



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

A. RANTOS

van 7 juli 2022¹

Zaak C-42/21 P

**Lietuvos geležinkeliai AB
tegen**

Europese Commissie

„Hogere voorziening – Mededinging – Misbruik van machtspositie – Markt voor goederenvervoer per spoor – Besluit waarbij een inbreuk op artikel 102 VWEU wordt vastgesteld – Toegang tot de door de nationale spoorwegonderneming van Litouwen beheerde infrastructuur – Ontmanteling van een gedeelte van een spoorlijn – Begrip ‚misbruik‘ – Bronner-rechtspraak – Onontbeerlijkheid van de toegang – Op beperking van de mededinging gerichte bedoeling – Uitoefening van volledige rechtsmacht – Verlaging van de geldboete”

I. Inleiding

1. Met haar hogere voorziening verzoekt Lietuvos geležinkeliai AB (hierna: „LG”) om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 18 november 2020, Lietuvos geležinkeliai/Commissie (T-814/17, EU:T:2020:545; hierna: „bestreden arrest”), waarbij het Gerecht haar beroep tot nietigverklaring van besluit C(2017) 6544 final van de Commissie van 2 oktober 2017 inzake een procedure op grond van artikel 102 VWEU (zaak AT.39813 – Baltic Rail) (hierna: „litigieus besluit”) heeft verworpen en de bij dit besluit aan LG opgelegde geldboete in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht heeft verlaagd naar 20 068 650 EUR.

2. In casu was in het bestreden besluit vastgesteld dat LG, de nationale spoorwegmaatschappij van Litouwen en beheerder van de Litouwse spoorweginfrastructuur, misbruik had gemaakt van haar machtspositie door het verwijderen van een gedeelte van 19 km van een spoorlijn die in Litouwen ligt en tot aan de grens met Letland loopt (hierna: „spoorlijn”). Volgens de Commissie had de verwijdering van de spoorlijn de toetreding van een in Letland gevestigde concurrerende spoorwegmaatschappij tot de Litouwse markt voor het spoorvervoer van aardolieproducten kunnen verhinderen, of had deze ten minste haar toegang tot de markt bemoeilijkt.

3. Met de eerste drie middelen van de onderhavige hogere voorziening wordt in wezen opgekomen tegen de beoordeling van het Gerecht dat er sprake is van misbruik van een machtspositie. Het vierde middel betreft de vaststelling van het bedrag van de geldboete.

¹ Oorspronkelijke taal: Frans.

4. De onderhavige hogere voorziening biedt het Hof de gelegenheid om zijn rechtspraak met betrekking tot de criteria voor de vaststelling van misbruik van een machtspositie nader uit te werken en meer in het bijzonder om de draagwijdte van de rechtspraak die voortvloeit uit het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569; hierna: „arrest Bronner”) verder te verduidelijken. Deze rechtspraak heeft betrekking op de criteria aan de hand waarvan een weigering van toegang of levering door een onderneming met een machtspositie als „misbruik” kan worden aangemerkt. Voorts biedt deze hogere voorziening de gelegenheid voor nuttige constatering met betrekking tot de uitoefening van de volledige rechtsmacht door het Gerecht.

II. Voorgeschiedenis van het geding

5. De voorgeschiedenis van het geding en de inhoud van het litigieuze besluit zijn uiteengezet in de punten 1 tot en met 48 van het bestreden arrest. Zij kunnen in het kader van de onderhavige hogere voorziening als volgt worden samengevat.

A. Feiten

6. LG is de nationale spoorwegmaatschappij van Litouwen, een in die lidstaat gevestigde publieke onderneming waarvan de Litouwse Staat enig aandeelhouder is. Als verticaal geïntegreerde onderneming is LG zowel beheerder van de spoorweginfrastructuur, die evenwel eigendom blijft van de Litouwse Staat, als aanbieder van spoorwegdiensten in Litouwen.

7. Orlen Lietuva AB (hierna: „Orlen”) is een in Litouwen gevestigde onderneming die is gespecialiseerd in de raffinage van ruwe aardolie en de distributie van geraffineerde aardolieproducten. Orlen is een volle dochteronderneming van de Poolse vennootschap PKN Orlen SA. In het kader van haar activiteiten exploiteert Orlen verschillende installaties in Litouwen, waaronder een belangrijke raffinaderij (hierna: „raffinaderij”) te Bugeniai, in het district Mažeikiai, in het noordwesten van Litouwen, nabij de grens met Letland. Deze raffinaderij is de enige installatie van dit type in de drie Baltische staten. Eind jaren 2000 werd 90 % van de geraffineerde aardolieproducten afkomstig uit deze raffinaderij over het spoor vervoerd, waardoor Orlen een van de belangrijkste klanten van LG was.

8. In die tijd produceerde Orlen in de raffinaderij jaarlijks ongeveer 8 miljoen ton geraffineerde aardolieproducten. Driekwart van deze productie was bestemd voor uitvoer, hoofdzakelijk over zee naar West-Europese landen. Aldus werd 4,5 tot 5,5 miljoen ton geraffineerde aardolieproducten in Litouwen per spoor vervoerd naar de haventerminal van Klaipėda (Litouwen). De rest van de uitgevoerde productie, ongeveer 1 à 1,5 miljoen ton, werd, eveneens per trein, naar of via Letland vervoerd en was hoofdzakelijk bestemd voor verbruik op de Letse en de Estse binnenlandse markt. Voor ongeveer 60 % van deze per trein naar of via Letland vervoerde productie werd de spoorlijn „Bugeniai-Mažeikiai-Rengė” gebruikt, een route waarvan 34 km op Litouws grondgebied lag en die van de raffinaderij, dicht bij het spoorwegknooppunt van Mažeikiai, naar Rengė in Letland liep (hierna: „korte route naar Letland”). De rest van deze per trein naar of via Letland vervoerde productie kwam over de spoorlijn „Bugeniai-Kužiai-Joniškis-Meitene”, een langere route, waarvan 152 km op Litouws grondgebied lag (hierna: „lange route naar Letland”).

9. Om haar producten via de korte route naar Letland te vervoeren, maakte Orlen gebruik van de diensten van LG voor het Litouwse gedeelte van de route, namelijk van de raffinaderij naar de Letse grens. LG had toen voor het vervoer over dit Litouwse gedeelte van de route een

onderaannemingsovereenkomst gesloten met Latvijas dzelzceļš, de nationale spoorwegonderneming van Letland (hierna: „LDZ”). Aangezien LDZ niet over de nodige wettelijke vergunningen beschikte om haar activiteiten op Litouws grondgebied onafhankelijk uit te oefenen, trad zij op als onderaannemer van LG. Voorbij de Litouwse grens vervoerde LDZ de producten van Orlen verder op Lets grondgebied krachtens verschillende overeenkomsten.

10. De handelsbetrekkingen tussen Orlen en LG op het gebied van haar vervoersdiensten op het Litouwse spoorweganet, met inbegrip van de vervoersdiensten via de korte route naar Letland, werden beheerst door een in 1999 ondertekende overeenkomst (hierna: „overeenkomst van 1999”). Naast een regeling van de door LG toegepaste tarieven voor de vervoersdiensten, bevatte de overeenkomst van 1999 met name een specifieke verbintenis van LG om de vracht van Orlen voor de gehele duur van de overeenkomst, namelijk tot 2024, via de korte route naar Letland te vervoeren.

11. Begin 2008 is tussen LG en Orlen een handelsgeschil ontstaan over de tarieven die Orlen voor het vervoer van haar aardolieproducten had betaald. Wegens dit handelsgeschil heeft Orlen de mogelijkheid overwogen om rechtstreeks met LDZ een overeenkomst te sluiten voor de vrachtvervoersdiensten per spoor via de korte route naar Letland, en om haar exportactiviteiten over zee vanuit Klaipėda in Litouwen te verplaatsen naar de zeehaventerminals van Riga en Ventspils in Letland.

12. Op 12 juni 2008 hebben LG en Orlen vergaderd over onder meer deze plannen van Orlen om de exportactiviteiten te verplaatsen. Daarenboven heeft LG op 17 juli 2008 een arbitrale procedure ingeleid tegen Orlen, aangezien Orlen eenzijdig had besloten een lager tarief toe te passen dan LG had gevraagd.

13. Op 28 juli 2008 heeft LG Orlen ervan in kennis gesteld dat de overeenkomst van 1999 met ingang van 1 september 2008 werd opgezegd. Tijdens de administratieve procedure bij de Commissie heeft Orlen benadrukt dat de aankondiging van LG om de overeenkomst van 1999 met ingang van 1 september 2008 op te zeggen werd gedaan drie dagen nadat Orlen LDZ formeel een offerte had gevraagd ter vervanging van LG's diensten voor het vervoer van ongeveer 4,5 tot 5 miljoen ton geraffineerde aardolieproducten vanaf de raffinaderij via de korte route naar Letland naar de zeehaventerminals op Lets grondgebied. Orlen heeft ook gesuggereerd dat LG mogelijk rechtstreeks door LDZ in kennis was gesteld van de offerteaanvraag.

14. Op 2 september 2008 heeft LG, nadat was vastgesteld dat de spoorlijn over enkele tientallen meters was vervormd (hierna: „vervorming”), hoofdzakelijk om veiligheidsredenen het verkeer op de spoorlijn tussen Mažeikiai en de grens met Letland opgeschort.

15. Op 3 september 2008 heeft LG een inspectiecommissie ingesteld, bestaande uit leden van het management van haar plaatselijke dochteronderneming, om de redenen voor de vervorming te onderzoeken. De inspectiecommissie heeft twee rapporten ingediend, namelijk het onderzoeksrapport van 5 september 2008 en het technisch rapport van dezelfde datum.

16. Volgens het onderzoeksrapport van 5 september 2008 was de vervorming veroorzaakt door de fysieke slijtage van een groot aantal bestanddelen van de spoorlijnstructuur. Dit onderzoeksrapport heeft ook bevestigd dat het verkeer opgeschort moest blijven „totdat alle renovatie- en reparatiewerkzaamheden [zouden] zijn voltooid”.

17. De opmerkingen in het onderzoeksrapport van 5 september 2008 zijn bevestigd in het technisch rapport van dezelfde datum, waarin uitsluitend werd verwezen naar de plaats van de vervorming en als oorzaak daarvan diverse problemen met betrekking tot de spoorlijnstructuur werden aangewezen. In dit technisch rapport werd geconcludeerd dat het spoorwegongeval dat had plaatsgevonden als gevolg van een vervorming op de spoorlijn als „incident” moest worden aangemerkt en dat het te wijten was aan de fysieke slijtage van de bovenste elementen van de spoorlijnstructuur.

18. Op 29 september 2008, na een vergadering op 22 september 2008, heeft LDZ Orlen een offerte bezorgd voor het vervoer van haar aardolieproducten. Volgens Orlen was deze offerte „concreet en aantrekkelijk”. Op 3 oktober 2008 is LG gestart met de volledige ontmanteling van de spoorlijn, welke eind oktober 2008 geheel was voltooid.

19. Op 17 oktober 2008 heeft Orlen LDZ een brief gestuurd ter bevestiging van haar voornemen om ongeveer 4,5 miljoen ton aardolieproducten van de raffinaderij naar de Letse zeehaventerminals te vervoeren, waarna op 20 februari 2009 een ontmoeting heeft plaatsgevonden en in het voorjaar van 2009 nadere besprekingen zijn gevoerd.

20. In januari 2009 hebben LG en Orlen een nieuwe algemene vervoersovereenkomst gesloten voor een periode van vijftien jaar, tot 1 januari 2024 (hierna: „overeenkomst van 2009”). Deze overeenkomst is in de plaats gekomen van een tussentijdse overeenkomst die op 1 oktober 2008 was ondertekend.

21. De onderhandelingen tussen Orlen en LDZ zijn voortgezet tot eind juni 2009, toen LDZ een aanvraag heeft ingediend voor een vergunning om op het Litouwse gedeelte van de korte route naar Letland te opereren.

22. Op 10 november 2009 heeft de arbitrage-instantie verklaard dat de eenzijdige opzegging door LG van de overeenkomst van 1999 onrechtmatig was en dat deze overeenkomst moest worden geacht van kracht te zijn geweest tot 1 oktober 2008, de datum waarop Orlen en LG de in punt 20 van deze conclusie genoemde tussentijdse vervoersovereenkomst hadden gesloten.

23. Volgens Orlen werden de besprekingen met LDZ medio 2010 onderbroken toen zij uiteindelijk meende dat LG niet voornemens was de spoorlijn op korte termijn te repareren. Op dat ogenblik heeft LDZ haar aanvraag voor een vergunning om op het Litouwse gedeelte van de korte route naar Letland te opereren ingetrokken.

B. Administratieve procedure

24. Op 14 juli 2010 heeft Orlen op grond van artikel 7 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad² een formele klacht ingediend bij de Commissie. In haar klacht heeft Orlen in essentie uiteengezet dat LG, na een handelsconflict met haar, de spoorlijn had verwijderd, waardoor de korte route naar Letland niet langer beschikbaar was en zij was gedwongen om het gedeelte van haar productie dat per trein naar of door Letland moest worden vervoerd, langs de enige beschikbare route te leiden, te weten de lange route naar Letland.

² Verordening van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [101] en [102 VWEU] (PB 2003, L 1, blz. 1).

25. Nadat de Commissie LG een mededeling van punten van bezwaar en een letter of facts had gestuurd, waarop de partijen hun opmerkingen hebben ingediend, en een hoorzitting had gehouden, heeft zij op 2 oktober 2017 het litigieuze besluit vastgesteld.

C. Litigieus besluit

1. Definitie van relevante markten en machtspositie

26. In het litigieuze besluit heeft de Commissie vastgesteld dat er twee markten betrokken waren, te weten de upstreammarkt voor het beheer van de spoorweginfrastructuur en de downstreammarkt voor het spoorvervoer van aardolieproducten (hierna: „betrokken markt”).

27. Als de relevante geografische markt voor het beheer van spoorweginfrastructuur wordt uitgegaan van de Litouwse nationale markt. De relevante geografische markt voor het vervoer van aardolieproducten per spoor was volgens de Commissie de markt voor het goederenvervoer per spoor vanaf de raffinaderij naar de drie zeehaventerminals van Klaipėda, Riga en Ventspils.

28. De Commissie heeft vastgesteld dat LG krachtens de Litouwse wetgeving een wettelijk monopolie had op de upstreammarkt voor het beheer van spoorweginfrastructuur in Litouwen. In dit verband bepaalde de nationale regelgeving dat de openbare spoorweginfrastructuur eigendom was van de Litouwse Staat en dat het beheer ervan was toevertrouwd aan LG.

29. De Commissie heeft ook vastgesteld dat LG in wezen de enige onderneming was die actief was op de downstreammarkt voor de levering van diensten op het gebied van het vervoer van aardolieproducten per spoor, waardoor zij op die markt een machtspositie had.

2. Misbruik

30. De Commissie heeft zich op het standpunt gesteld dat LG misbruik had gemaakt van haar machtspositie als beheerder van de spoorweginfrastructuur in Litouwen door de spoorlijn te verwijderen. Dit kon leiden tot mededingingsverstoringe uitsluiting op de betrokken markt tussen de raffinaderij en de naburige zeehaventerminals doordat drempels voor toetreding tot de markt werden opgeworpen zonder dat daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestond. In het bijzonder was de Commissie van mening dat LG, door de spoorlijn in haar geheel te verwijderen, andere middelen had gebruikt dan die welke bij een normale mededinging gebruikelijk zijn.

31. In dit verband heeft de Commissie opgemerkt dat, ten eerste, LG op de hoogte was van de plannen van Orlen om op Letse zeehaventerminals over te schakelen met gebruikmaking van de diensten van LDZ, ten tweede, LG de spoorlijn in allerlei had verwijderd zonder dat de nodige financiering was geregeld en de normale voorbereidende stappen voor de heraanleg ervan waren genomen, ten derde, de verwijdering van de spoorlijn in strijd was met de gangbare praktijk in de sector, ten vierde, LG zich bewust was van het risico alle vervoer van producten van Orlen te verliezen in geval van heraanleg van de spoorlijn en, ten vijfde, LG zich had ingespannen om de Litouwse regering ervan te overtuigen deze niet opnieuw aan te leggen.

32. De Commissie heeft opgemerkt dat de spoorlijn deel uitmaakte van de kortste en goedkoopste route van de raffinaderij naar een Letse zeehaventerminal. Wegens de nabijheid van Letland en de logistieke basis van LDZ bood deze route LDZ volgens de Commissie een zeer gunstige optie om toegang te verkrijgen tot de Litouwse markt.

33. Wat betreft de mededingingsversturende gevolgen van het gedrag van LG, heeft de Commissie gemeend dat de verwijdering van de spoorlijn had kunnen verhinderen dat LDZ toetrad tot de markt of minstens haar toegang tot de markt aanzienlijk had bemoeilijkt, terwijl LDZ volgens de Commissie vóór de verwijdering van de spoorlijn over een geloofwaardige mogelijkheid beschikte om de voor uitvoer over zee bestemde aardolieproducten van Orlen van de raffinaderij naar de Letse zeehaventerminals te vervoeren via de korte route naar Letland. Door de verwijdering van de spoorlijn moest alle spoorvervoer van de raffinaderij naar een Letse zeehaventerminal via een veel langere route op het grondgebied van Litouwen plaatsvinden. De enige optie die LDZ na de verwijdering van de spoorlijn nog had om met LG te concurreren, bestond erin te proberen te opereren op de route naar Klaipėda of op de lange route naar Letland. LDZ had daardoor ver van haar logistieke basis in Letland moeten opereren en was afhankelijk geweest van de diensten voor infrastructuurbeheer van haar concurrent LG. Derhalve was de Commissie van mening dat, ex ante beschouwd, LDZ werd geconfronteerd met aanzienlijke commerciële risico's die zij minder geneigd was te dragen.

34. De Commissie heeft ook gemeend dat LG geen enkele objectieve rechtvaardiging voor de verwijdering van de spoorlijn had gegeven, aangezien de aangevoerde verklaringen niet met elkaar strookten, soms tegenstrijdig waren en weinig overtuigend waren.

3. Geldboete en bevel

35. De Commissie heeft LG een geldboete ten bedrage van 27 873 000 EUR opgelegd en LG gelast een einde te maken aan de inbreuk en binnen drie maanden na de datum van bekendmaking van het litigieuze besluit een voorstel voor daartoe strekkende maatregelen bij haar in te dienen.

III. Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest

36. LG heeft bij het Gerecht beroep ingesteld dat primair strekte tot nietigverklaring van het litigieuze besluit en subsidiair tot verlaging van de opgelegde geldboete.

37. Tot staving van haar verzoek tot nietigverklaring van het litigieuze besluit heeft LG vijf middelen aangevoerd. Het eerste middel was in wezen ontleend aan kennelijke beoordelingsfouten en kennelijke juridische fouten bij de toepassing van artikel 102 VWEU wat de onrechtmatigheid van het gedrag van LG betreft, het tweede aan beoordelingsfouten en juridische fouten bij de toepassing van artikel 102 VWEU wat de beoordeling van de betrokken praktijk betreft, het derde aan schending van artikel 296 VWEU en artikel 2 van verordening nr. 1/2003 wegens onvoldoende bewijs en een gebrekkige motivering, het vierde, uitsluitend wat het eerste onderdeel betreft, aan fouten bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete, en het vijfde aan fouten bij de oplegging van een corrigerende maatregel.

38. In het kader van haar verzoek tot verlaging van de geldboete heeft LG met verschillende grieven en in het tweede onderdeel van het vierde middel betoogd dat het bedrag van de geldboete onevenredig was, en is zij in wezen opgekomen tegen, ten eerste, het percentage van de

waarde van de verkopen dat de Commissie als factor voor de ernst van de inbreuk in aanmerking heeft genomen, ten tweede, de duur van de inbreuk en, ten derde, het besluit om ter afschrikking een extra bedrag aan het basisbedrag toe te voegen.

39. In het bestreden arrest heeft het Gerecht alle door LG aangevoerde middelen afgewezen, zowel de middelen tot staving van haar verzoek tot nietigverklaring van het litigieuze besluit als die tot staving van haar verzoek tot verlaging van de geldboete. Het Gerecht heeft niettemin in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht het bedrag van de geldboete vastgesteld op 20 068 650 EUR.

IV. Procedure bij het Hof en conclusies van partijen

40. Met haar hogere voorziening verzoekt LG het Hof:

- het bestreden arrest geheel of gedeeltelijk te vernietigen, voor zover haar beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit daarbij is verworpen;
- het litigieuze besluit geheel of gedeeltelijk nietig te verklaren;
- subsidiair, de haar opgelegde geldboete nietig te verklaren of deze verder te verlagen, en
- de Commissie te verwijzen in de kosten van de onderhavige procedure en in die van de procedure in eerste aanleg.

41. De Commissie en Orlen verzoeken het Hof:

- de hogere voorziening af te wijzen, en
- LG in de kosten te verwijzen.

V. Analyse

42. Ter ondersteuning van haar hogere voorziening voert LG vier middelen aan. Met haar eerste drie middelen komt zij in wezen op tegen de beoordeling door het Gerecht dat er sprake is van misbruik van een machtspositie. Haar vierde middel betreft het bedrag van de door het Gerecht vastgestelde geldboete.

43. Volgens de Commissie moeten deze middelen worden afgewezen. Orlen verzoekt het Hof om de eerste drie middelen af te wijzen. Haar opmerkingen hebben geen betrekking op het vierde middel.

44. Alvorens elk van deze middelen te onderzoeken, dienen eerst enkele opmerkingen van procedurele aard te worden gemaakt.

A. Opmerkingen vooraf van procedurele aard

45. In de eerste plaats zij opgemerkt dat LG vóór de uiteenzetting van de tot staving van de hogere voorziening aangevoerde middelen de volgens haar relevante feiten in herinnering brengt. Zowel de Commissie als Orlen stelt echter dat deze beschrijving misleidend en onjuist is. In dat verband hoeft enkel te worden vastgesteld dat LG niet aanvoert dat de feiten en het bewijs onjuist zijn opgevat. Deze herinnering aan de feiten kan dan ook niet van belang zijn, aangezien de feitelijke kwesties reeds definitief door het Gerecht zijn afgedaan. Er hoeft dus geen uitspraak te worden gedaan over de vraag of de feiten op misleidende of onjuiste wijze zijn uiteengezet.

46. Voorts verwijst zowel de Commissie als Orlen in haar schriftelijke opmerkingen naar een persbericht van 30 december 2019 dat de huidige directeur van LG heeft doen uitgaan, waarin wordt aangekondigd dat de spoorlijn opnieuw is aangelegd en waarin de betrokken gebeurtenissen worden bekritiseerd. Zoals de Commissie ter terechtzitting ook heeft erkend, moet worden vastgesteld dat dit document, aangezien het na de feiten van het betrokken geschil is opgesteld, geen enkele invloed heeft op de wettigheid, de draagwijdte of de uitlegging van het litigieuze besluit en a fortiori van het bestreden arrest.

B. Eerste middel

47. Met haar eerste middel verwijt LG het Gerecht in wezen blijkt te hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de punten 90 tot en met 99 van het bestreden arrest geen toepassing te hebben geven aan de in het arrest Bronner vastgestelde criteria betreffende de weigering van toegang tot essentiële infrastructuur teneinde te bepalen of de verwijdering van de spoorlijn misbruik in de zin van artikel 102 VWEU kan vormen.

48. Om te beginnen merkt LG op dat het Gerecht in punt 226 van het bestreden arrest, net als de Commissie, heeft geoordeeld dat de verwijdering van de spoorlijn misbruik vormde omdat deze verwijdering voor LDZ kon leiden tot afscherming van de markt doordat haar toegang tot de markt werd bemoeilijkt en voor deze toegang minder gunstige voorwaarden golden, gelegen in het feit dat LDZ de lange route naar Letland moest gebruiken om Orlen te bedienen en deze lange route tot dezelfde markt behoorde als de korte route. Volgens LG komt de juridische kwestie in de onderhavige zaak dus neer op de vraag of LG op grond van artikel 102 VWEU wettelijk verplicht was om LDZ toegang tot de spoorlijn te verlenen.

49. Uit het arrest Bronner blijkt evenwel dat een onderneming met een machtspositie een dergelijke toegang slechts hoeft te verlenen indien haar weigering elke mededinging op de markt door de verzoeker van de toegang kan uitsluiten, deze weigering niet objectief kan worden gerechtvaardigd, en de toegang op zich onontbeerlijk is voor de uitoefening van de werkzaamheid van deze persoon. Aan deze drie cumulatieve criteria is in de onderhavige zaak niet voldaan, in het bijzonder omdat de toegang tot de spoorlijn niet „onontbeerlijk” is om LDZ op de relevante markt met LG te kunnen laten concurreren. In de punten 90 tot en met 99 van het bestreden arrest heeft het Gerecht evenwel ten onrechte geoordeeld dat deze rechtspraak in casu niet relevant was. Daardoor heeft het blij gegeven van vier onjuiste rechtsopvattingen.

50. Ten eerste bestaat er, anders dan het Gerecht in punt 90 van het bestreden arrest heeft opgemerkt, in de rechtspraak van het Hof geen enkele regel volgens welke de criteria die in het arrest Bronner zijn geformuleerd (hierna: „Bronner-criteria”), slechts van toepassing zijn wanneer de prikkel voor een onderneming met een machtspositie om te investeren in de aanleg van essentiële infrastructuur moet worden beschermd. Op grond van de door het Gerecht

aangehaalde conclusie van advocaat-generaal Jacobs³ kan evenmin worden aangenomen dat een dergelijke regel bestaat.

51. Ten tweede bestaat er, anders dan het Gerecht in de punten 91 en 92 van het bestreden arrest heeft geoordeeld, geen regel volgens welke de Bronner-criteria niet van toepassing zijn wanneer in de geldende regelgeving reeds (ex ante) een leveringsverplichting is neergelegd. Allereerst zou het niet toepassen van deze toets in een dergelijk geval namelijk inhouden dat de werkings sfeer van het primaire recht wordt afgebakend door het nationale recht of door het afgeleide Unierecht, hetgeen onverenigbaar is met de voorrang van het Unierecht en met het vereiste om het mededingingsrecht van de Unie op haar gehele grondgebied op samenhangende wijze toe te passen. Daarnaast dienen het toezicht ex post krachtens artikel 102 VWEU en de regelgeving ex ante verschillende doelstellingen. Voorts druist het in tegen het rechtszekerheidsbeginsel om ondernemingen in gereguleerde sectoren op grond van artikel 102 VWEU aan verschillende wettelijke criteria te onderwerpen. Ten slotte was LG in casu ten tijde van de verwijdering van de spoorlijn geenszins verplicht om LDZ toegang tot de spoorlijn te verlenen, aangezien LDZ geen vergunning had aangevraagd of verkregen om in Litouwen te opereren. Op grond van deze omstandigheid kan de onderhavige zaak worden onderscheiden van de zaak die heeft geleid tot het arrest van 13 december 2018, Slovak Telekom/Commissie (T-851/14, EU:T:2018:929), waarin het Gerecht heeft geoordeeld dat de Bronner-criteria niet van toepassing waren wanneer er op grond van de regelgeving al een leveringsverplichting gold.

52. Ten derde is een infrastructuurbeheerder als LG niet op grond van enige bepaling van het algemene regelgevingskader die het Gerecht in de punten 96 en 97 van het bestreden arrest heeft genoemd, wettelijk absoluut verplicht om toegang tot elk gedeelte van zijn spoornet te verlenen, in het bijzonder wanneer er alternatieve routes beschikbaar zijn. Ook zou geen van deze bepalingen een absolute verplichting inhouden om een vervallen spoorlijn te herstellen door middel van een oplossing die de infrastructuurbeheerder inefficiënt en economisch onredelijk acht. Artikel 5 van richtlijn 2001/14/EG⁴, gelezen in het licht van overweging 5 ervan, voorziet immers enkel in een eerlijke en niet-discriminerende toegang tot bestaande en operationele spoorweginfrastructuur. Ook bevat artikel 29, lid 1, van deze richtlijn slechts een algemene verplichting om „alle nodige stappen [te] zetten om de normale toestand te herstellen” in geval van een spoorwegongeval.

53. Ten vierde, en anders dan het Gerecht in de punten 91 en 93 van het bestreden arrest heeft geoordeeld, wijst geen enkele rechtsregel erop dat de Bronner-criteria niet van toepassing zijn wanneer de machtspositie voortvloeit uit een staatsmonopolie. Een dergelijke overweging kan niet worden afgeleid uit het door het Gerecht aangehaalde punt 23 van het arrest van 27 maart 2012, Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172), waarin slechts algemeen wordt opgemerkt dat wanneer een dergelijke machtspositie is ontstaan als gevolg van een oud wettelijk monopolie, met die omstandigheid rekening moet worden gehouden. In een geval als dat van de onderhavige zaak gaat het er niet om te bepalen of LG toegang diende te verlenen tot een operationeel netwerk dat in het verleden met overheidsmiddelen is aangelegd, maar om de vraag of zij op grond van artikel 102 VWEU verplicht was haar eigen middelen te investeren in het herstel en de vervanging van vervallen infrastructuur om de toegang voor een specifieke concurrent tot de downstreammarkt eenvoudiger en voordeliger te maken. De afweging van de belangen van beide vennootschappen vormt de kern van de Bronner-criteria. Ten slotte kan aan

³ Conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Bronner (C-7/97, EU:C:1998:264; hierna: „conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Bronner”).

⁴ Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2001 inzake de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit en de heffing van rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuur alsmede inzake veiligheids certificering (PB 2001, L 75, blz. 29).

deze conclusie niet worden afgedaan door te verwijzen naar een lagere drempel die de Unierechter heeft vastgesteld in situaties waar een dergelijke belangenafweging niet hoeft te worden gemaakt.⁵

54. Ter vergemakkelijking van de analyse van het onderhavige middel (onder 3) moet eerst het arrest Bronner in het normatieve landschap van artikel 102 VWEU worden geplaatst (onder 1), en vervolgens de door LG betwiste beoordeling door het Gerecht in herinnering worden gebracht (onder 2).

1. Arrest Bronner in het normatieve landschap van artikel 102 VWEU

55. Om te beginnen herinner ik eraan dat artikel 102 VWEU bepaalt dat het onverenigbaar met de interne markt en verboden is, voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan. Op de onderneming met een machtspositie rust dus een bijzondere verantwoordelijkheid om niet door haar gedrag afbreuk te doen aan een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de interne markt.⁶

56. Volgens vaste rechtspraak van het Hof berust het begrip „misbruik van een machtspositie” in de zin van artikel 102 VWEU op een objectieve beoordeling van de betrokken gedraging. Dit begrip heeft betrekking 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 tussen goederen of diensten gebruikelijk zijn.⁷

57. Wat de uitsluitingspraktijken betreft, waartoe de betrokken gedraging behoort, volgt uit de rechtspraak van het Hof dat dergelijke praktijken slechts misbruik opleveren indien zij de mededinging hebben kunnen beperken en in het bijzonder de verweten uitsluitingseffecten hebben kunnen teweegbrengen, waarbij bij deze beoordeling rekening moet worden gehouden met alle relevante feitelijke omstandigheden van de betrokken gedraging.⁸

58. De rechtspraak inzake als „essentiële faciliteiten” (essential facilities) aangemerkte infrastructuur moet in het licht van deze algemene verduidelijkingen worden geanalyseerd, in die zin dat die infrastructuur onontbeerlijk is om een werkzaamheid op een markt uit te oefenen omdat er geen daadwerkelijk of potentieel substituut bestaat, zodat het weigeren van de toegang ertoe tot gevolg kan hebben dat elke mededinging wordt uitgeschakeld.⁹ Deze rechtspraak ziet in essentie op omstandigheden waarin een „leveringsweigering”¹⁰ van een onderneming met een

⁵ In dit verband verwijst LG naar het arrest van 1 juli 2010, AstraZeneca/Commissie (T-321/05, EU:T:2010:266).

⁶ Arrest van 25 maart 2021, Slovak Telekom/Commissie (C-165/19 P, EU:C:2021:239, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak; hierna: „arrest Slovak Telekom”).

⁷ Arrest van 12 mei 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a. (C-377/20, EU:C:2022:379, punt 68 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁸ Zie arresten van 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige, (C-52/09, EU:C:2011:83, punt 68), en 30 januari 2020, Generics (UK) e.a. (C-307/18, EU:C:2020:52, punt 154).

⁹ Zie in die zin arresten van 15 september 1998, European Night Services e.a./Commissie (T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, EU:T:1998:198, punten 208 en 212 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 10 november 2021, Google en Alphabet/Commissie (Google Shopping) (T-612/17, EU:T:2021:763, punt 215; hierna: „arrest Google Shopping”), waartegen thans een hogere voorziening aanhangig is.

¹⁰ In de praktijk van het mededingingsrecht bestrijkt het begrip „leveringsweigering” een breed scala aan praktijken, zoals de weigering producten aan bestaande of nieuwe afnemers te leveren, de weigering een licentie voor intellectuele-eigendomsrechten te verlenen, daaronder begrepen wanneer die nodig is om interface-informatie te leveren, of de weigering toegang te verlenen tot een essentiële faciliteit of tot een netwerk [punt 78 van de mededeling van de Commissie „Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 [EG] op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie” (PB 2009, C 45, blz. 7; hierna: „richtsnoeren”).

machtspostie misbruik van een machtspostie kan vormen. Deze rechtspraak, die haar oorsprong vindt in de leer van de „essentiële faciliteiten”¹¹, heeft betrekking op situaties waarin de vrije uitoefening van een exclusief recht in het belang van een onvervalste mededinging op de interne markt kan worden beperkt.¹²

59. Allereerst zij benadrukt dat de Unierechter van oudsher heeft geoordeeld dat een dergelijke leveringsweigering op zich geen misbruik van een machtspostie kan vormen.¹³ Een dergelijke weigering kan namelijk alleen in uitzonderlijke omstandigheden, door de uitoefening van het eigendomsrecht, misbruik opleveren. Uit de eerste arresten van het Hof kon al in hoofdlijnen worden opgemaakt dat de leveringsverplichting een uitzonderlijk geval vormde¹⁴, en uiteindelijk zijn in het arrest Bronner de relevante criteria ter zake bevestigd.

60. Er zij aan herinnerd dat het arrest Bronner betrekking had op de vraag of er sprake was van misbruik van een machtspostie toen een uitgever die een zeer groot aandeel van de dagbladmarkt in een lidstaat in handen had en het enige landelijke systeem van thuisbezorging van dagbladen in die lidstaat exploiteerde, weigerde tegen een passende vergoeding toegang tot dit systeem te verlenen aan de uitgever van een concurrerend dagblad, die, wegens de geringe oplage van dat dagblad, niet in staat was om onder economisch redelijke omstandigheden, alleen of in samenwerking met andere uitgevers, een eigen thuisbezorgingssysteem op te zetten.

61. In antwoord op deze vraag en voortbordurend zijn eerdere rechtspraak¹⁵ heeft het Hof in punt 41 van het arrest Bronner geoordeeld dat de weigering van een onderneming met een machtspostie om toegang tot een dienst te verlenen, slechts misbruik in de zin van [artikel 102 VWEU] kan vormen wanneer i) die weigering *elke mededinging op de markt* voor de verzoeker van de dienst kan *uitsluiten*, ii) die weigering niet *objectief* kan worden *gerechtvaardigd* en iii) de dienst op zich *onontbeerlijk* is voor de uitoefening van de werkzaamheid van laatstgenoemde, in die zin dat er geen reëel of potentieel alternatief voor dat thuisbezorgingssysteem bestaat (Bronner-criteria).

62. Met name wat het criterium betreft dat de dienst onontbeerlijk moet zijn, blijkt uit de punten 43 en 44 van het arrest Bronner dat, om te bepalen of een product of een dienst onontbeerlijk is om een concurrerende onderneming in staat te stellen haar activiteit op een bepaalde markt uit te oefenen, moet worden nagegaan of 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 concurrerende 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 dit arrest moet, om te kunnen erkennen dat er economische hindernissen

¹¹ Zie voor een samenvatting van de leer inzake de essentiële faciliteiten, zoals zij aanvankelijk in de antitrustwetgeving in de Verenigde Staten is ontwikkeld, conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Bronner (punten 45-47).

¹² Zie arrest van 1 juli 2010, AstraZeneca/Commissie (T-321/05, EU:T:2010:266, point 679).

¹³ Zie arresten van 5 oktober 1988, Volvo (238/87, EU:C:1988:477, punt 8), en 17 september 2007, Microsoft/Commissie (T-201/04, EU:T:2007:289, punt 331).

¹⁴ In zijn rechtspraak voorafgaand aan het arrest Bronner had het Hof geoordeeld dat de weigering van een onderneming met een machtspostie om een onderneming op een verwante markt de grondstoffen te leveren [arrest van 6 maart 1974, Istituto Chemioterapico Italiano en Commercial Solvents/Commissie (6/73 en 7/73, EU:C:1974:18, punt 25)] of de diensten te verlenen [arrest van 3 oktober 1985, CBEM (311/84, EU:C:1985:394, punt 26)] die zij voor de uitoefening van haar activiteiten nodig had, misbruik opleverde, enkel voor zover door de betrokken gedraging de mededinging van die onderneming *volledig* kon worden uitgeschakeld. Diezelfde benadering, volgens welke de uitoefening van een exclusief recht, zoals de weigering van de houder van een intellectuele-eigendomsrecht om een licentie te verlenen, slechts in „*uitzonderlijke omstandigheden*” tot misbruik kan leiden, is bevestigd in het arrest van 6 april 1995, RTE en ITP/Commissie (C-241/91 P en C-242/91 P, EU:C:1995:98, punten 49 en 50).

¹⁵ Zie vorige voetnoot.

bestaan, op zijn minst vaststaan 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 te gaan aanbieden.

63. Zoals advocaat-generaal Jacobs in zijn conclusie in de zaak Bronner in wezen heeft uiteengezet¹⁶, dient de keuze voor het onontbeerlijkheids criterium, net als voor het criterium inzake het gevaar voor uitschakeling van elke mededinging, een tweeledig doel.

64. Ten eerste, vanuit juridisch oogpunt, heeft het opleggen van dergelijke criteria die bewijstechnisch gezien zo streng zijn, tot doel het recht van een onderneming te beschermen om zelf haar handelspartners te kiezen en vrij over haar eigendom te beschikken, welke beginselen algemeen erkend zijn in de wetgevingen der lidstaten, en soms een grondwettelijke status hebben. Bij elke analyse van een leveringsweigerings moet namelijk worden uitgegaan van het beginsel dat een onderneming, ongeacht de vraag of zij een machtspositie inneemt of niet, het recht moet hebben om contracten te sluiten en vrij over haar activa te beschikken. Elke maatregel uit hoofde van artikel 102 VWEU die erin bestaat een onderneming met een machtspositie een (volledige of gedeeltelijke) verplichting tot levering aan haar concurrenten op te leggen, kan dan ook duidelijk een inbreuk op dit recht vormen en moet zorgvuldig worden afgewogen en gemotiveerd.¹⁷ Zoals het Hof in het arrest Slovak Telekom heeft opgemerkt, „heeft de vaststelling dat een onderneming met een machtspositie misbruik heeft gemaakt van haar positie door te weigeren met een concurrent een contract te sluiten, tot gevolg dat die onderneming gedwongen is met die concurrent een contract te sluiten. Een dergelijke verplichting vormt een ernstige inbreuk op de contractvrijheid en het recht op eigendom van de onderneming met een machtspositie, aangezien het een onderneming – zelfs een onderneming met een machtspositie – in beginsel vrijstaat om te weigeren contracten te sluiten en de door haar opgebouwde infrastructuur voor eigen doeleinden te gebruiken.”¹⁸ Hieruit volgt dat elke benadering die bestaat in een strikte uitlegging en toepassing van dat arrest mijns inziens in strijd is met deze onderliggende doelstelling.¹⁹

65. Ten tweede wordt met de Bronner-criteria vanuit economisch oogpunt beoogd de mededinging op de lange termijn te bevorderen in het belang van de consument, door een onderneming in staat te stellen de door haar gecreëerde voorzieningen voor eigen gebruik te reserveren. De Bronner-criteria zijn dus bedoeld om ervoor te zorgen dat de verplichting voor een onderneming met een machtspositie om toegang tot haar infrastructuur te verlenen uiteindelijk de mededinging niet belemmert, omdat de aanvankelijke prikkel voor deze onderneming om een dergelijke infrastructuur te realiseren afneemt. Een onderneming met een machtspositie zou namelijk minder worden aangemoedigd om in infrastructuur te investeren indien haar concurrenten desgevraagd van de voordelen ervan zouden kunnen profiteren. In dit verband mag niet uit het oog worden verloren dat artikel 102 VWEU in de eerste plaats tot doel heeft om verstoringen van de mededinging te voorkomen – en in het bijzonder de belangen van

¹⁶ Zie punten 56, 57 en 62 van die conclusie.

¹⁷ Zie de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Bronner (punt 56).

¹⁸ Arrest Slovak Telekom (punt 46).

¹⁹ Hoewel het arrest Bronner volgens advocaat-generaal Saugmandsgaard Øe in zijn conclusie in de zaken Deutsche Telekom/Commissie en Slovak Telekom/Commissie (C-152/19 P en C-165/19 P, EU:C:2020:678) „een specifiek geval in het normatieve landschap van artikel 102 VWEU betreft” waarvan de „draagwijdte [...] strikt [dient] te worden uitgelegd teneinde de nuttige werking van artikel 102 VWEU te behouden” (punt 55 van die conclusie, waarin wordt verwezen naar punt 58 van het arrest van 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83), ben ik daarentegen van mening dat het arrest Bronner het uitgangspunt vormt (en dat altijd heeft gevormd) voor elke analyse van het mededingingsrecht op het gebied van leveringsweigerings aan concurrenten. Het arrest Bronner zou dus het beginsel arrest en de regel moeten zijn, in plaats van de uitzondering. De daarin neergelegde criteria mogen niet restrictief worden uitgelegd.

de consumenten te beschermen – en niet om de positie van concurrenten te beschermen.²⁰ De leveringsverplichting van artikel 102 VWEU kan dus slechts worden opgeworpen wanneer de leveringsweigering de mededinging en, meer in het bijzonder, de belangen van de consument voldoende ernstig kan schaden. Zo heeft het Hof herhaaldelijk erkend dat, vanuit mededingingsoogpunt, de veroordeling van een onderneming wegens misbruik van haar machtspositie door te weigeren om met een concurrent contracten te sluiten, de mededinging weliswaar op korte termijn kan bevorderen, maar het daarentegen op lange termijn in het algemeen gunstig is voor de ontwikkeling van de mededinging en in het belang van de consumenten om een onderneming toe te staan om de infrastructuur die zij voor haar eigen werkzaamheid heeft ontwikkeld, uitsluitend zelf te gebruiken. Een dergelijke verplichting tot levering aan concurrenten kan zelf ondernemingen ervan weerhouden om te investeren en te innoveren, en zo consumenten schaden. Meer bepaald kan het feit dat ondernemingen (met een actuele of door hen verwachte machtspositie) weten dat zij mogelijk verplicht zullen zijn tegen hun zin te leveren, die ondernemingen ertoe brengen om niet of minder in de betrokken activiteit te investeren. Ook kunnen concurrenten in de verleiding komen mee te liften op investeringen die de onderneming met een machtspositie heeft uitgevoerd, in plaats van zelf te investeren. Geen van deze gevolgen zou op de lange termijn in het belang van de consument zijn. Wanneer een onderneming met een machtspositie weigert om toegang te verlenen tot infrastructuur die zij voor haar eigen werkzaamheid heeft ontwikkeld, kan het besluit om die onderneming te verplichten die toegang te verlenen derhalve op het gebied van het mededingingsbeleid uitsluitend worden gerechtvaardigd wanneer deze onderneming een echt stevige greep op de betrokken markt heeft.²¹

66. In het licht van deze overwegingen moeten de argumenten van LG worden onderzocht waarmee zij het Gerecht verwijt te hebben geoordeeld dat de Commissie terecht heeft nagelaten om de litigieuze gedraging aan de Bronner-criteria te toetsen.

2. Beoordeling van het Gerecht

67. Ik herinner eraan dat het argument dat de Commissie de Bronner-criteria in het litigieuze besluit had moeten toepassen ook in eerste aanleg is aangevoerd.²² Dienaangaande heeft het Gerecht geoordeeld dat de Commissie geen fout had gemaakt door de litigieuze gedraging niet aan de Bronner-criteria te toetsen en dat, behoudens een eventuele objectieve rechtvaardiging, het bewijs volstond dat het ging om een gedraging die de mededinging kon beperken en met name de toetreding tot de markt kon belemmeren.²³

68. Het Gerecht heeft die conclusie als volgt beredeneerd. Allereerst heeft het Gerecht er in essentie op gewezen dat de Bronner-criteria zijn bedoeld om ervoor te zorgen dat de verplichting voor een onderneming met een machtspositie om toegang tot haar infrastructuur te verlenen uiteindelijk de mededinging niet belemmert, omdat de aanvankelijke prikkel voor deze onderneming om een dergelijke infrastructuur te bouwen afneemt.²⁴ Volgens het Gerecht gold een dergelijk vereiste van bescherming van de prikkel voor de onderneming met een machtspositie om te investeren in de bouw van essentiële infrastructuur echter niet meer

²⁰ Zie de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Bronner (punt 58) en mijn conclusie in de zaak Servizio Elettrico Nazionale e.a. (C-377/20, EU:C:2021:998, punten 87-108).

²¹ Arrest Slovak Telekom (punt 48) en punten 57 en 65 van de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Bronner.

²² Zie punt 70 van het bestreden arrest.

²³ Zie punten 99 en 103 van het bestreden arrest.

²⁴ Zie punt 90 van het bestreden arrest.

wanneer de toepasselijke regelgeving de onderneming met een machtspositie al een leveringsverplichting oplegde of wanneer de door de onderneming op de markt verworven machtspositie voortvloeide uit een oud staatsmonopolie.²⁵ Dat was in casu het geval.

69. Meer in het bijzonder zouden de Bronner-criteria alleen van toepassing zijn wanneer er geen enkele wettelijke verplichting bestaat om toegang tot een dienst of product te verlenen aangezien – wanneer een dergelijke verplichting wel bestaat – de wetgever de noodzakelijke afweging van de economische prikkels reeds heeft gemaakt op het ogenblik dat die verplichting is opgelegd. In casu heeft LG in haar hoedanigheid van beheerder van de Litouwse spoorweginfrastructuur krachtens zowel het Unierecht als het nationale recht de taak toegang tot de openbare spoorweginfrastructuur te verlenen.²⁶

70. Voorts geldt het vereiste van bescherming van de prikkel om te investeren niet langer wanneer de machtspositie, zoals in casu, is ontsproten aan een wettelijk monopolie en de onderneming niet heeft geïnvesteerd in de totstandkoming van de infrastructuur, aangezien deze met overheidsmiddelen is aangelegd en ontwikkeld.²⁷

3. *Gegrontheid van het eerste middel*

71. In de eerste plaats moet voor de beoordeling of de analyse van het Gerecht gegrond is, worden onderzocht of de premisse waarop de gehele argumentatie van LG is gestoeld juist is. Volgens die premisse komt de onderhavige zaak neer op de vraag of LG op grond van artikel 102 VWEU wettelijk verplicht was om LDZ toegang tot de spoorlijn te verlenen.²⁸ Met andere woorden: er moet worden beoordeeld of de betrokken gedraging gelet op de feiten een „leveringsweigering” vormt, zodat de Bronner-criteria van toepassing zijn.

72. In dit verband herinner ik eraan dat het Gerecht de in het litigieuze besluit gegeven kwalificatie van de gewraakte gedraging als misbruik heeft bevestigd (zie punt 84 van het bestreden arrest) en van oordeel was dat deze gedraging bestond in de verwijdering van de spoorlijn als zodanig, ongeacht het feit dat het verkeer op deze spoorlijn op 2 september 2008 was opgeschort en de spoorlijn niet werd gerepareerd. Aldus heeft het Gerecht de verwijdering van de spoorlijn impliciet als een autonome en andere vorm van misbruik behandeld, en niet als een „toegangsweigering”.²⁹ Vanuit die optiek herinnert het Gerecht er in punt 85 van het bestreden arrest terecht aan dat de lijst van misbruikpraktijken van artikel 102 VWEU niet uitputtend is, zodat deze bepaling geen uitputtende opsomming geeft van de wijzen waarop in strijd met het in het Unierecht neergelegde verbod misbruik van een machtspositie kan worden gepleegd.

73. Deze kwalificatie van de betrokken gedraging lijkt mij gegrond. Ten eerste zou LDZ, de potentiële concurrent van LG op de betrokken markt, ook na de verwijdering van de spoorlijn technisch gezien via andere routes toegang tot het Litouwse spoorweganet kunnen krijgen. Ten

²⁵ Zie punt 91 van het bestreden arrest.

²⁶ Zie punten 91, 92, 95 en 96 van het bestreden arrest.

²⁷ Zie punten 91 en 94 van het bestreden arrest.

²⁸ Zie punt 48 van deze conclusie.

²⁹ Zie naar analogie arrest van 10 juli 2014, Telefónica en Telefónica de España/Commissie (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punt 96), en de conclusie van advocaat-generaal Saugmandsgaard Øe in de zaken Deutsche Telekom/Commissie en Slovak Telekom/Commissie (C-152/19 P en C-165/19 P, EU:C:2020:678, punt 106).

tweede blijkt uit de voorgeschiedenis van het geding dat LG de toegang tot de levering van diensten voor het spoorvervoer van aardolieproducten op de betrokken geografische markt geenszins heeft geweigerd.³⁰

74. Nu de toegang niet uitdrukkelijk is geweigerd, rijst evenwel de vraag of deze gedraging een soortgelijk probleem oplevert als in zaken waarin sprake was van „toegangsweigering”, aangezien alle spoorvervoer van de raffinaderij naar een Letse zeehaventerminal na de verwijdering van de spoorlijn via een veel langere route op het grondgebied van Litouwen moest lopen, waardoor LDZ werd geconfronteerd met commerciële risico’s die zij waarschijnlijk minder snel zou nemen. Vanuit dit oogpunt zou de betrokken gedraging kunnen worden opgevat als een impliciete weigering om toegang te verlenen (constructive refusal to supply), een gedraging die de facto hetzelfde resultaat heeft als een (uitdrukkelijke) weigering van toegang.

75. Hoewel de betrokken gedraging soortgelijke problemen oplevert als in zaken waarin sprake is van „toegangsweigering”, met name doordat zij dezelfde uitsluitingseffecten kan hebben, moet worden nagegaan of de elementen die een weigering in de zin van het arrest Bronner vormen eveneens aanwezig zijn, zodat die gedraging in het licht van dat arrest moet worden beoordeeld. Derhalve moet worden beoordeeld of een dergelijke gedraging, die technisch gezien geen „toegangsweigering” vormt, niettemin moet voldoen aan de voorwaarden van het arrest Bronner om als misbruik te kunnen worden aangemerkt, of dat de betrokken gedraging voor die kwalificatie slechts mededingingsversturende gevolgen hoefde te hebben, zoals het Gerecht in punt 98 van het bestreden arrest heeft aangegeven.

76. Dienaangaande moet om te beginnen worden opgemerkt dat de in het arrest Bronner genoemde voorwaarden met betrekking tot toegangsweigering niet bij alle problemen inzake (volledige of gedeeltelijke) toegang hoeven te worden toegepast. Het Hof heeft in het arrest Slovak Telekom namelijk geoordeeld dat de Bronner-criteria niet van toepassing zijn wanneer een onderneming met een machtspositie toegang tot haar infrastructuur verleent, maar onbillijke voorwaarden stelt voor die toegang tot de levering van diensten of de verkoop van producten. Indien de toegang tot die infrastructuur onontbeerlijk is voor de concurrenten van de onderneming met een machtspositie om winstgevend actief te zijn op een downstreammarkt, is het des te waarschijnlijker dat onbillijke praktijken op die markt ten minste potentieel de mededinging verstoren en misbruik in de zin van artikel 102 VWEU vormen. Bij andere praktijken dan toegangsweigering is het ontbreken van die onontbeerlijkheid evenwel als zodanig niet doorslaggevend voor het onderzoek van het potentieel als misbruik aan te merken gedrag van een onderneming met een machtspositie.³¹ Zoals het Hof heeft geoordeeld, kan uit het arrest Bronner niet worden afgeleid dat de voor het bewijs van een onrechtmatige leveringsweigering te vervullen voorwaarden noodzakelijkerwijs ook moeten worden toegepast bij de beoordeling van het misbruikarakter van een gedraging waarbij de verlening van diensten of de verkoop van producten afhankelijk wordt gesteld van voorwaarden die nadelig zijn of waarin de koper mogelijkerwijs niet is geïnteresseerd, aangezien dergelijke gedragingen op zich een autonome vorm van misbruik kunnen vormen die verschilt van een leveringsweigering.³²

77. Dat is precies hetzelfde in de onderhavige zaak.

³⁰ Opgemerkt zij dat het arrest Bronner van toepassing lijkt op situaties waarin sprake was van „weigering” van toegang, hetgeen impliceert dat er sprake was van een „verzoek” daartoe of in elk geval de uiting van de wens om toegang te krijgen en een daaropvolgende „weigering” (zie in die zin arrest Google Shopping, punt 232 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

³¹ Arrest Slovak Telekom (punt 50).

³² Dit geldt voor misbruik dat bestaat in de uitholling van de marges van concurrerende exploitanten op een downstreammarkt [zie arresten van 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, punt 58); 10 juli 2014, Telefónica en Telefónica de España/Commissie (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punten 75 en 96), en Slovak Telekom (punten 52 en 53)].

78. Ten eerste moet op basis van de beschrijving van de gedraging in kwestie worden vastgesteld dat de ontmanteling van de spoorlijn een onafhankelijke vernietiging van infrastructuur vormde, waardoor niet alleen concurrenten, zoals LDZ, maar ook LG zelf daarvan geen gebruik konden maken. Dit geval verschilt dus duidelijk van de zaken waarin sprake was van toegangswegweigerings, waarbij de onderneming met een machtspositie geen infrastructuur verliest. Zoals uit het dossier van de zaak naar voren komt, lijkt deze gedraging juist geen andere rechtvaardiging te hebben dan het benadelen van concurrenten. Deze gedraging valt bijgevolg niet onder mededinging op basis van kwaliteit en vertoont mijns inziens gelijkenissen met de voorbeelden die in de leer inzake het mededingingsrecht bekend staan als „onverbloemde concurrentiebepalingen” („naked restrictions”).³³

79. Ten tweede is het wezenlijke kenmerk van de betrokken gedraging, zoals Orlen terecht opmerkt, dat zij de logica van „afbraakprijzen” volgt. Evenals bij afbraakprijzen heeft LG er namelijk voor gekozen een kostbaar vermogensbestanddeel, de spoorlijn, te vernietigen en dus op te offeren, waardoor zij deze zelf niet meer kon gebruiken noch exploiteren en er geen inkomsten meer mee kon genereren, maar tegelijkertijd ook concurrenten het gebruik ervan ontzegde. Net als op het gebied van afbraakprijzen³⁴, was de enige logische verklaring voor het handelen van LG dat de uitsluiting van LDZ van de markt de onderneming het voordeel van een monopolie opleverde. Hieruit volgt dat de onderhavige zaak niet dezelfde logica volgt als de zaken waarin sprake was van toegangswegweigerings. De mededingingsversturende uitsluitingseffecten doen zich in casu namelijk voor op basis van een logica van verlies op korte termijn met het oog op winst op middellange en lange termijn, terwijl er in zaken waarin de toegang wordt geweigerd noodzakelijkerwijs sprake is van een logica van onmiddellijke winst.

80. Ten derde stel ik vast dat de Bronner-criteria, zoals recentelijk in punt 47 van het arrest Slovak Telekom is bevestigd, van toepassing zijn aangezien het „in het algemeen gunstig voor de ontwikkeling van de mededinging en in het belang van de consumenten [is] om een onderneming toe te staan om *de infrastructuur die zij voor haar eigen werkzaamheid heeft ontwikkeld, uitsluitend zelf te gebruiken*”³⁵. Hieruit volgt dat de logica van de Bronner-criteria zelf gebaseerd is op de instandhouding van infrastructuur. In het onderhavige geval kan de vrijwillige vernietiging van infrastructuur zonder deze te vervangen naar haar aard niet stroken met de logica die inherent is aan die criteria, aangezien de investering die LG in haar eigen infrastructuur heeft gedaan haar geen enkel voordeel oplevert.

81. Ten vierde stel ik tevens vast dat in casu LG, om het betrokken misbruik te beëindigen, geen vermogensbestanddeel hoefde over te dragen noch overeenkomsten hoefde te sluiten met personen die zij niet had gekozen. Er zij namelijk aan herinnerd dat de Commissie bij het litigieuze besluit een geldboete aan LG heeft opgelegd en haar heeft gelast een einde te maken aan de inbreuk. Zij heeft LG evenwel niet verplicht om LDZ toegang tot de relevante markt te verlenen.³⁶ Bijgevolg heeft de vaststelling van het misbruik niet tot gevolg dat deze onderneming gedwongen is een overeenkomst met deze concurrent te sluiten, hetgeen in de zin van het arrest Slovak Telekom „een ernstige inbreuk op de contractvrijheid en het recht op eigendom zou vormen”³⁷.

³³ Zie in die zin Richtsnoeren, punt 22.

³⁴ Arrest van 3 juli 1991, AKZO/Commissie (C-62/86, EU:C:1991:286, punt 69).

³⁵ Cursivering van mij.

³⁶ Zie in die zin arrest van 23 oktober 2003, Van den Bergh Foods/Commissie (T-65/98, EU:T:2003:281, punt 161).

³⁷ Zie punt 64 van deze conclusie.

82. Hieruit volgt dat de verwijdering van de spoorlijn, ook al gaat het om een soortgelijke weigeringsproblematiek met een vergelijkbaar uitsluitingseffect, niet aan de hand van de Bronner-criteria kan worden onderzocht.

83. Bijgevolg geef ik in overweging het eerste middel van de hogere voorziening, dat uitsluitend stoelt op een rehtens onjuiste premisse, namelijk dat de betrokken gedraging een „leveringsweigerings” in de zin van het arrest Bronner vormt, in zijn geheel af te wijzen zonder dat de grieven van LG hoeven te worden onderzocht, die dan ook noodzakelijkerwijs niet ter zake dienend zijn.

84. In de tweede plaats en ten overvloede merk ik op dat het ook in het licht van de met de Bronner-criteria nagestreefde doelstellingen gerechtvaardigd is om deze criteria in het onderhavige geval niet toe te passen.

85. Ten eerste volgt, vanuit het oogpunt van bescherming van het eigendomsrecht van de onderneming met een machtspositie, uit de bewoordingen zelf van het arrest Bronner en uit de latere rechtspraak dat de in dat arrest geformuleerde criteria van toepassing zijn op infrastructuur die *eigendom* is van de onderneming met een machtspositie en waarin zij in beginsel *zelf heeft geïnvesteerd*³⁸. Zoals het Gerecht in de punten 94 en 95 van het bestreden arrest heeft opgemerkt, staat in casu ten eerste vast dat de betrokken infrastructuur niet aan LG toebehoort (aangezien zij geen exclusief eigendomsrecht vrij mag uitoefenen en zij enkel de beheerder is van de openbare spoorweginfrastructuur die eigendom is van de Litouwse Staat) en ten tweede dat LG niet heeft geïnvesteerd in het Litouwse spoorwegnet, aangezien dat met overheidsmiddelen is aangelegd en ontwikkeld. Er zijn dan ook geen redenen op grond waarvan ter bescherming van het eigendomsrecht strengere bewijsvereisten zouden moeten worden toegepast, zoals die welke volgens de Bronner-criteria gelden. Evenmin kan er sprake zijn van inbreuk op de contractvrijheid zolang LG optreedt als spoorweginfrastructuurbeheerder, zodat zij onder meer verplicht is toegang tot de openbare spoorweginfrastructuur te verlenen.

86. Ten tweede wordt vanuit economisch oogpunt, zoals het Gerecht in de punten 91 en 92 van het bestreden arrest in wezen en terecht heeft opgemerkt, de bescherming van de prikkel voor de onderneming met een machtspositie om te investeren in de totstandkoming van essentiële infrastructuur ernstig aangetast wanneer de toepasselijke regelgeving al een leveringsverplichting oplegt. Meer in het bijzonder veronderstelt de betrokken verordening dat de prikkel voor een onderneming met een machtspositie om in nieuwe producten en diensten te investeren, behouden blijft.³⁹ In die zin kan de geldende regelgeving de toepassing van artikel 102 VWEU⁴⁰ niet beperken en vormt zij een relevante factor bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van de gedraging van een onderneming met een machtspositie, aangezien mede op grond daarvan wordt bepaald onder welke concurrentievoorwaarden die onderneming haar activiteiten uitoefent.⁴¹ Ongeacht de nagestreefde doelstellingen zou toezicht *ex post* in het kader van het mededingingsrecht een aanvulling vormen op de regelgeving *ex ante*.⁴²

³⁸ Zie in die zin arresten Bronner (punt 37) en Slovak Telekom (punten 43, 45, 46, 48 en 49). Ik merk op dat advocaat-generaal Jacobs in zijn conclusie in de zaak Bronner (punt 66) de toepassing van de Bronner-criteria heeft kunnen overwegen op een geval waarin de betrokken voorziening in concurrentievrije omstandigheden is gecreëerd, deels door overheidsfinanciering.

³⁹ Zie in die zin arrest Slovak Telekom (punten 47 en 48), en de conclusie van advocaat-generaal Saugmandsgaard Øe in de zaken Deutsche Telekom/Commissie en Slovak Telekom/Commissie (C-152/19 P en C-165/19 P, EU:C:2020:678, punten 75-78).

⁴⁰ Arrest van 10 juli 2014, Telefónica en Telefónica de España/Commissie (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punt 128).

⁴¹ Zie in die zin arrest Slovak Telekom (punten 42 en 57).

⁴² Zie in die zin arrest van 14 oktober 2010, Deutsche Telekom/Commissie (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punt 92).

87. Gelet op de voorgaande overwegingen, die in het bestreden arrest niet allemaal uitdrukkelijk aan bod zijn gekomen, ben ik van mening dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de punten 90 tot en met 99 van dat arrest te oordelen dat de Bronner-criteria in casu niet van toepassing waren. Bijgevolg moet het eerste middel van de hogere voorziening ongegrond worden verklaard.

C. Tweede middel

88. Met haar tweede middel voert LG aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de verwijdering van de spoorlijn als „misbruik” in de zin van artikel 102 VWEU aan te merken. Meer bepaald heeft het Gerecht in de punten 168, 170, 177, 197, 204 en 231 van het bestreden arrest de conclusie van de Commissie dat de verwijdering van de spoorlijn misbruik vormde, „slechts” op grond van twee cumulatieve elementen bevestigd, namelijk de omstandigheid dat de spoorlijn „in allerijl”⁴³ en „zonder dat [LG] eerst de nodige middelen [had] verkregen”, was verwijderd⁴⁴. De verwijdering van de spoorlijn kan echter op grond van geen van beide elementen als misbruik worden aangemerkt, temeer daar, zoals het Gerecht in punt 168 van dat arrest heeft erkend, die verwijdering „de enige relevante en economisch redelijke optie” vormde.

1. Relevantie van het tweede middel

89. Voor zover Orlen aanvoert dat dit middel niet ter zake dienend is, herinner ik eraan dat de relevantie van een middel betrekking heeft op de mogelijkheid dat het, zo het gegrond is, tot de door de verzoeker daarmee nagestreefde conclusie kan leiden.⁴⁵

90. In casu betwist LG met haar tweede middel de kwalificatie van de verwijdering van de spoorlijn als „misbruik” in de zin van artikel 102 VWEU door twee elementen aan te vechten waarop de Commissie, en vervolgens het Gerecht, zich uitsluitend hebben gebaseerd.

⁴³ LG benadrukt onder verwijzing naar de punten 148, 164 en 168 van het bestreden arrest dat het Gerecht heeft erkend dat zij ervoor kon kiezen de spoorlijn te verwijderen in plaats van gedeeltelijke reparaties te verrichten die tot haar latere vervanging zouden hebben geleid. Het vermeende misbruik heeft dus uitsluitend betrekking op het tijdstip van deze verwijdering, vanaf 3 oktober 2008. Aangezien het tijdstip van die verwijdering echter geen invloed heeft op de kosten ervan, was onmiddellijke verwijdering een rationeel besluit in het kader van het beheer van de spoorlijn. Bovendien heeft het Gerecht in de punten 197, 204 en 209 van dat arrest geoordeeld dat LG geen bedoeling had om de mededinging te beperken. De verwijdering van de spoorlijn, die hoe dan ook op een later tijdstip zonder extra kosten noodzakelijk zou zijn geweest, was dan ook een rationeel besluit in verband met het beheer van de spoorlijn, dat niet als misbruik kan worden aangemerkt.

⁴⁴ LG betoogt dat het feit dat de spoorlijn „zonder dat eerst de nodige middelen waren verkregen” was verwijderd, evenmin misbruik vormt, aangezien zij de middelen voor de heraanleg van de spoorlijn verwachtte te ontvangen wanneer het grootste deel van de werkzaamheden was uitgevoerd. Onder verwijzing naar de punten 152, 153, 160, 171, 174-176 en 196 van dat arrest stelt LG dat zij op 2 oktober 2008, vóór de werkzaamheden voor de verwijdering van de spoorlijn, om financiering had verzocht, dat er op dat moment en daarna Europese middelen beschikbaar waren en dat zij niet heeft gehandeld met de bedoeling om de mededinging te beperken. LG beklemtoont dat de omstandigheden op grond waarvan het Gerecht het misbruik heeft vastgesteld, voornamelijk na 3 oktober 2008 zijn ontstaan. Tegen deze achtergrond heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door haar er in de punten 164, 165, 170 en 178 van dat arrest toe te verplichten het tijdstip waarop de spoorlijn is verwijderd, vast te stellen of te rechtvaardigen, terwijl het aan de Commissie staat om het misbruik aan te tonen. Voorts heeft het Gerecht het argument van LG inzake de opslag van de herbruikbare delen van de spoorlijn en het hergebruik ervan voor andere lijnen vóór de winter in de punten 152 en 170 van het arrest niet concreet onderzocht. Hoe dan ook hoeven niet eerst de nodige middelen voor een project te zijn „verkregen” om met de voorbereidende fasen van het project als geheel te beginnen.

⁴⁵ Zie in die zin arrest van 21 september 2000, EFMA/Raad (C-46/98 P, EU:C:2000:474, punt 38).

91. Zoals met name uit de punten 42 en 194 van het bestreden arrest naar voren komt, meende de Commissie in het litigieuze besluit dat LG, door de spoorlijn in haar geheel te verwijderen, andere middelen had gebruikt dan die welke bij een normale mededinging gebruikelijk zijn. Deze conclusie vloeit voort uit een geheel van juridische en feitelijke omstandigheden (die in vijf categorieën zijn onderverdeeld en in punt 31 van deze conclusie zijn opgenomen).⁴⁶

92. Hieruit volgt dat, anders dan LG stelt, de conclusie dat de gedraging misbruik vormde, niet voortvloeit uit „slechts twee cumulatieve elementen die het Gerecht heeft vastgesteld, namelijk de omstandigheid dat de spoorlijn ‚in allerijl’ en ‚zonder dat eerst de nodige middelen waren verkregen’, is verwijderd”. Deze elementen vormen namelijk slechts een deel van alle feitelijke omstandigheden op grond waarvan de Commissie, en vervolgens het Gerecht, de betrokken gedraging als misbruik aanmerken. Deze praktijk strookt met de vaste rechtspraak van het Hof volgens welke de vraag of een gedraging misbruik oplevert, in het licht van alle relevante feitelijke omstandigheden moet worden beoordeeld.⁴⁷

93. Aldus rijst de vraag of het tweede middel kan worden geacht ter zake dienend te zijn, aangezien LG slechts een deel van de omstandigheden betwist die de Commissie in aanmerking heeft genomen bij de beantwoording van de vraag of de gedraging als misbruik kon worden aangemerkt.

94. Dienaangaande moet worden vastgesteld dat het Gerecht in de punten 168, 170, 204 en 231 van het bestreden arrest, waarop het onderhavige middel betrekking heeft, enkel de bezwaren van LG heeft afgewezen met betrekking tot bepaalde feitelijke beoordelingen die geen deel uitmaken van de redenering die in het litigieuze besluit is gevolgd.⁴⁸ Uit deze enkele vaststelling kan echter niet worden afgeleid dat dit middel niet kan afdoen aan de conclusie dat de betrokken gedraging misbruik vormde.

95. Mijns inziens kan namelijk niet met zekerheid en bij voorbaat worden geconcludeerd dat de Commissie de gedraging ook als misbruik zou hebben aangemerkt indien de spoorlijn niet overhaast, of pas nadat LG de nodige middelen had verkregen, was verwijderd, aangezien deze twee elementen deel uitmaken van een geheel van elementen die de Commissie (in de overwegingen 184 tot en met 193 van het litigieuze besluit) in aanmerking heeft genomen en die het Gerecht (in de punten 164 tot en met 177 van het bestreden arrest) heeft bevestigd, en het belang van elk van deze elementen niet verschillend wordt gewogen of gerangschikt.

96. Ik ben dan ook van mening dat dit middel als ter zake dienend moet worden beschouwd.

2. Ontvankelijkheid en gegrondheid van het tweede middel

97. De Commissie en Orlen betogen in wezen dat met het tweede middel wordt opgekomen tegen feitelijke beoordelingen en niet wordt aangevoerd dat sprake is van een onjuiste rechtsopvatting, en dat dit daarom niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

⁴⁶ Zie in die zin ook punten 83, 193, 196 en 224 van het bestreden arrest.

⁴⁷ Zie in die zin arrest van 12 mei 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a. (C-377/20, EU:C:2022:379, punt 72 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁴⁸ Meer bepaald hebben deze punten betrekking op het volgende: i) punt 168: de door LG aangevoerde hypothese dat optie 2 de enige relevante en economisch redelijke optie vormde; ii) punt 170: de vermeende noodzaak om de geschikte materialen van de spoorlijn weg te halen om te voorkomen dat zij tijdens de winter beschadigd raakten; iii) punt 204: de vermeende invloed van de arbitrale beslissing van 17 december 2010 op het besluit om de spoorlijn niet opnieuw aan te leggen, en iv) punt 231: het argument van LG dat optie 1 minder doeltreffend was dan optie 2.

98. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het vaste rechtspraak van het Hof is dat wanneer het Gerecht de feiten heeft vastgesteld of beoordeeld, het Hof krachtens artikel 256 VWEU enkel bevoegd is om toezicht uit te oefenen op de wijze waarop het Gerecht de feiten juridisch heeft gekwalificeerd en op de rechtsgevolgen die het daaraan heeft verbonden. De beoordeling van de feiten levert dus geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof, behoudens in het geval van een onjuiste opvatting van de aan het Gerecht overgelegde bewijzen.⁴⁹

99. In het kader van het tweede middel stelt LG niet dat de door het Gerecht onderzochte bewijzen waaruit blijkt dat de spoorlijn „in allerijl” of „zonder dat eerst de nodige middelen waren verkregen” is verwijderd, onjuist zijn opgevat, en het staat niet aan het Hof om de bewijskracht van deze bewijzen opnieuw te onderzoeken. Zij betoogt enkel dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat de Commissie op grond van deze twee bewijzen had kunnen concluderen dat er sprake was van misbruik. Zo lijkt LG het Hof op het eerste gezicht niet te verzoeken om een nieuwe beoordeling van de feiten, maar om toetsing van de juridische kwalificatie ervan. Uit een grondigere analyse van de argumenten van LG blijkt echter dat zij in werkelijkheid van het Hof een nieuwe beoordeling tracht te verkrijgen van de feiten zoals het Gerecht deze heeft vastgesteld.⁵⁰

100. Wat in de eerste plaats LG's argumenten betreft over het feit dat zij in allerijl heeft besloten de spoorlijn te verwijderen, heeft het Gerecht, anders dan zij beweert, ten eerste in punt 168 van het bestreden arrest niet „erkend” dat de verwijdering van de spoorlijn de „enige relevante en economisch redelijke optie” vormde. In dat punt 168 heeft het Gerecht louter een hypothetisch argument aangevoerd – hetgeen duidelijk blijkt uit de inleidende formulering „*zelfs al was, zoals verzoekster betoogt, optie 2 de enige relevante en economisch redelijke optie*”⁵¹ – om te bevestigen dat er zelfs in het kader van optie 2 geen enkele noodzaak bestond om de spoorlijn te ontmantelen wegens bezorgdheid over de veiligheid van het spoorwegverkeer.⁵² Het komt mij dan ook voor dat LG een feitelijke beoordeling van het Gerecht wil laten herkwalificeren, opdat het Hof erkent dat de verwijdering van de spoorlijn de enige relevante en economisch redelijke optie vormde.

101. Ten tweede zij eraan herinnerd dat, anders dan LG stelt, uit het bestreden arrest niet blijkt dat „in het kader van de onderhavige hogere voorziening dus kan worden aangenomen dat LG de spoorlijn op een gegeven moment volledig moest verwijderen”. Deze bewering, die ten grondslag ligt aan het argument van LG, wordt namelijk tegengesproken door de feitelijke beoordelingen in de punten 164 tot en met 166 van het bestreden arrest.⁵³ Derhalve kan niet worden vastgesteld, zoals LG stelt, dat het haar verweten misbruik „veeleer voortkomt uit het tijdstip waarop zij de [spoor]lijn heeft verwijderd”. Met dit argument wordt dus impliciet een herkwalificatie van de feiten beoogd, om de juridische kwalificatie te kunnen aanvechten.

⁴⁹ Arrest van 25 maart 2021, Deutsche Telekom/Commissie (C-152/19 P, EU:C:2021:238, punt 68 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁵⁰ Zie over het feit dat „de scheidslijn tussen feitelijke en rechtsvragen niet altijd gemakkelijk valt te trekken”, met name in mededingingszaken, de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Hilti/Commissie (C-53/92 P, niet gepubliceerd, EU:C:1993:875, punten 46 en 47).

⁵¹ Cursivering van mij.

⁵² Ik merk op dat LG in haar hogere voorziening erkent dat „het Gerecht zich ertoe beperkt deze vraag niet te beantwoorden en geen enkel ander feit aantoont”.

⁵³ Meer in het bijzonder heeft het Gerecht geoordeeld dat LG „niet heeft aangetoond dat de spoorlijn zich na het ontstaan van de vervorming en de diepgaande evaluatie van de staat van de gehele spoorlijn in een zodanige staat bevond dat het *gerechtvaardigd was om deze onmiddellijk volledig te verwijderen*” (punt 164), en dat LG „niet genoegzaam de stelling staft dat de gebreken [...] op vele andere plaatsen *op de gehele spoorlijn* waren vastgesteld” (punt 165). Cursiveringen van mij.

102. Wat in de tweede plaats het feit betreft dat zij geen middelen had ontvangen, lijkt de bewering van LG dat zij „deze middelen voor de heraanleg van de spoorlijn verwachtte te ontvangen”, waarop haar tweede argument is gebaseerd, duidelijk wordt tegengesproken door de feitelijke beoordelingen van het Gerecht in met name de punten 151, 173, 175, 176, 177 en 181 van het bestreden arrest. Aangezien LG niet aanvoert dat de feiten onjuist zijn opgevat, moeten deze beoordelingen in het kader van de onderhavige hogere voorziening als vaststaand worden beschouwd.

103. Gelet op het voorgaande geef ik in overweging het tweede middel niet-ontvankelijk, of op zijn minst kennelijk ongegrond, te verklaren.

D. Derde middel

104. Met haar derde middel betoogt LG dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de verwijdering van de spoorlijn te kwalificeren als een praktijk die, vanaf 3 oktober 2008, mededingingsversturende gevolgen kon hebben, terwijl het treinverkeer op die spoorlijn reeds sinds 2 september 2008 was opgeschort. Met dit middel, dat uit vier onderdelen bestaat⁵⁴, wordt in wezen opgekomen tegen de punten 219 tot en met 233 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht de argumenten van LG heeft afgewezen volgens welke de Commissie ten onrechte had gemeend dat de verwijdering van de spoorlijn als zodanig, los van de voorafgaande opschorting van het verkeer op deze lijn, mededingingsversturende gevolgen op de markt kon hebben.

105. In dit verband herinner ik eraan dat het Gerecht in punt 226 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat de verwijdering van de spoorlijn door LG, ondanks de voorafgaande opschorting van het verkeer, „kon leiden tot afscherming van de markt, die erin bestond de toegang tot de markt te bemoeilijken omdat voor deze toegang minder gunstige voorwaarden golden”. Meer bepaald heeft het Gerecht in antwoord op dat argument, dat LG in eerste aanleg ook heeft aangevoerd, in punt 227 van het bestreden arrest geoordeeld dat LG ten onrechte stelt dat de mededingingssituatie in het contrafeitelijke scenario niet anders zou zijn geweest dan in de status-quo-situatie. Volgens het Gerecht had deze situatie namelijk anders kunnen zijn, aangezien de verwijdering van de spoorlijn, die in allerijl is uitgevoerd en zonder eerst de voor de heraanleg noodzakelijke middelen veilig te stellen, de op het moment van de opschorting van het verkeer bestaande situatie heeft verergerd doordat deze – naar de aard ervan tijdelijke – opschorting is omgezet in een situatie waarin de spoorlijn geheel niet meer kon worden gebruikt, en het daardoor moeilijker was om de spoorlijn te repareren, aangezien de optie die zou hebben bestaan in gerichte initiële reparaties, gevolgd door een volledige heraanleg van de gehele spoorlijn binnen een termijn van vijf jaar (hierna: „optie 1”) onmogelijk was geworden en de optie bestaande in volledige en onmiddellijke heraanleg van de spoorlijn (hierna: „optie 2”) niet volledig kon worden uitgevoerd.

106. Geen van de argumenten die LG in het kader van het derde middel heeft aangevoerd, kan mijns inziens echter aantonen dat het Gerecht met deze beoordeling blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting of dat die beoordeling tegenstrijdigheden bevat.

⁵⁴ Aangezien de vier onderdelen van het derde middel technisch van aard zijn, zal ik elk onderdeel voor een beter begrip afzonderlijk analyseren.

1. Eerste onderdeel

107. Met het eerste onderdeel van het derde middel betoogt LG met een eerste grief dat de benadering van het Gerecht is gebaseerd op een onjuiste premisse, zoals blijkt uit de punten 223, 225 en 227 van het bestreden arrest. Volgens LG vormt optie 1 een relevant en economisch redelijk alternatief voor optie 2. Het Gerecht heeft het in de punten 150, 151 en 167 van dat arrest samengevatte standpunt van LG dat optie 2 de enige relevante en economisch redelijke optie vormde, niet verworpen, maar heeft die kwestie in punt 168 van dat arrest enkel onbeantwoord gelaten. LG leidt hieruit af dat de punten 223, 225 en 227 van dat arrest met elkaar in tegenspraak zijn en onverenigbaar zijn met de keuze voor optie 2. Met een tweede grief stelt LG dat de punten 223, 225 en 227 van het bestreden arrest op de onjuiste veronderstelling berusten dat de spoorlijn na de initiële reparaties van optie 1 „op korte termijn” weer in gebruik had kunnen worden genomen. Dat is echter niet het geval, aangezien zij voor dergelijke reparaties dezelfde procedure had moeten volgen als voor optie 2, met name om de middelen van de Republiek Litouwen of de Unie te verkrijgen. Het Gerecht heeft daarmee geen rekening gehouden en zichzelf aldus tegengesproken.

108. Wat de eerste grief betreft, stel ik ten eerste vast dat het Gerecht in de punten 223, 225 en 227 van het bestreden arrest LG niet verwijt voor optie 2 te hebben gekozen, maar in punt 225 van dat arrest enkel vaststelt dat „de verwijdering van de spoorlijn optie 1 de facto onmogelijk [heeft] gemaakt, aangezien de eerste fase daarvan, te weten de plaatselijke reparaties op de plekken van de spoorlijn waar geen veilig spoorverkeer mogelijk was, sindsdien niet meer mogelijk was”. Het Gerecht heeft in punt 229 van het bestreden arrest namelijk uiteengezet dat „ de Commissie [LG] niet [verwijt] dat zij voor optie 2 en niet voor optie 1 heeft gekozen, maar wel hoe zij optie 2 ten uitvoer heeft gelegd”. Ten tweede heeft het Gerecht in punt 168 van dat arrest enkel aangegeven waarom de stelling van LG dat optie 2 de enige relevante en economisch redelijke optie vormde, niet kon aantonen dat de spoorlijn in allerijl moest worden verwijderd. Aangezien er geen sprake is van enige tegenstrijdigheid of beoordelingsfout in de door LG aangegeven zin, geef ik derhalve in overweging deze eerste grief ongegrond te verklaren.

109. Wat de tweede grief betreft, volgens welke het Gerecht geen rekening heeft gehouden met het feit dat voor de uitvoering van optie 1 dezelfde procedure als voor optie 2 had moeten worden gevolgd om de middelen te verkrijgen, beoogt LG met dit argument, dat een herhaling vormt van haar betoog in eerste aanleg⁵⁵, in mijn ogen in wezen feitelijke vaststellingen te betwisten, hetgeen geen rechtsvraag is die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof.⁵⁶ Bovendien voert LG in casu niet aan dat de feiten onjuist zijn opgevat en geeft zij niet aan in welke zin een nieuwe beoordeling van de feiten duidelijk zou moeten zijn. Ten slotte zou zelfs als het Gerecht had nagelaten hiermee rekening te houden, daardoor hoe dan ook geen tegenstrijdigheid met het herstel van veilig verkeer op korte termijn zijn ontstaan, aangezien het Gerecht in punt 176 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat LG middelen van de Unie voor de heraanleg van de spoorlijn had kunnen verkrijgen indien zij de daartoe noodzakelijke administratieve procedure tijdig had ingesteld.

110. Ik geef derhalve in overweging dit eerste onderdeel deels ongegrond en deels niet-ontvankelijk te verklaren.

⁵⁵ Zie de samenvatting van het argument van LG in punt 216 van het bestreden arrest.

⁵⁶ Zie punten 98-101 van deze conclusie. Zie ook arrest van 28 januari 2021, Qualcomm en Qualcomm Europe/Commissie (C-466/19 P, EU:C:2021:76, punten 42 en 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

2. Tweede onderdeel

111. Met het tweede onderdeel van het derde middel betoogt LG dat het Gerecht zichzelf heeft tegengesproken door in punt 225 van het bestreden arrest aan te geven dat voor de uitvoering van optie 1 „plaatselijke reparaties op de plekken van de spoorlijn waar geen veilig spoorverkeer mogelijk was” nodig waren, terwijl het in punt 164 van dat arrest heeft erkend dat er reparaties „over de gehele lengte van de spoorlijn” moesten worden uitgevoerd.

112. Ik zie echter geen tegenstrijdigheid tussen deze twee punten. In punt 164 van het bestreden arrest heeft het Gerecht namelijk enkel gewezen op de inhoud van de interne brief van LG⁵⁷, volgens welke de spoorlijn voor een dergelijke reparatie in het kader van optie 1 „volledig en onmiddellijk moest worden verwijderd” ondanks het feit dat „de spoorlijn [...] binnen een termijn van vijf jaar volledig zou moeten worden gerepareerd”, terwijl het Gerecht in punt 225 van dat arrest enkel heeft vastgesteld dat de eerste fase van de tenuitvoerlegging van optie 1 bestond in het verrichten van „de plaatselijke reparaties op de plekken van de spoorlijn waar geen veilig spoorverkeer mogelijk was”.

113. Derhalve geef ik in overweging dit tweede onderdeel ongegrond te verklaren.

3. Derde onderdeel

114. Met het derde onderdeel van haar derde middel voert LG aan dat zij, anders dan het Gerecht in de punten 221 tot en met 223 van het bestreden arrest suggereert, geen absolute juridische verplichting had om de normale situatie van de spoorlijn te herstellen door de initiële reparaties in het kader van optie 1 uit te voeren, en dat zij op goede gronden optie 2 kon kiezen. Door optie 2 kon de normale situatie worden hersteld, met de verduidelijking dat het tijdstip van de verwijdering van de spoorlijn, die onvermijdelijk was bij de tenuitvoerlegging van die optie, irrelevant is.

115. In dit verband wil ik er om te beginnen op wijzen dat, zoals in het kader van het eerste onderdeel is opgemerkt, het argument berust op de onjuiste premisse dat het Gerecht heeft geoordeeld dat er krachtens de toepasselijke Uniewetgeving en nationale wetgeving een absolute juridische verplichting op LG rustte om de normale situatie te herstellen door de initiële reparaties uit te voeren in het kader van optie 1 en dat zij niet voor optie 2 kon kiezen.

116. Vervolgens merk ik op dat de beoordelingen van de toepasselijke regelgeving, en met name de verplichtingen die deze oplegt aan spoorweginfrastructuurbeheerders, in punt 222 van het bestreden arrest onder meer zijn aangevoerd om vast te stellen dat de infrastructuurbeheerder op grond van de toepasselijke regelgeving niet alleen de verplichting heeft om de veiligheid van het treinverkeer te waarborgen, maar ook de verplichting om „het verkeer op het spoorweginet zo min mogelijk te verstoren en de normale toestand te herstellen na een verstoring van het treinverkeer”, en voorts dat „de verwijdering van de gehele spoorlijn niet uitsluitend om veiligheidsredenen kon worden gerechtvaardigd, aangezien de veiligheid reeds naar behoren was gewaarborgd door de opschorting van het verkeer op 2 september 2008”. Bovendien heeft het Gerecht in punt 223 van dat arrest geoordeeld dat LG door haar machtspositie op de relevante markt op grond van artikel 102 VWEU diende te „vermijden dat elke mogelijkheid werd

⁵⁷ Brief van 18 september 2008 van de directie spoorweginfrastructuur van LG aan de strategische planingsraad van LG, die was opgesteld op basis van het inspectierapport van de buitengewone commissie van 12 september 2008.

weggenomen om de spoorlijn op korte termijn weer in gebruik te nemen door middel van een gefaseerde heraanleg, door haar verplichting na te komen om het verkeer op het spoorwegnet zo min mogelijk te verstoren door de normale toestand na een verstoring te herstellen”.

117. Uit de vaststellingen in deze punten van het bestreden arrest volgt dat het Gerecht niet heeft geconcludeerd dat LG een absolute juridische verplichting had om de initiële reparaties in het kader van optie 1 uit te voeren, en dat de vaststellingen met betrekking tot de verplichtingen van de spoorweginfrastructuurbeheerders hoe dan ook hoofdzakelijk waren gebaseerd op de bijzondere verantwoordelijkheid van LG krachtens artikel 102 VWEU.

118. Derhalve geef ik in overweging het derde onderdeel ongegrond te verklaren.

4. Vierde onderdeel

119. Met het vierde onderdeel van het derde middel voert LG aan dat de bewering in punt 225 van het bestreden arrest dat er sprake was van een uitsluitingseffect doordat LDZ, toen Orlen ervan uitging dat LG niet voornemens was de spoorlijn op korte termijn te repareren, haar aanvraag van een vergunning om op het Litouwse gedeelte van de korte route naar Letland te opereren heeft ingetrokken, tegenstrijdig is met de vaststellingen in de punten 24 en 25 van dat arrest, waarin het Gerecht heeft vastgesteld dat LDZ „eind juni 2009”, dus na de verwijdering van de spoorlijn, een aanvraag voor een dergelijke vergunning had ingediend. De verwijdering van de spoorlijn is dus geenszins van invloed geweest op de beslissing om de vergunningsaanvraag in te trekken, die in werkelijkheid kan worden verklaard door het feit dat Orlen medio 2010 tot de conclusie was gekomen dat LG niet voornemens was om de spoorlijn op korte termijn te repareren, zoals blijkt uit punt 26 van het bestreden arrest.

120. In dit verband merk ik op dat op basis van een gecombineerde lezing van de punten 24, 25 en 225 van het bestreden arrest inderdaad zou kunnen worden gesteld dat er geen causaal verband bestaat tussen de verwijdering van de spoorlijn en de intrekking van de vergunningsaanvraag door LDZ.

121. De verwijzing – in punt 225 – naar het feit dat LDZ de aanvraag heeft ingetrokken moet echter in haar zeer specifieke context worden begrepen. Het Gerecht heeft hiermee namelijk de vaststelling in de daaraan voorafgaande zin willen illustreren dat „de wijziging van een tijdelijke situatie in een permanente situatie [...] van invloed [kan] zijn op de mededingingssituatie, omdat potentiële concurrenten zich anders zullen gedragen naargelang zij van mening zijn dat de ‚normale’ toestand op korte termijn, op middellange termijn of nooit zal kunnen worden hersteld”. Het feit dat LDZ haar aanvraag om in Litouwen te opereren heeft ingetrokken nadat duidelijk was geworden dat de spoorlijn niet op korte termijn zou worden gerepareerd, dient ter illustratie van deze algemene conclusie over het gedrag van de concurrenten, ongeacht het tijdstip waarop de betrokken aanvraag is ingetrokken. Bijgevolg geef ik in overweging het vierde onderdeel ongegrond te verklaren.

122. Mocht het Hof een innerlijke tegenstrijdigheid in de motivering van punt 225 van het bestreden arrest vaststellen, dan kan deze tegenstrijdigheid mijns inziens niet afdoen aan de slotsom van het Gerecht dat „de overhaaste verwijdering van de spoorlijn, zonder dat eerst de nodige middelen voor de heraanleg ervan waren verkregen, het risico [heeft] verhoogd dat een veilig spoorverkeer op de korte route pas meer dan tien jaar later zou worden hersteld – een risico dat in casu werkelijkheid is geworden”. In die zin is het vierde onderdeel van het derde middel niet ter zake dienend.

123. Gelet op het voorgaande geef ik in overweging het vierde onderdeel van het derde middel en daarmee het derde middel in zijn geheel af te wijzen.

E. Vierde middel

124. Met haar vierde middel, dat uit twee onderdelen bestaat, verwijt LG het Gerecht dat het blijk heeft gegeven van onjuiste rechtsopvattingen en beoordelingsfouten heeft gemaakt in het kader van zijn onderzoek van de rechtmatigheid van de haar opgelegde geldboete.

125. Met het eerste onderdeel stelt LG dat het Gerecht in het bestreden arrest een tegenstrijdige motivering heeft aangedragen aangezien het met name in punt 196 van dat arrest heeft geoordeeld dat „de Commissie zich ter rechtvaardiging van haar conclusie dat het mededingingsrecht is geschonden, geenszins heeft gebaseerd op *de bedoeling, mededingingsverstorende strategie* of kwade trouw van LG”⁵⁸, terwijl het Gerecht in de daaropvolgende delen van het arrest waarin wordt ingegaan op de middelen inzake de vaststelling van het bedrag van de geldboete, heeft verwezen naar een vermeende bedoeling van LG om de mededinging te beperken. Aangezien niets erop wijst dat het Gerecht voornemens was de vaststellingen in punt 196 van het bestreden arrest te wijzigen, brengt deze tegenstrijdigheid in twee opzichten een beoordelingsfout aan het licht. Ten eerste heeft het Gerecht in punt 339 van het bestreden arrest een beoordelingsfout gemaakt door de betrokken gedraging bij het onderzoek van de nieuwigheid van de rechtstheorie waarop het litigieuze besluit is gebaseerd, te omschrijven als een gedraging „waarmee wordt *beoogd* concurrenten van de markt te weren”. Ten tweede heeft het Gerecht deze beschrijving van de betrokken gedraging ten onrechte herhaald in het kader van de analyse van de vermeende onevenredigheid van de door de Commissie toegepaste coëfficiënt voor de ernst van de inbreuk, met name in punt 368 van het bestreden arrest (waarin naar vernoemd punt 339 wordt verwezen) en in punt 374 van dat arrest, waarin wordt verwezen naar „de verwijdering van de spoorlijn *om* concurrenten van de markt te weren door hun markttoegang te verlenen tegen minder voordelige voorwaarden”. Dergelijke beoordelingsfouten van het Gerecht hebben hun weerslag gehad op zowel de vraag of er een geldboete moest worden opgelegd, als, in voorkomend geval, de hoogte daarvan.

126. Met het tweede onderdeel stelt LG, zonder haar bewering te staven, dat het feit dat de betrokken gedraging beweerdelijk nieuw was en zij niet de bedoeling had om de mededinging te beperken, de analyse van het Gerecht in het kader van de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht had kunnen beïnvloeden. Ter terechtzitting heeft LG dit op twee punten nader toegelicht. Ten eerste heeft LG betoogd dat het feit dat zij niet de bedoeling had om de mededinging te beperken relevant was, aangezien het Gerecht in de punten 398 en 404 van het bestreden arrest heeft verduidelijkt dat „de ernst van de inbreuk naar billijkheid is beoordeeld” voor de vaststelling van het bedrag van de geldboete in het kader van zijn volledige rechtsmacht, waarbij de bedoeling om de mededinging te beperken zwaar meewoog bij de beoordeling van de ernst van de inbreuk. Ten tweede heeft LG aangevoerd dat het Gerecht, door de bedoeling om de mededinging te beperken als toetsingselement voor de ernst te beschouwen, bestanddelen van de door de Commissie rechtmatig vastgestelde inbreuk heeft gewijzigd en daarmee zijn volledige rechtsmacht heeft overschreden.

⁵⁸ Cursivering van mij.

1. Relevantie van het vierde middel

127. Volgens de Commissie is het vierde middel niet ter zake dienend⁵⁹, aangezien het Gerecht zijn volledige rechtsmacht heeft uitgeoefend en zijn eigen beoordeling van de geldboete in de plaats heeft gesteld van die van de Commissie, en voorts in het kader van deze beoordeling geenszins heeft verwezen naar het feit dat LG de bedoeling had om de mededinging te beperken.

128. In casu beoogt LG met haar vierde middel een verdere verlaging van het bedrag van de haar opgelegde geldboete door te stellen dat het Gerecht bij de behandeling van de middelen betreffende de vaststelling van het bedrag van de geldboete een beoordelingsfout heeft gemaakt. De omstandigheid dat het Gerecht zijn volledige rechtsmacht heeft uitgeoefend en zijn eigen beoordeling van het bedrag van de geldboete in de plaats heeft gesteld van die van de Commissie, kan niet afdoen aan de relevantie van dit middel. Deze omstandigheid sluit namelijk op zich ten eerste niet uit dat dit vierde middel, indien het gegrond zou zijn, zou kunnen leiden tot een latere verlaging van het bedrag van de aanvankelijk door de Commissie opgelegde geldboete, aangezien een beoordelingsfout met betrekking tot de vraag of er sprake was van een bedoeling daadwerkelijk van invloed kan zijn op bepaalde parameters van de geldboete, met name op de ernst van de inbreuk, en sluit ten tweede niet uit dat een dergelijke verlaging het Gerecht tot het oordeel zou hebben gebracht dat het zijn volledige rechtsmacht niet meer hoefde uit te oefenen. Deze hypothese is des te aannemelijker omdat het Gerecht ten eerste het bedrag van de geldboete uit eigen beweging en onder uitoefening van zijn volledige rechtsmacht lijkt te hebben herbeoordeeld, en op grond daarvan een aanzienlijk lager bedrag heeft vastgesteld dan de Commissie, en het ten tweede niet heeft uiteengezet waarom het de definitieve geldboete heeft gewijzigd terwijl het alle middelen tot staving van de vordering tot nietigverklaring van het litigieuze besluit en alle grieven ter ondersteuning van LG's verzoek tot verlaging van de geldboete had afgewezen.

129. Uit het voorgaande volgt dat dit middel niet meteen al als niet ter zake dienend kan worden afgewezen. Bijgevolg moet worden onderzocht of het middel gegrond is.

2. Gegrondheid van het vierde middel

130. Om te beginnen merk ik op dat het vierde middel noodzakelijkerwijs berust op de premisse dat het Gerecht zowel bij de toetsing van de vaststelling van de geldboete door de Commissie als in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht rekening heeft gehouden met de beweerdelijke bedoeling van LG om de mededinging te beperken. LG betoogt immers op grond van deze premisse dat het arrest een innerlijke tegenstrijdigheid bevat, aangezien het Gerecht heeft gesteld dat LG's bedoeling om de mededinging te beperken niet in aanmerking was genomen bij de kwalificatie van de gedraging als misbruik.

131. Dienaangaande moet om te beginnen worden opgemerkt dat het Gerecht in de punten 196 en 197 van het bestreden arrest⁶⁰ heeft geoordeeld dat de Commissie zich, in het litigieuze besluit, ter rechtvaardiging van haar conclusie dat het mededingingsrecht is geschonden niet heeft gebaseerd op de bedoeling, mededingingsversturende strategie of kwade trouw van LG.

⁵⁹ Zoals in punt 89 van dit betoog in herinnering is gebracht, heeft de relevantie van een middel betrekking op de mogelijkheid dat het, zo het gegrond is, tot de door de verzoeker daarmee nagestreefde conclusie kan leiden.

⁶⁰ Zie met name punten 204 en 209 van dat arrest.

Hiermee heeft het Gerecht uitdrukkelijk het argument van LG afgewezen dat de Commissie het recht in het litigieuze besluit onjuist heeft toegepast door zich te beroepen op de bedoeling om de mededinging te beperken om aan te tonen dat de betrokken praktijk misbruik opleverde.⁶¹

132. Vervolgens stel ik vast dat in geen van de onderdelen van het arrest waarop het vierde middel betrekking heeft, uitdrukkelijk wordt verwezen naar een beweerdelijke bedoeling van LG om de mededinging te beperken. De enige elementen voor een mogelijke staving van LG's stelling dat het Gerecht rekening heeft gehouden met haar beweerdelijke bedoeling om de mededinging te beperken, zijn volgens LG het gebruik van formuleringen waarmee een dergelijke intentie wordt gesuggereerd (in de punten 339, 368 en 374 van het bestreden arrest, in het kader van het eerste onderdeel) en verder, nog impliciet, de verwijzing naar een billijke beoordeling van de ernst van de inbreuk, voor zover de bedoeling om de mededinging te beperken in dit verband relevant is (in de punten 398 en 404, in het kader van het tweede onderdeel).

133. Om de hiernavolgende redenen ben ik van mening dat geen van beide elementen volstaat om aan te tonen dat het Gerecht rekening heeft gehouden met de beweerdelijke bedoeling van LG om de mededinging te beperken, en dat de twee onderdelen van het vierde middel derhalve ongegrond moeten worden verklaard.

a) Eerste onderdeel

134. Met het eerste onderdeel van het vierde middel betoogt LG in wezen dat het Gerecht een beoordelingsfout heeft gemaakt bij zijn onderzoek van de rechtmatigheid van de door de Commissie opgelegde geldboete. Dienaangaande voert zij twee grieven aan, waarvan de eerste is ontleend aan een beoordelingsfout in punt 339 van het bestreden arrest in het kader van de analyse van de vraag of de rechtstheorie waarop het litigieuze besluit is gebaseerd, nieuw is, en de tweede grief aan een beoordelingsfout in de punten 368 en 374 van het bestreden arrest in het kader van de analyse van de vermeende onevenredigheid van de coëfficiënt voor de ernst van de inbreuk.

135. Wat in de eerste plaats de grief inzake punt 339 van het bestreden arrest betreft, stel ik vast dat dit punt deel uitmaakt van de analyse van het Gerecht met betrekking tot de grief van LG dat de Commissie het recht onjuist heeft toegepast en een beoordelingsfout heeft gemaakt door haar een geldboete op te leggen, omdat de in het litigieuze besluit verweten gedraging een nieuwe categorie van misbruik vormde waarvan zij niet wist dat deze onrechtmatig was. Het Gerecht heeft er immers aan herinnerd dat de betrokken gedraging „potentieel mededingingsversturende gevolgen had door de uitschakeling van de mededinging op de [betrokken] markt [...], daar drempels voor toetreding tot de markt werden opgeworpen zonder dat daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestond”. Het Gerecht heeft dan ook in het licht van deze vaststelling en in antwoord op het argument dat het nieuw is dat deze gedraging wordt aangemerkt als misbruik, geoordeeld dat de Unierechters „een gedraging als die van verzoekster, *waarmee wordt beoogd concurrenten van de markt te weren*, [reeds] hebben veroordeeld als misbruik”⁶².

⁶¹ Zie punt 185 van het bestreden arrest.

⁶² Cursivering van mij.

136. De formulering „[een gedraging] *waarmee wordt beoogd* concurrenten van de markt te weren” (in de Engelse taalversie, de procestaal: „conduct [...] *seeking to keep competitors away from the market*”) is weliswaar dubbelzinnig en kan, los van de context, inderdaad aldus worden opgevat dat er sprake is van een bedoeling om de mededinging te beperken, maar moet niettemin in haar specifieke context worden beoordeeld.⁶³

137. Deze formulering is geïnspireerd op punt 164 van het arrest AstraZeneca/Commissie⁶⁴, waarin het Hof in het kader van de beoordeling van het feit dat de betrokken inbreuken nog nooit eerder waren vastgesteld en van de gevolgen van die inbreuken, heeft verduidelijkt dat AstraZeneca „*zich ervan bewust was dat haar gedrag sterk mededingingsverstorend was en had moeten verwachten dat het onverenigbaar zou worden verklaard met de mededingingsregels van de Unie*”⁶⁵. Hieruit volgt dat een bedoeling in het kader van deze rechtspraak een andere nuance heeft dan het begrip bedoeling dat wordt opgevat als het bestaan van „een commerciële strategie van een onderneming”. Wanneer het Gerecht in de punten 196 en 197 van het bestreden arrest naar de bedoeling verwijst, doet het dit namelijk op basis van „subjectieve factoren [...], namelijk de redenen waarop die commerciële strategie berust” (zie punt 191 van dat arrest).⁶⁶ Wanneer het Gerecht daarentegen verwijst naar een gedraging „*waarmee wordt beoogd concurrenten van de markt te weren*”, gaat het om een objectieve beoordeling die verband houdt met de vraag of een gedraging, gelet op alle relevante omstandigheden, de mededinging kan beperken.

138. Ik ben dan ook van mening dat de eerste grief van het eerste onderdeel die is ontleend aan een beoordelingsfout in punt 339 van het bestreden arrest, in het kader van de analyse van vraag of de betrokken gedraging nieuw is, moet worden afgewezen.

139. Wat in de tweede plaats de grief in de punten 368 en 374 van het bestreden arrest betreft, stel ik vast dat deze punten deel uitmaken van de analyse van het Gerecht met betrekking tot de grief die is ontleend aan de beweerde onevenredigheid van de coëfficiënt voor de ernst van de inbreuk die bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete door de Commissie is gehanteerd.

140. In dit verband merk ik om te beginnen op dat het Gerecht in punt 366 van het bestreden arrest in herinnering heeft gebracht dat de Commissie, ter bepaling van de ernst van de betrokken inbreuk, vier elementen in aanmerking heeft genomen: de aard van de inbreuk, de situatie op de relevante markten van LG, de geografische omvang van de inbreuk en de wijze waarop de inbreuk daadwerkelijk is uitgevoerd. Het moet worden vastgesteld dat bij de elementen waarmee de Commissie rekening heeft gehouden bij de vaststelling van de ernst van de inbreuk geen enkel subjectief element wordt genoemd, zoals de vraag of de gedraging een specifieke bedoeling had.⁶⁷

141. Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het argument van LG dat er twee verwijzingen zijn, namelijk de punten 368 en 374 van het bestreden arrest, die, afzonderlijk gelezen, zouden kunnen suggereren dat er rekening is gehouden met een subjectief element waaruit een bedoeling blijkt.

⁶³ Cursivering van mij.

⁶⁴ Arrest van 6 december 2012, AstraZeneca/Commissie (C-457/10 P, EU:C:2012:770).

⁶⁵ Cursivering van mij.

⁶⁶ Zie in dezelfde zin arresten van 19 april 2012, Tomra Systems e.a./Commissie, (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punten 20 en 21), en 30 januari 2020, Generics (UK) e.a. (C-307/18, EU:C:2020:52, punt 162).

⁶⁷ Wat de in punt 366 van het bestreden arrest bedoelde „aard van de inbreuk” betreft, heeft het Gerecht gesteld dat „het feit dat de gedraging bestaande in de verwijdering van een openbare spoorlijn tussen twee lidstaten, afbreuk deed aan de consolidering van de interne markt, met name de interne Europese spoorwegmarkt”.

142. Meer bepaald heeft het Gerecht in punt 368 van het bestreden arrest, net als in voornoemd punt 339, verklaard dat „de Unierechter herhaaldelijk heeft geoordeeld dat een gedraging als die van [LG], waarmee wordt *beoogd* concurrenten van de markt te weren, misbruik oplevert”. Deze verwijzing naar dezelfde bewoordingen als in het hierboven onderzochte punt 339 van het bestreden arrest vloeit voort uit het feit dat LG verwijst naar de argumenten die zij heeft aangevoerd ter ondersteuning van het middel betreffende de nieuwigheid en onbekendheid van deze zaak, met het doel de beweerd onevenredigheid van de door de Commissie gehanteerde coëfficiënt voor de ernst van de inbreuk aan te vechten. Hieruit volgt dat de analyse in de punten 135 en 136 van deze conclusie mutatis mutandis van toepassing is.

143. Voorts heeft de Commissie in punt 374 van het bestreden arrest willen antwoorden op het argument van LG dat de coëfficiënt voor de ernst van de inbreuk ook onevenredig is gelet op haar praktijk in vergelijkbare gevallen waarin artikel 102 VWEU is toegepast, en het beginsel van gelijke behandeling daardoor wordt geschonden. Tegen deze achtergrond heeft het Gerecht gesteld dat „de verwijdering van de spoorlijn *om* concurrenten van de markt te *weren* door hun markttoegang te verlenen tegen minder voordelige voorwaarden, niet als [een weigering van toegang tot essentiële infrastructuur] kon worden beschouwd”.⁶⁸

144. Hoewel de term „om” inderdaad dubbelzinnig is, aangezien deze kan worden opgevat als een bedoeling om de mededinging te beperken, heeft het Gerecht hier in mijn ogen een nogal ongelukkige formulering gekozen, aangezien het in dit deel van het bestreden arrest slechts zijn analyse van de kwalificatie van de gedraging als misbruik van machtspositie herhaalt, volgens welke de betrokken gedraging niet als een „weigering van toegang” kan worden aangemerkt. Juist om die reden wordt dit zinsdeel voorafgegaan door „in het kader van het onderzoek van het eerste middel van het beroep is aangetoond”.

145. Bijgevolg heeft het Gerecht in punt 374 van het bestreden arrest geen nieuwe beoordeling verricht van de vraag of de inbreuk met een bedoeling is gepleegd, welke beoordeling als tegenstrijdig kan worden opgevat, maar enkel de conclusie herhaalt die het in het kader van de analyse van het eerste middel, en met name in punt 98 van het bestreden arrest, reeds had getrokken, namelijk dat „de betreffende gedraging [...] niet kan worden onderzocht in het licht van de vaste rechtspraak inzake de weigering van toegang tot essentiële infrastructuur”.

146. In de derde plaats zij er volledigheidshalve aan herinnerd dat de gestelde tegenstrijdigheid in de motivering bezien vanuit het standpunt dat het Gerecht zijn motiveringsplicht niet is nagekomen, in het kader van de onderhavige hogere voorziening niet hoeft te worden onderzocht, aangezien uit de motivering van het bestreden arrest duidelijk en ondubbelzinnig blijkt dat de subjectieve elementen, zoals de bedoeling, mededingingsversturende strategie of kwade trouw van LG, niet in aanmerking zijn genomen bij het vaststellen van het bestaan van de inbreuk. Er is dus geen sprake van een interne tegenstrijdigheid waardoor de redenen die ten grondslag liggen aan de analyse van het Gerecht op dit punt, niet goed kunnen worden begrepen.⁶⁹

147. Gelet op het voorgaande geef ik in overweging de tweede grief van het eerste onderdeel, die is ontleend aan een beoordelingsfout in het kader van de analyse van de beweerdelijke onevenredigheid van de door de Commissie gehanteerde coëfficiënt voor de ernst van de inbreuk, en dit eerste onderdeel in zijn geheel af te wijzen.

⁶⁸ Cursivering van mij.

⁶⁹ Zie in dit verband arrest van 16 december 2015, Cargolux Airlines/Commissie (T-39/11, niet gepubliceerd, EU:T:2015:991, punt 31).

b) Tweede onderdeel

148. Met het tweede onderdeel van het vierde middel betoogt LG in wezen dat het Gerecht in het kader van de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht een beoordelingsfout heeft gemaakt door bij de beoordeling van de ernst van de inbreuk uit te gaan van een bedoeling om de mededinging te beperken.

1) Beoordeling van de bedoeling om de mededinging te beperken

149. Om te beginnen herinner ik eraan dat volgens vaste rechtspraak, waarnaar het Gerecht in punt 390 van het bestreden arrest uitdrukkelijk verwijst, de Unierechter, wanneer hij zijn volledige rechtsmacht uitoefent, niet alleen bevoegd is tot het enkel toetsen van de rechtmatigheid van de sanctie, maar hij ook zijn eigen beoordeling ter bepaling van de hoogte van die sanctie in de plaats mag stellen van die van de Commissie, de instelling die de handeling heeft vastgesteld waarbij de hoogte van de sanctie aanvankelijk was bepaald. Daarbij mogen echter de bepalende kenmerken van de inbreuk die door de Commissie op rechtmatige wijze is geconstateerd in het ter toetsing aan het Gerecht voorgelegde besluit, niet worden gewijzigd.⁷⁰

150. Aangezien het Gerecht in de punten 196 en 197 van het bestreden arrest⁷¹ heeft geoordeeld dat de Commissie zich, ter rechtvaardiging van haar conclusie dat er sprake was van een inbreuk op het mededingingsrecht, in het litigieuze besluit terecht niet had gebaseerd op met name de bedoeling van LG om de mededinging te beperken, volgt daaruit dat het Gerecht niet bevoegd is om een dergelijk „bestanddeel van de inbreuk” te wijzigen door een dergelijke bedoeling in het kader van zijn volledige rechtsmacht in aanmerking te nemen.

151. Zoals in het bijzonder in punt 132 van deze conclusie reeds is opgemerkt, komt de term „bedoeling” niet voor in het deel van het arrest dat is gewijd aan de uitoefening van de volledige rechtsmacht, te weten de punten 389 tot en met 406 van het bestreden arrest. Bovendien heeft LG in haar verzoekschrift niet verduidelijkt welk deel van de analyse van het Gerecht onjuist is wegens overwegingen in verband met de bedoeling van de betrokken gedraging, maar heeft zij ter terechtzitting aangegeven dat overwegingen in verband met de bedoeling inherent zijn aan de beoordeling van de ernst van de gedraging.

152. In dit verband herinner ik eraan dat volgens de rechtspraak van het Hof de Unierechter op basis van de toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht die hem overeenkomstig artikel 261 VWEU bij artikel 31 van verordening nr. 1/2003 is verleend, niet alleen bevoegd is om toezicht uit te oefenen op de wettigheid van de sanctie, maar ook om zijn beoordeling in de plaats te stellen van die van de Commissie en dus de opgelegde geldboete of dwangsom op te heffen, te verlagen of te verhogen. Weliswaar staat de uitoefening van deze toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht niet gelijk aan de uitoefening van ambtshalve toezicht en wordt de procedure op tegenspraak gevoerd, maar de Unierechter moet bij de uitoefening van de in de artikelen 261 en 263 VWEU vastgestelde bevoegdheden elke grief, rechtens of feitelijk, onderzoeken waarmee wordt aangevoerd dat het bedrag van de geldboete niet passend is in het licht van de ernst en de duur van de inbreuk.⁷² Bij de uitoefening van volledige rechtsmacht moet dus rekening worden gehouden met de ernst en met de duur van de inbreuk, met inachtneming

⁷⁰ Zie in die zin arrest van 21 januari 2016, Galp Energía España e.a./Commissie (C-603/13 P, EU:C:2016:38, punten 75-77).

⁷¹ Zie ook punten 204 en 209 van het bestreden arrest.

⁷² Arrest van 16 juli 2020, Nexans France en Nexans/Commissie (C-606/18 P, EU:C:2020:571, punten 96 en 97 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

van met name het evenredigheidsbeginsel, het beginsel dat sancties individueel zijn en het gelijkheidsbeginsel.⁷³ Het Gerecht heeft zijn beoordelingsbevoegdheid inderdaad uitgeoefend op basis van deze twee criteria met betrekking tot de ernst en de duur van de inbreuk.⁷⁴

153. Met betrekking tot de ernst van de inbreuk – het relevante criterium in het kader van het onderhavige onderdeel – heeft het Gerecht het passend geacht om rekening te houden met drie elementen, te weten de aard van de inbreuk, de situatie van LG op de relevante markten en de geografische omvang van deze inbreuk, zoals blijkt uit punt 399 van het bestreden arrest. De vraag of de inbreuk met een bedoeling is gepleegd, kan naar haar aard alleen in het kader van het eerste element, namelijk de aard van de inbreuk, worden beoordeeld.

154. Evenwel moet worden vastgesteld dat het Gerecht in punt 400 van het bestreden arrest, waarin het de aard van de inbreuk heeft geanalyseerd, heeft verwezen naar objectieve overwegingen die direct noch indirect verband houden met een vermeende bedoeling om de mededinging te beperken.

155. Hieruit volgt dat, anders dan LG beweert, het Gerecht zich niet heeft gebaseerd op een beweerdelijke bedoeling om de mededinging te beperken teneinde „de ernst van de inbreuk naar billijkheid te beoordelen”, en dat dit tweede onderdeel van het vierde middel derhalve eveneens ongegrond moet worden verklaard.

156. Ten overvloede en volledigheidshalve wil ik nog wel nader ingaan op twee punten, namelijk de beoordeling van de vraag welk boetebedrag passend is en de motiveringsplicht bij de uitoefening van de volledige rechtsmacht.

2) Beoordeling van de vraag welk boetebedrag passend is

157. Ten eerste is het volgens vaste rechtspraak niet aan het Hof om, wanneer het zich in het kader van een hogere voorziening uitspreekt over rechtsvragen, uit billijkheidsoverwegingen zijn oordeel in de plaats te stellen van dat van het Gerecht dat zich in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht heeft uitgesproken over het bedrag van de geldboeten die aan ondernemingen wegens schending van het Unierecht zijn opgelegd. Het Hof kan pas vaststellen dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door een ongepast hoge geldboete op te leggen wanneer het van oordeel is dat de hoogte van de geldboete niet alleen ongepast is, maar ook zodanig overdreven dat de geldboete onevenredig is.⁷⁵

158. In casu betwist LG de beoordeling door het Gerecht van het bedrag van de opgelegde geldboete in het licht van de omstandigheden van het geval, zonder evenwel aan te tonen of zelfs maar aan te voeren dat dit bedrag niet alleen ongepast is, maar ook zodanig overdreven dat het onevenredig is. Bijgevolg kan het Hof ook dit onderdeel niet-ontvankelijk verklaren.

⁷³ Arrest van 21 januari 2016, Galp Energía España e.a./Commissie (C-603/13 P, EU:C:2016:38, punt 90).

⁷⁴ Zie punten 395 en 397 van het bestreden arrest.

⁷⁵ Arrest van 25 maart 2021, Lundbeck/Commissie (C-591/16 P, EU:C:2021:243, punten 197 en 198 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

3) *Motiveringsplicht*

159. Ten tweede moet het Gerecht volgens vaste rechtspraak bij de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht bepaalde verplichtingen nakomen, zoals de motiveringsplicht, die is neergelegd in artikel 36 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, dat op grond van artikel 53, eerste alinea, van dat Statuut van toepassing is op het Gerecht.⁷⁶

160. In casu heeft het Gerecht in de punten 400 tot en met 402 van het bestreden arrest slechts een bijzonder vage motivering gegeven waaruit nauwelijks kan worden opgemaakt hoe het tot de beslissing is gekomen om het boetebedrag aanzienlijk te verlagen. Dit gebrek aan motivering wekt des te meer verbazing daar het Gerecht het litigieuze besluit heeft bevestigd door alle door LG aangevoerde middelen af te wijzen. Weliswaar kan het Gerecht de bestreden handeling in het kader van zijn volledige rechtsmacht herzien, zelfs als deze niet nietig wordt verklaard, met name door het boetebedrag te verlagen, maar dit neemt niet weg dat een dergelijke wijziging van de geldboete zodanig moet worden gemotiveerd dat duidelijk is om welke redenen de boete is gewijzigd, zonder dat echter een nauwkeurige berekening hoeft te worden uitgevoerd.

161. In de onderhavige zaak heeft LG echter niet aangevoerd dat er sprake is van een gebrekkige motivering, en heeft de Commissie, die er ook een rechtmatig belang bij zou hebben om te betogen dat de motiveringsplicht is geschonden, geen incidentele hogere voorziening ingesteld waarin enkel de geldboete werd aangevochten.

162. In deze specifieke situatie hoeft het Hof mijns inziens niet ambtshalve vast te stellen dat de motiveringsplicht is geschonden. Mocht het Hof echter tot het oordeel komen dat de uitoefening van de volledige rechtsmacht ontoereikend is gemotiveerd, aangezien het Gerecht de ernst van de onrechtmatige gedragingen moet beoordelen, dient deze zaak naar het Gerecht te worden terugverwezen zodat het de boeteberekening nader kan motiveren.⁷⁷ In een dergelijk geval mag het Gerecht, gelet op het beginsel van het verbod van reformatio in peius⁷⁸ en op het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel, geen hoger boetebedrag opleggen dan het bedrag dat in het bestreden arrest is vastgesteld, nu dat niet door de Commissie is aangevochten.

VI. Kosten

163. Volgens artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof beslist het Hof over de kosten wanneer de hogere voorziening ongegrond is. Volgens artikel 138, lid 1, van dit Reglement, dat ingevolge artikel 184, lid 1, van dit Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen voor zover dit is gevorderd. Aangezien de middelen van LG mijns inziens moeten worden verworpen, geef ik in overweging haar in de kosten van de hogere voorziening te verwijzen.

⁷⁶ Arrest van 18 maart 2021, Pometon/Commissie (C-440/19 P, EU:C:2021:214, punt 138).

⁷⁷ Zie in die zin arrest van 16 juli 2020, Nexans France en Nexans/Commissie (C-606/18 P, EU:C:2020:571, punt 95 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁷⁸ Zie in dit verband punt 273 van de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de gevoegde zaken Fresh Del Monte Produce/Commissie en Commissie/Fresh Del Monte Produce (C-293/13 P en C-294/13 P, EU:C:2014:2439).

VII. Conclusie

164. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging als volgt te oordelen:

„– De hogere voorziening wordt afgewezen.

– Lietuvos geležinkeliai AB wordt verwezen in haar eigen kosten en in die van de Europese Commissie.”