren om de relevante kosten vast te stellen, of dat alleen de gegevens van haar concurrenten of volledig geconstrueerde gegevens het mogelijk zouden hebben gemaakt om die kosten vast te stellen.

104 Bijgevolg moet, zoals blijkt uit punt 98 van het onderhavige arrest, de door rekwirante tot staving van haar derde middel aangevoerde grief dat de Commissie een wezenlijke beoordelingsfout heeft gemaakt door geen gegevens van derden te verzamelen of door geen eigen berekening van de LRAIC te maken met het oog op de toepassing van het criterium van de „even efficiënte exploitant”, niet-ontvankelijk worden verklaard.

Ten gronde

– Argumenten van partijen

105 Rekwirante is van mening dat het Gerecht bij de beoordeling of er sprake was van de onrechtmatige praktijk van marge-uitholling, het criterium van de „even efficiënte exploitant” onjuist heeft toegepast door haar optimaliseringsaanpassingen af te wijzen.

106 Volgens rekwirante heeft de Commissie weliswaar haar cijfergegevens betreffende de LRAIC in het kader van de herwaardering en de afschrijving van activa aanvaard, maar was er geen reden om de optimaliseringsaanpassingen af te wijzen, aangezien ook die waren gebaseerd op de kosten die een op de datum van het litigieuze besluit uitgerold netwerk zou genereren. Het betrof volgens haar een kwestie van consistentie of gelijke behandeling.

107 Aangezien de Commissie geen kostenmodel op basis van de LRAIC had opgesteld en rekwirantes LRAIC voor de periode 2005-2010 waren gebaseerd op verhoudingen die waren afgeleid uit de analyse van haar LRAIC met betrekking tot het jaar 2011, waren er volgens rekwirante geen geldige redenen om haar optimaliseringsaanpassingen af te wijzen. Zo kon het Gerecht in punt 233 van het bestreden arrest niet zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting oordelen dat de optimaliseringsaanpassingen ertoe zouden hebben geleid dat werd „afgeweken" van de kosten die rekwirante tijdens de inbreukperiode had gemaakt, en kon het evenmin aangeven dat daarbij rekening moest worden gehouden met een modern netwerk. Evenzo is de overweging in punt 226 van het bestreden arrest dat de kwesties van herwaardering en afschrijving van activa enerzijds en de optimaliseringsaanpassingen anderzijds een „ander doel" hadden, irrelevant – bij gebreke van een door de Commissie vastgesteld model – en onjuist, aangezien beide kwesties betrekking hadden op de berekening van de LRAIC. Bovendien betoogt rekwirante dat de Commissie met betrekking tot de aanpassingen die zijn verricht om ervoor te zorgen dat de kosten van activa en afschrijvingen worden gebaseerd op de beginselen van de op de actuele kosten gebaseerde boekhoudmethode (hierna: „AKB"), het beginsel heeft aanvaard dat rekening moest worden gehouden met een actualisering van de uitrusting- en exploitatiekosten die met het uitrollen van een netwerk gemoeid zouden zijn, op het tijdstip waarop die berekeningen op basis van die kosten werden gemaakt, terwijl zij de optimaliseringsaanpassingen, die nochtans op hetzelfde beginsel waren gebaseerd, heeft afgewezen. Rekwirante betwist ook de stelling in punt 234 van het bestreden arrest dat haar optimaliseringsaanpassingen waren gebaseerd op een „volkomen efficiënte exploitant", aangezien deze volgens haar waren gebaseerd op een even efficiënte exploitant die in 2011 een netwerk uitrolde en op haar LRAIC voor het jaar 2011, die de enige beschikbare waren. De aldus verkregen kosten komen volgens rekwirante overeen met die welke zij zou vermijden indien zij de betrokken breedbanddiensten niet zou aanbieden.

108 De Commissie is van mening dat het Gerecht in de punten 233 tot en met 235 van het bestreden arrest geen blijk heeft gegeven van onjuiste rechtsopvattingen, aangezien rekwirantes standpunt geen rekening houdt met de aard en de gevolgen van elk type aanpassingen, noch met de redenen waarom de Commissie deze heeft aanvaard of afgewezen.

– *Beoordeling door het Hof*

109 Er zij aan herinnerd dat de toepassing door een onderneming met een machtspositie van een tariefpraktijk die resulteert in het uithollen van de marges van concurrenten die even efficiënt zijn als zijzelf, misbruik in de zin van artikel 102 VWEU oplevert wanneer zij die concurrenten mogelijk uitsluit door het hun moeilijker of zelfs onmogelijk te maken om de betrokken markt te betreden (zie in die zin arrest TeliaSonera, punten 63-65 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

110 Voorts dient voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het door een onderneming met een machtspositie gevoerde prijsbeleid in beginsel een beroep te worden gedaan op prijscriteria die gebaseerd zijn op de kosten en de strategie van de onderneming met de machtspositie. In het bijzonder kan in geval van een bij haar concurrenten in een prijssqueeze resulterende tariefpraktijk aan de hand van dergelijke toetsingscriteria worden nagegaan of de onderneming

met de machtspositie zelf voldoende efficiënt zou zijn geweest om haar retaildiensten zonder verlies aan te bieden aan de eindgebruikers indien zij vooraf haar eigen groothandelsprijzen voor de intermediaire diensten had moeten betalen (zie in die zin arresten van 14 oktober 2010, Deutsche Telekom/Commissie, C-280/08 P, EU:C:2010:603, punt 201, en TeliaSonera, punten 41 en 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

111 In casu blijkt uit de punten 186, 187 en 217 van het bestreden arrest dat de Commissie bij de beoordeling van de kosten van een minstens even efficiënte concurrent als rekwirante die via zijn eigen netwerk breedbandinternetdiensten aanbiedt, rekening heeft gehouden met de kosten van de activa waaruit dit netwerk is opgebouwd. Zoals blijkt uit punt 70 van het onderhavige arrest, heeft rekwirante de Commissie bij de indiening van deze kosten namelijk verzocht om de activa te herwaarderen en tevens rekening te houden met de inefficiënties van haar netwerk door middel van optimaliseringsaanpassingen. De Commissie heeft ermee ingestemd om onder meer de herwaardering van de activa van rekwirante te betrekken bij haar analyse van de marge-uitholling en om, ten aanzien van de specifieke vaste kosten, de bijbehorende en gemeenschappelijke kosten niet mee te tellen. Zij heeft daarentegen de optimaliseringsaanpassingen afgewezen.

112 In de punten 222 tot en met 239 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat de Commissie terecht had geweigerd om rekening te houden met de optimaliseringsaanpassingen. Ter rechtvaardiging van dat oordeel heeft het Gerecht in punt 225 van het bestreden arrest met name vastgesteld dat die optimaliseringsaanpassingen erin bestonden om de activa aan te passen aan het geschatte niveau van de activa van een efficiënte exploitant die een optimaal netwerk zou uitrollen dat geschikt is om te voldoen aan een toekomstige vraag die gebaseerd is op de informatie van „nu” en op voorspellingen van de vraag. Het Gerecht heeft derhalve geoordeeld dat de optimaliseringsaanpassingen waren gebaseerd op een projectie en op een model van een optimaal netwerk en niet op een raming die de marginale kosten van de bestaande activa van rekwirante weerspiegelde.

113 Daaruit heeft het Gerecht in punt 226 van het bestreden arrest afgeleid dat de optimaliseringsaanpassingen in het algemeen en de vervanging van de bestaande activa door hun modernere equivalenten in het bijzonder een ander doel hadden dan de door rekwirante voorgestelde herwaardering van de activa. Bovendien heeft het Gerecht geoordeeld dat het feit dat de Commissie rekening had gehouden met de door rekwirante voorgestelde herwaardering van de bestaande activa, wegens het ontbreken van andere, meer betrouwbare gegevens over de LRAIC niet noodzakelijkerwijs impliceerde dat de Commissie daarmee had ingestemd met de optimaliseringsaanpassingen. De Commissie had dus terecht de vervanging van de bestaande activa door hun modernere equivalenten anders behandeld dan de door rekwirante voorgestelde herwaardering van de activa.

114 Voorts heeft het Gerecht in de punten 227 tot en met 235 van het bestreden arrest de conclusie van de Commissie bevestigd dat de optimaliseringsaanpassingen zouden leiden tot de berekening van de LRAIC niet op basis van rekwirantes activa, maar op basis van die van een hypothetische concurrent. In het bijzonder heeft het Gerecht in punt 232 van het bestreden arrest ten eerste geoordeeld dat de vervanging van de bestaande activa door modernere equivalenten ertoe strekte om de kosten van de activa aan te passen door van de waarde van de „vlottende” activa uit te gaan, zonder dat echter de afschrijvingen dienovereenkomstig werden aangepast, en ten tweede dat de inaanmerkingneming van de overtollige capaciteit van de netwerken op basis van de „daadwerkelijk” gebruikte capaciteit tot gevolg zou hebben gehad dat de activa van rekwirante die niet voor productiedoeleinden werden gebruikt, buiten beschouwing bleven. Het Gerecht

heeft hieruit in punt 233 van het bestreden arrest afgeleid dat de Commissie op goede gronden kon concluderen dat de inaanmerkingneming van de optimaliseringsaanpassingen ertoe zouden hebben geleid dat werd afgeweken van de kosten die rekwirante tussen 12 augustus 2005 en 31 december 2010 had gedragen. Ten slotte heeft het Gerecht in punt 234 van het bestreden arrest geoordeeld dat de Commissie niet het beginsel had geschonden dat het onderzoek van een marge-uitholling moest worden gebaseerd op het criterium van de „even efficiënte exploitant", door in wezen te overwegen dat het onvermijdelijk was dat een bepaalde capaciteit bij tijd en wijle onbenut bleef. Indien de Commissie de optimaliseringsaanpassingen in verband met de overtollige capaciteit had aanvaard, zouden de berekeningen van de LRAIC van rekwirante de kosten hebben weerspiegeld van een optimaal netwerk dat aansloot bij de vraag en niet te lijden had onder de inefficiënties van het netwerk van deze exploitant.

115 Rekwirante betoogt dat het Gerecht het criterium van de „even efficiënte exploitant" onjuist heeft toegepast en het beginsel van gelijke behandeling heeft geschonden door te oordelen dat de Commissie de optimaliseringsaanpassingen terecht heeft afgewezen. Tot staving van dit argument voert rekwirante in wezen aan dat deze aanpassingen enkel betrekking hadden op de bestaande LRAIC-gegevens, namelijk haar gegevens voor het jaar 2011, die als indicatie voor de periode 2005-2011 werden gebruikt. Voorts betoogt zij dat deze aanpassingen waren bedoeld om de huidige uitrustings- en exploitatiekosten weer te geven die een op de datum van het litigieuze besluit („nu") uitgerold netwerk zou meebrengen, op dezelfde wijze als de aanpassingen van de AKB die de Commissie had aanvaard als elementen die in aanmerking dienden te worden genomen.

116 Het feit dat de LRAIC die de Commissie voor de periode 2005-2010 in aanmerking heeft genomen, waren geraamd op basis van rekwirantes gegevens uit 2011 en dat de optimaliseringsaanpassingen tot doel hadden de uitrustings- en exploitatiekosten te actualiseren met betrekking tot een netwerk dat was uitgerold op de datum van het litigieuze besluit, volstaat echter niet om aan te tonen dat de beoordeling van het Gerecht in de punten 225 en 232 van het bestreden arrest, dat met deze aanpassingen werd beoogd de kosten van bestaande activa te evalueren door deze te vervangen door modernere equivalenten, zodat zij niet langer de kosten van een even efficiënte concurrent als rekwirante zouden weergeven, rechtens onjuist is. Bijgevolg heeft het Gerecht geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de punten 226 en 233 van het bestreden arrest te oordelen dat de inaanmerkingneming van de optimaliseringsaanpassingen een ander doel had dan de herwaardering van de activa en ertoe zou hebben geleid dat werd afgeweken van de door rekwirante tussen 12 augustus 2005 en 31 december 2010 gemaakte kosten.

117 Evenzo volstaat het feit dat de enige gegevens die de Commissie in aanmerking heeft genomen voor de berekening van de LRAIC, de gegevens van rekwirante met betrekking tot het jaar 2011 waren en dat de optimaliseringsaanpassingen tot doel hadden de uitrustings- en exploitatiekosten te actualiseren met betrekking tot een op de datum van het litigieuze besluit uitgerold netwerk, niet als bewijs dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting of de feiten juridisch onjuist heeft gekwalificeerd vanwege de toepassing van het criterium van de „even efficiënte exploitant" op de omstandigheden van het geval, door in punt 234 van het bestreden arrest te oordelen dat de inaanmerkingneming van de optimaliseringsaanpassingen in verband met de overtollige capaciteit de kosten zou hebben weerspiegeld van een optimaal netwerk dat aansloot bij de vraag en dat niet te lijden had onder de inefficiënties van rekwirantes netwerk.

118 Aangezien niet is aangetoond dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te bevestigen dat de Commissie op goede gronden de door rekwirante voorgestelde optimaliseringsaanpassingen heeft uitgesloten op basis van het criterium van de „even efficiënte exploitant", is het feit dat deze aanpassingen zijn verricht op basis van dezelfde gegevens als die welke het voorwerp waren van andere door de Commissie in aanmerking genomen aanpassingen, zoals de door rekwirante verrichte AKB-aanpassingen, irrelevant. De inaanmerkingneming van de kosten en de aanpassingen ervan bij het onderzoek van een tariefpraktijk die leidt tot een uitholling van de marges van de concurrenten van de onderneming met een machtspositie, moet niet worden beoordeeld in het licht van het feit dat de Commissie reeds andere aanpassingen van deze kosten heeft aanvaard, maar aan de hand van het criterium van een concurrent die minstens even efficiënt is als de onderneming met een machtspositie.

119 Hoe dan ook kan een onjuiste toepassing van dit criterium als gevolg van het in aanmerking nemen van bepaalde kostenaanpassingen op zichzelf niet rechtvaardigen dat uit naam van het beginsel van gelijke behandeling ook andere aanpassingen in aanmerking worden genomen. Het beginsel van gelijke behandeling moet namelijk worden afgewogen tegen het legaliteitsbeginsel, volgens hetwelk niemand zich ten eigen voordele kan beroepen op een onwettigheid waarvan anderen hebben kunnen profiteren (zie in die zin arrest van 13 september 2017, Pappalardo e.a./Commissie, C-350/16 P, EU:C:2017:672, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

120 Bijgevolg heeft het Gerecht geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en de feiten niet juridisch onjuist gekwalificeerd door te bevestigen dat de Commissie op goede gronden heeft geweigerd om de optimaliseringsaanpassingen in aanmerking te nemen.

121 Het derde middel van de hogere voorziening moet dan ook gedeeltelijk niet-ontvankelijk en gedeeltelijk ongegrond worden verklaard.

Verzoek dat een eventueel gunstige uitspraak wordt uitgebreid tot rekwirante

122 Rekwirante verzoekt dat een mogelijke toewijzing van het door DT ter ondersteuning van haar hogere voorziening in zaak C-152/19 P tegen het arrest van het Gerecht van 13 december 2018, Deutsche Telekom/Commissie (T-827/14, EU:T:2018:930), aangevoerde middel waarmee DT dat arrest bekritiseert voor zover daarin is geoordeeld dat de Commissie terecht had geoordeeld dat rekwirante en zijzelf deel uitmaakten van één onderneming en dat zij beide verantwoordelijk waren voor de in het litigieuze besluit vastgestelde inbreuk, wordt uitgebreid tot rekwirante. Tot staving van dit verzoek voert rekwirante aan dat dit middel hetzelfde voorwerp heeft als haar vierde voor het Gerecht aangevoerde middel.

123 De Commissie is van mening dat een dergelijk verzoek moet worden verworpen, aangezien het geen middel in hogere voorziening is, de aansprakelijkheid van rekwirante niet voortvloeit uit het gedrag van DT en de hogere voorziening van DT in zaak C-152/19 P hoe dan ook moet worden afgewezen.

124 Dienaangaande kan worden volstaan met vast te stellen dat het Hof in het arrest van vandaag, Deutsche Telekom/Commissie (C-152/19 P), de hogere voorziening van DT in die zaak heeft afgewezen, zodat het verzoek van rekwirante zonder voorwerp is geraakt en dus niet ter zake dienend is.

125 Derhalve dient de hogere voorziening in haar geheel te worden afgewezen.

Kosten

126 Volgens artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering beslist het Hof over de kosten wanneer de hogere voorziening ongegrond is.

127 Volgens artikel 138, lid 1, van dit Reglement, dat ingevolge artikel 184, lid 1, daarvan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd.

128 Aangezien rekwirante in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie te worden verwezen in haar eigen kosten en in die van de Commissie.

Het Hof (Derde kamer) verklaart:

1) De hogere voorziening wordt afgewezen.

2) Slovak Telekom a.s. draagt haar eigen kosten en die van de Europese Commissie.

ondertekeningen