



Jurisprudentie

ARREST VAN HET GERECHT (Negende kamer – uitgebreid)

13 december 2018*

„Mededinging – Misbruik van machtspositie – Slowaakse markt voor breedbandtelecommunicatiediensten – Toegang van derde ondernemingen tot het aansluitnetwerk van de gevestigde exploitant op deze markt – Besluit waarbij een inbreuk op artikel 102 VWEU en artikel 54 EER wordt vastgesteld – Eén enkele voortdurende inbreuk – Begrip misbruik – Weigering van toegang – Uitholling van marges – Berekening van de marge-utholling – Criterium van de even efficiënte concurrent – Rechten van de verdediging – Toerekening aan de moedermaatschappij van de door de dochteronderneming gepleegde inbreuk – Beslissende invloed van de moedermaatschappij op het handelsbeleid van de dochteronderneming – Daadwerkelijke uitoefening – Bewijslast – Berekening van het bedrag van de geldboete – Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten van 2006”

In zaak T-851/14,

Slovak Telekom, a.s., gevestigd te Bratislava (Slowakije), vertegenwoordigd door D. Geradin, advocaat, en R. O'Donoghue, barrister,

verzoekster,

tegen

Europese Commissie, aanvankelijk vertegenwoordigd door M. Farley, L. Malferrari en G. Koleva, vervolgens door M. Farley, M. Kellerbauer, L. Malferrari en C. Vollrath als gemachtigden,

verweerster,

ondersteund door

Slovanet, a.s., gevestigd te Bratislava (Slowakije), vertegenwoordigd door P. Tisaj, advocaat,

interveniente,

betreffende een verzoek krachtens artikel 263 VWEU strekkend, primair, 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, voor zover dit verzoekster betreft, en, subsidiair, tot verlaging van het bedrag van de aan verzoekster opgelegde geldboete,

wijst

* Procestaal: Engels.

HET GERECHT (Negende kamer – uitgebreid),

samengesteld als volgt: M. van der Woude, waarnemend voor de president, S. Gervasoni, L. Madise, R. da Silva Passos (rapporteur) en K. Kowalik-Bańczyk, rechters,

griffier: N. Schall, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 26 april 2018,

het navolgende

Arrest¹

I. Voorgeschiedenis van het geding

- 1 Verzoekster, Slovak Telekom, a.s., is de gevestigde telecomexploitant in Slowakije. Deutsche Telekom AG, de gevestigde telecomexploitant in Duitsland, die tevens de moedermaatschappij is van het concern Deutsche Telekom, had sedert 4 augustus 2000 en gedurende de hele voor de onderhavige zaak relevante periode een deelneming van 51 % in het kapitaal van verzoekster. De overige aandelen van verzoekster waren in handen van het ministerie van Economische Zaken van de Slowaakse Republiek (34 %) en het Nationaal eigendomsfonds van de Slowaakse Republiek (15 %) (hierna tezamen: „Slowaakse Staat”).
- 2 Op 15 oktober 2014 heeft de Europese Commissie besluit C(2014) 7465 final inzake een procedure op grond van artikel 102 VWEU en artikel 54 van de EER-overeenkomst (zaak AT.39523 – Slovak Telekom) vastgesteld, zoals gerectificeerd bij haar achtereenvolgende besluiten C(2014) 10119 final van 16 december 2014 en C(2015) 2484 final van 17 april 2015, welk besluit zowel tot verzoekster als tot Deutsche Telekom was gericht (hierna: „bestreden besluit”). Deutsche Telekom heeft op 24 december 2014 beroep tegen het bestreden besluit ingesteld. Ook haar beroep strekt tot nietigverklaring van dit besluit (zaak T-827/14).

A. Technologische context, feitencomplex en toepasselijke bepalingen met betrekking tot het bestreden besluit

- 3 Verzoekster, die de indirecte opvolgster is van het in 1992 opgeheven staatsbedrijf voor posten en telecommunicatie, is de grootste telecomexploitant en leverancier van breedbandtoegang in Slowakije. Aan het wettelijke monopolie dat zij op de Slowaakse telecommarkt genoot, kwam in 2000 een eind. Verzoekster biedt een volledig gamma aan data- en spraakdiensten aan. Zij bezit en exploiteert vaste koper- en glasvezelnetten, alsook een mobiel telecomnetwerk. Het kopernetwerk en het mobiele netwerk beslaan bijna het volledige Slowaakse grondgebied.
- 4 Het bestreden besluit heeft betrekking op mededingingsversturende praktijken op de Slowaakse markt voor breedbandinternetdiensten. Het richt zich in wezen tegen de voorwaarden die verzoekster tussen 2005 en 2010 heeft gehanteerd voor de ontbundelde toegang van andere exploitanten tot het koperen aansluitnetwerk in Slowakije.
- 5 Onder „aansluitnetwerk” worden de metalen aderpennen in het vaste openbare telefoonnetwerk verstaan (ook wel „lijn” genoemd) die het netwerkaansluitpunt in de ruimten van de klant verbinden met de hoofdverdelers of een gelijkwaardige voorziening.

¹ Enkel de punten van dit arrest waarvan het Gerecht publicatie nuttig acht, worden weergegeven.

- 6 De ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk stelt nieuwkomers – doorgaans aangeduid als „alternatieve exploitanten” om hen te onderscheiden van de gevestigde exploitanten van telecomnetwerken – in staat om gebruik te maken van de reeds bestaande telecommunicatie-infrastructuur die eigendom is van deze gevestigde exploitanten, teneinde verschillende diensten aan de eindafnemers aan te bieden, waarbij zij concurreren met de gevestigde exploitanten. Een van de verschillende telecommunicatiediensten die via het aansluitnetwerk kunnen worden aangeboden aan de eindafnemers is de breedband datatransmissie voor een vaste internetaansluiting en voor multimedietoepassingen op basis van de technologie van een numerieke abonnementslijn (Digital Subscriber Line ofwel DSL).
- 7 De ontbundeling van het aansluitnetwerk is op het niveau van de Europese Unie geregeld door onder meer 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) en richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (PB 2002, L 108, blz. 33). Verordening nr. 2887/2000 verlangde van de exploitanten „met een aanmerkelijke macht op de markt” dat zij toegang verlenen tot de aansluitnetwerken met een ontbundelde toegang (unbundled local loop ofwel ULL) en dat zij een referentieaanbod voor ontbundelde toegang publiceren. Deze bepalingen zijn in Slowakije ten uitvoer gelegd bij de Zákon z 3. decembra 2003 č. 610/2003 Z.z. o elektronických komunikáciach, v znení neskorších predpisov (wet nr. 610/2003 van 3 december 2003 betreffende elektronische communicatie), zoals gewijzigd, die, behoudens een aantal uitzonderingen, op 1 januari 2004 in werking is getreden.
- 8 Dit regelgevend kader schreef in wezen voor dat de exploitant die door de nationale regelgevende instantie was aangewezen als de exploitant die over een aanmerkelijke macht op de markt beschikte (in het algemeen de gevestigde exploitant), aan alternatieve exploitanten ontbundelde toegang tot zijn aansluitnetwerk en bijbehorende faciliteiten diende te verlenen onder transparante, billijke en niet-discriminerende voorwaarden, en steeds over een referentieaanbod voor die ontbundelde toegang diende te beschikken. De nationale regelgevende instantie moest ervoor zorgen dat de op basis van de kosten vastgestelde tarieven voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk een eerlijke en duurzame concurrentie bevorderde. Daartoe kon de nationale regelgevende instantie onder meer wijzigingen van het referentieaanbod opleggen.
- 9 Na de markt te hebben geanalyseerd, heeft de Slowaakse nationale regelgevende instantie op het gebied van telecommunicatie (hierna: „TUSR”) op 8 maart 2005 het primaire besluit nr. 205/14/2005 vastgesteld, waarin zij verzoekster heeft aangewezen als de exploitant die over een aanmerkelijke macht beschikt op de wholesalemarkt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk in de zin van verordening nr. 2887/2000. TUSR heeft derhalve verschillende verplichtingen aan verzoekster opgelegd, waaronder de verplichting om haar binnen 60 dagen een referentieaanbod voor te leggen. Dit besluit, dat door verzoekster is betwist, is vervolgens op 14 juni 2005 bevestigd door de voorzitter van TUSR. Op grond van dit bevestigende besluit was verzoekster gehouden om alle redelijke en gerechtvaardigde verzoeken om 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 „retailmarkt (massamarkt) voor breedbanddiensten” vanaf een vaste locatie in Slowakije. Op grond van het besluit van 14 juni 2005 was verzoekster voorts verplicht om alle voorgenomen wijzigingen van het referentieaanbod voor ontbundeling ten minste 45 dagen tevoren te publiceren en aan TUSR voor te leggen.
- 10 Verzoekster heeft haar referentieaanbod voor ontbundeling op 12 augustus 2005 gepubliceerd (hierna: „referentieaanbod”). In dit aanbod, dat in de periode vanaf deze datum tot einde 2010 negen maal is gewijzigd, worden de contractuele en technische voorwaarden voor toegang tot het aansluitnetwerk van verzoekster gedefinieerd. Op de wholesalemarkt biedt verzoekster toegang tot de aansluitnetwerken waarvan de toegang is ontbundeld in of naast een hoofdverdelers waar de om toegang verzoekende alternatieve exploitant zijn eigen centrale netwerk heeft uitgerold.

- 11 Volgens het bestreden besluit dekte het lokale net van verzoekster dat na ontbundeling van de betrokken lijnen door deze exploitant gebruikt kon worden om breedbanddiensten aan te bieden, 75,7 % van alle Slowaakse huishoudens in de periode 2005-2010. Deze dekking strekte zich uit tot alle aansluitnetten in het metalen toegangsnetwerk van verzoekster waarmee breedbandsignalen konden worden uitgezonden. Gedurende deze periode is de toegang tot de aansluitnetten van verzoekster echter slechts enkele malen ontbundeld sinds 18 december 2009, en is hiervan slechts gebruikgemaakt door één alternatieve exploitant, namelijk om retailbreedbanddiensten aan ondernemingen te leveren.

B. Procedure bij de Commissie

- 12 De Commissie heeft ambtshalve een onderzoek geopend naar onder meer de voorwaarden voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van verzoekster. Naar aanleiding van verzoeken om inlichtingen die zij op 13 juni 2008 aan de alternatieve exploitanten had gericht, en een onaangekondigde inspectie in de kantoren van verzoekster tussen 13 en 15 januari 2009 heeft de Commissie op 8 april 2009 besloten een procedure tegen deze exploitant in te leiden in de zin van artikel 2 van haar verordening (EG) nr. 773/2004 van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen [101 VWEU] en [102 VWEU] (PB 2004, L 123, blz. 18).
- 13 Het onderzoek is voortgezet met een aantal verzoeken om aanvullende inlichtingen aan de alternatieve exploitanten en TUSR en met een aangekondigde inspectie in de kantoren van verzoekster op 13 en 14 juli 2009.
- 14 Verzoekster heeft in verschillende discussienota's die zij tussen 11 augustus 2009 en 31 augustus 2010 bij de Commissie heeft ingediend, aangegeven dat er volgens haar geen enkele grond was om aan te nemen dat zij in casu inbreuk had gemaakt op artikel 102 VWEU.
- 15 Verzoekster heeft in het kader van het onderzoek geweigerd om inlichtingen te verstrekken over de periode vóór 1 mei 2004, de datum van toetreding van de Slowaakse Republiek tot de Europese Unie. Zij heeft een beroep tot nietigverklaring ingesteld tegen besluit C(2009) 6840 van de Commissie van 3 september 2009 inzake een procedure op grond van de artikelen 18, lid 3, en 24, 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 VWEU en 102 VWEU] (PB 2003, L 1, blz. 1), en tegen besluit C(2010) 902 van de Commissie van 8 februari 2010 inzake een procedure op grond van de artikelen 18, lid 3, en 24, lid 1, van verordening (EG) nr. 1/2003. In zijn arrest van 22 maart 2012, Slovak Telekom/Commissie (gevoegde zaken T-458/09 en T-171/10, EU:T:2012:145), heeft het Gerecht de tegen deze besluiten ingestelde beroepen verworpen.
- 16 Op 13 december 2010 heeft de Commissie naar aanleiding van verzoeken om inlichtingen die zij aan Deutsche Telekom had gericht, besloten om jegens deze onderneming een procedure in de zin van artikel 2 van verordening nr. 773/2004 in te leiden.
- 17 Op 7 mei 2012 heeft de Commissie de punten van bezwaar aan verzoekster meegedeeld. Deze mededeling van punten van bezwaar is de volgende dag aan Deutsche Telekom toegezonden. In deze mededeling van punten van bezwaar kwam de Commissie tot de voorlopige conclusie dat verzoekster mogelijk inbreuk had gemaakt op artikel 102 VWEU doordat haar praktijk leidde tot een marge-utholling met betrekking tot de ontbundelde toegang van haar concurrenten tot haar lokale net en de nationale en regionale breedbandtoegang op wholesaleniveau en doordat zij weigerde om de alternatieve exploitanten toegang te verlenen tot bepaalde wholesaleproducten. Zij kwam tevens tot de voorlopige conclusie dat Deutsche Telekom mogelijk aansprakelijk was voor dit inbreukmakende gedrag in haar hoedanigheid van moedermaatschappij van verzoekster tijdens de inbreukperiode.

- 18 Nadat zij toegang hadden gekregen tot het onderzoeksdossier, hebben verzoekster en Deutsche Telekom elk geantwoord op de mededeling van punten van bezwaar van 5 september 2012. Vervolgens heeft een hoorzitting plaatsgevonden op 6 en 7 november van datzelfde jaar.
- 19 Op 21 juni 2013 heeft verzoekster de Commissie een voorstel van toezeggingen voorgelegd, teneinde tegemoet te komen aan de bezwaren die deze instelling vanuit het oogpunt van het mededingingsrecht had. Zij verzocht de Commissie een besluit tot verbindendverklaring van toezeggingen in de zin van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 te nemen in plaats van een verbodsbesluit. De Commissie achtte deze toezeggingen echter niet voldoende en heeft derhalve besloten de procedure voort te zetten.
- 20 Op 6 december 2013 respectievelijk 10 januari 2014 heeft de Commissie aan verzoekster en Deutsche Telekom een brief met een uiteenzetting van de feiten (letter of facts) gezonden, zodat zij opmerkingen konden maken over de aanvullende bewijsstukken die na de toezending van de mededeling van punten van bezwaar waren vergaard. De Commissie heeft aangegeven dat deze bewijsstukken, waartoe verzoekster en Deutsche Telekom toegang hebben gehad, zouden kunnen worden gebruikt in het kader van een eventueel eindbesluit.
- 21 Verzoekster en Deutsche Telekom hebben respectievelijk op 21 februari en 6 maart 2014 gereageerd op de letter of facts.
- 22 Tijdens bijeenkomsten die op 16 september 2014 zijn gehouden met verzoekster en op 29 september 2014 met Deutsche Telekom, heeft de Commissie hen geïnformeerd over het besluit dat zij voornemens was op grond van artikel 7 van verordening nr. 1/2003 te nemen.

C. Bestreden besluit

- 23 In het bestreden besluit heeft de Commissie geoordeeld dat de onderneming die door verzoekster en Deutsche Telekom tezamen wordt gevormd, gedurende de periode van 12 augustus 2005 tot en met 31 december 2010 (hierna: „betrokken periode”) één enkele voortdurende inbreuk op artikel 102 VWEU en artikel 54 van de EER-overeenkomst heeft gepleegd met betrekking tot breedbanddiensten in Slowakije.

1. Afbakening van de relevante markten en machtspositie van verzoekster op deze markten

- 24 In het bestreden besluit onderscheidt de Commissie twee relevante productmarkten, te weten:
- de retailmarkt (massamarkt) voor breedbanddiensten die worden aangeboden vanaf een vaste locatie;
 - de wholesalemarkt voor ontbundelde toegang tot de aansluitnetten (ULL-toegang).
- 25 De betrokken geografische markt beslaat volgens het bestreden besluit het volledige grondgebied van Slowakije.
- 26 De Commissie constateert dat verzoekster gedurende de betrokken periode een monopoliepositie heeft bekleed op de wholesalemarkt voor ontbundelde toegang tot de aansluitnetten en dat er geen directe druk was in de vorm van een daadwerkelijke of potentiële mededinging, noch een compenserende afnemersmacht die de macht van deze onderneming op de markt beperkte. Verzoekster genoot derhalve gedurende de betrokken periode een machtspositie op deze markt. De Commissie constateert eveneens dat verzoekster gedurende deze periode een machtspositie genoot op de retailmarkt (massamarkt) voor breedbanddiensten die worden aangeboden vanaf een vaste locatie.

2. Gedrag van verzoekster

a) Weigering om ontbundelde toegang tot de aansluitnetten van verzoekster te verlenen

- 27 De Commissie merkt in een eerste deel van haar analyse, getiteld „Toegangsweigering”, op dat hoewel verschillende alternatieve exploitanten er een groot belang bij hadden om toegang tot de aansluitnetten van verzoekster te verkrijgen om zodoende met haar te kunnen concurreren op de retailmarkt voor breedbanddiensten, laatstgenoemde exploitant in haar referentieaanbod onbillijke voorwaarden heeft vastgesteld om aldus te bewerkstelligen dat die toegang onaanvaardbaar zou worden. Hierdoor heeft verzoekster de toetreding tot deze retailmarkt voor breedbanddiensten vertraagd, bemoeilijkt of verhinderd.
- 28 De Commissie onderstreept in dit verband allereerst dat de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk vooronderstelt dat de alternatieve exploitant vooraf toereikende en adequate informatie over het netwerk ontvangt van de gevestigde exploitant. Deze informatie moet de betrokken alternatieve exploitant in staat stellen zijn commerciële mogelijkheden te beoordelen en adequate economische modellen uit te werken voor zijn toekomstige, op de ontbundeling van de toegang tot het aansluitnetwerk gebaseerde retaildiensten. In casu voldeed het referentieaanbod niet aan deze informatieplicht ten opzichte van de alternatieve exploitanten.
- 29 Zo bevatte dit referentieaanbod, in weerwil van de eisen die daaraan krachtens de relevante regelgeving werden gesteld (zie punten 7 en 8 hierboven), geen basisinformatie over de plaatsen van de fysieke aansluitpunten en de beschikbaarheid van aansluitnetten op bepaalde delen van het toegangsnet. De alternatieve exploitanten hadden enkel op verzoek en tegen betaling van een vergoeding, binnen vijf dagen na het van kracht worden van een met verzoekster gesloten vertrouwelijkheidsbeding en uitsluitend nadat een bankgarantie was gesteld, toegang tot deze informatie. Volgens de Commissie hebben deze eisen de verstrekking van de relevante informatie aan de alternatieve exploitanten onnodig vertraagd en ingewikkeld gemaakt, hetgeen deze exploitanten heeft ontmoedigd om toegang tot de aansluitnetten van verzoekster te vragen.
- 30 Zelfs indien er op verzoek toegang werd verstrekt, was de door verzoekster verstrekte informatie volgens de Commissie onvoldoende. Zo heeft verzoekster geen enkele informatie verstrekt over de beschikbaarheid van haar aansluitnetten, terwijl deze informatie van cruciaal belang was voor de alternatieve exploitanten om tijdig hun economische modellen te kunnen uitwerken en het commerciële potentieel van de ontbundeling te kunnen beoordelen. Volgens de Commissie had verzoekster niet alleen een lijst van hoofdverdelers en gelijkwaardige voorzieningen moeten verstrekken, maar ook een omschrijving van de geografische dekking daarvan, alsook informatie over de reeksen telefoonnummers die door deze centrales werden bediend, het actuele gebruik van de kabelinfrastructuur (in percentages uitgedrukt) voor DSL-technologie, de mate waarin gebruik wordt gemaakt van pulse-code-modulation-apparatuur (PCM) in relatie tot de met de verschillende hoofdverdelers verbonden kabels), de namen of functies van de verdelers en de wijze waarop deze worden gebruikt in de technische en methodologische voorschriften van verzoekster, of de maximale lengte van homogene aansluitnetten. Overigens was verzoekster zich zeer wel bewust van de problemen waarmee de alternatieve exploitanten werden geconfronteerd als gevolg van voornoemde voorwaarden waaronder de informatie toegankelijk was en de beperkte omvang van deze informatie. De Commissie wijst er voorts op dat, hoewel verzoekster pas in mei 2009 een model heeft gepubliceerd voor de door alternatieve exploitanten in te dienen verzoeken tot ontbundeling, het referentieaanbod voor ontbundeling van meet af aan voorzag in financiële sancties ingeval een verzoek om toegang onvolledig werd geacht.
- 31 In de tweede plaats heeft verzoekster volgens het bestreden besluit op ongerechtvaardigde wijze de omvang van haar verplichting met betrekking tot de ontbundelde toegang tot haar aansluitnetten beperkt.

- 32 Zo heeft verzoekster ten eerste „passieve” lijnen, dat wil zeggen lijnen die fysiek weliswaar bestaan maar die niet in gebruik zijn, ten onrechte van deze verplichting uitgesloten. Hierdoor heeft verzoekster een aanzienlijke hoeveelheid potentiële klanten die nog niet haar breedbanddiensten afnamen ofschoon zij wel door haar netwerk werden bediend, aan zichzelf voorbehouden, ofschoon de relevante regelgeving niet in een beperking van de ontbundelingsplicht tot actieve lijnen voorzag en deze markt een grote groei kende. De door verzoekster toegepaste beperking werd volgens de Commissie niet gerechtvaardigd door enige objectieve technische redenen.
- 33 Ten tweede heeft verzoekster op ongerechtvaardigde wijze de door haar als „conflicterende diensten” aangemerkte diensten, dat wil zeggen diensten die zij zou kunnen aanbieden en die konden conflicteren met de toegang van een alternatieve exploitant tot het aansluitnetwerk, uitgesloten van haar ontbundelingsplicht. Afgezien van de vaagheid van het begrip conflicterende diensten, gaat het hier om een eenzijdig door verzoekster opgestelde, open lijst van diensten, die derhalve onzekerheid schept voor de alternatieve exploitanten. Door deze beperking is aan de alternatieve exploitanten een groot aantal potentiële klanten ontzegd, die aan verzoekster zijn voorbehouden en daarmee aan de retailmarkt zijn onttrokken.
- 34 In de derde plaats wijst de Commissie op het ongerechtvaardigde karakter van het door verzoekster in het referentieaanbod opgenomen voorschrift dat slechts 25 % van de aansluitnetten in een kabel met verschillende paren kan worden gebruikt voor de verlening van breedbanddiensten, teneinde parasitering en storingen te voorkomen. Dit voorschrift is niet gerechtvaardigd, want het is algemeen en abstract van aard en houdt dus geen rekening met de kenmerken van de kabels en de concrete combinatie van transmissietechnieken. De Commissie wijst er in dit verband op dat uit de praktijk in andere lidstaten blijkt dat er alternatieven voor dergelijke abstracte en upstream-toegangsbeperkingen bestaan, zoals het beginsel van een kabelgebruik van 100 % waarbij concrete problemen die uit interferenties van het spectrum voortvloeien, achteraf worden opgelost. Tot slot heeft verzoekster ten aanzien van zichzelf een regel van maximaal 63 % kabelgebruik gehanteerd, hetgeen minder streng is dan wat zij de alternatieve exploitanten heeft voorgeschreven.
- 35 In de derde plaats heeft verzoekster volgens de Commissie in het referentieaanbod verschillende onbillijke voorwaarden met betrekking tot de ontbundelde toegang tot haar aansluitnetten vastgesteld.
- 36 In dit verband zij ten eerste opgemerkt dat verzoekster volgens het bestreden besluit onbillijke voorwaarden inzake collocatie heeft opgenomen in het referentieaanbod, waar collocatie wordt omschreven als „het beschikbaar stellen van een ruimte en de technische voorzieningen die nodig zijn voor de adequate plaatsing van de telecommunicatieapparatuur van de gemachtigde leverancier, zodat deze laatste diensten aan zijn eindafnemers kan leveren via toegang tot het aansluitnetwerk”. De belemmeringen die daarmee voor de alternatieve exploitanten werden gecreëerd, vloeiden met name voort uit de volgende elementen: (i) de voorwaarden voorzagen in een voorafgaand onderzoek van de collocatiemogelijkheden dat objectief gezien niet noodzakelijk was; (ii) de alternatieve exploitanten konden enkel bezwaar maken tegen de door verzoekster bepaalde vorm van collocatie door extra kosten te betalen; (iii) bij verstrijken van de reserveringstermijn nadat de alternatieve exploitant in kennis was gesteld van de uitkomst van het voorafgaand onderzoek of van het uitvoerige onderzoek, zonder dat overeenstemming was bereikt over de collocatie, moest de procedure van voorafgaand onderzoek of uitvoerig onderzoek volledig worden overgedaan; (iv) verzoekster was aan geen enkele termijn gebonden indien uit de onderhandelingen voortvloeide dat aanvullende uitvoerige onderzoeken vereist waren, en had het recht een voorstel voor een collocatieovereenkomst zonder motivering en zonder dat dit rechtsgevolgen had, in te trekken gedurende de periode van aanvaarding van het voorstel door de alternatieve exploitanten binnen de gestelde termijnen; (v) verzoekster verbond zich niet tot een strikt tijdschema bij het realiseren van de collocatie; (vi) verzoekster stelde eenzijdig oneerlijke en niet-transparante collocatietarieven vast.

- 37 Ten tweede wijst de Commissie erop dat de alternatieve exploitanten krachtens het referentieaanbod verplicht waren om voor elke collocatieruimte twaalf maanden tevoren maandelijks prognoses met betrekking tot hun aanvragen om kwalificering van het aansluitnetwerk over te leggen, alvorens zij een kwalificeringsaanvraag met het oog op het verkrijgen van toegang tot het desbetreffende aansluitnetwerk konden indienen. De Commissie is van mening dat een dergelijk vereiste de alternatieve exploitanten ertoe verplicht om prognoses in te dienen op een tijdstip dat zij niet in staat zijn hun behoeften op het gebied van ontbundelde toegang in te schatten. Zij laakt bovendien de omstandigheid dat bij niet-naleving van de prognosevoorwaarden boeten werden opgelegd. Voorts bekritiseert zij het dwingende karakter van de prognoseverplichting en het feit dat verzoekster niet was gebonden aan een termijn om te reageren op een kwalificeringsaanvraag, ingeval de aanvraag niet overeenkwam met het geraamde volume.
- 38 Ten derde is de Commissie van mening dat de verplichte kwalificeringsprocedure, die de alternatieve exploitanten in staat moest stellen om te bepalen of een specifiek aansluitnetwerk geschikt was voor DSL-technologie of een andere breedbandtechnologie die zij wellicht zouden gaan gebruiken, alvorens een definitief verzoek om ontbundeling in te dienen, van zodanige aard was dat deze exploitanten werden ontmoedigd om om ontbundelde toegang tot de aansluitnetten van verzoekster te verzoeken. Weliswaar acht de Commissie het noodzakelijk om te onderzoeken of de aansluitnetten geschikt zijn voor ontbundeling en of aan de essentiële voorwaarden voor ontbundeling van een specifieke lijn is voldaan, maar zij wijst er niettemin op dat de ontkoppeling van deze kwalificeringsprocedure en het eigenlijke verzoek om toegang tot het aansluitnetwerk de ontbundeling onnodig heeft vertraagd en de alternatieve exploitanten met extra kosten heeft opgezadeld. Bovendien zijn tal van aspecten die in het kader van de kwalificeringsprocedure worden onderzocht, overbodig. Voorts acht de Commissie het ongerechtvaardigd dat de geldigheidsduur van de kwalificering van een aansluitnetwerk beperkt is tot tien dagen, na afloop van welke termijn geen verzoek om toegang meer kon worden ingediend.
- 39 Ten vierde bevat het referentieaanbod volgens het bestreden besluit ongunstige voorwaarden met betrekking tot reparaties, service en onderhoud wegens (i) het ontbreken van een adequate omschrijving van de begrippen „geplande werkzaamheden” en „niet-geplande” werkzaamheden; (ii) het onduidelijke onderscheid tussen „niet-geplande werkzaamheden” en loutere „storingen”, hetgeen kon leiden tot ongerechtvaardigde gedragingen van verzoekster; (iii) de zeer korte termijnen om een alternatieve exploitant te informeren over dergelijke werkzaamheden en om deze informatie te kunnen doorspelen aan de klanten van deze exploitant, en tot slot (iv) het verleggen van de aansprakelijkheid voor onderbrekingen van de dienstverlening als gevolg van een reparatie naar de alternatieve exploitant, indien deze als niet-coöperatief werd aangemerkt.
- 40 Ten vijfde beschouwt de Commissie tal van voorwaarden met betrekking tot de bankgarantie die werd verlangd van elke alternatieve exploitant die met verzoekster een collocatieovereenkomst wilde sluiten en uiteindelijk toegang tot haar aansluitnetten wilde krijgen, als oneerlijk. Zo geniet verzoekster om te beginnen een te grote beoordelingsvrijheid bij het al dan niet aanvaarden van een bankgarantie en hoeft zij in dit verband geen enkele termijn in acht te nemen. Daarnaast is het bedrag van de garantie, dat is bepaald op 66 387,84 EUR, onevenredig in verhouding tot de door verzoekster gelopen risico's en de kosten die zij maakt. Dit geldt temeer daar krachtens het referentieaanbod een meervoud van deze garantie kon verlangen wanneer zij zich op deze garantie beriep; het oorspronkelijke bedrag van de bankgarantie kon daarbij oplopen tot het twaalfvoudige van dit bedrag. Bovendien kon verzoekster niet alleen een beroep op de bankgarantie doen wanneer zij geen betaling had ontvangen voor de daadwerkelijk door haar verleende diensten, maar ook wanneer zij op enigerlei wijze een verzoek om schadevergoeding indiende. Verder kon verzoekster de bankgarantie in werking stellen zonder te hoeven aantonen dat zij de debiteur tevoren in gebreke had gesteld, terwijl deze debiteur zich daar bovendien niet tegen kon verzetten. Tot slot onderstreept de Commissie dat de alternatieve exploitanten zich niet op een vergelijkbare garantie kunnen beroepen, ofschoon zij wel degelijk verlies kunnen lijden als gevolg van de handelwijze van verzoekster op het gebied van de ontbundelde toegang tot de aansluitnetten.

41 De Commissie concludeert dat al deze aspecten van de handelwijze van verzoekster, in hun geheel beschouwd, kunnen worden aangemerkt als een weigering van deze exploitant om ontbundelde toegang tot haar aansluitnetten te verlenen.

b) Uitholling van de marges van de alternatieve exploitanten in het kader van de verlening van ontbundelde toegang tot de aansluitnetten van verzoekster

42 In het tweede deel van haar analyse van het gedrag van verzoekster stelt de Commissie vast dat het gedrag van deze exploitant met betrekking tot de ontbundelde toegang tot haar aansluitnetten leidt tot uitholling van de marges, hetgeen een autonome vorm van misbruik van een machtspositie oplevert. Zo is het verschil tussen de prijzen die verzoekster voor de verlening van die toegang aan de alternatieve exploitanten in rekening brengt en de prijzen die zij aan haar eigen klanten in rekening brengt, hetzij negatief, hetzij ontoereikend om een even efficiënte exploitant als zichzelf in staat te stellen de specifieke kosten te dekken die zij moet maken om haar eigen producten of diensten te leveren op de downstreammarkt, te weten de retailmarkt.

43 In een scenario waarin de onderzochte dienstenportefeuille uitsluitend breedbanddiensten omvat, zou volgens de Commissie een even efficiënte concurrent in staat zijn geweest om door middel van ontbundelde toegang tot de aansluitnetten van verzoekster haar volledige aanbod aan DSL-retaildiensten zoals dit zich in de loop van de tijd heeft ontwikkeld, te repliceren. De zogeheten periodegewijze benadering (van jaar tot jaar) ter berekening van de marges (te weten de berekening van de beschikbare marges voor elk jaar van de periode 2005-2010) toont volgens haar aan dat een even efficiënte concurrent als verzoekster met negatieve marges af te rekenen had, zodat hij de door verzoekster op de retailmarkt aangeboden portefeuille van breedbanddiensten niet op winstgevende manier kon repliceren.

44 Ook in een scenario van volledige toegang tot het aansluitnetwerk, waarin de onderzochte portefeuille naast breedbanddiensten ook diensten van spraaktelefonie omvat, komt de Commissie tot de conclusie dat een concurrent die even efficiënt is als verzoekster niet op winstgevende manier activiteiten op de relevante retailmarkt had kunnen ontplooiën in de periode 2005-2010, als gevolg van de prijzen die verzoekster in rekening bracht op de upstreammarkt voor ontbundelde toegang. Een concurrent die even efficiënt is als verzoekster had dus de door haar aangeboden portefeuille in diezelfde periode niet op winstgevende manier kunnen repliceren. De toevoeging aan een dergelijke referentieportefeuille van multiplaydiensten, die vanaf 2007 beschikbaar waren, laat deze vaststelling onverlet.

45 Aangezien verzoekster en Deutsche Telekom tijdens de administratieve procedure geen van beide een objectieve rechtvaardiging voor hun uitsluitingsgedrag hebben aangevoerd, concludeert de Commissie dat het gedrag van verzoekster gedurende de betrokken periode moet worden aangemerkt als een onrechtmatige marge-uitholling.

3. Analyse van de mededingingsversturende gevolgen van het gedrag van verzoekster

46 De Commissie is van mening dat deze twee soorten gedragingen van verzoekster, te weten de weigering om ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk te verlenen en de uitholling van de marges van de alternatieve exploitanten, laatstgenoemde exploitanten konden belemmeren om de Slowaakse retailmarkt (massamarkt) voor vaste breedbanddiensten te betreden door middel van ontbundelde toegang. Deze gedragingen hebben volgens het bestreden besluit tot minder daadwerkelijke concurrentie op deze markt geleid, aangezien de concurrerende exploitanten niet over een reëel winstgevend alternatief voor de wholesalebreedbandtoegang voor DSL-technologie op basis van ontbundeling van de aansluitnetten beschikten. De impact van verzoeksters gedrag op de mededinging was des te groter, omdat de retailmarkt voor breedbanddiensten gedurende de betrokken periode een groot groeipotentieel had.

- 47 De Commissie voegt hieraan toe dat, volgens het concept van de „investeringsladder”, deze blokkering van de toegang tot ontbundeling van het aansluitnetwerk de alternatieve exploitanten heeft beroofd van een bron van inkomsten die hen in staat zou hebben gesteld om andere investeringen in het netwerk te doen, onder meer door hun eigen toegangsnetwerk te ontwikkelen teneinde hun klanten daarop rechtstreeks aan te sluiten.
- 48 De Commissie concludeert dat het mededingingsverstorende gedrag van verzoekster op de retailmarkt (massamarkt) voor breedbanddiensten vanaf een vaste locatie in Slowakije ongunstige gevolgen voor de mededinging kon hebben en, gelet op het feit dat dit gedrag zich uitstrekte tot het gehele grondgebied van Slowakije, het handelsverkeer tussen de lidstaten negatief kon beïnvloeden.

4. Adressaten van het bestreden besluit en geldboeten

- 49 Volgens het bestreden besluit kon Deutsche Telekom gedurende de gehele betrokken periode niet alleen een beslissende invloed uitoefenen op het handelsbeleid van verzoekster, maar heeft zij die invloed ook daadwerkelijk uitgeoefend. Aangezien verzoekster en Deutsche Telekom deel uitmaken van dezelfde onderneming, worden zij beide aansprakelijk geacht voor één enkele voortdurende inbreuk op artikel 102 VWEU, zoals deze het voorwerp vormt van het bestreden besluit.
- 50 Met betrekking tot de sanctie op deze inbreuk geeft de Commissie aan dat zij het bedrag van de geldboeten heeft vastgesteld aan de hand van de beginselen in haar richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd (PB 2006, C 210, blz. 2; hierna: „richtsnoeren van 2006”).
- 51 De Commissie berekent eerst het basisbedrag van de geldboete. Zij gaat daarbij uit van 10 % van de omzet die verzoekster in het laatste volledige boekjaar voorafgaand aan haar deelname aan de inbreuk heeft behaald op de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en de retailmarkt voor breedbanddiensten vanaf een vaste locatie, in casu het jaar 2010, en vermenigvuldigt het aldus verkregen bedrag met 5,33 teneinde rekening te houden met de duur van de inbreuk (vijf jaar en vier maanden). Het op basis van deze berekening verkregen basisbedrag bedraagt 38 838 000 EUR. Dit is de eerste geldboete die wegens de betrokken inbreuk is opgelegd en waarvoor verzoekster en Deutsche Telekom volgens artikel 2, eerste alinea, onder a), van het bestreden besluit hoofdelijk aansprakelijk zijn.
- 52 Vervolgens past de Commissie dit basisbedrag tweemaal aan. Ten eerste constateert zij dat Deutsche Telekom op het moment dat de betrokken inbreuk werd gepleegd, reeds eerder aansprakelijk was gesteld voor een inbreuk op artikel 102 VWEU wegens een marge-utholling in de telecommunicatiesector, en wel in haar beschikking 2003/707/EG van 21 mei 2003 in een procedure op grond van artikel 82 [EG] (zaken COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG) (PB 2003, L 263, blz. 9; hierna: „Deutsche Telekom-beschikking”). Ten tijde van de vaststelling van deze beschikking had Deutsche Telekom reeds 51 % van de aandelen van verzoekster in handen en kon zij een beslissende invloed op haar uitoefenen. Derhalve concludeert de Commissie dat het basisbedrag van de geldboete voor Deutsche Telekom moet worden verhoogd met 50 % wegens recidive. Ten tweede constateert de Commissie dat de omzet van Deutsche Telekom in 2013 wereldwijd 60,123 miljard EUR bedroeg en dat het basisbedrag moet worden vermenigvuldigd met een coëfficiënt van 1,2, zodat van de aan deze onderneming opgelegde geldboete een voldoende afschrikkende werking uitgaat. De uitkomst van deze dubbele aanpassing van het basisbedrag, te weten 31 070 000 EUR, leidt ingevolge artikel 2, eerste alinea, onder b), van het bestreden besluit tot een afzonderlijke geldboete die uitsluitend aan Deutsche Telekom wordt opgelegd.

5. Dispositief van het bestreden besluit

53 De artikelen 1 en 2 van het dispositief van het bestreden besluit zijn geformuleerd als volgt:

„Artikel 1

1. De onderneming bestaande uit Deutsche Telekom AG en Slovak Telekom a.s. heeft één enkele voortdurende inbreuk gepleegd op artikel 102 VWEU en artikel 54 van de EER-overeenkomst.
2. De inbreuk heeft voortgeduurd van 12 augustus 2005 tot en met 31 december 2010 en bestond uit de volgende praktijken:
 - (a) het onthouden aan de alternatieve exploitanten van de voor de ontbundeling van de aansluitnetten benodigde netwerkinformatie;
 - (b) de beperking van de omvang van haar verplichtingen ten aanzien van de ontbundeling van de aansluitnetten;
 - (c) de vaststelling van onbillijke ontbundelingsvoorwaarden in haar referentieaanbod met betrekking tot collocatie, kwalificatie, prognoses, reparaties en bankgaranties;
 - (d) de toepassing van onbillijke tarieven waardoor een even efficiënte exploitant die gebruikmaakt van de wholesaletoeegang tot de ontbundelde aansluitnetten van Slovak Telekom a.s. niet in staat was de door Slovak Telekom a.s. aangeboden retaildiensten te repliceren zonder verlies te lijden.

Artikel 2

54 Wegens de in artikel 1 genoemde inbreuk worden de volgende geldboeten opgelegd:

- (a) een hoofdelijke geldboete van 38 838 000 EUR aan Deutsche Telekom AG en Slovak Telekom a.s.;
- (b) een geldboete van 31 070 000 EUR aan Deutsche Telekom AG.

[...]”.

II. Procedure en conclusies van partijen

[omissis]

71 Verzoekster verzoekt het Gerecht:

- de artikelen 1 en 2 van het bestreden besluit nietig te verklaren voor zover deze haar betreffen;
- subsidiair, het bedrag van de haar uit hoofde van artikel 2 van het bestreden besluit opgelegde geldboete te verlagen;
- de Commissie in de kosten te verwijzen;
- voor zover het Gerecht het beroep niet-ontvankelijk of ongegrond verklaart, elke partij in haar eigen kosten te verwijzen.

72 De Commissie en interveniënte verzoeken het Gerecht:

- het beroep in zijn geheel te verwerpen en
- verzoekster in de kosten te verwijzen.

III. In rechte

A. Ontvankelijkheid

[omissis]

B. Ten gronde

91 Verzoekster draagt vijf middelen voor tot staving van zowel haar primaire vordering tot nietigverklaring van het bestreden besluit als haar subsidiaire vordering tot verlaging van de haar opgelegde geldboete. Het eerste middel is ontleend aan kennelijke beoordelingsfouten en kennelijk onjuiste rechtsopvattingen in het kader van de toepassing van artikel 102 VWEU op het onrechtmatige gedrag van verzoekster. Het tweede middel heeft betrekking op schending van de rechten van verdediging van verzoekster met betrekking tot de beoordeling van de in een marge-utholling resulterende praktijk. Het derde middel is ontleend aan fouten bij de vaststelling van deze praktijk. Het vierde middel houdt in dat de Commissie ten onrechte heeft geconcludeerd dat verzoekster en Deutsche Telekom tezamen één enkele onderneming vormden en beide aansprakelijk waren voor de betrokken inbreuk. Het vijfde middel is ontleend aan fouten bij het bepalen van het bedrag van de geldboete.

1. Eerste middel: kennelijke beoordelingsfouten en kennelijk onjuiste rechtsopvattingen in het kader van de toepassing van artikel 102 VWEU op het onrechtmatige gedrag van verzoekster

- 92 Tot staving van haar eerste middel betwist verzoekster in wezen het juridische criterium aan de hand waarvan de Commissie in het bestreden besluit heeft vastgesteld dat de praktijk van verzoekster misbruik van een machtspositie opleverde in de zin van artikel 102 VWEU.
- 93 Het eerste middel bestaat in wezen uit vijf grieven. De eerste grief houdt in dat de Commissie heeft verzuimd de voorwaarde toe te passen dat de toegang tot het koperen DSL-netwerk van verzoekster onontbeerlijk moet zijn om een activiteit op de retailmarkt voor breedbanddiensten in Slowakije te kunnen uitoefenen in de zin van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569). De tweede grief heeft betrekking op een onjuiste toepassing van het arrest van 9 september 2009, Clearstream/Commissie (T-301/04, EU:T:2009:317). De derde grief is ontleend aan innerlijke tegenstrijdigheid van het bestreden besluit, uit het oogpunt van het mededingingsbeleid, voor zover het gaat om het bewijs van de volledige toegangsweigeren en de impliciete toegangsweigeren. De vierde grief betreft een onjuiste opvatting van de feiten en het recht alsook motiveringsgebreken in het kader van de rechtvaardiging van de afwijking van de voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569). De vijfde grief is ontleend aan het ontbreken van bewijs dat de toegang tot het aansluitnetwerk van verzoekster onontbeerlijk is voor concurrenten op de downstreammarkt.
- 94 De Commissie en interveniënte betwisten deze grieven en concluderen tot afwijzing van het onderhavige middel.

a) Eerste en vijfde grief

- 95 In het kader van haar eerste en vijfde grief verwijt verzoekster de Commissie in wezen dat zij een reeks van haar gedragingen gedurende de betrokken periode, zoals omschreven in het zevende onderdeel van het bestreden besluit (overwegingen 355 tot en met 821), heeft aangemerkt als een weigering tot levering van toegang tot haar aansluitnetwerk, zonder te hebben onderzocht of die toegang onontbeerlijk was in de zin van punt 41 van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569).
- 96 Met haar eerste grief betwist verzoekster de vaststellingen van de Commissie in de overwegingen 361 tot en met 371 van het bestreden besluit dat de omstandigheden van het onderhavige geval afwijken van de omstandigheden die hebben geleid tot het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569). Volgens dat arrest levert de weigering om toegang te verlenen een schending van artikel 102 VWEU op wanneer deze weigering onder meer betrekking heeft op een product of dienst waarvan de levering of verlening onontbeerlijk is om de betrokken werkzaamheid te kunnen uitoefenen (hierna: „voorwaarde van het onontbeerlijke karakter”). In casu heeft de Commissie volgens verzoekster ten onrechte nagelaten om te onderzoeken of de toegang tot het netwerk van verzoekster onontbeerlijk was om een werkzaamheid op de retailmarkt voor breedbanddiensten in Slowakije te kunnen uitoefenen. Verzoekster verwerpt dan ook de conclusie van de Commissie dat uit het arrest van 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), zou voortvloeien dat deze instelling in geval van een impliciete toegangsweigering niet hoeft aan te tonen dat de voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), en in het bijzonder de voorwaarde van het onontbeerlijke karakter van toepassing zijn (overwegingen 359 en volgende van het bestreden besluit).
- 97 Dienaangaande volgt volgens verzoekster uit de punten 55 tot en met 58 van het arrest van 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), in hun onderlinge samenhang gezien, dat de in een marge-utholling resulterende praktijk een autonome vorm van misbruik in de zin van artikel 102 VWEU oplevert, zonder dat eerst moet worden aangetoond dat er sprake is van een verkoopverplichting die voldoet aan de voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569). Door te oordelen dat punt 55 van het arrest van 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), niet alleen betrekking had op de in een marge-utholling resulterende praktijk, maar ook op de impliciete toegangsweigering zoals die in casu aan de orde is, heeft de Commissie ten onrechte gepoogd om aan de strikte redenering in dat arrest een aanmerkelijk ruimere strekking te geven.
- 98 Met name meent verzoekster dat, ofschoon uit het arrest van 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), volgt dat de voorwaarde van het onontbeerlijke karakter geen vereiste is voor alle vormen van misbruik in verband met de „commerciële voorwaarden” in het licht van artikel 102 VWEU, dit nog niet betekent dat deze voorwaarde niet geldt in geval van een toegangsweigering. Het Hof heeft namelijk nergens in het arrest van 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), of in enig ander arrest bepaald dat de voorwaarde van het onontbeerlijke karakter, zoals geformuleerd in het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), enkel geldt in gevallen waarin de toegang volledig wordt geweigerd. Dit zou juist afdoen aan het nuttig effect van artikel 102 VWEU. Ook al hebben de feiten in het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), betrekking op een totale leveringsweigering, dit neemt volgens verzoekster niet weg dat het Hof in dat arrest de algemene beginselen heeft geformuleerd van een verplichting om concurrenten te helpen.
- 99 Met betrekking tot de door de Commissie in haar verweerschrift aangehaalde arresten meent verzoekster dat deze een nieuwe benadering inhouden ten opzichte van het bestreden besluit. Hoe dan ook is het standpunt dat het Hof heeft verwoord in het arrest van 6 maart 1974, Istituto Chemioterapico Italiano en Commercial Solvents/Commissie (gevoegde zaken 6/73 en 7/73,

EU:C:1974:18), waaruit volgt dat het onontbeerlijke karakter een juridische voorwaarde is, overgenomen in het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569). Deze beide arresten zijn dus volgens verzoekster verenigbaar.

- 100 Ten tweede meent verzoekster dat de door de Commissie aangehaalde rechtspraak, te weten de arresten van 14 februari 1978, United Brands en United Brands Continentaal/Commissie (27/76, EU:C:1978:22), en 16 september 2008, Sot. Lélós kai Sia e.a. (C-468/06 tot en met C-478/06, EU:C:2008:504), in casu niet van toepassing zijn, omdat de in die zaken geuite grieven geen betrekking hadden op een verkoopweigering maar op de omstandigheid dat die weigering werd aangewend als middel om de mededinging op een andere wijze te beperken. Daarnaast hadden die zaken geen betrekking op de verkoop van een hulpmiddel aan concurrenten op een downstreammarkt, maar op de levering van een eindproduct met het oog op de distributie of doorverkoop ervan. Tot slot had de onderneming met een machtspositie in die zaken besloten te stoppen met de levering van de producten die zij voorheen aan de betrokken klanten leverde, terwijl in casu – evenals in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569) – geen sprake was van een eerdere levering door de onderneming met een machtspositie aan degenen die om toegang verzochten.
- 101 In de derde plaats meent verzoekster met betrekking tot de door de Commissie aangehaalde rechtspraak inzake de weigering om een licentie voor intellectuele-eigendomsrechten te verlenen, te weten de arresten van 5 oktober 1988, Volvo (238/87, EU:C:1988:477, punt 8), 6 april 1995, RTE en ITP/Commissie (C-241/91 P en C-242/91 P, EU:C:1995:98, punt 50), en 29 april 2004, IMS Health (C-418/01, EU:C:2004:257, punt 35), dat deze strookt met het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), waarin wordt verwezen naar het arrest van 6 april 1995, RTE en ITP/Commissie (C-241/91 P en C-242/91 P, EU:C:1995:98), dat op zijn beurt weer wordt aangehaald in de latere arresten. Het feit dat in zaken op het gebied van intellectuele eigendom strengere voorwaarden kunnen worden gehanteerd, waaronder met name het vereiste dat het middel onmisbaar is om een „nieuw product” te vervaardigen, betekent niet dat de Commissie de voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), buiten beschouwing kan laten in zaken die geen verband houden met dit gebied.
- 102 In de vierde plaats stelt verzoekster met betrekking tot de toepassing van het arrest van 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), dat er geen enkele reden is om aan te nemen dat het Hof de voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), heeft willen beperken tot de strikte omstandigheden van die zaak. Het is namelijk wat anders om, zoals in het arrest van 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), voor recht te verklaren dat de voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), niet van toepassing zijn op alle zaken die verband houden met „commerciële voorwaarden”, dan om, zoals de Commissie doet, te stellen dat de voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), op geen van die zaken van toepassing zouden moeten zijn.
- 103 In de vijfde plaats kunnen de door de Commissie aangehaalde uitspraken haar stelling niet staven, aangezien haar analyse in het kader van haar beschikking 2001/892/EG van 25 juli 2001 in een procedure op grond van artikel 82 [EG] (COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post AG – Onderschepping van grensoverschrijdende post) (PB 2001, L 331, blz. 40), steunde op het feit dat het distributienetwerk van Deutsche Post onontbeerlijk was voor de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde afzenders. De zaak Polaroid/SSI Europe, die wordt aangehaald als voorbeeld van een onrechtmatige impliciete toegangsweigering, acht verzoekster in casu niet relevant.
- 104 Met haar vijfde grief betoogt verzoekster dat uit het bestreden besluit niet blijkt dat de toegang tot haar aansluitnetwerk onontbeerlijk is voor de downstreamconcurrenten. Zij wijst op het arrest van 29 april 2004, IMS Health (C-418/01, EU:C:2004:257, punt 28), waaruit zou volgen dat het niet volstaat om aan te tonen dat de alternatieve oplossingen voor de andere exploitanten minder gunstig zijn, maar dat

moet worden aangetoond dat het betrokken netwerk onontbeerlijk is in de zin van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569). De verplichting om toegang tot een installatie te verlenen ontstaat namelijk, aldus verzoekster, indien de toegangsweigering objectief gezien voldoende ernstige gevolgen voor de mededinging teweegbrengt.

- 105 Bovendien acht verzoekster de vragen die de Commissie in sectie 7.3 van het bestreden besluit en met name in de overwegingen 382 en 384 ervan heeft onderzocht, te weten of het koperen netwerk van verzoekster belangrijk was en of een doeltreffende wholesaletoeegang tot DSL-technologie op basis van het aansluitnetwerk belangrijk was voor de alternatieve exploitanten in Slowakije, niet relevant. Derhalve heeft de Commissie een fout gemaakt met betrekking tot de toepassing van het criterium van het onontbeerlijke karakter. Het is immers de taak van de Commissie om te onderzoeken of de toegang tot het aansluitnetwerk onontbeerlijk is voor de concurrenten van verzoekster om op de downstream-retailmarkt te kunnen concurreren, zodat, bij gebreke van een dergelijke toegang, deze concurrentie onmogelijk of buitensporig moeilijk is. De meeste breedbandtoegangen zijn gebaseerd op andere technologieën dan het koperen netwerk van verzoekster, zodat de toegang tot dit netwerk niet onontbeerlijk is in die zin dat breedbandtoegang bij gebreke daarvan onmogelijk of onredelijk moeilijk is.
- 106 De Commissie en interveniënte betwisten dit betoog.
- 107 Zij verwijzen dienaangaande naar de vaste rechtspraak dat op de onderneming met een machtspositie een bijzondere verantwoordelijkheid rust om door haar gedrag geen afbreuk te doen aan een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de interne markt (zie arrest van 6 september 2017, Intel/Commissie, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punt 135 en aldaar aangehaalde rechtspraak), waarbij, indien deze machtspositie is ontstaan als gevolg van een oud wettelijk monopolie, met deze omstandigheid rekening moet worden gehouden (arrest van 27 maart 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punt 23).
- 108 Daarom verbiedt artikel 102 VWEU een onderneming met een machtspositie onder meer praktijken toe te passen die leiden tot de uitsluiting van haar even efficiënte concurrenten, en aldus haar machtspositie te versterken met behulp van andere middelen dan die welke berusten op een mededinging op basis van verdienste. In die optiek kan dus niet elke prijsconcurrentie als rechtmatig worden beschouwd (zie arrest van 6 september 2017, Intel/Commissie, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punt 136 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 109 In dit verband is geoordeeld dat het door artikel 102 VWEU verboden misbruik van een machtspositie een objectief begrip is 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 (zie arresten van 19 april 2012, Tomra Systems e.a./Commissie, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punt 17 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 9 september 2009, Clearstream/Commissie, T-301/04, EU:T:2009:317, punt 140 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 110 Artikel 102 VWEU ziet niet alleen op praktijken die de consument rechtstreeks kunnen benadelen, maar tevens op praktijken die hem kunnen benadelen door de mededinging te verstoren (zie in die zin arresten van 27 maart 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 29 maart 2012, Telefónica en Telefónica de España/Commissie, T-336/07, EU:T:2012:172, punt 171).
- 111 Het gevolg voor de mededinging waarnaar in punt 109 hierboven is verwezen, betreft niet noodzakelijkerwijs het concrete gevolg van het gelaakte misbruik. Voor het bewijs van misbruik van machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU is toereikend dat wordt aangetoond dat de als misbruik

aangemerkt gedraging van de onderneming met een machtspositie erop gericht is de mededinging te beperken, met andere woorden dat de gedraging een beperking van de mededinging tot gevolg kan hebben (arrest van 19 april 2012, Tomra Systems e.a./Commissie, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punt 68; zie ook arresten van 9 september 2009, Clearstream/Commissie, T-301/04, EU:T:2009:317, punt 144 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 29 maart 2012, Telefónica en Telefónica de España/Commissie, T-336/07, EU:T:2012:172, punt 268 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 112 Met betrekking tot het onrechtmatige karakter van een in een marge-utholling resulterende praktijk zij bovendien opgemerkt dat artikel 102, tweede alinea, onder a), VWEU ondernemingen met een machtspositie uitdrukkelijk verbiedt om rechtstreeks of zijdelings onbillijke prijzen op te leggen (arresten van 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punt 25, en 29 maart 2012, Telefónica en Telefónica de España/Commissie, T-336/07, EU:T:2012:172, punt 173). Aangezien de lijst van misbruikpraktijken van artikel 102 VWEU echter niet limitatief is, geeft deze bepaling geen uitputtende opsomming van de wijzen waarop in strijd met het in het Unierecht neergelegde verbod misbruik van machtspositie kan worden gepleegd (arresten van 21 februari 1973, Europemballage en Continental Can/Commissie, 6/72, EU:C:1973:22, punt 26; 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punt 26, en 29 maart 2012, Telefónica en Telefónica de España/Commissie, T-336/07, EU:T:2012:172, punt 173).
- 113 In casu moet worden gepreciseerd dat het betoog van verzoekster in het kader van het eerste middel uitsluitend betrekking heeft op het juridische criterium dat door de Commissie in het zevende onderdeel van het bestreden besluit is gehanteerd (overwegingen 355 tot en met 821) om een reeks gedragingen van verzoekster gedurende de betrokken periode te kwalificeren als een weigering tot levering van toegang. Verzoekster betwist echter niet het bestaan zelve van de door de Commissie in dit onderdeel van het bestreden besluit vastgestelde gedragingen. Zoals uit de overwegingen 2 en 1507 van het bestreden besluit blijkt, hielden deze gedragingen, die ertoe hebben bijgedragen dat de Commissie heeft vastgesteld dat er sprake was van één enkele voortdurende inbreuk op artikel 102 VWEU (overweging 1511 van het bestreden besluit), in, ten eerste, dat aan de alternatieve exploitanten de informatie over het netwerk van verzoekster werd onthouden die nodig was voor de ontbundeling van het aansluitnetwerk van deze exploitant, ten tweede, dat verzoekster de krachtens de toepasselijke regelgeving op haar rustende verplichtingen op het gebied van de ontbundeling beperkte en, ten derde, dat deze exploitant verschillende onbillijke voorwaarden met betrekking tot de ontbundeling in haar referentieaanbod opnam.
- 114 Zoals verzoekster ter terechtzitting heeft bevestigd, richt het eerste middel zich bovendien niet tegen de analyse van de Commissie, in het achtste onderdeel van het bestreden besluit, van de in een marge-utholling bestaande gedraging (overwegingen 822 tot en met 1045 van het bestreden besluit). In haar verzoekschrift bestrijdt verzoekster immers niet dat dit type gedraging een van de toegangsweigering verschillende, autonome vorm van misbruik vormt, waarvoor dus niet de criteria gelden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569) (zie in die zin arrest van 10 juli 2014, Telefónica en Telefónica de España/Commissie, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punt 75 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zo verwijt verzoekster de Commissie met haar eerste en vijfde grief in wezen dat zij de hierboven in punt 113 genoemde gedragingen heeft gekwalificeerd als een weigering tot levering van toegang tot haar aansluitnetwerk, zonder te hebben onderzocht of die toegang wel „onontbeerlijk” was in de zin van de derde voorwaarde in punt 41 van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569).
- 115 In dat arrest heeft het Hof inderdaad geoordeeld dat de weigering door een onderneming met een machtspositie om toegang tot een dienst te verlenen, misbruik in de zin van artikel 102 VWEU kan opleveren, indien deze weigering elke mededinging op de markt door de verzoeker van de dienst kan uitsluiten en niet objectief kan worden gerechtvaardigd, terwijl de dienst op zich onontbeerlijk is voor de uitoefening van de werkzaamheid van deze laatste (arrest van 26 november 1998, Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569, punt 41; zie ook arrest van 9 september 2009, Clearstream/Commissie, T-301/04, EU:T:2009:317, punt 147 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 116 Voorts blijkt uit de punten 43 en 44 van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), dat om te bepalen of een product of een dienst onontbeerlijk is opdat een onderneming haar activiteit op een bepaalde markt kan uitoefenen, moet worden nagegaan of er producten of diensten voorhanden zijn die alternatieve oplossingen bieden, zelfs als zij minder gunstig zijn, en of er technische, reglementaire of economische hindernissen zijn die het iedere onderneming die op die markt actief wil zijn onmogelijk of althans onredelijk moeilijk maken om, eventueel in samenwerking met andere ondernemingen, alternatieve producten of diensten aan te bieden. Volgens punt 46 van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), moet, opdat het bestaan van economische hindernissen kan worden vastgesteld, op zijn minst worden vastgesteld dat het voor een productie van vergelijkbare omvang als die van de onderneming die het bestaande product of dienst controleert, niet economisch rendabel is om deze producten of diensten aan te bieden (arrest van 29 april 2004, IMS Health, C-418/01, EU:C:2004:257, punt 28).
- 117 Aangezien in casu echter de regelgeving inzake de telecommunicatiesector het op deze sector toepasselijke rechtskader vormt en aldus mede de concurrentievoorwaarden bepaalt waaronder een telecomonderneming haar activiteiten op de betrokken markten uitoefent, is deze regelgeving een relevante factor voor de toepassing van artikel 102 VWEU op het gedrag van deze onderneming wanneer het erom gaat om onder meer de onrechtmatigheid van dit gedrag te beoordelen (arrest van 14 oktober 2010, Deutsche Telekom/Commissie, C-280/08 P, EU:C:2010:603, punt 224).
- 118 Zoals de Commissie terecht stelt, zijn de hierboven in punt 115 genoemde voorwaarden geformuleerd en toegepast in het kader van zaken waar het draaide om de vraag of op basis van artikel 102 VWEU van de onderneming met een machtspositie kan worden verlangd dat zij andere ondernemingen toegang tot een product of een dienst verleent wanneer daartoe geen wettelijke verplichting bestaat.
- 119 In casu is echter sprake van een andere context. TUSR heeft bij besluit van 8 maart 2005, zoals bevestigd door de voorzitter van deze instantie op 14 juni 2005, aan verzoekster de verplichting opgelegd om alle redelijke en gerechtvaardigde verzoeken om ontbundeling van haar aansluitnetwerk in te willigen, zodat alternatieve exploitanten gebruik konden maken van dit netwerk om hun eigen diensten aan te bieden op de retailmarkt (massamarkt) voor breedbanddiensten vanaf een vaste locatie in Slowakije (punt 9 hierboven). Deze verplichting vloeide voort uit de wens van de overheid om verzoekster en haar concurrenten aan te sporen tot investeringen en innovatie, terwijl tegelijkertijd werd verzekerd dat de mededinging op deze markt in stand bleef (overwegingen 218, 373, 388, 1053 en 1129 van het bestreden besluit).
- 120 Zoals uiteengezet in de overwegingen 37 tot en met 46 van het bestreden besluit, werd met het besluit van TUSR, dat was gebaseerd op wet nr. 610/2003, in Slowakije uitvoering gegeven aan het in artikel 3 van verordening nr. 2887/2000 bedoelde vereiste van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van exploitanten met een aanmerkelijke macht op de markt voor de levering van vaste openbare telefoonnetwerken. De Uniewetgever heeft dit vereiste in overweging 6 van deze verordening gerechtvaardigd door de omstandigheid dat „[h]et [...] voor nieuwe aanbieders economisch niet haalbaar [zou] zijn om de metalen lokale toegangsinfrastructuur van de gevestigde exploitant volledig en binnen redelijke tijd te dupliceren [omdat a]lternatieve infrastructuren [...] vooralsnog over het algemeen niet dezelfde functionaliteit of dekkingsgraad [bieden] [...]”.
- 121 Aangezien het relevante regelgevende kader dus duidelijk de noodzaak van toegang tot het aansluitnetwerk van verzoekster erkende met het oog op het ontstaan en de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op de Slowaakse markt voor breedbandinternetdiensten, hoefde de Commissie niet aan te tonen dat die toegang onontbeerlijk was in de zin van de laatste voorwaarde zoals geformuleerd in punt 41 van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569).
- 122 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie niet kan worden verweten dat zij heeft verzuimd het onontbeerlijke karakter van de toegang tot het betrokken netwerk aan te tonen.

- 123 Een dergelijk verwijt kan de Commissie evenmin worden gemaakt indien men zou aannemen dat de overwegingen van het arrest van 17 februari 2011, *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83), zich mede uitstrekken tot de in geding zijnde impliciete toegangsweigerings. In dat arrest heeft het Hof geoordeeld dat uit de punten 48 en 49 van het arrest van 26 november 1998, *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569), niet kan worden afgeleid dat de voor het bewijs van een onrechtmatige leveringsweigerings vereiste voorwaarden – welke weigerings het voorwerp vormde van de eerste prejudiciële vraag die in laatstgenoemde zaak werd onderzocht – noodzakelijkerwijs ook toepassing dienen te vinden bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van een gedragings bestaande in het afhankelijk stellen van de verlening van diensten of de verkoop van producten van voorwaarden die nadelig zijn of waarin de koper mogelijkerwijs niet is geïnteresseerd (arrest van 17 februari 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, punt 55). Het Hof heeft in dit verband opgemerkt dat dergelijke gedragings op zich een van leveringsweigerings verschillende, autonome vorm van misbruik kunnen vormen (arrest van 17 februari 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, punt 56).
- 124 Het Hof heeft bovendien overwogen dat een andersluidende uitlegging van het arrest van 26 november 1998, *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569), erop zou neerkomen dat gelijk welke gedragings van een onderneming met een machtspositie betreffende haar commerciële voorwaarden slechts kan worden geacht misbruik op te leveren wanneer is voldaan aan alle voorwaarden voor het bestaan van een leveringsweigerings, waardoor op ongerechtvaardigde wijze afbreuk zou worden gedaan aan het nuttig effect van artikel 102 VWEU (arrest van 17 februari 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, punt 58).
- 125 Verzoekster onderstreept in dit verband terecht dat de praktijk die centraal stond in het hoofdgeding dat door het Hof is onderzocht in het arrest van 17 februari 2011, *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83), uitsluitend bestond uit een mogelijke marge-uitholling die door de Zweedse gevestigde exploitant van het netwerk voor vaste telefonie werd toegepast om alternatieve exploitanten te ontmoedigen om om toegang tot zijn aansluitnetwerk te verzoeken, zoals uit punt 8 van dat arrest blijkt. Dat wil echter nog niet zeggen dat de uitlegging die het Hof hier aan de reikwijdte van de voorwaarden van punt 41 van het arrest van 26 november 1998, *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569), heeft gegeven, uitsluitend voor deze vorm van misbruik geldt en niet voor praktijken die niet louter de tarieven betreffen, zoals die welke in casu door de Commissie zijn onderzocht in het zevende onderdeel van het bestreden besluit (zie punten 27 tot en met 41 hierboven).
- 126 Om te beginnen moet namelijk worden geconstateerd dat het Hof in de punten 55 tot en met 58 van het arrest van 17 februari 2011, *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83), niet heeft verwezen naar de specifieke vorm van misbruik bestaande uit een uitholling van de marges van concurrerende exploitanten op een downstreammarkt, maar veeleer naar de „verlening van diensten of de verkoop van producten [onder] voorwaarden die nadelig zijn of waarin de koper mogelijkerwijs niet is geïnteresseerd” en de door de onderneming met een machtspositie vastgestelde „commerciële voorwaarden”. Deze formulering suggereert dat de uitsluitingspraktijken waarnaar aldus was verwezen, niet alleen betrekking hadden op een marge-uitholling, maar ook op andere handelspraktijken die tot een ongeoorloofde uitsluiting van daadwerkelijke of potentiële concurrenten konden leiden, van het type dat door de Commissie is aangemerkt als een impliciete weigerings om toegang te verlenen tot het aansluitnetwerk van verzoekster (zie in die zin overweging 366 van het bestreden besluit).
- 127 Deze lezing van het arrest van 17 februari 2011, *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83), vindt steun in het feit dat het Hof in dit deel van zijn analyse verwijst naar de punten 48 en 49 van het arrest van 26 november 1998, *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569). Deze punten waren namelijk gewijd aan de tweede prejudiciële vraag die in die zaak aan het Hof was gesteld en hadden geen betrekking op de weigerings door de onderneming die in het hoofdgeding een machtspositie innam, van toegang tot haar thuisbezorgingssysteem aan de uitgever van een concurrerend dagblad, zoals onderzocht in het kader van de eerste vraag, maar op de eventuele kwalificatie als misbruik van machtspositie van

een praktijk die er voor deze onderneming in zou hebben bestaan om die toegang afhankelijk te stellen van de voorwaarde dat de betrokken uitgever haar ook het verrichten van andere diensten, zoals de verkoop in kiosken of het drukken, toevertrouwde.

- 128 Gelet op het voorgaande moet worden geconcludeerd dat de kwalificatie van de in het zevende onderdeel van het bestreden besluit onderzochte gedragingen van verzoekster als misbruik in de zin van artikel 102 VWEU niet veronderstelde dat de Commissie aantoonde dat de toegang tot het aansluitnetwerk van verzoekster onontbeerlijk was voor de uitoefening van de werkzaamheid van concurrerende exploitanten op de retailmarkt voor breedbanddiensten vanaf een vaste locatie in Slowakije, in de zin van de hierboven in punt 116 aangehaalde rechtspraak.
- 129 Derhalve moeten de eerste en de vijfde grief van het middel ongegrond worden verklaard.

b) Derde grief

- 130 Met haar derde grief stelt verzoekster dat de niet-toepassing, in het geval van een impliciete weigering om toegang te verlenen, van de voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), tot een incoherent mededingingsbeleid leidt. In dat geval zou het immers gemakkelijker zijn 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. Dat zou tot gevolg hebben dat de meest ernstige vorm van misbruik minder streng werd behandeld dan de minder ernstige vorm van misbruik. In casu heeft ten minste een van de concurrenten van verzoekster toegang tot haar netwerk gehad, zodat geen sprake is van een volledige toegangsweigering (overweging 408 van het bestreden besluit). Een volledige toegangsweigering is ernstiger dan een impliciete toegangsweigering, terwijl volgens de benadering van de Commissie de voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), van toepassing zijn op de volledige toegangsweigering en niet op de impliciete toegangsweigering.
- 131 De Commissie motiveert echter geenszins waarom een impliciete weigering van toegang in het algemeen strenger zou moeten worden behandeld dan een volledige weigering van toegang, noch zet zij de redenen uiteen waarom in het eerste geval niet meer zou hoeven te worden voldaan aan de voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569).
- 132 De Commissie en interveniënte betwisten dit betoog.
- 133 Dienaangaande volstaat de vaststelling dat dit argument berust op een onjuiste premisse, te weten dat de ernst van een inbreuk op artikel 102 VWEU bestaande in een weigering van een onderneming met een machtspositie om een product of een dienst aan andere ondernemingen te leveren, uitsluitend afhangt van de vorm ervan. De ernst van een dergelijke inbreuk kan afhangen van tal van factoren die losstaan van het uitdrukkelijke of impliciete karakter van voornoemde weigering, zoals de geografische omvang van de inbreuk, het opzettelijke karakter ervan of de gevolgen ervan op de markt. Deze analyse wordt bevestigd door de richtsnoeren van 2006, die in punt 20 ervan bepalen dat de ernst van een inbreuk op artikel 101 VWEU of artikel 102 VWEU per geval wordt beoordeeld, waarbij rekening wordt gehouden met alle relevante omstandigheden.
- 134 Tot slot zij eraan herinnerd dat het Hof in punt 69 van het arrest van 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), heeft opgemerkt dat het onontbeerlijke karakter van het groothandelsproduct relevant kan zijn bij de beoordeling van de effecten van een marge-uitholling. In casu moet echter worden geconstateerd dat verzoekster zich enkel op de verplichting van de Commissie om het onontbeerlijke karakter van de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van Slovak Telekom aan te tonen, heeft beroepen om haar stelling te onderbouwen dat de Commissie niet het juiste juridische criterium heeft gehanteerd bij haar beoordeling van de in het zevende onderdeel van het bestreden besluit onderzochte praktijken (zie naar analogie arrest van 29 maart 2012,

Telefónica en Telefónica de España/Commissie, T-336/07, EU:T:2012:172, punt 182), en niet om de beoordeling door de Commissie van de mededingingsversturende gevolgen van die praktijken in het negende onderdeel van dit besluit te betwisten (overwegingen 1046 tot en met 1109 van het bestreden besluit).

135 Derhalve moet de derde grief ongegrond worden verklaard.

c) Tweede grief

136 Met haar tweede grief stelt verzoekster dat het verzuim om in het bestreden besluit de voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), toe te passen in strijd is met het in overweging 360 van het bestreden besluit vermelde arrest van 9 september 2009, Clearstream/Commissie (T-301/04, EU:T:2009:317), en met name punt 146 daarvan. Ofschoon dat arrest betrekking had op een impliciete verkoopweigering, zijn deze voorwaarden daarin niettemin toegepast. De Commissie begaat volgens haar een vergissing, omdat de monopoliepositie die de betrokken onderneming in de zaak Clearstream de facto had, wettelijk beschermd was, zodat aan de voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), was voldaan. In tegenstelling tot de zaak die heeft geleid tot het arrest van 9 september 2009, Clearstream/Commissie (T-301/04, EU:T:2009:317), is de Commissie in casu niet in staat het onontbeerlijke karakter van het DSL-netwerk van verzoekster aan te tonen. Om die reden doet zij zoveel moeite om de onderhavige zaak te onderscheiden van de zaken Bronner en Clearstream, aldus verzoekster.

137 De Commissie en interveniënte betwisten dit betoog.

138 Dienaangaande zij opgemerkt dat, zoals de Commissie terecht heeft betoogd, er geen tegenstrijdigheid bestaat tussen de benadering van deze instelling in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 9 september 2009, Clearstream/Commissie (T-301/04, EU:T:2009:317), en haar aanpak in het onderhavige geval, omdat er in eerstgenoemde zaak geen verplichting op de onderneming met een machtspositie rustte om de betrokken dienst te leveren en deze onderneming haar handelspositie niet had ontwikkeld in het kader van een wettelijk monopolie.

139 Zoals uit de in punt 117 hierboven aangehaalde rechtspraak blijkt, vormt de regelgeving inzake de telecommunicatiesector het op deze sector toepasselijke rechtskader en bepaalt zij dus mede de concurrentievoorwaarden waaronder een telecomonderneming haar activiteiten op de betrokken markten uitoefent, zodat deze regelgeving een relevante factor voor de toepassing van artikel 102 VWEU op het gedrag van deze onderneming is wanneer het er om gaat om onder meer de onrechtmatigheid van dit gedrag te beoordelen.

140 Derhalve moet de tweede grief ongegrond worden verklaard.

d) Vierde grief

141 Met haar vierde grief betoogt verzoekster dat overweging 370 van het bestreden besluit dwalingen ten aanzien van de feiten en het recht bevat, alsook motiveringsgebreken. De Commissie heeft in deze overweging, ter rechtvaardiging van het feit dat van de voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), werd afgeweken, gesteld dat deze voorwaarden niet van toepassing waren op een weigering om toegang te verlenen, omdat er enerzijds krachtens oudere regelgeving een wettelijke verplichting op verzoekster rustte om toegang tot het aansluitnetwerk te verlenen en haar netwerk anderzijds op basis van een voormalig staatsmonopolie was ontwikkeld.

- 142 Wat in de eerste plaats de dwalingen ten aanzien van de feiten en het recht betreft waardoor deze twee rechtvaardigingsgronden zouden worden gekenmerkt, zij opgemerkt dat verzoekster de Commissie verwijt dat zij ten onrechte heeft gesteld dat van de voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), moest worden afgeweken, omdat uit de voorheen geldende regelgeving een verplichting voortvloeide om toegang tot het aansluitnetwerk te verlenen.
- 143 Volgens verzoekster heeft een dergelijke verplichting niet noodzakelijkerwijs gevolgen voor de toepassingsvoorwaarden van artikel 102 VWEU, aangezien beide een verschillend doel beogen. De Commissie heeft rechtens gedwaald door niet overeenkomstig punt 113 van het arrest van 10 april 2008, Deutsche Telekom/Commissie (T-271/03, EU:T:2008:101), een onderscheid te maken tussen de rol van een wettelijke verplichting ex ante, die de marktmacht van ondernemingen met een machtspositie op de markt beoogt in te perken, en de rol van het mededingingsrecht ex post, op grond waarvan de autoriteiten zich concentreren op het specifieke gedrag van de ondernemingen en onderzoeken of deze hun eventuele marktmacht zodanig hebben aangewend dat dit misbruik oplevert.
- 144 Meer in het bijzonder is het mogelijk dat krachtens regelgeving ex ante een verkoopverplichting is opgelegd in gevallen waarin de Commissie een dergelijke verplichting op grond van artikel 102 VWEU slechts zou mogen opleggen in uitzonderlijke omstandigheden. Weliswaar vloeit uit de rechtspraak voort dat de regelgeving inzake de telecommunicatiesector in aanmerking kan worden genomen voor de toepassing van artikel 102 VWEU op de gedragingen van een onderneming met een machtspositie (arrest van 14 oktober 2010, Deutsche Telekom/Commissie, C-280/08 P, EU:C:2010:603, punten 224 en 227), maar de Commissie heeft in het bestreden besluit niet eenvoudigweg rekening gehouden met de krachtens die regelgeving opgelegde verplichtingen, maar is volledig afgegaan op de beoordeling van TUSR, zonder het geringste onderzoek te verrichten.
- 145 Volgens verzoekster zijn de overwegingen van het arrest van 10 april 2008, Deutsche Telekom/Commissie (T-271/03, EU:T:2008:101), waaruit volgt dat de afgeleide Uniewetgeving relevant „kan” zijn in het licht van artikel 102 VWEU, uitsluitend van toepassing binnen de context van die zaak, omdat het Hof moest onderzoeken of de Commissie een fout had gemaakt door uit te gaan van het bestaan van de krachtens deze wetgeving opgelegde wettelijke verplichting. Noch uit dit arrest noch uit het bestaan van een wettelijke verplichting vloeit voort dat de Commissie de voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), mag omzeilen.
- 146 Integendeel, volgens verzoekster streven artikel 102 VWEU en voornoemde wettelijke regeling verschillende doelstellingen na, zodat een nationale regelgevende instantie kan besluiten de mededinging op de markt te versterken, terwijl krachtens artikel 102 VWEU de contracteerplicht slechts kan worden opgelegd om een einde te maken aan een onrechtmatige weigering om toegang te verlenen, zoals zij ter terechtzitting ook heeft onderstreept.
- 147 Bovendien is artikel 21, lid 3, van wet nr. 610/2003, waarop de Commissie haar stelling heeft gebaseerd dat TUSR een belangenafweging heeft gemaakt, niet aangehaald in de eerdere besluiten van deze instantie. Hoe dan ook betekent de krachtens de nationale wetgeving geldende algemene verplichting om een belangenafweging te maken niet dat de Commissie de voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), buiten beschouwing mag laten. In elk geval staat het aan de Commissie om aan te tonen dat de voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), niet van toepassing zijn wanneer er een eerdere wettelijke verplichting bestaat. Verzoekster erkent weliswaar dat er in de zaak die aanleiding tot dat arrest heeft gegeven, geen relevante wettelijke verplichting gold, maar dit wettigt nog niet de conclusie die de Commissie daaraan wil verbinden.
- 148 Wat ten tweede de rechtvaardigingsgrond aangaat dat verzoeksters netwerk is ontwikkeld in het kader van een monopolistische regeling, stelt verzoekster dat deze tweede rechtvaardigingsgrond niet op grond van de rechtspraak waarop de Commissie zich in het bestreden besluit baseert, kan worden afgewezen. Om te beginnen is namelijk het door de Commissie aangehaalde punt 109 van het arrest

van 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), niet relevant. Daarnaast volgt uit punt 23 van het arrest van 27 maart 2012, Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172), waarnaar de Commissie verwijst, dat het bestaan van een voormalig staatsmonopolie relevant kan zijn bij de inaanmerkingneming van het gedrag van een onderneming. Derhalve kan uit dit arrest niet worden afgeleid dat de voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), niet van toepassing zijn.

- 149 De stelling dat de voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), niet van toepassing zijn wanneer het betrokken netwerk historisch gezien is terug te voeren tot een staatsmonopolie, is volgens verzoekster onjuist, omdat artikel 102 VWEU niet in een speciale behandeling voor oude staatsmonopolies voorziet. Integendeel, de Commissie heeft in het verleden verklaard dat de historische aard van een monopolie niet relevant is voor de actuele beoordeling van misbruik op grond van artikel 102 VWEU.
- 150 De Commissie en interveniënte betwisten dit betoog.
- 151 Ter weerlegging van deze argumenten volstaat het erop te wijzen dat de overwegingen in de punten 117 tot en met 121 hierboven niet berusten op de premisse dat de aan verzoekster opgelegde verplichting om ontbundelde toegang tot haar aansluitnetwerk te verlenen voortvloeit uit artikel 102 VWEU; zij onderstrepen slechts, overeenkomstig de hierboven in punt 117 aangehaalde rechtspraak, dat het bestaan van een dergelijke wettelijke verplichting een relevant aspect is van de economische en juridische context waarbinnen moet worden beoordeeld of de in het zevende onderdeel van het bestreden besluit onderzochte praktijken van verzoekster konden worden gekwalificeerd als misbruik in de zin van deze bepaling.
- 152 Bovendien is de verwijzing van verzoekster naar punt 113 van het arrest van 10 april 2008, Deutsche Telekom/Commissie (T-271/03, EU:T:2008:101), tot staving van het in punt 143 hierboven genoemde argument niet relevant. Het Gerecht heeft in punt 113 weliswaar opgemerkt dat de nationale regelgevende instanties overeenkomstig hun nationale recht handelen, waarvan de doelstellingen kunnen verschillen van de doelstellingen van het mededingingsbeleid van de Unie, maar deze redenering diende ter onderbouwing van de afwijzing door het Gerecht van het argument dat verzoekster in die zaak had aangevoerd, namelijk dat het voorafgaande toezicht op haar tarieven door de Duitse regelgevende instantie voor telecommunicatie en post uitsloot dat artikel 102 VWEU kon worden toegepast op een eventuele marge-utholling als gevolg van de tarieven die zij hanteerde voor de ontbundelde toegang tot haar aansluitnetwerk. Dit stond dus los van de vraag of het bestaan van een wettelijke verplichting van de exploitant met een machtspositie om toegang tot zijn aansluitnetwerk te verlenen, relevant is voor de beoordeling van de verenigbaarheid van zijn toegangsbeleid met artikel 102 VWEU.
- 153 Bovendien is het vaste rechtspraak dat wanneer een machtspositie is ontstaan als gevolg van een oud wettelijk monopolie, deze omstandigheid in aanmerking moet worden genomen in het kader van de toepassing van artikel 102 VWEU (zie in die zin arrest van 27 maart 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 154 Derhalve moet de vierde grief, voor zover daarmee wordt betoogd dat de Commissie feitelijk en rechtens heeft gedwaald ten aanzien van de rechtvaardigingsgronden die zij heeft aangevoerd voor de afwijking van de voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), te weten dat uit eerdere regelgeving een verplichting voor verzoekster voortvloeide om toegang tot het aansluitnetwerk te verlenen en dat voorheen sprake was van een monopolistische staatsregeling, ongegrond worden verklaard.
- 155 In de tweede plaats stelt verzoekster dat de door de Commissie aangevoerde rechtvaardigingsgrond om af te wijken van de voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), namelijk de noodzaak om de initiële toegang verplicht te stellen, niet is gemotiveerd.

De Commissie heeft namelijk het bestaan van een eerdere wettelijke verplichting noch de inhoud daarvan onderzocht; zij heeft deze rechtvaardigingsgrond betreffende de noodzaak om de initiële toegang verplicht te stellen niet nader toegelicht en evenmin onderbouwd waarom het ontbreken van een dergelijke toegang elke daadwerkelijke mededinging zou uitschakelen. De Commissie heeft geen enkel bewijs geleverd voor haar vaststelling dat de nationale regelgeving de prikkels voor verzoekster om haar infrastructuur voor eigen gebruik te behouden had afgewogen tegen de prikkels voor ondernemingen die potentieel toegang tot het aansluitnetwerk zouden kunnen verlangen. Het bestreden besluit toont niet aan waarom de betrokken wettelijke verplichtingen een genoegzame basis vormen om de voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), buiten beschouwing te laten. De Commissie had heel duidelijk, onbetwistbaar en uitvoerig moeten motiveren waarom de initiële toegang verplicht was en waarom dus elke daadwerkelijke mededinging zou worden uitgeschakeld, indien die toegang niet werd verleend.

- 156 In repliek voegt verzoekster hieraan toe, ten eerste, dat de overwegingen 36 tot en met 49 van het bestreden besluit slechts een algemene beschrijving van het regelgevend kader en een beknopte omschrijving van de vroegere toegangsverplichting bevatten. Deze motivering gaat volgens haar niet in op de vraag of de voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), op grond van deze verplichting buiten toepassing mogen worden gelaten.
- 157 Ten tweede stelt zij in repliek dat TUSR bij het opleggen van de eerdere verplichtingen niet naar de Slowaakse wettelijke bepalingen inzake de belangenafweging heeft verwezen. Hoe dan ook is de belangenafweging op basis van de eerdere regelgeving een andere dan die welke ingevolge artikel 102 VWEU plaatsvindt. Bovendien kan een argument dat steunt op de belangenafweging door TUSR niet rechtvaardigen dat elke motivering met betrekking tot de overige voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), ontbreekt.
- 158 Ten derde is verzoekster van mening dat de Commissie de gegrondheid van het besluit verwacht met de motiveringsplicht, waar zij stelt dat de voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), hoe dan ook niet van toepassing zijn op het onderhavige geval.
- 159 Wat ten vierde de verwijzing naar afdeling 9.3 van het bestreden besluit inzake de mededingingsversturende gevolgen betreft, stelt verzoekster dat dit besluit niet aan de hand hiervan kan worden gemotiveerd. Om te beginnen is uitschakeling van elke daadwerkelijke mededinging slechts één van de voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), terwijl het motiveringsgebrek betrekking heeft op de overige voorwaarden van dat arrest. Daarnaast neemt het onderzoek van de mededingingsversturende gevolgen in het kader van het bestreden besluit niet de noodzaak weg van een specifieke motivering aangaande de voorwaarde van het onontbeerlijke karakter. Tot slot ontkracht deze afdeling het argument van de Commissie, omdat zij bewijzen bevat van het ontbreken van mededingingsversturende gevolgen.
- 160 Wat voorts de rechtvaardigingsgrond aangaat dat het netwerk van verzoekster is ontwikkeld in het kader van een monopolistische regeling, betoogt verzoekster dat de motivering in overweging 373 van het bestreden besluit niet volstaat als uitleg waarom de Commissie het bestaan van een oud staatsmonopolie relevant acht voor het onderzoek van misbruik in het licht van artikel 102 VWEU.
- 161 Aangezien de Commissie zich aan het beginsel van behoorlijk bestuur moet houden, staat het volgens verzoekster aan deze instelling om de specifieke elementen te onderzoeken van het oude staatsmonopolie waarop zij zich wenst te beroepen om te kunnen voorbijgaan aan de voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), want deze elementen zijn van het grootste belang. Verzoekster meent verder nog dat de gegevens in overweging 891 van het bestreden besluit betreffende de investeringen in breedbandactiva die verzoekster gedurende de periode 2003-2010 heeft gedaan, niet kunnen worden afgedaan als feitelijke details van gering belang. Integendeel, de Commissie had volgens haar de aard en de invloed van deze investeringen tegen de achtergrond van haar historische positie moeten onderzoeken. Verzoekster concludeert dat indien de

motivering van het bestreden besluit toereikend werd geacht, dit in de praktijk zou betekenen dat aan de Commissie geen enkele beperking wordt opgelegd wanneer in het verleden een staatsmonopolie heeft bestaan.

162 De Commissie en interveniënte betwisten dit betoog.

163 Dienaangaande zij opgemerkt dat de door artikel 296 VWEU verlangde motivering moet beantwoorden aan de betrokken handeling en de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking moet brengen, zodat de belanghebbenden kennis kunnen nemen van de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel en hun rechten kunnen verdedigen en de rechter zijn toezicht kan uitoefenen. In het geval van een krachtens artikel 102 VWEU vastgesteld besluit vereist dit beginsel dat het bestreden besluit de feiten vermeldt die de maatregel juridisch rechtvaardigen, alsmede de overwegingen die de Commissie tot de vaststelling van het besluit hebben gebracht (arrest van 9 september 2010, Tomra Systems e.a./Commissie, T-155/06, EU:T:2010:370, punt 227).

164 Verzoekster is om te beginnen van mening dat het bestreden besluit geen onderzoek naar het bestaan van een eerdere wettelijke verplichting, noch een analyse van de omvang van deze verplichting bevat. Volgens haar is in dit besluit evenmin bewijs te vinden dat het oordeel van de Commissie kan staven dat de nationale regelgeving de prikkels voor verzoekster om haar infrastructuur voor eigen gebruik te behouden heeft afgewogen tegen de prikkels voor ondernemingen die potentieel toegang tot het aansluitnetwerk zouden kunnen verlangen. Verder meent verzoekster dat in het bestreden besluit niet wordt gemotiveerd waarom de wettelijke verplichtingen wettigden dat de voorwaarden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), buiten beschouwing werden gelaten. Opgemerkt zij evenwel dat de Commissie in de overwegingen 36 tot en met 46 van het bestreden besluit een uiteenzetting heeft gegeven van het regelgevend kader inzake ontbundeling van de toegang tot het aansluitnetwerk in Slowakije. Daarnaast heeft de Commissie in de overwegingen 355 tot en met 371 van het bestreden besluit het rechtskader met betrekking tot de beoordeling van een onrechtmatige toegangswijziging geschetst, waarbij zij meer in het bijzonder heeft uitgelegd dat de onderhavige zaak naar haar mening verschilt van de omstandigheden van de zaak die heeft geleid tot het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), en dat dit arrest in casu niet van toepassing is. Derhalve moet het betoog van verzoekster worden afgewezen.

165 In de tweede plaats moet ten aanzien van de stelling van verzoekster dat de Commissie heel duidelijk, overtuigend en uitvoerig had moeten motiveren waarom elke daadwerkelijke mededinging zou worden uitgeschakeld indien geen toegang werd verleend, worden geconstateerd dat verzoekster zich in casu enkel op het onontbeerlijke karakter van de ontbundelde toegang tot haar aansluitnetwerk heeft beroepen om haar stelling te onderbouwen dat de Commissie niet het juiste juridische criterium heeft toegepast bij haar beoordeling van de in het zevende onderdeel van het bestreden besluit onderzochte praktijken (zie naar analogie arrest van 29 maart 2012, Telefónica en Telefónica de España/Commissie, T-336/07, EU:T:2012:172, punt 182), en niet om de beoordeling te betwisten die de Commissie in het negende onderdeel van dit besluit (overwegingen 1046 tot en met 1109 ervan) heeft gemaakt van de mededingingsversturende gevolgen van deze praktijken. Hoe dan ook is de redenering in dit onderdeel van het bestreden besluit duidelijk en ondubbelzinnig met betrekking tot de ongunstige gevolgen die het uitsluitingsgedrag van verzoekster heeft voor de mededinging.

166 Wat in de derde plaats de stelling van verzoekster betreft dat de motivering in overweging 373 van het bestreden besluit niet volstaat als uitleg waarom de Commissie het bestaan van een oud staatsmonopolie relevant acht voor het onderzoek van misbruik in het licht van artikel 102 VWEU, zij opgemerkt dat de Commissie in deze overweging allereerst, onder verwijzing naar de specifieke bepalingen van de artikelen 8 en 12 van richtlijn 2002/21 en artikel 21, lid 3, van wet nr. 610/2003, heeft uiteengezet dat de leveringsverplichting van verzoekster voortvloeit uit een besluit van TUSR dat rekening houdt met de prikkels voor verzoekster en haar concurrenten om te investeren en te innoveren, terwijl het tegelijkertijd verzekert dat de mededinging op de markt in stand bleef. De

Commissie heeft vervolgens in diezelfde overweging gesteld dat het mogelijk is dat het opleggen van een leverings- of toegangsverplichting niet van invloed is op de prikkels om te investeren en te innoveren wanneer de marktpositie van de onderneming met een machtspositie is ontwikkeld in het kader van de bescherming van speciale of exclusieve rechten, of is gefinancierd met staatsmiddelen, zoals in casu het geval is. Zij heeft voorts verwezen naar punt 23 van het arrest van 27 maart 2012, *Post Danmark* (C-209/10, EU:C:2012:172), waaruit voortvloeit dat wanneer een machtspositie is ontstaan als gevolg van een oud wettelijk monopolie, deze omstandigheid in aanmerking moet worden genomen, en uiteengezet dat dit in casu het geval was voor verzoekster. Tot slot heeft de Commissie in overweging 373 van het bestreden besluit uitgelegd dat volgens de derde overweging van verordening nr. 2887/2000 een van de redenen waarom het lokale toegangsnetwerk nog steeds een van de „onderdelen van de geliberaliseerde telecommunicatiemarkt [is] waar de minste concurrentie bestaat”, erin bestond dat nieuwe aanbieders niet over wijdverbreide alternatieve netwerkinfrastructuren beschikten, aangezien exploitanten zoals verzoekster gedurende een lange periode hun lokale toegangsinfrastructuur hadden uitgerold, terwijl zij exclusieve rechten genoten, en zij de investeringskosten decennialang konden financieren uit hun monopolie-opbrengsten uit de verlening van spraaktelefoniediensten en overheidsmiddelen.

- 167 Verder heeft de Commissie in overweging 370 van het bestreden besluit nog onderstreept dat uit punt 109 van het arrest van 17 februari 2011, *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83), volgt dat de structuur van een markt ook sterk wordt beïnvloed door de oude monopolistische structuur.
- 168 Om al deze redenen moet worden geoordeeld dat de Commissie haar besluit genoegzaam heeft gemotiveerd voor zover zij heeft vastgesteld dat de omstandigheid dat het betrokken netwerk is ontwikkeld in het kader van een monopolistische regeling, een relevante factor vormde die door haar in aanmerking moest worden genomen in het kader van het onderzoek dat zij krachtens artikel 102 VWEU verricht.
- 169 Op grond van het voorgaande moet de vierde grief eveneens worden afgewezen voor zover deze betrekking heeft op schending van de motiveringsplicht.
- 170 Uit de voorgaande elementen volgt dat het eerste middel ongegrond is en derhalve moet worden afgewezen.

2. Tweede middel: schending van de rechten van verdediging van verzoekster met betrekking tot de beoordeling van de in een marge-uitholling resulterende praktijk

- 171 Het tweede middel heeft betrekking op de rechten van verdediging van verzoekster en bestaat uit twee onderdelen. Het eerste onderdeel is ontleend aan procedurefouten van de Commissie met betrekking tot de berekening van de gemiddelde marginale langetermijnkosten (long run average incremental costs; hierna: „LRAIC”) van verzoekster, dat wil zeggen de kosten die zij als exploitant niet had hoeven te maken indien zij de overeenkomstige diensten niet had aangeboden. Het tweede onderdeel is ontleend aan de onmogelijkheid voor verzoekster om in de loop van de administratieve procedure haar standpunt te bepalen ten aanzien van de benadering die bij de berekening van de door haar gemaakte kosten is gehanteerd om het bestaan van een in een marge-uitholling resulterende praktijk te beoordelen en waarbij van meerdere perioden is uitgegaan.

a) Eerste onderdeel: procedurefouten van de Commissie met betrekking tot de berekening van de gemiddelde marginale langetermijnkosten (LRAIC)

- 172 Verzoekster verwijt de Commissie enerzijds dat zij de methoden, de beginselen en de gegevens met het oog op de analyse van de LRAIC heeft gewijzigd en anderzijds dat zij vóór de vaststelling van het bestreden besluit niet haar bedenkingen ten aanzien van de door verzoekster in dit kader verstrekte gegevens kenbaar heeft gemaakt. In de mededeling van punten van bezwaar heeft de Commissie

namelijk uitsluitend de gegevens uit het interne kostenrapportagesysteem van verzoekster, de zogeheten UCN-gegevens (účelové členenie nákladov; categorie-indeling van specifieke kosten; hierna: „UCN”), en de door verzoekster verstrekte rentabiliteitsoverzichten gebruikt, aangezien verzoekster niet over specifieke gegevens met betrekking tot de LRAIC beschikte. Volgens verzoekster waren deze „UCN”-gegevens gebaseerd op historische kosten die volledig waren toegerekend in dalende volgorde. Deze gegevens waren gebaseerd op een lineaire afschrijving, waarbij geen dekking van de kosten in de tijd mogelijk was. In de mededeling van punten van bezwaar (punt 1038) heeft de Commissie de beperkingen van deze gegevens met het oog op de analyse van de in een marge-utholling resulterende praktijk zelf erkend en deze gegevens onbevredigend geacht. Daarom heeft verzoekster na de mededeling van punten van bezwaar nieuwe gegevens verstrekt, op basis van het consultancyrapport dat in februari 2013 was opgesteld en aan de Commissie was overgelegd in de bijlage bij het antwoord op de mededeling van punten van bezwaar. In deze nieuwe gegevens zijn onder meer de historische kosten aangepast. De Commissie heeft dus de herwaardering van de kosten van de activa en de afschrijving die door verzoekster zijn voorgesteld geaccepteerd (overweging 894 van het bestreden besluit).

- 173 Verzoekster onderstreept dat de Commissie een groot deel van deze gegevens heeft geaccepteerd, waardoor zij heeft laten blijken dat zij voornoemd rapport geloofwaardig achtte. Zo ook heeft de Commissie vóór de vaststelling van het bestreden besluit geen bezwaar gemaakt tegen de haar door verzoekster ter kennis gebrachte beginselen, methodologie en gegevens. In het bestreden besluit heeft zij echter een deel van deze beginselen, methodologie en gegevens afgewezen (overweging 899 van het bestreden besluit). Verzoekster is van mening dat de Commissie de bezwaren tegen de beginselen, methodologie en gegevens die zij uitvoerig in het bestreden besluit heeft weergegeven, vóór de vaststelling van dit besluit had moeten meedelen. Dat zij dit heeft nagelaten, levert een schending van de rechten van de verdediging op. Volgens verzoekster had de Commissie de beginselen, methodologie en gegevens met betrekking tot de kosten waarop zij zich in het kader van haar verplichting om de inbreuk aan te tonen, wilde beroepen, volledig moeten weergeven en haar standpunt dienaangaande aan haar kenbaar moeten maken. Overigens heeft verzoekster tevergeefs getracht deze procedurele kwesties aan te kaarten bij de raadsadviseur-auditeur.
- 174 Verder heeft de Commissie zelf erkend dat zij ten tijde van de mededeling van punten van bezwaar niet over gegevens met betrekking tot de LRAIC beschikte, terwijl het bestreden besluit wél op deze kosten was gebaseerd. Dit betekent volgens verzoekster dat de Commissie van het ene document op het andere van benadering is veranderd. Aangezien de Commissie na de toezending van de mededeling van punten van bezwaar van benadering is veranderd, had zij een nieuwe mededeling van punten van bezwaar of een nieuwe letter of facts aan verzoekster moeten sturen.
- 175 Bovendien konden de tabellen met betrekking tot de berekening van de marge-utholling die door de Commissie zijn overgelegd tijdens de bijeenkomst over de stand van het dossier op 16 september 2014, de betrokken passages van het bestreden besluit niet staven en waren verzoeksters rechten van verdediging daarmee nog niet geëerbiedigd. Verzoekster benadrukt het overbodige karakter van deze tabellen, die slechts vier pagina's besloegen en geen enkele toelichting bevatten ter onderbouwing van de daarin opgenomen gegevens. Daarnaast wijst zij erop dat de Commissie haar pas tijdens de bijeenkomst over de stand van het dossier op 16 september 2014, dus een maand vóór de publicatie van het bestreden besluit, in kennis heeft gesteld van deze tabellen, zodat het standpunt van de Commissie op die datum reeds vaststond. Dienaangaande heeft verzoekster ter terechtzitting betoogd dat de Commissie tijdens die bijeenkomst te kennen had gegeven dat zij een negatief besluit ten aanzien van haar aan het voorbereiden was. Hoe dan ook blijkt uit de onthulling van deze tabellen dat de Commissie zich genoodzaakt zag om na de mededeling van punten van bezwaar een document met de berekening van de marge-utholling toe te zenden.
- 176 De Commissie bestrijdt dit betoog.

- 177 Zoals uit overweging 862 van het bestreden besluit blijkt, heeft de Commissie verzoekster 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. Vóór de mededeling van punten van bezwaar heeft verzoekster de Commissie kostenberekeningen voor de periode 2003-2010 in „UCN”-tabellen en een aantal aanvullende spreadsheets overhandigd. In het kader van het eerste onderdeel van haar tweede middel beroept verzoekster zich in wezen op schending van haar rechten van verdediging doordat de Commissie haar bezwaren tegen de door verzoekster ter kennis gebrachte methodologie, beginselen en gegevens pas voor het eerst heeft geuit in de overwegingen 860 tot en met 921 van het bestreden besluit.
- 178 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging tijdens administratieve procedures op het gebied van het mededingingsbeleid een algemeen beginsel van Unierecht vormt, waarvan de rechterlijke instanties van de Unie de naleving verzekeren (zie arrest van 18 juni 2013, ICF/Commissie, T-406/08, EU:T:2013:322, punt 115 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 179 Dit beginsel verlangt dat de betrokken onderneming tijdens de administratieve procedure in staat is gesteld haar standpunt kenbaar te maken met betrekking tot de juistheid en de relevantie van de gestelde feiten en omstandigheden, alsook met betrekking tot de stukken waarmee de Commissie de door haar gestelde inbreuk op de mededingingsregels heeft gestaafd. Artikel 27, lid 1, van verordening nr. 1/2003 bepaalt dat aan partijen een mededeling van punten van bezwaar wordt toegezonden. Deze mededeling moet duidelijk de belangrijkste feiten vermelden waarop de Commissie zich in dat stadium van de procedure baseert (arrest van 5 december 2013, SNIA/Commissie, C-448/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:801, punten 41 en 42).
- 180 Aan dit vereiste is voldaan wanneer in het eindbesluit aan betrokkenen geen andere dan de in de mededeling van punten van bezwaar vermelde inbreuken ten laste worden gelegd en daarin slechts van feiten wordt uitgegaan waarover de betrokkenen zich tijdens de procedure hebben kunnen uitspreken (zie in die zin arresten van 24 mei 2012, MasterCard e.a./Commissie, T-111/08, EU:T:2012:260, punt 266, en 18 juni 2013, ICF/Commissie, T-406/08, EU:T:2013:322, punt 117).
- 181 De vermelding van de belangrijkste feiten waarop de Commissie zich in de mededeling van punten van bezwaar baseert, kan echter beknopt geschieden en het besluit hoeft niet noodzakelijkerwijs gelijklopend te zijn met de mededeling van punten van bezwaar, daar deze mededeling een voorbereidend document is met zuiver voorlopige, feitelijke en juridische beoordelingen (zie in die zin arresten van 17 november 1987, British American Tobacco en Reynolds Industries/Commissie, 142/84 en 156/84, EU:C:1987:490, punt 70; 5 december 2013, SNIA/Commissie, C-448/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:801, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 24 mei 2012, MasterCard e.a./Commissie, T-111/08, EU:T:2012:260, punt 267). Zo zijn toevoegingen aan de mededeling van punten van bezwaar waarmee wordt gereageerd op de memorie van antwoord van partijen en waaruit blijkt dat zij hun rechten van verdediging daadwerkelijk hebben kunnen uitoefenen, toelaatbaar. In het licht van de administratieve procedure kan de Commissie ook de feitelijke of juridische argumenten die zij ter ondersteuning van haar bezwaren heeft aangevoerd, wijzigen of aanvullen (arrest van 9 september 2011, Alliance One International/Commissie, T-25/06, EU:T:2011:442, punt 181). Totdat een eindbesluit is gegeven, kan de Commissie derhalve, onder meer gelet op de schriftelijke of mondelinge opmerkingen van partijen, sommige of zelfs alle aanvankelijk tegen hen ingebrachte bezwaren laten vallen en daarmee haar standpunt in hun voordeel wijzigen ofwel, omgekeerd, besluiten nieuwe bezwaren te formuleren, mits zij de betrokken ondernemingen de mogelijkheid geeft hun opmerkingen daarover kenbaar te maken (zie arrest van 30 september 2003, Atlantic Container Line e.a./Commissie, T-191/98 en T-212/98 tot en met T-214/98, EU:T:2003:245, punt 115 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 182 Uit het voorlopige karakter van de juridische kwalificatie van de in de mededeling van punten van bezwaar vermelde feiten vloeit voort dat het eindbesluit van de Commissie niet nietig kan worden verklaard op de enkele grondslag dat de definitieve conclusies die uit deze feiten zijn getrokken, niet

precies overeenkomen met deze voorlopige kwalificatie (arrest van 5 december 2013, SNIA/Commissie, C-448/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:801, punt 43). De omstandigheid dat rekening wordt gehouden met een door een partij in de loop van de administratieve procedure aangevoerd argument, zonder dat deze partij de gelegenheid heeft gekregen vóór de vaststelling van het eindbesluit haar standpunt ter zake kenbaar te maken, vormt op zichzelf dus geen schending van de rechten van de verdediging zolang de aard van de jegens deze partij geuite bezwaren daardoor niet wordt veranderd (zie in die zin beschikking van 10 juli 2001, Irish Sugar/Commissie, C-497/99 P, EU:C:2001:393, punt 24; arresten van 28 februari 2002, Compagnie générale maritime e.a./Commissie, T-86/95, EU:T:2002:50, punt 447, en 9 september 2011, Alliance One International/Commissie, T-25/06, EU:T:2011:442, punt 182).

- 183 De Commissie moet immers de adressaten van een mededeling van punten van bezwaar horen en in voorkomend geval rekening houden met hun opmerkingen naar aanleiding van de geuite bezwaren door haar analyse te wijzigen, juist om hun rechten van verdediging te eerbiedigen. De Commissie moet deze kwalificatie dus in haar eindbesluit kunnen preciseren, rekening houdend met hetgeen tijdens de administratieve procedure aan het licht is gekomen, hetzij om ongegrond gebleken punten van bezwaar te laten vallen, hetzij om haar argumentatie ter onderbouwing van de door haar gehandhaafde 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 (zie arresten van 3 september 2009, Prym en Prym Consumer/Commissie, C-534/07 P, EU:C:2009:505, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 5 december 2013, SNIA/Commissie, C-448/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:801, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 184 Tot slot moet eraan worden herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de rechten van de verdediging zijn geschonden indien zonder de door de Commissie begane onregelmatigheid de door haar gevoerde administratieve procedure tot een ander resultaat had kunnen leiden. Om een dergelijke schending te bewijzen, moet een verzoekende onderneming genoegzaam aantonen, niet dat het besluit van de Commissie anders zou hebben geluid, maar wel dat zij zich zonder de onregelmatigheid beter had kunnen verdedigen, bijvoorbeeld omdat zij voor haar verweer stukken had kunnen gebruiken waartoe haar tijdens de administratieve procedure geen toegang was verleend (zie arresten van 2 oktober 2003, Thyssen Stahl/Commissie, C-194/99 P, EU:C:2003:527, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak; 24 mei 2012, MasterCard e.a./Commissie, T-111/08, EU:T:2012:260, punt 269 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 9 september 2015, Philips/Commissie, T-92/13, niet gepubliceerd, EU:T:2015:605, punt 93).
- 185 In casu heeft de Commissie tijdens het onderzoek de gegevens met betrekking tot de kosten in de „UCN”-tabellen ontvangen, welke tabellen een boekhoudkundig instrument van verzoekster vormen en per commerciële dienst en per hoofdgroep van diensten de totale inkomsten, de totale operationele kosten, het ingebrachte kapitaal, de totale kapitaalkosten, het bedrijfsresultaat en de economische winst weergeven (overwegingen 863 en 864 van het bestreden besluit). Uit het bestreden besluit volgt dat de kosten in de „UCN”-tabellen zijn gebaseerd op de volledig toegewezen historische kosten en verschillen van de LRAIC (overweging 875 van het bestreden besluit). De Commissie heeft daarnaast overzichten ontvangen waarin staat aangegeven hoe de kosten waren ingedeeld alsmede tabellen en beschrijvingen betreffende de kosten voor elk van deze diensten (overwegingen 865 tot en met 867 van het bestreden besluit). De Commissie heeft verzoekster verzocht de rentabiliteitsgegevens voor de breedbanddiensten te verstrekken, zoals herberekend aan de hand van de LRAIC-methode (overwegingen 868 en 869 van het bestreden besluit). Aangezien verzoekster 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 gegevens die haar ter beschikking stonden, te weten de „UCN”-gegevens en de toelichting op de kosten, door de individuele kosten aan te passen (overwegingen 870 tot en met 875 van het bestreden besluit). Volgens de Commissie waren de cijfers in de „UCN”-tabellen in dat stadium, bij gebreke van gegevens

- betreffende de LRAIC, de best beschikbare bron ter berekening van de marge-utholling (overweging 875 van het bestreden besluit). Op deze grondslag heeft de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar vastgesteld dat een even efficiënte concurrent met toegang tot het aansluitnetwerk van verzoekster met aanzienlijke negatieve marges zou worden geconfronteerd, indien hij had geprobeerd de retailportefeuille van verzoekster in de jaren 2005-2010 te repliceren (punten 1203 en 1222 van de mededeling van punten van bezwaar).
- 186 Wat in de eerste plaats de grief van verzoekster aangaat dat zij niet is gehoord in verband met de beginselen, methodologie en gegevens betreffende de berekening van de LRAIC, moet worden geconstateerd dat verzoekster in de gelegenheid is gesteld om te reageren op de argumenten in de mededeling van punten van bezwaar en dat zij ruimschoots gebruik heeft gemaakt van deze mogelijkheid. Zo heeft zij in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar, op basis van het consultancy-rapport een op de actuele kosten gebaseerde boekhoudmethode gepresenteerd, aan de hand van een raming van de downstreamkosten voor de periode 2005-2010 op basis van de gegevens vanaf 2011 (overweging 881 van het bestreden besluit). In het bijzonder heeft verzoekster in dat antwoord gesteld dat bij de berekening van de LRAIC enerzijds een herwaardering van de activa moest plaatsvinden en anderzijds rekening moest worden gehouden met de inefficiënties van haar netwerk voor het breedbandaanbod. Wat met name de inaanmerkingneming van deze inefficiënties betreft, heeft verzoekster een aantal optimaliseringsaanpassingen voorgesteld, te weten (1) vervanging van de bestaande activa door de moderne equivalenten ervan die efficiënter en minder duur zijn (modern asset equivalent), (2) het zoveel mogelijk in stand houden van de technologische coherentie en (3) vermindering van de activa op basis van de daadwerkelijk gebruikte capaciteit in plaats van de geïnstalleerde capaciteit (hierna tezamen: „optimaliseringsaanpassingen”).
- 187 In het bestreden besluit heeft de Commissie ermee ingestemd om onder meer de herwaardering van de activa van verzoekster te betrekken bij haar analyse van de marge-utholling en om, ten aanzien van de specifieke vaste kosten, de bijbehorende en gemeenschappelijke kosten niet mee te tellen. De optimaliseringsaanpassingen heeft zij echter afgewezen (overwegingen 894, 903, 904 en 910 van het bestreden besluit). Derhalve heeft de Commissie in het bestreden besluit andere marges vastgesteld dan die welke zij in de mededeling van punten van bezwaar had berekend.
- 188 Geconstateerd moet echter worden dat de wijzigingen met betrekking tot de berekeningen van de marge-utholling in het bestreden besluit ten opzichte van de mededeling van punten van bezwaar terug te voeren zijn op het feit dat rekening is gehouden met de gegevens en berekeningen die verzoekster zelf in reactie op de mededeling van punten van bezwaar heeft verstrekt. Dit blijkt onder meer uit de overwegingen 910, 945, 963 en 984 van het bestreden besluit. Bovendien blijkt uit de overwegingen 946 (voetnoot 1405) en 1000 van het bestreden besluit dat de Commissie bij de vaststelling van dit besluit rekening heeft gehouden met de actualisering van de berekeningen van de marge-utholling die verzoekster in haar reactie op de letter of facts heeft overgelegd (punt 21 hierboven).
- 189 Wat in de tweede plaats de grief van verzoekster aangaat dat de Commissie de beginselen, methodologie en gegevens inzake de berekening van de LRAIC heeft gewijzigd zonder haar hierover te hebben gehoord, blijkt uit het onderzoek van de mededeling van punten van bezwaar en van het bestreden besluit dat de Commissie om te beginnen geen nieuwe grieven met betrekking tot haar beoordeling van de marge-utholling heeft geuit in het bestreden besluit. In deze beide documenten heeft de Commissie namelijk geoordeeld dat een even efficiënte concurrent met toegang tot het aansluitnetwerk op de wholesalemarkt van verzoekster met aanzienlijke negatieve marges zou worden geconfronteerd indien hij de breedbanddienstenportefeuille van verzoekster aanbod via het aansluitnetwerk (punt 1203 van de mededeling van punten van bezwaar en overweging 1023 van het bestreden besluit). In beide documenten heeft de Commissie geoordeeld dat dit zelfs het geval zou zijn indien rekening werd gehouden met de aanvullende diensten van een downstreamportefeuille, te weten spraakdiensten, internettelevisiediensten (IPTV) en multiplaydiensten (punt 1222 van de mededeling van punten van bezwaar en overweging 1023 van het bestreden besluit). Voorts zij

opgemerkt dat de Commissie in het bestreden besluit uitgaat van een kortere duur van de inbreuk dan in de mededeling van punten van bezwaar. In beide documenten was de aanvangsdatum van de inbreuk namelijk 12 augustus 2005, terwijl de einddatum van de inbreuk 8 mei 2012 was in de mededeling van punten van bezwaar (punt 1546 van de mededeling van punten van bezwaar) en 31 december 2010 in het bestreden besluit (overweging 1516 van het bestreden besluit). Wat tot slot de methode ter berekening van de marges aangaat, heeft de Commissie zich in beide documenten gebaseerd op de LRAIC. Zo heeft zij zowel in de punten 996 tot en met 1002 van de mededeling van punten van bezwaar als in de overwegingen 860 en 861 van het bestreden besluit de richtsnoeren voor de berekening van de kosten op basis van de LRAIC uiteengezet.

190 Wat meer in het bijzonder de methode ter berekening van de marges aangaat, zij opgemerkt dat de Commissie in het stadium van de mededeling van punten van bezwaar dezelfde methode heeft toegepast als in het stadium van het bestreden besluit. Om te beginnen staan namelijk in de tabellen 48 en 78 tot en met 80 van de mededeling van punten van bezwaar en de tabellen 21 tot en met 24 van het bestreden besluit de wholesaletarieven voor de toegang tot het aansluitnetwerk vermeld. Niettemin heeft de Commissie zich de moeite getroost om in de overwegingen 935 tot en met 938 van het bestreden besluit toe te lichten waarom er volgens haar een verschil bestond tussen de door verzoekster meegedeelde cijfers en de cijfers die voorkomen in de door haar gemaakte berekeningen. Ten tweede zij opgemerkt dat tabel 81 van de mededeling van punten van bezwaar overeenkomt met tabel 25 van het bestreden besluit, want beide tabellen vermelden de netwerkkosten. Tabel 25 is gebaseerd op de gegevens die verzoekster heeft verstrekt in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar. Ten derde zij erop gewezen dat tabel 82 van de mededeling van punten van bezwaar overeenkomt met tabel 26 van het bestreden besluit, waarin de doorlopende ISP-kosten (Internet Service Provider) staan vermeld. De berekeningen van deze kosten zijn gebaseerd op de door verzoekster verstrekte gegevens. Bovendien reageert de Commissie in de overwegingen 964 en 697 van het bestreden besluit op de argumenten die verzoekster dienaangaande heeft aangevoerd in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar. Ten vierde moet worden opgemerkt dat tabel 83 van de mededeling van punten van bezwaar en tabel 27 van het bestreden besluit betrekking hebben op de installatiekosten van het aansluitnetwerk en identiek zijn. Ten vijfde hebben zowel tabel 86 van de mededeling van punten van bezwaar als de tabellen 29 en 30 van het bestreden besluit betrekking op de afschrijvingen van de kosten van abonneewerving, waarbij tabel 29 uitgaat van een afschrijvingsperiode van drie jaar en tabel 30 van een afschrijvingsperiode van vier jaar, overeenkomstig het voorstel van verzoekster in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar. Ten zesde moet worden geconstateerd dat tabel 87 van de mededeling van punten van bezwaar identiek is aan tabel 31 van het bestreden besluit, wat betreft de opbrengsten van de gebundelde diensten van DSL-toegang en Internet-DSL van verzoekster. Ten zevende moet worden onderstreept dat de uitkomsten van de berekeningen van de marge-utholling zijn opgenomen in tabel 88 van de mededeling van punten van bezwaar en in de tabellen 32 en 33 van het bestreden besluit, waarbij tabel 32 is gebaseerd op een afschrijving over drie jaar en tabel 33 op een afschrijving over vier jaar.

191 Hieruit volgt dat de door de Commissie gehanteerde methode en beginselen om de marges van verzoekster te onderzoeken, in wezen identiek waren in de mededeling van punten van bezwaar en het bestreden besluit. Derhalve moet de grief van verzoekster dat de Commissie deze methoden en beginselen vóór de vaststelling van het bestreden besluit heeft gewijzigd, zonder haar hierover te hebben gehoord, worden afgewezen.

192 De aan de berekeningen van de marges ten grondslag liggende gegevens waren in het stadium van de mededeling van punten van bezwaar weliswaar gebaseerd op de „UCN”-tabellen, die de volledig toegewezen kosten (fully allocated costs) weergaven – zoals reeds uiteengezet in de overwegingen 875 tot en met 877 van het bestreden besluit –, maar blijktens de overwegingen 885 tot en met 894 van dit besluit heeft de Commissie ingestemd met de aanpassingen die verzoekster heeft doorgevoerd met betrekking tot de op de actuele kosten gebaseerde boekhoudmethode. De Commissie heeft de in dit verband door verzoekster voorgestelde aanpassingen dus in aanmerking genomen en de kosten van de

netwerkactiva gewijzigd, teneinde tot een meer accurate raming van de kosten van een even efficiënte concurrent te komen. Deze inaanmerkingneming was juist bedoeld om te voldoen aan de hierboven in punt 183 genoemde vereisten, en het recht van partijen om tijdens de administratieve procedure te worden gehoord vereiste dus niet dat hun opnieuw de mogelijkheid werd geboden om vóór de vaststelling van het bestreden besluit hun standpunt over de margeberekeningen kenbaar te maken.

- 193 Gelet op het voorgaande moet het eerste onderdeel betreffende procedurefouten bij de berekening van de LRAIC worden afgewezen.

b) Tweede onderdeel: onmogelijkheid om in de loop van de administratieve procedure een standpunt te bepalen ten aanzien van de benadering die bij de berekening van verzoeksters kosten is gehanteerd om het bestaan van een in een marge-uitholling resulterende praktijk te beoordelen, en waarbij van meerdere perioden is uitgegaan (meerjarenbenadering)

- 194 Verzoekster onderstreept dat de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar een methode heeft gehanteerd waarbij de kosten op jaarbasis werden berekend, waarbij geen rekening werd gehouden met de in 2005 vastgestelde positieve marge, terwijl in het bestreden besluit is gekozen voor een benadering waarbij het onderzoek betrekking had op verschillende perioden (meerjarenbenadering). Door verzoekster niet in de gelegenheid te stellen haar opmerkingen over deze benadering kenbaar te maken, heeft de Commissie haar rechten van verdediging geschonden. Verzoekster meent dat, in tegenstelling tot wat de Commissie heeft betoogd, uit het antwoord op de mededeling van punten van bezwaar niet kan worden afgeleid dat zij zelf de benadering op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering) heeft voorgesteld. Integendeel, verzoekster heeft de actualiseringsmethode [ofwel „discounted-cash-flow-analyse”]] voorgesteld, die bovendien ook door de Commissie is toegepast in haar beschikking C(2007) 3196 final van 4 juli 2007 inzake een procedure op grond van artikel 82 [EG] (zaak COMP/38.784 — Wanadoo España tegen Telefónica). De discounted-cash-flow-analyse wordt naar haar mening gerechtvaardigd door de duur van een klantabonnement of de looptijd van een contract.
- 195 Verzoekster betoogt verder nog dat de Commissie in het kader van de discounted-cash-flow-analyse niet voor 2005 als begindatum en 2010 als einddatum van haar beoordeling had mogen kiezen alleen maar omdat deze periode overeenkwam met de periode die zij heeft onderzocht in het kader van de zogenoemde periodegewijze methode.
- 196 Concreet leidt de in het bestreden besluit gehanteerde benadering op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering) tot de vaststelling van een positieve marge voor het jaar 2005 en tot een langere periode waarin misbruik zou zijn gepleegd dan in de mededeling van punten van bezwaar staat vermeld. Volgens verzoekster heeft de Commissie deze positieve marge buiten beschouwing gelaten door in overweging 998 van het bestreden besluit te stellen dat een marktbetreding gedurende vier maanden in de loop van het jaar 2005 niet als een „duurzame” marktbetreding kon worden beschouwd. Door de wijziging van de benadering tussen de mededeling van punten van bezwaar en het bestreden besluit is een positieve marge in één jaar getransformeerd in een negatieve marge, doordat de daaropvolgende jaren zijn geselecteerd en is geconcludeerd dat het netto rekenkundig verschil globaal negatief uitviel. De toepassing van de benadering op basis van meerdere perioden (meerjarenmethode) maakt het voor een onderneming met een machtspositie dus onmogelijk om de uitkomst van de toepassing van een dergelijke benadering in te schatten. Bovendien leidt de benadering op basis van meerdere perioden (meerjarenmethode) ook tot willekeur, omdat een of meerdere perioden tegelijkertijd zowel positieve als negatieve marges kunnen hebben, afhankelijk van de jaren die in het kader van deze benadering in aanmerking worden genomen.
- 197 De Commissie betwist de argumenten van verzoekster en concludeert tot afwijzing van het onderhavige onderdeel.

- 198 In wezen verwijt verzoekster de Commissie in dit verband dat zij de benadering op basis van meerdere perioden (meerjarenmethode) heeft gebruikt om de in de mededeling van punten van bezwaar vermelde inbreukperiode te verlengen en dat zij de rechten van verdediging van verzoekster heeft geschonden door haar niet de mogelijkheid te bieden opmerkingen over deze benadering te maken.
- 199 Onderstreept moet worden dat de Commissie in punt 1012 van de mededeling van punten van bezwaar aanvankelijk te kennen had gegeven dat zij voornemens was de zogeheten periodegewijze benadering (van jaar tot jaar) toe te passen bij het onderzoek van de marges van verzoekster. De berekeningen van de marge-uthollingen in de punten 1175 tot en met 1222 van de mededeling van punten van bezwaar zijn in de betrokken periode geschied van jaar tot jaar. In het bestreden besluit heeft de Commissie, teneinde de eventuele marge-utholling te beoordelen, geopteerd voor de zogeheten periodegewijze benadering (van jaar tot jaar), die erin bestond om de winsten of verliezen over perioden van één jaar (overweging 851 van het bestreden besluit) te bepalen. De samenvatting van de uitkomsten van deze analyse is te vinden in de overwegingen 1007 tot en met 1012 van het bestreden besluit, waaruit blijkt dat de Commissie haar conclusies baseert op de zogeheten periodegewijze benadering (van jaar tot jaar).
- 200 In punt 1281 van haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar heeft verzoekster niettemin bezwaar gemaakt tegen het exclusieve gebruik van de periodegewijze benadering (van jaar tot jaar), die door de Commissie was gehanteerd in de mededeling van punten van bezwaar. Zij heeft namelijk in wezen betoogd dat exploitanten in de telecommunicatiesector hun mogelijkheid om een redelijke winst te behalen over een langere periode dan een jaar bezien. Zo heeft zij met name voorgesteld om het onderzoek naar een marge-utholling aan te vullen met een analyse die zich uitstrekt over verschillende perioden en waarin de totale marge over een reeks jaren wordt beoordeeld.
- 201 Zoals uit overweging 859 van het bestreden besluit blijkt, heeft de Commissie besloten om aanvullend een benadering op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering) te hanteren, teneinde tegemoet te komen aan dit bezwaar en te bezien of deze benadering tot een andere conclusie zou leiden dan haar conclusie dat de tarieven voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van verzoekster die deze in de jaren 2005-2010 aan alternatieve exploitanten in rekening heeft gebracht, tot een utholling van de marges hebben geleid.
- 202 In het kader van dit aanvullende onderzoek, waarvan de uitkomst is te vinden in de overwegingen 1013 en 1014 van het bestreden besluit, heeft de Commissie met betrekking tot elke dienstenportefeuille een totale negatieve marge vastgesteld voor enerzijds de periode 2005-2010 (tabel 39 in overweging 1013 van het bestreden besluit) en anderzijds de periode 2005-2008 (tabel 40 in overweging 1014 van het bestreden besluit). De Commissie heeft hieruit in overweging 1015 van het bestreden besluit afgeleid dat de analyse op basis van meerdere perioden niet tot een andere conclusie leidde dan de periodegewijze analyse, namelijk dat er sprake was van een utholling van de marges.
- 203 Uit het voorgaande vloeit voort dat in het kader van de vaststelling van de marges van verzoekster in het bestreden besluit de analyse op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering) tegemoetkwam aan de bedenkingen die verzoekster in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar had geuit tegen de periodegewijze methode (van jaar tot jaar) ter berekening van de marges. Voorts was de analyse op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering) van de marges voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van verzoekster in het bestreden besluit bedoeld als een aanvulling op de periodegewijze analyse (van jaar tot jaar). Bovendien zag de Commissie zich door de aanvullende analyse op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering) gesteund in haar vaststelling dat sprake was van een marge-utholling op de Slowaakse markt voor breedbandinternetdiensten tussen 12 augustus 2005 en 31 december 2010.

- 204 Derhalve heeft de analyse op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering), zoals de Commissie in wezen stelt, niet tot gevolg gehad dat aan verzoekster feiten ten laste zijn gelegd waarover zij zich tijdens de administratieve procedure niet heeft kunnen uitspreken doordat de aard van de jegens haar geuite punten van bezwaar werd gewijzigd; er heeft slechts een aanvullende analyse plaatsgevonden van de marge-utholling die voortvloeide uit de tarieven die verzoekster voor de ontbundelde toegang tot haar aansluitnetwerk in rekening bracht, in het licht van de bedenkingen die verzoekster in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar naar voren had gebracht.
- 205 Wat betreft het argument dat de Commissie de analyse op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering) heeft gebruikt om de inbreukperiode vast te stellen en om voor 2005 een aanvankelijk positieve marge te vervangen door een negatieve marge, moet worden opgemerkt dat de Commissie naar aanleiding van de periodegewijze analyse (van jaar tot jaar) reeds tot de conclusie was gekomen dat een concurrent die even efficiënt was als verzoekster tussen 12 augustus 2005 en 31 december 2010 niet op winstgevende wijze de breedbanddiensten omvattende retailportefeuille van verzoekster had kunnen repliceren (overweging 1012 van het bestreden besluit). Uit met name overweging 998 van het bestreden besluit blijkt dat volgens de Commissie het bestaan van een positieve marge tussen augustus en december 2005 geen beletsel vormde om deze periode op te nemen in de inbreukperiode waarin sprake was van een marge-utholling, aangezien exploitanten hun mogelijkheid om winst te behalen over een langere periode bezien. Met andere woorden, de Commissie heeft de duur van de in een marge-utholling resulterende praktijk bepaald op basis van de periodegewijze benadering (van jaar tot jaar), terwijl de benadering op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering) slechts aanvullend is toegepast. Hoe dan ook moet worden geconstateerd dat dit argument in werkelijkheid strekt tot betwisting van de gegrondheid van deze benadering en dus niet kan worden beschouwd als een valide argument tot staving van een vermeende schending van de rechten van verdediging van verzoekster. In werkelijkheid heeft deze grief betrekking op een meningsverschil over de methode die de Commissie heeft toegepast om te constateren dat in de periode van 12 augustus tot en met 31 december 2005 sprake was van een utholling van de marges.
- 206 Aangaande het argument van verzoekster dat de methode ter berekening van de marge-utholling die de Commissie in het kader van dit aanvullende onderzoek heeft toegepast, niet overeenkwam met de methode die verzoekster in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar had voorgesteld en die volgens haar was gebaseerd op de beschikkingspraktijk van de Commissie, volgt uit de punten 1498 tot en met 1500 dat verzoekster heeft voorgesteld om de „gecumuleerde winst” over de periode van 2005 tot en met 2008 te berekenen. De Commissie heeft er echter op gewezen dat de door verzoekster voorgestelde analyse op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering) niet hetzelfde was als de retrospectieve discounted-cash-flow-analyse, die gebaseerd was op andere inputgegevens en een andere methodologie (overweging 858 van het bestreden besluit). Zij heeft niettemin nota genomen van verzoeksters suggestie om een analyse op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering) te verrichten, en aanvullend een (meerjaren)onderzoek op basis van meerdere perioden verricht door in overweging 1013 van het bestreden besluit (tabel 39) de gecumuleerde winst over de periode van 2005 tot en met 2010 te analyseren en in overweging 1014 van dit besluit (tabel 40) de gecumuleerde winst over de periode van 2005 tot en met 2008.
- 207 Uit de hierboven in punt 183 aangehaalde rechtspraak volgt dat de Commissie, om verzoeksters recht om te worden gehoord te eerbiedigen, bij de vaststelling van het bestreden besluit enkel rekening hoefde te houden met de kritiek betreffende de methode ter berekening van de marges die verzoekster had geuit in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar. Dit recht hield echter geenszins in dat de Commissie noodzakelijkerwijs tot dezelfde uitkomst moest komen als die welke verzoekster voor ogen stond toen zij haar kritiek uitte, te weten de constatering dat er tussen 12 augustus 2005 en 31 december 2010 geen marge-utholling had plaatsgevonden.

- 208 Wat tot slot het document met de margeberekeningen betreft dat de Commissie tijdens de bijeenkomst over de stand van het dossier op 16 september 2014 heeft overgelegd, stelt verzoekster in wezen dat zij te laat in kennis is gesteld van dit document, omdat de Commissie had aangekondigd dat het bestreden besluit in voorbereiding was, en dat de Commissie zich genoodzaakt voelde haar eindberekeningen van de marges te onthullen alvorens het bestreden besluit tot haar te richten.
- 209 Opgemerkt zij echter dat de Commissie om de hierboven in de punten 183 en 199 tot en met 204 uiteengezette redenen niet verplicht was haar eindberekeningen van de marges bekend te maken voordat zij het bestreden besluit tot verzoekster richtte. Het feit dat zij een „evaluatiebijeenkomst” over de stand van het dossier heeft georganiseerd, doet hieraan evenmin af. Zoals de Commissie namelijk in haar memories en ter terechtzitting heeft betoogd, worden dergelijke bijeenkomsten tussen de Commissie en de aan een onderzoek onderworpen partijen belegd uit een oogpunt van behoorlijk bestuur en transparantie en om hen te informeren over de voortgang van de procedure. Deze „evaluatiebijeenkomsten” verschillen echter van en dienen ter aanvulling op de formele bijeenkomsten die ingevolge verordening nr. 1/2003 en verordening nr. 773/2004 zijn vereist. De omstandigheid dat de Commissie op 16 september 2014 een bijeenkomst over de stand van het dossier heeft belegd, wettigt dus niet de conclusie dat zij verplicht was om verzoekster bij die gelegenheid haar opmerkingen over het onderzoek van de marges te laten maken, temeer daar verzoekster was geïnformeerd over alle elementen die relevant waren voor de door de Commissie gemaakte margeberekening, en de mogelijkheid had gekregen om vóór de vaststelling van het bestreden besluit haar opmerkingen kenbaar te maken.
- 210 Hieruit volgt dat het tweede onderdeel van het tweede middel, en daarmee het tweede middel in zijn geheel, moet worden afgewezen.

3. Derde middel: fouten bij de vaststelling van de marge-utholling

- 211 Met haar derde middel betoogt verzoekster in wezen dat de Commissie ten onrechte heeft vastgesteld dat er sprake was van een in een marge- utholling resulterende praktijk. Dit middel bestaat uit twee onderdelen. Het eerste onderdeel houdt in dat geen rekening is gehouden met de door verzoekster bij de berekening van de LRAIC voorgestelde optimaliseringsaanpassingen. Het tweede onderdeel is ontleend aan een berekeningsfout die de Commissie ten aanzien van de marge-utholling zou hebben gemaakt door de opbrengsten en de kosten over de gehele inbreukperiode te consolideren, en aan schending van het rechtszekerheidsbeginsel.

a) Eerste onderdeel: bij de berekening van de LRAIC is geen rekening gehouden met de optimaliseringsaanpassingen

- 212 Tot staving van het eerste onderdeel van haar derde middel bekritiseert verzoekster het feit dat de Commissie in de overwegingen 895 en 903 van het bestreden besluit heeft geweigerd om in te stemmen met de optimaliseringsaanpassingen die zij in het kader van de berekening van de marge-utholling heeft voorgesteld. Had de Commissie dit wél gedaan, dan zouden de bij de berekening van de marge-utholling gebruikte upstreamkosten lager zijn uitgevallen. Derhalve acht verzoekster de door de Commissie in de overwegingen 894, 900 tot en met 902 van het bestreden besluit aangevoerde rechtvaardigingsgronden voor deze weigering onjuist. Zo heeft de Commissie de werkelijke downstreamkosten van verzoekster overschat, wat dus belangrijke gevolgen heeft gehad voor de conclusies met betrekking tot de marge-utholling, omdat er in 2005 en 2007 geen marge-utholling heeft plaatsgevonden.
- 213 Volgens verzoekster behelsden haar voorstellen geen aanvullende aanpassingen, maar ging het om haar berekening van de LRAIC. De benadering van de Commissie was inconsistent. Enerzijds stemde zij namelijk in met de op de actuele kosten gebaseerde boekhoudmethode maar anderzijds wees zij de optimaliseringsaanpassingen af, die conform de berekening van de LRAIC waren. Aangaande de

aanpassingen van de netwerkkosten merkt verzoekster op dat deze aanpassingen, die noodzakelijk zijn om de LRAIC te kunnen ramen, rekening houden met een bepaald niveau aan reservecapaciteit die in de vereisten voor de retailbreedbanddiensten is vervat.

- 214 Deze benadering vindt volgens haar steun in de rechtspraak. Met een beroep op de arresten van 17 februari 2011, *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83), en 10 april 2008, *Deutsche Telekom/Commissie* (T-271/03, EU:T:2008:101), herinnert verzoekster eraan dat het in bepaalde omstandigheden aanbeveling verdient om uit te gaan van de kosten van de concurrenten in plaats van die van de onderneming met een machtspositie in aanmerking te nemen. Dit zou in casu het geval zijn, omdat verzoekster geen vlotte toegang had tot gegevens ten behoeve van de vaststelling van de LRAIC.
- 215 De Commissie betwist dit betoog van verzoekster.
- 216 In wezen verwijt verzoekster de Commissie dat zij een fout heeft gemaakt bij de berekening van de LRAIC door in de overwegingen 895 tot en met 903 van het bestreden besluit te weigeren deze aan te passen aan het niveau van de kosten die een efficiënte exploitant zou hebben gemaakt bij het uitrollen van een optimaal netwerk dat aan de huidige en toekomstige vraag kan voldoen, op basis van de gegevens die beschikbaar waren op het moment van de beoordeling door de Commissie.
- 217 Zo heeft verzoekster, zoals aangegeven in punt 186 hierboven, in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar, op basis van het consultancyrapport een boekhoudmethode op basis van de actuele kosten voorgesteld aan de hand van een raming van de downstreamkosten voor de periode 2005-2010 op basis van de gegevens vanaf 2011 (overweging 881 van het bestreden besluit). Met name heeft verzoekster in dit antwoord gesteld dat bij de berekening van de LRAIC enerzijds een herwaardering van de activa moest plaatsvinden en anderzijds rekening moest worden gehouden met de inefficiënties van haar netwerk voor het breedbandaanbod. Onder meer om deze inefficiënties in aanmerking te nemen, heeft verzoekster de hierboven in punt 186 beschreven optimaliseringsaanpassingen voorgesteld.
- 218 In haar eigen berekeningen van de LRAIC heeft verzoekster dus de kapitaalkosten van de activa en hun afschrijvingswaarde in de jaren 2005-2010, alsook de operationele kosten van deze activa aangepast aan de hand van de gewogen gemiddelde aanpassingscoëfficiënt zoals berekend door de opsteller van het consultancyrapport voor 2011 (overweging 897 van het bestreden besluit). Verzoekster heeft betoogd dat de voorgestelde optimaliseringsaanpassingen de in de elementen van voornoemd netwerk vastgestelde reservecapaciteit weerspiegelden, te weten activa die uit het netwerk waren verwijderd omdat zij niet voor productieve doeleinden werden gebruikt, maar die nog niet door haar waren verkocht (overweging 898 van het bestreden besluit).
- 219 De Commissie heeft niettemin geweigerd deze optimaliseringsaanpassingen in het bestreden besluit door te voeren.
- 220 Wat in de eerste plaats de vervanging van de bestaande activa door hun modernere equivalenten betreft, heeft de Commissie in overweging 900 van het bestreden besluit aangegeven dat een dergelijke vervanging niet kon worden toegestaan, omdat dit zou neerkomen op een aanpassing van de kosten zonder overeenkomstige aanpassing van de afschrijvingen. De Commissie heeft dienaangaande verwezen naar de overwegingen 889 tot en met 893 van het bestreden besluit, waarin zij haar twijfel heeft geuit omtrent de door verzoekster voorgestelde aanpassing van de kosten van de activa voor de periode 2005-2010. Voorts heeft de Commissie in overweging 901 van het bestreden besluit overwogen dat een dergelijke vervanging van de bestaande activa niet strookte met het beginsel van de even efficiënte concurrent. Volgens haar is namelijk in de rechtspraak bevestigd dat het misbruikarakter van de tariefpraktijken van een exploitant met een machtspositie in beginsel moet worden bepaald aan de hand van zijn eigen situatie. In casu zou de door verzoekster voorgestelde aanpassing van de LRAIC zijn gebaseerd op een geheel van hypothetische activa in plaats van op dezelfde activa als die welke deze exploitant in zijn bezit heeft.

- 221 In de tweede plaats heeft de Commissie met betrekking tot de inaanmerkingneming van de overtollige capaciteit van de netwerken op basis van de „daadwerkelijk” gebruikte capaciteit in overweging 902 van het bestreden besluit in wezen opgemerkt dat investeringen worden gedaan op basis van een raming van de vraag, zodat het in het kader van een onderzoek achteraf onvermijdelijk is dat een bepaalde capaciteit soms onbenut blijft.
- 222 Geen van de grieven die verzoekster met betrekking tot dit onderdeel van het bestreden besluit heeft geuit, kan worden aanvaard.
- 223 Om te beginnen stelt verzoekster ten onrechte dat er sprake is van een tegenstrijdigheid tussen de afwijzing van de optimaliseringsaanpassingen van de LRAIC en het feit dat de Commissie in overweging 894 van het bestreden besluit heeft ingestemd met de door haar voorgestelde herwaardering van de activa. Verzoekster kan evenmin betogen dat de Commissie de door haar voorgestelde optimaliseringsaanpassingen had moeten accepteren omdat de Commissie daarvoor niet over betrouwbare historische gegevens beschikte, net zo min als voor de herwaardering van de activa.
- 224 De herwaardering van de activa was namelijk gebaseerd op de activa die verzoekster in 2011 in haar bezit had. Blijkens de overwegingen 885 tot en met 894 van het bestreden besluit heeft de Commissie met betrekking tot deze herwaardering onderstreept dat zij niet over gegevens beschikte die een betere weergave vormden van de marginale kosten van de breedbandactiva voor de periode 2005-2010. Om deze reden heeft de Commissie de door verzoekster voorgestelde herwaardering van haar bestaande activa betrokken in haar analyse van de marge-utholling in het bestreden besluit. De Commissie heeft echter gepreciseerd dat deze herwaardering tot een onderwaardering van de downstreamkosten van de activa kon leiden.
- 225 Ter vergelijking: volgens overweging 895 van het bestreden besluit bestonden de door verzoekster voorgestelde optimaliseringsaanpassingen erin 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. Deze aanpassingen 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 verzoekster weerspiegelt.
- 226 Hieruit volgt 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 verzoekster voorgestelde herwaardering van de activa. Bovendien veronderstelde de inaanmerkingneming door de Commissie van de door verzoekster voorgestelde herwaardering van de bestaande activa, wegens het ontbreken van andere, meer betrouwbare gegevens over de LRAIC van deze exploitant, niet noodzakelijkerwijs dat de Commissie instemde met de optimaliseringsaanpassingen van de LRAIC. De Commissie was dus gerechtigd om de vervanging van de bestaande activa door hun modernere equivalenten anders te behandelen dan de door verzoekster voorgestelde herwaardering van de activa.
- 227 In de tweede plaats kan verzoekster niet worden gevolgd waar zij de conclusie in overweging 901 van het bestreden besluit betwist dat de optimaliseringsaanpassingen ertoe zouden leiden dat de LRAIC werden berekend op basis van de activa van een hypothetische concurrent in plaats van op basis van haar eigen activa.
- 228 Dienaangaande zij herinnerd aan de vaste rechtspraak dat voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het door een onderneming met een machtspositie gevoerde prijsbeleid in het licht van artikel 102 VWEU in beginsel prijscriteria dienen te worden gehanteerd die gebaseerd zijn op de kosten en de strategie van de onderneming met de machtspositie (zie arrest van 17 februari 2011, Teliasonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak; arrest van 29 maart 2012,

Telefónica en Telefónica de España/Commissie, T-336/07, EU:T:2012:172, punt 190; zie ook in die zin arrest van 10 april 2008, Deutsche Telekom/Commissie, T-271/03, EU:T:2008:101, punt 188 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 229 Wat met name een in een marge-utholling resulterende tariefpraktijk betreft, kan aan de hand van dergelijke analysecriteria worden nagegaan of deze onderneming, overeenkomstig het hierboven in punt 108 vermelde criterium van de even efficiënte concurrent, voldoende efficiënt zou zijn geweest om haar retaildiensten zonder verlies aan de eindgebruikers aan te bieden, indien zij vooraf haar eigen groothandelsprijzen voor de diensten die zij op intermediair niveau verstrekt, had moeten betalen (arresten van 14 oktober 2010, Deutsche Telekom/Commissie, C-280/08 P, EU:C:2010:603, punt 201; 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punt 42, en 29 maart 2012, Telefónica en Telefónica de España/Commissie, T-336/07, EU:T:2012:172, punt 191).
- 230 Een dergelijke aanpak is des te meer gerechtvaardigd, omdat zij eveneens in overeenstemming is met het algemene beginsel van rechtszekerheid, aangezien de onderneming met een machtspositie, door haar kosten in aanmerking te nemen, de rechtmatigheid van haar eigen gedrag kan beoordelen in het licht van de bijzondere verantwoordelijkheid die krachtens artikel 102 VWEU op haar rust. Een onderneming met een machtspositie kent immers wel haar eigen kosten en tarieven, maar in beginsel niet die van haar concurrenten (arresten van 14 oktober 2010, Deutsche Telekom/Commissie, C-280/08 P, EU:C:2010:603, punt 202; 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punt 44, en 29 maart 2012, Telefónica en Telefónica de España/Commissie, T-336/07, EU:T:2012:172, punt 192).
- 231 Weliswaar heeft het Hof in de punten 45 en 46 van het arrest van 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), gepreciseerd dat niet kan worden uitgesloten dat de kosten en de prijzen van de concurrenten relevant kunnen zijn bij het onderzoek van de in een marge-utholling resulterende praktijk, maar uit dit arrest volgt dat slechts wanneer het, gelet op de omstandigheden, onmogelijk is zich op de prijzen en kosten van de onderneming met een machtspositie te baseren, die van de concurrenten op dezelfde markt moeten worden onderzocht, hetgeen in casu niet door verzoekster is gesteld (zie naar analogie arrest van 29 maart 2012, Telefónica en Telefónica de España/Commissie, T-336/07, EU:T:2012:172, punt 193).
- 232 In casu strekte de vervanging van de bestaande activa door hun modernere equivalenten ertoe 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 (overweging 900 van het bestreden besluit). Deze vervanging zou ertoe hebben geleid dat de marge-utholling werd berekend op basis van hypothetische activa, dat wil zeggen activa die niet overeenkomen met die welke verzoekster in haar bezit had. De kosten in verband met de activa van verzoekster zouden daardoor te laag worden gewaardeerd (overwegingen 893 en 900). Daarnaast zou de inaanmerkingneming van de overtollige capaciteit van de netwerken op basis van de „daadwerkelijk” gebruikte capaciteit tot resultaat hebben gehad dat de activa van verzoekster die niet voor productiedoeleinden werden gebruikt, buiten beschouwing bleven (zie punt 218 hierboven).
- 233 Gelet op de hierboven in de punten 228 tot en met 231 aangehaalde beginselen kon de Commissie dus op goede gronden concluderen dat de door verzoekster voorgestelde optimaliseringsaanpassingen van de LRAIC bij de berekening van de marge-utholling ertoe zouden hebben geleid dat werd afgeweken van de kosten die deze exploitant zelf tussen 12 augustus 2005 en 31 december 2010 had gedragen.
- 234 Ten slotte kan verzoekster niet worden gevolgd in haar betoog dat de Commissie in het bestreden besluit het beginsel heeft geschonden dat het onderzoek van een marge-utholling moet worden gebaseerd op een efficiënte concurrent, door te overwegen dat het onvermijdelijk is dat een bepaalde capaciteit bij tijd en wijle onbenut blijft (overweging 902 van het bestreden besluit). Uit de hierboven in de punten 230 en 231 aangehaalde beginselen vloeit namelijk voort dat het onderzoek van een in een marge-utholling resulterende tariefpraktijk in wezen neerkomt op de beoordeling van de vraag of

een even efficiënte concurrent als de exploitant met een machtspositie de betrokken diensten anders dan tegen verlies kon aanbieden aan de eindgebruikers. Dit onderzoek wordt dus niet verricht in relatie tot een exploitant die tegen de achtergrond van de ten tijde van die praktijk heersende marktomstandigheden volkomen efficiënt is. Indien de Commissie de optimaliseringsaanpassingen in verband met de overtollige capaciteit had aanvaard, zouden de berekeningen van de LRAIC van verzoekster de kosten hebben weerspiegeld van een optimaal netwerk dat aansluit bij de vraag en niet te lijden heeft onder de inefficiënties van het netwerk van deze exploitant, dat wil zeggen de kosten van een concurrent die efficiënter is dan verzoekster. Ofschoon in casu vaststaat dat een deel van de relevante activa van verzoekster tussen 12 augustus 2005 en 31 december 2010 onbenut is gebleven, heeft de Commissie dus geen fouten gemaakt door dit deel van de activa, met andere woorden de overtollige capaciteit, op te nemen in de berekening van de LRAIC.

- 235 Het is dan ook terecht dat de Commissie de optimaliseringsaanpassingen heeft afgewezen en haar analyse betreffende het misbruikarakter van de tariefpraktijken van verzoekster met name heeft gebaseerd op de kosten van deze exploitant.
- 236 In de derde plaats is, anders dan verzoekster stelt, de afwijzing van de optimaliseringsaanpassingen niet in strijd met hetgeen in de arresten van 17 februari 2011, *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83), en 10 april 2008, *Deutsche Telekom/Commissie* (T-271/03, EU:T:2008:101), is overwogen, namelijk dat het aanbeveling kan verdienen om de kosten van de concurrenten in aanmerking te nemen in plaats van die van de onderneming met een machtspositie.
- 237 In de zaak die heeft geleid tot het arrest van 10 april 2008, *Deutsche Telekom* (T-271/03, EU:T:2008:101, punt 210), vormden de betrokken opzeggingskosten namelijk wholesalevergoedingen die de onderneming met een machtspositie aan haar concurrent in rekening bracht, en maakten zij deel uit van de totale kosten van deze concurrent. Deze kosten moesten derhalve worden opgenomen in de berekening van de kosten van een even efficiënte concurrent. Deze kosten verschilden van een projectie of een model van een optimaal netwerk, die niet de marginale kosten van de bestaande activa van verzoekster weerspiegelden (zie punt 225 hierboven).
- 238 Daarnaast volgt uit het arrest van 17 februari 2011, *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83), zoals in de punten 230 en 231 hierboven is overwogen, dat uitsluitend wanneer het in het licht van de omstandigheden niet mogelijk is om zich te baseren op de prijzen en kosten van de onderneming met een machtspositie, die van de concurrenten op dezelfde markt moeten worden onderzocht. Dit is in casu echter niet het geval, aangezien de kosten van de activa van verzoekster op basis van een latere herwaardering konden worden bepaald en deze een indicatie opleverden voor de kosten van een even efficiënte concurrent.
- 239 Uit het voorgaande volgt dat het eerste onderdeel van het derde middel ongegrond moet worden verklaard.

b) Tweede onderdeel: onjuiste berekening van de marge-uitholling wegens de consolidatie van de opbrengsten en de kosten over de gehele betrokken periode, en schending van het rechtszekerheidsbeginsel

- 240 Verzoekster komt op tegen de door de Commissie gehanteerde benadering op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering, zoals uiteengezet in overweging 1013 van het bestreden besluit). Volgens haar heeft de Commissie voor deze benadering – die niet terug te vinden is in de mededeling van punten van bezwaar – gekozen om de positieve marges te kunnen ombuigen in negatieve marges. In de administratieve procedure, waar zij de zogeheten periodegewijze benadering (van jaar tot jaar) hanteerde, kwam zij uit op positieve marges. Door echter te opteren voor de benadering op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering), heeft de Commissie de inbreukperiode verlengd. Met name heeft de zogeheten periodegewijze benadering (van jaar tot jaar) ertoe geleid dat voor elk jaar van de periode 2005-2010 negatieve marges zijn vastgesteld. De negatieve marge voor het jaar 2005, zoals

vastgesteld in de mededeling van punten van bezwaar, is in het bestreden besluit echter veranderd in een positieve marge. Op basis van de toepassing van de zogeheten periodegewijze benadering (van jaar tot jaar) was er dus in 2005 in feite geen sprake van een in een marge-utholling resulterende praktijk. Verzoekster concludeert aan de hand van een getalsmatig voorbeeld dat volgens de door de Commissie gehanteerde benadering op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering) een utholling van de marges kon worden vastgesteld over de gehele periode, terwijl dit niet het geval is wanneer elk jaar wordt geconsolideerd.

- 241 De benadering op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering) is naar verzoeksters mening willekeurig en in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel, aangezien de inbreukperiode volledig afhangt van de periode gedurende welke de marges worden gecumuleerd en vergeleken.
- 242 Indien deze fouten werden gecorrigeerd, zou de vaststelling van het bestaan van een in een marge-utholling resulterende praktijk elke grondslag ontberen en zou de Commissie niet hebben voldaan aan haar verplichting om de inbreuk te bewijzen. Bijlage A.21 bij het verzoekschrift toont aan dat er een materieel gebrek kleeft aan de door de Commissie gemaakte analyse van de kosten en opbrengsten.
- 243 Het argument van de Commissie dat het mogelijk is om, ondanks het bestaan van een positieve marge, een in een marge-utholling resulterende praktijk vast te stellen, acht verzoekster in tegenspraak met de rechtspraak. Immers, het juridische criterium om te bepalen of een in een marge-utholling resulterende tariefpraktijk misbruik oplevert in de zin van artikel 102 VWEU, is of de onderneming zelf of een onderneming die even efficiënt is als zijzelf in staat zou zijn geweest haar diensten anders dan tegen verlies aan abonnees aan te bieden. De positieve marge leidt niet noodzakelijkerwijs tot misbruik. De *conditio sine qua non* voor de vaststelling van een in een marge-utholling resulterende praktijk is het bestaan van een negatieve marge bij een even efficiënte concurrent, hetgeen in casu niet is aangetoond voor het jaar 2005.
- 244 Bovendien houdt verzoekster de stelling van de Commissie dat zijzelf de benadering op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering) zou hebben voorgesteld, voor onjuist. In werkelijkheid heeft zij namelijk de in punt 194 hierboven genoemde actualiseringsmethode voorgesteld.
- 245 De Commissie verwijst in de eerste plaats naar de overwegingen 997 en 998 van het bestreden besluit, waaruit blijkt dat zij aan de hand van de zogeheten periodegewijze benadering (van jaar tot jaar) heeft kunnen aantonen dat een even efficiënte concurrent die op de wholesalemarkt gebruikmaakt van de toegang tot het aansluitnetwerk van verzoekster met negatieve marges te kampen had en niet op winstgevende wijze de retailbreedbandportefeuille van verzoekster kon repliceren. Aan deze conclusie doet niet af dat de marge over de laatste vier maanden van 2005 positief was. Pas nadat zij tot deze conclusie was gekomen, heeft de Commissie haar analyse kracht bijgezet door de benadering op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering) toe te passen. Wat de argumenten met betrekking tot de geldigheid van laatstgenoemde benadering betreft, verwijst de Commissie naar de argumenten die zij in het kader van het tweede onderdeel van het tweede middel heeft aangevoerd.
- 246 In de tweede plaats betoogt de Commissie met een beroep op het arrest van 17 februari 2011, *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83, punten 74 en 75), dat ook wanneer de marges positief blijven, sprake kan zijn van een onrechtmatige marge-utholling, indien de praktijken van de onderneming met een machtspositie het de betrokken marktdeelnemers op zijn minst moeilijker kunnen maken om hun activiteiten op de markt uit te oefenen, bijvoorbeeld door een kunstmatige verlaging van de rentabiliteit, voor zover deze praktijken niet economisch gerechtvaardigd zijn. Het feit dat de marge over de laatste vier maanden van 2005 positief was, betekent volgens haar niet automatisch dat het gedrag van verzoekster in die periode geen misbruik oplevert. Integendeel, een dergelijk gedrag levert volgens de Commissie misbruik op indien het tariefbeleid van verzoekster een uitsluitingseffect kon hebben voor concurrenten die minstens zo efficiënt zijn als zijzelf, doordat dit beleid de toegang tot de betrokken markt voor die concurrenten moeilijker of zelfs onmogelijk maakt.

Teneinde te beoordelen of het door een onderneming met een machtspositie gevoerde prijsbeleid rechtmatig is, moet bovendien worden gekeken naar haar strategie, waaruit volgens de Commissie in casu blijkt dat verzoekster wist dat zij prijzen voor de wholesaletoeegang rekende die hoger lagen dan haar gemiddelde inkomsten op het niveau van het aansluitnetwerk, en dat zij bij machte was de marges uit te hollen.

- 247 Wat in de derde plaats de kritiek op de benadering op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering) aangaat, herhaalt de Commissie haar betoog dat de inbreukperiode reeds is vastgesteld aan de hand van de zogeheten periodegewijze benadering. Op basis daarvan heeft zij namelijk geconcludeerd dat deze inbreukperiode een aanvang heeft genomen op 12 augustus 2005. De periode die in aanmerking is genomen in het kader van de benadering op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering), werd bepaald door de inbreukperiode zoals deze reeds was vastgesteld in het kader van de zogeheten periodegewijze benadering. De Commissie stelt voorts dat verzoekster, niettegenstaande het feit dat zij zich bewust was van de tekortkomingen van de benadering op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering), deze benadering heeft voorgesteld in de punten 1388 en 1389 van haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar.
- 248 Ten slotte is de Commissie van mening dat de stelling van verzoekster dat de benadering op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering) zou kunnen uitgaan van de duur van een klantabonnement of de looptijd van een contract, geen steun vindt in de rechtspraak, aangezien in de zaak Telefónica, gelijk in het onderhavige geval, de analyse op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering) betrekking had op ongeveer vijf jaren, hetgeen zowel overeenkwam met de duur van de inbreuk als met de levensduur van de betrokken activa.
- 249 Interveniente onderstreept dat de Commissie bij de berekening van de marge-utholling een zorgvuldige en voor verzoekster gunstig uitvallende benadering heeft gehanteerd, aangezien zij – teneinde puur hypothetische aannames met betrekking tot deze kosten te vermijden – de collocatiekosten niet heeft opgenomen in de LRAIC, waarvan de hoogte niet bekend was bij de alternatieve exploitanten en die voor verzoekster een aanzienlijk deel uitmaakten van de kosten in verband met het aansluitnetwerk.
- 250 Met het tweede onderdeel van haar derde middel verwijt verzoekster de Commissie in wezen dat zij de benadering op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering) uitsluitend heeft toegepast om de inbreukperiode uit te breiden tot de laatste vier maanden van 2005, toen volgens de zogeheten periodegewijze benadering (van jaar tot jaar) sprake was van een positieve marge. Aldus zou de Commissie ten onrechte hebben geconcludeerd dat er in 2005 sprake was van een marge-utholling en het rechtszekerheidsbeginsel hebben geschonden.
- 251 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de Commissie op basis van de zogeheten periodegewijze benadering (van jaar tot jaar) heeft geconcludeerd dat verzoekster de marges vanaf 12 augustus 2005 had uitgehold. Volgens overweging 997 van het bestreden besluit had een analyse met betrekking tot de afzonderlijke jaren van de betrokken periode namelijk uitgewezen dat een even efficiënte concurrent die gebruikmaakte van de wholesaletoeegang tot het aansluitnetwerk van verzoekster te maken had met negatieve marges en de door verzoekster op de retailmarkt aangeboden portefeuille van breedbanddiensten niet op winstgevende wijze kon repliceren. In overweging 998 van het bestreden besluit heeft de Commissie verduidelijkt dat het feit dat er gedurende de laatste vier maanden van 2005 sprake was van een positieve marge, niet afdeed aan deze conclusie, omdat een marktbetreding van vier maanden niet kon worden beschouwd als een duurzame marktbetreding. Volgens de Commissie bezien exploitanten hun mogelijkheid om een redelijk rendement te behalen over een langere periode, die meerdere jaren omvat (overweging 998 van het bestreden besluit). Op grond hiervan heeft de Commissie in overweging 1012 van dit besluit geconcludeerd dat gedurende de periode van 12 augustus 2005 tot en met 31 december 2010 een even efficiënte concurrent als verzoekster de retailportefeuille van deze exploitant niet op winstgevende wijze had kunnen repliceren.

- 252 Zoals echter reeds is overwogen in punt 228 hierboven, moeten voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het door een onderneming met een machtspositie gevoerde prijsbeleid in beginsel prijscriteria worden gehanteerd die gebaseerd zijn op de kosten en de strategie van de onderneming met de machtspositie.
- 253 Wat in het bijzonder een in een marge-uitholling resulterende tariefpraktijk betreft, kan aan de hand van dergelijke analysecriteria worden nagegaan of deze onderneming voldoende efficiënt zou zijn geweest om haar eindgebruikersdiensten zonder verlies aan te bieden, indien zij vooraf haar eigen groothandelsprijzen voor de diensten die zij op intermediair niveau verstrekt, had moeten betalen (zie punt 229 hierboven en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 254 Een dergelijke aanpak is des te meer gerechtvaardigd, omdat zij eveneens in overeenstemming is met het algemene beginsel van rechtszekerheid, aangezien de onderneming met een machtspositie, door haar kosten in aanmerking te nemen, de rechtmatigheid van haar eigen gedrag kan beoordelen in het licht van de bijzondere verantwoordelijkheid die krachtens artikel 102 VWEU op haar rust. Een onderneming met een machtspositie kent immers wel haar eigen kosten en tarieven, maar in beginsel niet die van haar concurrenten. Voorts treft een onrechtmatige uitsluiting ook de potentiële concurrenten van de onderneming met een machtspositie, die door het vooruitzicht van onvoldoende rentabiliteit ervan weerhouden zouden kunnen worden de markt te betreden (zie punt 230 hierboven en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 255 Hieruit volgt dat de Commissie zich bij de vaststelling van de bestanddelen van de praktijk van marge-uitholling in overweging 828 van het bestreden besluit terecht heeft laten leiden door het criterium van de even efficiënte concurrent, op basis van het bewijs dat de onderneming met een machtspositie op basis van de groothandelsprijzen die zij aan haar downstreamconcurrenten berekent en de retailprijs die de downstreambranche van deze onderneming toepast, geen winstgevende downstreamactiviteiten zou kunnen uitoefenen.
- 256 Zoals uit de tabellen 32 tot en met 35 van het bestreden besluit naar voren komt, is de analyse van de Commissie, zoals deze instelling zelf ook heeft erkend in overweging 998 van dit besluit, in alle onderzochte scenario's uitgemond in een positieve marge voor de periode van 12 augustus tot en met 31 december 2005.
- 257 In een dergelijk geval heeft het Hof reeds geoordeeld dat voor zover de onderneming met een machtspositie haar prijzen vaststelt op een niveau waarop de voornaamste kosten die kunnen worden toegerekend aan het in het handel brengen van het product of de levering van de dienst in kwestie zijn gedekt, een even efficiënte concurrent als die onderneming in beginsel de mogelijkheid zal hebben om met die prijzen te concurreren, zonder op lange termijn ondraaglijke verliezen te lijden (arrest van 27 maart 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, punt 38).
- 258 Hieruit volgt dat gedurende de periode van 12 augustus tot en met 31 december 2005 een even efficiënte concurrent als verzoekster in beginsel de mogelijkheid had om met haar te concurreren op de retailmarkt voor breedbanddiensten voor zover hem ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk werd verleend, zonder op lange termijn ondraaglijke verliezen te lijden.
- 259 Het Hof heeft stellig geoordeeld dat het in geval van een positieve marge niet uitgesloten is, dat de Commissie in het kader van het onderzoek van het uitsluitingseffect van een tariefpraktijk kan aantonen dat de toepassing van deze praktijk het de betrokken marktdeelnemers op zijn minst moeilijker kon maken om hun activiteiten op de betrokken markt uit te oefenen, bijvoorbeeld door een verlaging van de rentabiliteit (zie in die zin arrest van 17 februari 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, punt 74). Deze rechtspraak is in overeenstemming met artikel 2 van verordening nr. 1/2003, dat bepaalt dat in alle procedures tot toepassing van artikel 102 VWEU de partij of autoriteit die beweert dat een inbreuk op dat artikel is gepleegd, de bewijslast van die inbreuk dient te dragen; in het onderhavige geval is dat dus de Commissie.

- 260 In casu moet echter worden geconstateerd dat de Commissie in het bestreden besluit niet heeft aangetoond dat de tariefpraktijk van verzoekster in de periode van 12 augustus tot en met 31 december 2005 tot dergelijke uitsluitingseffecten heeft geleid. Juist omdat er sprake was van positieve marges, was het bewijs hiervan van het grootste belang.
- 261 De loutere stelling in overweging 998 van het bestreden besluit dat ondernemers hun vermogen om een redelijke winst te behalen bezien over een langere periode, die meerdere jaren omvat, kan niet als een dergelijk bewijs dienen. Een dergelijke omstandigheid, zo deze al is bewezen, berust namelijk op een prospectief rentabiliteitsonderzoek, dat noodzakelijkerwijs van hypothetische aard is. Bovendien hebben voornoemde positieve marges zich in casu helemaal aan het begin van de betrokken periode voorgedaan, toen er nog geen enkele negatieve marge kon worden vastgesteld. In die omstandigheden moet worden geoordeeld dat de motivering in overweging 998 van het bestreden besluit niet strookt met het uit het rechtszekerheidsbeginsel voortvloeiende vereiste, zoals aangehaald in punt 230 van dit arrest, dat een onderneming met een machtspositie in staat moet zijn om te beoordelen of haar gedragingen in overeenstemming zijn met artikel 102 VWEU.
- 262 Om dezelfde reden kan de vaststelling van de negatieve marges door middel van de toepassing van de benadering op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering) niet afdoen aan deze beoordeling. Immers, deze benadering heeft in casu enkel tot deze vaststelling geleid doordat de positieve marges in 2005 werden afgewogen tegen de negatieve marges die in de jaren 2006 tot en met 2010 (overweging 1013 van het bestreden besluit), respectievelijk 2006 tot en met 2008 (overweging 1014 van het bestreden besluit) waren vastgesteld.
- 263 In overweging 1026 van het bestreden besluit heeft de Commissie voorts, op basis van documenten van april 2005 van de afdeling Regulering van verzoekster met betrekking tot een strategie voor de indiening van het referentieaanbod voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en de prijzen van de ULL, geoordeeld dat verzoekster sinds 12 augustus 2005 wist dat de groothandelsprijzen op het niveau van het aansluitnetwerk de marges van de alternatieve exploitanten uitholden.
- 264 Gelet echter op het bestaan van positieve marges tussen 12 augustus en 31 december 2005, rustte op de Commissie een bijzondere verplichting om te bewijzen dat de praktijk van marge-uitholling die verzoekster gedurende die periode werd verweten uitsluitingseffecten had (zie de hierboven in punt 259 aangehaalde rechtspraak).
- 265 De stelling van de Commissie en de documenten waarop zij zich ter onderbouwing daarvan beroept, volstaan derhalve niet als bewijs dat de aan verzoekster verweten praktijk van marge-uitholling leidde tot een uitsluitingseffect en, bijvoorbeeld, tot een verlaging van de rentabiliteit die het de betrokken marktdeelnemers op zijn minst moeilijker kon maken om hun activiteiten op de betrokken markt uit te oefenen.
- 266 Verder bevatten de afdelingen 9 en 10 van het bestreden besluit, die aan de mededingingsversturende gevolgen van het gedrag van verzoekster zijn gewijd, geen enkel onderzoek van de gevolgen van de praktijk van marge-uitholling die in de periode van 12 augustus tot en met 31 december 2005 zou hebben plaatsgevonden.
- 267 Aangezien het vaste rechtspraak is dat in geval van twijfel bij de rechter deze twijfel in het voordeel dient uit te vallen van de onderneming waaraan het besluit waarbij een inbreuk is vastgesteld, is gericht (arresten van 8 juli 2004, JFE Engineering e.a./Commissie, T-67/00, T-68/00, T-71/00 en T-78/00, EU:T:2004:221, punt 177, en 12 juli 2011, Hitachi e.a./Commissie, T-112/07, EU:T:2011:342, punt 58), moet worden geoordeeld dat de Commissie niet heeft aangetoond dat de in een marge-uitholling door verzoekster resulterende praktijk een aanvang had genomen vóór 1 januari 2006. Aangezien het bestreden besluit op dit punt dus is aangetast door een beoordelingsfout, hoeft niet te worden onderzocht of deze benadering eveneens in strijd is met artikel 23 van verordening nr. 1/2003, zoals verzoekster stelt.

268 Gelet op het voorgaande moet het tweede onderdeel van het derde middel van verzoekster gedeeltelijk gegrond worden verklaard en moet artikel 1, lid 2, onder d), van het bestreden besluit nietig worden verklaard voor zover daarin wordt geconstateerd dat verzoekster in de periode van 12 augustus tot en met 31 december 2005 onbillijke tarieven heeft gehanteerd waardoor een even efficiënte exploitant die gebruikmaakt van de wholesaletoegang tot de ontbundelde aansluitnetten van verzoekster niet in staat was de door verzoekster aangeboden retaildiensten te repliceren zonder verlies te lijden.

[omissis]

5. Vijfde (subsidiare) middel: onjuiste vaststelling van het bedrag van de geldboete

427 Met haar vijfde middel, dat zij subsidiair voordraagt, betoogt verzoekster dat de Commissie fouten heeft gemaakt bij de vaststelling van het bedrag van de aan haar opgelegde geldboete. Dit middel bestaat uit twee onderdelen. Het eerste onderdeel heeft betrekking op een kennelijke beoordelingsfout, doordat de Commissie bij de berekening van het bedrag van de geldboete is uitgegaan van de omzet van verzoekster in het boekjaar 2010. Het tweede onderdeel is ontleend aan een kennelijke beoordelingsfout met betrekking tot de aanvangsdatum van de inbreukperiode.

a) Eerste onderdeel: kennelijk onjuiste beoordeling doordat bij de berekening van het bedrag van de geldboete is uitgegaan van de omzet van verzoekster in het boekjaar 2010

428 Verzoekster is van mening dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door overeenkomstig punt 13 van de richtsnoeren van 2006 te oordelen dat het basisbedrag van de geldboete moest worden berekend aan de hand van de omzet in het laatste volledige jaar van de inbreuk, te weten, meer in het bijzonder, de omzet die verzoekster in 2010 heeft behaald op de markt voor aansluitnetten met ontbundelde toegang en de markt voor het vaste breedbandnetwerk.

429 Hierdoor is de Commissie volgens verzoekster afgeweken van haar eigen beschikkingspraktijk, namelijk van besluit C(2011) 4378 final van 22 juni 2011 inzake een procedure op grond van artikel 102 VWEU (zaak COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska; hierna: „Telekomunikacja Polska-besluit”). In overweging 896 van dat besluit heeft de Commissie namelijk overwogen dat moest worden uitgegaan van de gemiddelde waarde van de omzet, enerzijds wegens de sterke stijging van de verkopen gedurende de betrokken periode op de betrokken markt, in het bijzonder de wholesalesverkoop, en anderzijds wegens de omstandigheid dat de markt nog in ontwikkeling was en dus een groei kende die uitsteeg boven de normale groeipercentages van een markt ten tijde van de inbreuk. Volgens verzoekster geldt dit ook in het onderhavige geval, omdat de Commissie in het bestreden besluit heeft erkend dat de omzet van verzoekster tussen 2005 en 2010 met 133 % is gestegen. Zich baserend op dit besluit meent verzoekster dan ook dat het basisbedrag van de geldboete had moeten worden berekend op basis van het gemiddelde van de vijf jaren dat de door de Commissie geconstateerde inbreuk heeft voortgeduurd.

430 Doordat de Commissie is uitgegaan van het laatste boekjaar, heeft zij in casu strengere regels op verzoekster toegepast dan zij in het Telekomunikacja Polska-besluit heeft gehanteerd. Verzoekster voegt hieraan toe dat de Commissie weliswaar over een beoordelingsmarge beschikt bij het bepalen van het bedrag van geldboeten, maar dat haar handelwijze niet willekeurig en inconsistent mag zijn.

431 De Commissie, daarin ondersteund door interveniënte, bestrijdt dit betoog.

432 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat artikel 23, lid 3, van verordening nr. 1/2003 bepaalt dat bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete zowel met de ernst als met de duur van de inbreuk rekening moet worden gehouden.

- 433 Voorts zij verwezen naar punt 13 van de richtsnoeren van 2006, dat bepaalt: „Om het basisbedrag van de op te leggen boete vast te stellen zal de Commissie uitgaan van de waarde van de op de desbetreffende geografische markt in de EER verkochte goederen of diensten van de onderneming die rechtstreeks of indirect [...] verband houden met de inbreuk. De Commissie zal [daartoe] over het algemeen gebruikmaken van de verkopen van de onderneming in het laatste volledige jaar waarin zij aan de inbreuk heeft deelgenomen.”
- 434 Daarnaast volgt uit de rechtspraak dat het gedeelte van de omzet dat betrekking heeft op de goederen of diensten in verband waarmee de inbreuk is gepleegd, een correcte aanwijzing kan vormen voor de omvang van de inbreuk op de betrokken markt, aangezien de omzet die daarmee is behaald, als objectieve maatstaf de schadelijkheid van deze praktijk voor de normale mededinging correct weergeeft (zie in die zin arrest van 28 juni 2016, Portugal Telecom/Commissie, T-208/13, EU:T:2016:368, punt 236 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 435 Punt 13 van de richtsnoeren van 2006 heeft dus ten aanzien van inbreuken op artikel 102 VWEU tot doel om als uitgangspunt voor de berekening van de aan de betrokken onderneming op te leggen geldboete een bedrag te nemen dat het economische belang van de inbreuk weerspiegelt (zie in die zin arresten van 11 juli 2013, Team Relocations e.a./Commissie, C-444/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:464, punt 76; 12 november 2014, Guardian Industries en Guardian Europe/Commissie, C-580/12 P, EU:C:2014:2363, punt 57, en 23 april 2015, LG Display en LG Display Taiwan/Commissie, C-227/14 P, EU:C:2015:258, punt 53).
- 436 Niettemin moet tevens worden onderstreept dat het feit dat de Commissie haar eigen beoordelingsvrijheid heeft beperkt door de richtsnoeren van 2006 vast te stellen, niet eraan in de weg staat dat zij een aanzienlijke beoordelingsvrijheid behoudt. Deze richtsnoeren bevatten namelijk tal van flexibele elementen die de Commissie in staat stellen haar beoordelingsvrijheid uit te oefenen in overeenstemming met de bepalingen van verordening nr. 1/2003, zoals uitgelegd door de rechterlijke instanties van de Unie (zie in die zin arrest van 11 juli 2013, Team Relocations e.a./Commissie, C-444/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:464, punt 96 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en met andere regels en beginselen van Unierecht. In het bijzonder preciseert punt 13 van de richtsnoeren van 2006 zelf dat de Commissie bij de berekening van het basisbedrag van de geldboete „over het algemeen” gebruik moet maken van de verkopen van de onderneming in het laatste volledige jaar waarin zij aan de inbreuk heeft deelgenomen (zie in die zin arrest van 9 september 2015, Samsung SDI e.a./Commissie, T-84/13, niet gepubliceerd, EU:T:2015:611).
- 437 In casu volgt uit de overwegingen 1490 tot en met 1495 van het bestreden besluit dat de Commissie bij het bepalen van het basisbedrag van de aan verzoekster en Deutsche Telekom hoofdelijk opgelegde geldboete is uitgegaan van de verkopen van verzoekster in het laatste volledige boekjaar van haar deelneming aan de inbreuk, te weten de omzet die door deze ondernemer is behaald op de markt voor de toegang tot ontbundelde aansluitnetten en de retailmarkt voor breedbanddiensten vanaf een vaste locatie in 2010. De Commissie heeft dus toepassing gegeven aan punt 13 van de richtsnoeren van 2006.
- 438 Verzoekster kan niet worden gevolgd in haar betoog dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door in casu, ondanks de sterke stijging van haar omzet in de betrokken periode, niet van deze regel af te wijken.
- 439 Verzoekster stelt namelijk weliswaar dat haar omzet in de jaren 2005-2010 is gestegen met 133 %, van 31 184 949 EUR naar 72 868 176 EUR, maar zij voert geen enkel bewijs aan waaruit blijkt dat deze laatste omzet, die is behaald in het laatste volledige kalenderjaar van de inbreuk, ten tijde van de vaststelling door de Commissie van het bestreden besluit geen indicatie vormde voor haar daadwerkelijke omvang, haar economische macht op de markt en de omvang van de betrokken inbreuk.

- 440 Daarnaast kan verzoekster niet worden gevolgd in haar betoog dat de Commissie zou zijn voorbijgegaan aan haar Telekomunikacja Polska-besluit, waarmee zij zou zijn afgeweken van haar eerdere praktijk en een ander criterium zou hebben toegepast dan het criterium als bedoeld in punt 13 van de richtsnoeren van 2006.
- 441 Het is immers vaste rechtspraak dat de vroegere beschikkingspraktijk van de Commissie niet als rechtskader voor geldboeten in mededingingszaken fungeert en dat besluiten in andere zaken slechts een indicatieve waarde hebben wat het al dan niet bestaan van een schending van het gelijkheidsbeginsel betreft, omdat het niet erg waarschijnlijk is dat de omstandigheden van die zaken, zoals de betrokken markten, producten, ondernemingen en tijdvakken, identiek zullen zijn (zie arrest van 24 september 2009, Erste Group Bank e.a./Commissie, C-125/07 P, C-133/07 P en C-137/07 P, EU:C:2009:576, punt 233 en aldaar aangehaalde rechtspraak; arresten van 16 juni 2011, Heineken Nederland en Heineken/Commissie, T-240/07, EU:T:2011:284, punt 347, en 27 februari 2014, InnoLux/Commissie, T-91/11, EU:T:2014:92, punt 144).
- 442 Zo kunnen eerdere besluiten van de Commissie op het gebied van geldboeten enkel relevant zijn met betrekking tot de inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, indien wordt aangetoond dat de omstandigheden van de zaken waarover het ging in die andere besluiten, zoals de betrokken markten, producten, landen, ondernemingen en perioden, vergelijkbaar zijn met die van de onderhavige zaak (zie arresten van 13 september 2010, Trioplast Industrier/Commissie, T-40/06, EU:T:2010:388, punt 145 en aldaar aangehaalde rechtspraak; 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, T-360/09, EU:T:2012:332, punt 262 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 9 september 2015, Philips/Commissie, T-92/13, niet gepubliceerd, EU:T:2015:605, punt 204 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 443 In casu heeft verzoekster geen enkel bewijs geleverd dat de omstandigheden in het Telekomunikacja Polska-besluit vergelijkbaar waren met die van het onderhavige geval. De Commissie heeft in haar memories gepreciseerd dat zij in die zaak rekening had gehouden met de gemiddelde omzet in de jaren 2005-2009, omdat de relevante omzet in de betrokken periode exponentieel was gestegen, namelijk met 2 800 % in de periode 2006-2007, met 370 % in de periode 2007-2008 en met 160 % in de periode 2008-2009. Uit deze cijfers – waarvan de juistheid niet door verzoekster wordt betwist – blijkt dat het groeipercentage van de omzet in de zaak die ten grondslag lag aan het Telekomunikacja Polska-besluit veel hoger was dan dat van de omzet van verzoekster in het onderhavige geval. Bovendien heeft die omzet zich veel minder stabiel ontwikkeld dan de omzet die in casu is vastgesteld.
- 444 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie, door in casu uit te gaan van de omzet die verzoekster heeft behaald in het jaar dat eindigde op 31 december 2010, dat wil zeggen het laatste volledige jaar van haar deelneming aan de inbreuk, en door zich dus te houden aan de regel die zij zelf in punt 13 van de richtsnoeren van 2006 heeft geformuleerd, de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid inzake de vaststelling van het bedrag van geldboeten niet heeft overschreden.
- 445 Het eerste onderdeel van het vijfde middel is dus ongegrond, zodat het moet worden afgewezen.

b) Tweede onderdeel: kennelijk onjuiste beoordeling met betrekking tot de aanvangsdatum van de inbreukperiode

- 446 Met het tweede onderdeel stelt verzoekster dat het bestreden besluit wordt gekenmerkt door een kennelijke beoordelingsfout, voor zover daarin wordt vastgesteld dat vanaf 12 augustus 2005, dat wil zeggen de datum van publicatie van het referentieaanbod, sprake was van een inbreuk. Aangezien het referentieaanbod een raamovereenkomst is, is het naar zijn aard bedoeld om te evolueren, met name aan de hand van onderhandelingen met derden of naar aanleiding van adviezen van de nationale regelgevende instanties.

- 447 Meer in het bijzonder wijst verzoekster erop dat dit de eerste keer was dat zij een referentieaanbod opstelde, waardoor het des te noodzakelijker was om dit aanbod door middel van onderhandelingen te verduidelijken en te wijzigen.
- 448 Daarnaast is zij van mening dat het standpunt van de Commissie dat de inbreuk een aanvang neemt op het moment van publicatie van het referentieaanbod, haaks staat op de beschikkingspraktijk van deze instelling. Zo heeft de Commissie bijvoorbeeld in haar beschikking C(2004) 1958 final van 2 juni 2004 (zaak COMP/38.096 – Clearstream; hierna: „Clearstream-beschikking”) geconcludeerd dat Clearstream misbruik van haar machtspositie had gemaakt door op verkapte wijze te weigeren om aan Euroclear diensten van primaire clearing en afwikkeling te leveren voor aandelen op naam. In die zaak heeft de Commissie echter erkend dat het noodzakelijk was om partijen een zekere tijd te gunnen om over de contractvoorwaarden te kunnen onderhandelen (overweging 341 van de Clearstream-beschikking). Ook in haar Telekomunikacja Polska-besluit heeft de Commissie als aanvangstijdstip van de inbreuk niet de datum van publicatie van het referentieaanbod gehanteerd, maar de dag waarop de eerste onderhandelingen met de andere ondernemers waren gestart.
- 449 Volgens verzoekster kan pas sprake zijn van een uit een leveringsweigering bestaande inbreuk, nadat de onderhandelingen over de toegang zijn mislukt als gevolg van de onredelijke voorwaarden die de netwerkeigenaar stelt. Bovendien rust de bewijslast van het tijdstip waarop de onderhandelingen als gevolg van de onredelijke eisen van verzoekster zijn mislukt, op de Commissie. Tevens moet rekening worden gehouden met het feit dat onderhandelingen over de toegang per definitie langdurig en moeizaam zijn wegens de complexiteit van de materie.
- 450 Subsidiair stelt verzoekster zich op het standpunt dat de gestelde toegangsweigering hetzij begint na afloop van een redelijke termijn die normaal gesproken nodig is om de gevraagde toegang te verlenen, rekening houdend met de noodzakelijke voorbereidingen aan beide zijden (overweging 341 van de Clearstream-beschikking), hetzij op de dag waarop de eerste toegangsonderhandelingen met andere ondernemers zijn gestart (overweging 909 van het Telekomunikacja Polska-besluit).
- 451 De Commissie, daarin ondersteund door interveniënte, betwist dit betoog.
- 452 Dienaangaande staat vast dat de voorzitter van TUSR bij besluit van 14 juni 2005 verzoekster heeft verplicht om tegen billijke en redelijke voorwaarden ontbundelde toegang tot haar aansluitnetwerk te verlenen. Om aan deze verplichting te voldoen heeft verzoekster op 12 augustus 2005 een referentieaanbod voor ontbundeling gepubliceerd (zie punten 9 en 10 hierboven).
- 453 Voorts betwist verzoekster niet de beschrijving van de inhoud van haar referentieaanbod in afdeling 7.6 van het bestreden besluit („Onbillijke voorwaarden van [Slovak Telekom]”), waar de Commissie in overweging 820 heeft geconcludeerd dat de voorwaarden van dit aanbod zodanig waren vastgesteld dat de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk onaanvaardbaar was voor de alternatieve exploitanten.
- 454 Uit dit deel van het bestreden besluit volgt dat de misbruik opleverende praktijken die de Commissie hier als weigering tot levering van toegang heeft aangemerkt, voornamelijk uit het referentieaanbod zelf voortvloeiden.
- 455 Zo heeft de Commissie met betrekking tot het feit dat aan de alternatieve exploitanten de voor de ontbundeling van het aansluitnetwerk benodigde informatie over het netwerk van verzoekster werd onthouden, allereerst geoordeeld, zoals blijkt uit overweging 439 van het bestreden besluit, dat het referentieaanbod geen basisinformatie over de plaatsen van de fysieke aansluitpunten en de beschikbaarheid van aansluitnetten op bepaalde delen van het toegangsnet bevatte. Verder heeft de Commissie in de overwegingen 443 tot en met 528 van het bestreden besluit weliswaar de netwerkinformatie onderzocht die verzoekster op verzoek van een alternatieve exploitant met het oog op de ontbundeling verstrekke, maar uit dit deel van het bestreden besluit blijkt eveneens dat de

voorwaarden waaronder toegang tot die informatie kon worden verkregen – welke voorwaarden door de Commissie als onbillijk en daarmee als ontmoedigend voor de alternatieve exploitanten zijn aangemerkt – voortvloeiden uit het referentieaanbod zelf. De Commissie heeft met name kritiek geuit op de omstandigheid (1) dat het referentieaanbod niet, aan de hand van een specificatie van de betrokken categorieën, de exacte omvang vermeldde van de netwerk informatie die verzoekster ter beschikking van de alternatieve exploitanten zou stellen (overweging 507 van het bestreden besluit), (2) dat dit aanbod slechts in toegang tot de informatie uit niet-openbare informatiesystemen voorzag nadat een raamovereenkomst inzake de toegang tot het aansluitnetwerk was gesloten (overweging 510 van het bestreden besluit) en (3) dat dit aanbod die toegang tot informatie over het netwerk van verzoekster afhankelijk stelde van de betaling door de alternatieve exploitant van hoge vergoedingen (overwegingen 519 en 527 van het bestreden besluit).

456 Wat in de tweede plaats de beperking door verzoekster van de omvang van haar wettelijke verplichting inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk aangaat, volgt om te beginnen uit de overwegingen 535 en 536 van het bestreden besluit dat de door de Commissie aan verzoekster verweten beperking van deze verplichting tot actieve lijnen (zie punt 32 hierboven) voortvloeide uit punt 5.2 van het inleidende deel van haar referentieaanbod. Verder volgt met name uit de overwegingen 570, 572, 577, 578 en 584 van het bestreden besluit dat de Commissie uit bepaalde clausules in bijlage 3 bij het referentieaanbod heeft afgeleid dat verzoekster de litigieuze diensten op ongerechtvaardigde wijze had uitgesloten van haar verplichting inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk (zie punt 33 hierboven). Ten slotte volgt uit overweging 606 van het bestreden besluit dat het door verzoekster in het kader van de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk opgelegde voorschrift dat het kabelgebruik beperkt tot 25 % – welk voorschrift door de Commissie als ongerechtvaardigd wordt beschouwd (zie punt 34 hierboven) – voortvloeide uit bijlage 8 bij het referentieaanbod.

457 Wat in de derde plaats de vaststelling door verzoekster van onbillijke ontbundelingsvoorwaarden inzake collocatie, prognoses, reparaties, service en onderhoud en het stellen van een bankgarantie betreft, deze vloeiden alle voort uit het door deze exploitant op 12 augustus 2005 gepubliceerde referentieaanbod, zoals is aangetoond in afdeling 7.6.4 van het bestreden besluit. Zo waren de door de Commissie als onbillijk aangemerkte bedingen met betrekking tot collocatie opgenomen in de bijlagen 4, 5, 14 en 15 bij dit aanbod (overwegingen 653, 655 en 683 van het bestreden besluit). De bedingen met betrekking tot de verplichting van de alternatieve exploitanten om prognoses over te leggen, waren opgenomen in de bijlagen 12 en 14 (overwegingen 719 en 726 tot en met 728 van het bestreden besluit), de bedingen met betrekking tot de procedure tot kwalificatie van de aansluitnetten in bijlage 5 (overwegingen 740, 743, 767, 768 en 774 van het bestreden besluit), de bedingen met betrekking tot de voorwaarden inzake reparaties, service en onderhoud in bijlage 11 (overwegingen 780, 781, 787, 790 en 796 van het bestreden besluit), en de bedingen betreffende de bankgarantie die de om ontbundelde toegang verzoekende alternatieve exploitant moest stellen in de bijlagen 5 en 17 (overwegingen 800, 802 tot en met 807, 815 en 816 van het bestreden besluit).

458 Hieruit volgt dat ook al zouden sommige van deze toegangsvoorwaarden wellicht zijn versoepeld in het kader van de bilaterale onderhandelingen tussen verzoekster en de om toegang verzoekende exploitanten, hetgeen verzoekster stelt zonder dit nader te onderbouwen, de Commissie terecht heeft geconcludeerd dat het op 12 augustus 2005 gepubliceerde referentieaanbod vanaf die datum alternatieve exploitanten heeft kunnen ontmoedigen om een verzoek om toegang in te dienen, wegens de onbillijke voorwaarden die in dit aanbod waren opgenomen.

459 In die omstandigheden heeft de Commissie op goede gronden geoordeeld dat verzoekster als gevolg van de toegangsvoorwaarden in haar op 12 augustus 2005 gepubliceerde referentieaanbod de betreding door de alternatieve exploitanten van de retailmarkt (massamarkt) voor breedbanddiensten vanaf een vaste locatie in Slowakije heeft bemoeilijkt, ondanks de verplichting die in dit verband krachtens het besluit van TUSR op haar rustte, en dat dit gedrag die negatieve gevolgen voor de mededinging dus vanaf deze datum heeft teweeggebracht (zie onder meer overwegingen 1048, 1050, 1109, 1184 en 1520 van het bestreden besluit).

- 460 Aan deze conclusie wordt geen afbreuk gedaan door de stelling van verzoekster dat de Commissie in strijd met haar eigen beschikkingspraktijk, namelijk met haar benadering in de Clearstream-beschikking en het Telekomunikacja Polska-besluit, heeft gehandeld. In dit verband volstaat de vaststelling dat die besluiten zijn genomen in een andere context dan die van het onderhavige geval en dat zij dus niet aantonen dat de Commissie in het bestreden besluit is afgeweken van haar eerdere beschikkingspraktijk.
- 461 Wat om te beginnen de Clearstream-beschikking betreft, volstaat de vaststelling dat deze beschikking, anders dan het in casu in geding zijnde besluit, is gegeven in een context waar de onderneming waaraan de betrokken infrastructuur toebehoorde, niet wettelijk verplicht was om andere ondernemingen toegang tot die infrastructuur te verlenen en evenmin verplicht was om een referentieaanbod te publiceren waarin de aan die toegang verbonden voorwaarden waren vastgelegd.
- 462 Bovendien was de duur van vier maanden, die door het Gerecht is aangemerkt als een redelijke termijn voor de levering door Clearstream van de primaire diensten van clearing en afwikkeling, bepaald aan de hand van een vergelijking van de voorbeeldgevallen waarin Clearstream toegang tot haar Cascade RS-systeem verleende. Derhalve moet worden geconstateerd dat er in die zaak tal van voorbeeldgevallen bestonden waarin Clearstream toegang had verleend, waardoor de Commissie, en later ook het Gerecht, tot de conclusie konden komen dat de termijn van vier maanden redelijk was voor de verlening van een dergelijke toegang (arrest van 9 september 2009, Clearstream/Commissie, T-301/04, EU:T:2009:317, punt 151). In de onderhavige zaak daarentegen heeft verzoekster slechts aan één enkele andere exploitant, op 18 december 2009, toegang tot haar aansluitnetten verleend, zodat er geen voorbeeld was dat als referentie kon dienen. Bijgevolg kon de Commissie een dergelijke „redelijke duur” niet vaststellen. Hieruit volgt dat de omstandigheden van het onderhavige geval geenszins vergelijkbaar zijn met de omstandigheden in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 9 september 2009, Clearstream/Commissie (T-301/04, EU:T:2009:317).
- 463 Wat in de tweede plaats het Telekomunikacja Polska-besluit aangaat, daarin heeft de Commissie geconstateerd dat de betrokken gevestigde exploitant misbruik had gemaakt van zijn machtspositie op de Poolse wholesalemarkt voor breedbandtoegang en ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk door te weigeren toegang tot zijn netwerk te verlenen en de bijbehorende wholesaleproducten te leveren, teneinde zijn positie op de retailmarkt te beschermen. Daarnaast werd de context in de zaak Telekomunikacja Polska gekenmerkt door een wettelijke toegangsverplichting die vergelijkbaar was met die welke in casu op verzoekster rust, en door de aan de betrokken Poolse telecommunicatie-exploitant opgelegde verplichting om een referentieaanbod voor de ontbundelde toegang tot zijn aansluitnetwerk te publiceren. Uit een uitvoerige analyse van het Telekomunikacja Polska-besluit blijkt echter dat de in dat besluit gehanteerde benadering op geen enkele wijze botst met de benadering in het bestreden besluit. In het Telekomunikacja Polska-besluit heeft de Commissie namelijk overwogen dat de mededingingsversturende strategie van de exploitant met een machtspositie zich pas echt had geopenbaard tijdens de onderhandelingen met de alternatieve exploitanten die om ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en wholesaletoegang tot de breedbanddiensten van de exploitant met een machtspositie verzochten. De onredelijke toegangsvoorwaarden vloeiden dus voort uit de voorstellen voor toegangscontracten die door de exploitant met een machtspositie in het kader van de onderhandelingen met de alternatieve exploitanten waren gedaan. Daarnaast had de vertraging bij de onderhandelingen over de toegangscontracten niet reeds bij de publicatie van het eerste referentieaanbod van de exploitant met een machtspositie kunnen worden vastgesteld. Bovendien vond de beperking door de exploitant met een machtspositie van de toegang tot zijn netwerk pas plaats na het sluiten van de wholesaletoegangscontracten met de alternatieve exploitanten. Verder vond de beperking van de daadwerkelijke toegang tot de abonnementslijnen pas plaats nadat de betrokken alternatieve exploitant toegang tot een collocatieruimte of toestemming voor het installeren van een verbindingskabel had gekregen. Tot slot speelden de problemen rond de toegang tot betrouwbare en accurate algemene informatie die voor de alternatieve exploitanten onontbeerlijk was om besluiten over een eventuele toegang te kunnen nemen, in elk stadium van de procedure tot verlening van toegang tot het netwerk

van de exploitant met een machtspositie. De gedragingen van de exploitant met een machtspositie in de zaak Telekomunikacja Polska verschilden dus van de praktijken die de Commissie in het bestreden besluit als weigering tot levering van toegang heeft aangemerkt, welke praktijken volgens de analyse in de punten 455 tot en met 459 van dit arrest voornamelijk voortvloeiden uit het referentieaanbod voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van verzoekster zelf. Deze verschillen rechtvaardigen dat, anders dan in het Telekomunikacja Polska-besluit – waarin als aanvangstijdstip van de inbreuk op artikel 102 VWEU de datum is gehanteerd waarop de eerste toegangsonderhandelingen tussen de betrokken exploitant met een machtspositie en een alternatieve exploitant waren begonnen, verschillende maanden na de publicatie van het eerste referentieaanbod (overweging 909 en voetnoot 1259 van het aldaar bestreden besluit) – de Commissie in casu is uitgegaan van 12 augustus 2005, te weten de datum van publicatie van het referentieaanbod, als aanvangsdatum van de impliciete weigering om toegang tot het aansluitnetwerk te verlenen.

- 464 Om dezelfde reden moet het argument van verzoekster worden afgewezen dat de uit een leveringsweigering bestaande inbreuk slechts kan worden vastgesteld na het mislukken van de toegangsonderhandelingen als gevolg van de onredelijke aard van de door de netwerkeigenaar vastgestelde voorwaarden. Bovendien is het onzeker of de onderhandelingen ertoe hadden kunnen leiden dat de onbillijke voorwaarden in het referentieaanbod werden geschrapt.
- 465 Wat de stelling van verzoekster aangaat dat de Commissie de bewijslast dient te dragen van het tijdstip waarop de onderhandelingen zijn mislukt als gevolg van de onredelijke eisen van verzoekster, zij opgemerkt dat deze datum niet relevant kan zijn voor het bepalen van het begin van de inbreuk en wel om dezelfde redenen als die welke hierboven in de punten 461 tot en met 464 zijn uiteengezet. Voorts kan de exacte datum van het mislukken van de onderhandelingen, zoals interveniënte heeft betoogd, niet objectief worden bepaald, zodat de Commissie een dergelijk bewijs niet hoeft te leveren.
- 466 Met betrekking tot de subsidiair aangevoerde argumenten moet worden opgemerkt dat, voor zover verzoekster meent dat de gestelde weigering tot levering van toegang zou moeten beginnen na afloop van een redelijke termijn die normaal gesproken nodig is om de gevraagde toegang te verlenen, rekening houdend met de noodzakelijke voorbereidingen aan beide zijden (overweging 341 van de Clearstream-beschikking), een dergelijke redelijke duur in casu niet bestaat om de hierboven in de punten 460 tot en met 462 uiteengezette redenen. Derhalve treft dit argument geen doel. Voor zover verzoekster beoogt dat het begin van de inbreuk moet worden geacht te zijn begonnen op de dag van de eerste toegangsonderhandelingen met andere exploitanten (overweging 909 van het Telekomunikacja Polska-besluit), zij erop gewezen dat, zoals in wezen is geoordeeld in de punten 463 en 464 van dit arrest, de onderhandelingen in casu niet relevant waren voor het bepalen van de aanvang van de inbreuk. Ook dit argument moet dus worden afgewezen.
- 467 Het tweede onderdeel, volgens hetwelk de Commissie een fout heeft gemaakt door te oordelen dat de impliciete weigering van toegang tot het aansluitnetwerk is begonnen op 12 augustus 2005, is dan ook ongegrond en moet dus worden afgewezen.
- 468 Verder zij opgemerkt dat verzoekster niet opkomt tegen het feit dat de Commissie alle in artikel 1, lid 2, van het bestreden besluit vermelde praktijken – te weten (a) het onthouden aan de alternatieve exploitanten van de netwerkinformatie die nodig is voor de ontbundeling van de aansluitnetten; (b) de beperking van de omvang van haar verplichtingen ten aanzien van de ontbundeling van de aansluitnetten; (c) de vaststelling van onbillijke ontbundelingsvoorwaarden in haar referentieaanbod met betrekking tot collocatie, kwalificatie, prognoses, reparaties en bankgaranties; (d) de toepassing van onbillijke tarieven waardoor een even efficiënte exploitant die gebruikmaakt van de wholesaletoeegang tot de ontbundelde aansluitnetten van verzoekster niet in staat was de door verzoekster aangeboden retaildiensten te repliceren zonder verlies te lijden – als één enkele voortdurende inbreuk kwalificeert.

469 In die omstandigheden en gelet op het feit dat het tweede onderdeel van het onderhavige middel, volgens hetwelk de Commissie ten onrechte heeft geoordeeld dat de impliciete weigering van toegang tot het aansluitnetwerk is begonnen op 12 augustus 2005, is afgewezen (zie punt 467 hierboven), heeft de Commissie terecht geconstateerd dat de enkele voortdurende inbreuk die het voorwerp is van het bestreden besluit, was begonnen op 12 augustus 2005.

470 Derhalve moet het vijfde middel in zijn geheel worden afgewezen.

471 Uit de voorgaande overwegingen volgt dat artikel 1, lid 2, onder d), van het bestreden besluit nietig moet worden verklaard voor zover daarin wordt geconstateerd dat verzoekster in de periode van 12 augustus tot en met 31 december 2005 onbillijke tarieven heeft gehanteerd waardoor een even efficiënte exploitant die gebruikmaakt van de wholesaletoeegang tot haar ontbundelde aansluitnetten niet in staat was de door verzoekster aangeboden retaildiensten te repliceren zonder verlies te lijden (zie punt 268 hierboven). Bijgevolg moet ook artikel 2 van dit besluit nietig worden verklaard voor zover het verzoekster betreft. Voor het overige moeten de vorderingen tot nietigverklaring van het bestreden besluit worden afgewezen.

IV. Subsidiare vordering tot wijziging van het bedrag van de geldboete

472 Verzoekster verzoekt het Gerecht subsidiair nog om het bedrag van de haar in het bestreden besluit opgelegde geldboete te verlagen.

473 Dienaangaande zij opgemerkt dat volgens vaste rechtspraak het bij artikel 263 VWEU ingevoerde wettigheidstoezicht inhoudt dat de rechter van de Unie het litigieuze besluit aan de hand van de door de verzoekende partij aangevoerde argumenten in rechte en in feite toetst en dat hij het bewijs kan beoordelen, dat besluit nietig kan verklaren en de boetebedragen kan wijzigen (zie in die zin arresten van 3 september 2009, *Prym en Prym Consumer/Commissie*, C-534/07 P, EU:C:2009:505, punt 86 en aldaar aangehaalde rechtspraak; 26 januari 2017, *Duravit e.a./Commissie*, C-609/13 P, EU:C:2017:46, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 27 maart 2014, *Saint-Gobain Glass France e.a./Commissie*, T-56/09 en T-73/09, EU:T:2014:160, punt 461 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

474 Het wettigheidstoezicht wordt aangevuld door de toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht die de Unierechter bij artikel 31 van verordening nr. 1/2003 is verleend overeenkomstig artikel 261 VWEU. Deze bevoegdheid gaat verder dan het eenvoudige wettigheidstoezicht op de sanctie en biedt de rechter de mogelijkheid om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de Commissie en derhalve de opgelegde geldboete of dwangsom in te trekken, te verlagen of te verhogen (arresten van 8 december 2011, *Chalkor/Commissie*, C-386/10 P, EU:C:2011:815, punt 63, en 8 december 2011, *KME Germany e.a./Commissie*, C-389/10 P, EU:C:2011:816, punt 130; zie ook arrest van 26 januari 2017, *Duravit e.a./Commissie*, C-609/13 P, EU:C:2017:46, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

475 Onderstreept moet worden dat de uitoefening van de volledige rechtsmacht niet neerkomt op een ambtshalve toezicht en dat de procedure voor de rechters van de Unie op tegenspraak wordt gevoerd. Met uitzondering van de middelen van openbare orde die de rechter ambtshalve moet opwerpen, staat het derhalve in beginsel aan de verzoekende partij om middelen tegen het bestreden besluit aan te voeren en bewijs te leveren ter onderbouwing van deze middelen (zie in die zin arrest van 10 juli 2014, *Telefónica en Telefónica de España/Commissie*, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punt 213 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

476 In het licht van deze beginselen moet worden beoordeeld of het bedrag van de door de Commissie in het bestreden besluit opgelegde geldboete moet worden gewijzigd.

- 477 Zoals blijkt uit de punten 267, 268 en 471 hierboven, heeft de Commissie niet aangetoond dat de in een marge-utholling resulterende praktijk van verzoekster vóór 1 januari 2006 heeft kunnen beginnen. Derhalve moet artikel 1, lid 2, onder d), van het bestreden besluit nietig worden verklaard voor zover het verzoekster betreft en voor zover de geconstateerde enkele voortdurende inbreuk tevens een marge-utholling tussen 12 augustus en 31 december 2005 behelst.
- 478 Met betrekking tot de gevolgen van deze fout voor het basisbedrag van de geldboete waarvoor verzoekster hoofdelijk aansprakelijk is, oordeelt het Gerecht, in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht, dat het aandeel van de relevante verkopen van verzoekster waarop de Commissie zich heeft gebaseerd, moet worden verlaagd en worden bepaald op 9,8 % in plaats van 10 %. Aangezien verzoekster in het laatste volledige inbreukjaar een relevante omzet heeft behaald van 72 868 176 EUR, moet het bedrag dat ten grondslag ligt aan de berekening van het basisbedrag van de geldboete waarvoor verzoekster hoofdelijk aansprakelijk is, worden bepaald op 7 141 081,20 EUR. Het basisbedrag van deze geldboete komt overeen met de vermenigvuldiging van voornoemd bedrag met een coëfficiënt van 5,33, dat de duur van de inbreuk weerspiegelt, en moet dus worden vastgesteld op 38 061 963 EUR. Voor het overige wordt het verzoek van verzoekster om verlaging van het bedrag van de geldboete afgewezen.
- 479 Met betrekking tot het subsidiair ter terechtzitting gedane verzoek van de Commissie om het bedrag van de hoofdelijk aan verzoekster en Deutsche Telekom opgelegde geldboete te verhogen, is het Gerecht van oordeel, zonder dat het nodig is om een uitspraak over de ontvankelijkheid van een dergelijk verzoek te doen, dat, gelet op de omstandigheden van het onderhavige geval, het hierboven in punt 478 vastgestelde bedrag geen wijziging behoeft.

V. Kosten

- 480 Volgens artikel 134, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Volgens artikel 134, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering draagt elke partij haar eigen kosten, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk wordt gesteld. Indien dit gelet op de omstandigheden van de zaak gerechtvaardigd voorkomt, kan het Gerecht evenwel beslissen dat een partij behalve in haar eigen kosten ook in een deel van de kosten van de andere partij wordt verwezen. In casu zijn de Commissie en interveniënte gedeeltelijk in het ongelijk gesteld. Verzoekster heeft echter niet gevorderd dat interveniënte in de kosten wordt verwezen. Zij heeft enkel gevorderd dat de Commissie in de kosten wordt verwezen.
- 481 In deze omstandigheden moet worden beslist dat verzoekster vier vijfde van haar eigen kosten en vier vijfde van de kosten van de Commissie en interveniënte zal dragen, overeenkomstig de vorderingen van deze laatsten. De Commissie zal, behalve een vijfde van haar eigen kosten, een vijfde van de kosten van verzoekster dragen. Interviënte zal een vijfde van haar eigen kosten dragen.

HET GERECHT (Negende kamer – uitgebreid),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Artikel 1, lid 2, onder d), 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) wordt nietig verklaard voor zover daarin wordt geconstateerd dat Slovak Telekom, a.s. in de periode van 12 augustus tot en met 31 december 2005 onbillijke tarieven heeft gehanteerd waardoor een even efficiënte exploitant die gebruikmaakt van de wholesaletoeegang tot haar ontbundelde aansluitnetten niet in staat was de door haar aangeboden retaildiensten te repliceren zonder verlies te lijden.**

- 2) **Artikel 2 van besluit C(2014) 7465 final wordt nietig verklaard voor zover daarin het bedrag van de hoofdelijke geldboete die aan Slovak Telekom is opgelegd, is vastgesteld op 38 838 000 EUR.**
- 3) **Het bedrag van de hoofdelijk door Slovak Telekom verschuldigde geldboete wordt vastgesteld op 38 061 963 EUR.**
- 4) **Het beroep wordt verworpen voor het overige.**
- 5) **Slovak Telekom zal, behalve vier vijfde van haar eigen kosten, vier vijfde van de kosten van de Europese Commissie en vier vijfde van de kosten van Slovanet, a.s. dragen.**
- 6) **De Commissie zal, behalve een vijfde van haar eigen kosten, een vijfde van de kosten van Slovak Telekom dragen.**
- 7) **Slovanet zal een vijfde van haar eigen kosten dragen.**

Van der Woude
da Silva Passos

Gervasoni

Madise
Kowalik-Bańczyk

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 13 december 2018.

ondertekeningen