

ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

17 februari 2011 *

In zaak C-52/09,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Stockholms tingsrätt (Zweden) bij beslissing van 30 januari 2009, ingekomen bij het Hof op 6 februari 2009, in de procedure

Konkurrensverket

tegen

TeliaSonera Sverige AB,

in tegenwoordigheid van:

Tele2 Sverige AB,

* Procestaal: Zweeds.

wijst

HET HOF (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: A. Tizzano (rapporteur), kamerpresident, A. Borg Barthet, M. Ilešič, M. Safjan en M. Berger, rechters,

advocaat-generaal: J. Mazák,
griffier: C. Strömholm, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 18 maart 2010,

gelet op de opmerkingen van:

- Konkurrentsverket, vertegenwoordigd door C. Zackari, C. Landström en S. Martinsson als gemachtigden, bijgestaan door U. Öberg, advocat,
- TeliaSonera Sverige AB, vertegenwoordigd door E. Söderlind en C. Mailund, advokater,
- Tele2 Sverige AB, vertegenwoordigd door C. Wetter en P. Forsberg, advokater,
- de Poolse regering, vertegenwoordigd door M. Dowgielewicz als gemachtigde,

- de Finse regering, vertegenwoordigd door A. Guimaraes-Purokoski als gemachtigde,

- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door L. Parpala, E. Gippini Fournier en K. Mojzesowicz als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 2 september 2010,

het navolgende

Arrest

- ¹ Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 102 VWEU met betrekking tot de criteria op grond waarvan een in een prijsstijging resulterende tariefpraktijk moet worden aangemerkt als misbruik van machtspositie.

- ² Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Konkurrensverket (Zweedse mededingingsautoriteit) en TeliaSonera Sverige AB (hierna: „TeliaSonera”) betreffende een vordering van deze autoriteit tot veroordeling van TeliaSonera tot betaling van een administratieve geldboete wegens inbreuken op het nationale mededingingsrecht en artikel 82 EG.

Hoofddeding en prejudiciële vragen

- 3 Aan het eind van de jaren 1990 en het begin van de jaren 2000 begonnen steeds meer Zweedse eindgebruikers van internetdiensten over te schakelen van dial-upaansluitingen, met lage transmissiesnelheden, naar verschillende types van breedbandaansluitingen, met aanzienlijk hogere transmissiesnelheden. Toentertijd was het meest voorkomende type breedbandaansluiting de ADSL-aansluiting („Asymmetric Digital Subscriber Line”). Deze aansluitingen maken gebruik van een telefoonaansluiting, een kabeltelevisienetwerk of een local area network (LAN).
- 4 TeliaSonera, het vroegere Telia AB, is de Zweedse historische exploitant van het netwerk voor vaste telefonie en was voorheen houdster van uitsluitende rechten. Zij is reeds lang eigenaresse van een uit metalen kabels bestaand toegangsnet dat bijna alle Zweedse huishoudens bereikt. In het bijzonder is zij eigenaresse van het aansluitnetwerk (de zogenaamde *local loop*), dat is het deel van het uit koperen aderparen bestaande telefoonnetwerk dat de telefoonstekker van de gebruiker verbindt met het distributiepunt van de telefoonoperator.
- 5 TeliaSonera bood andere operatoren op twee wijzen toegang tot de local loop. Enerzijds bood zij deze toegang aan via ontbundeling, in overeenstemming met haar verplichtingen krachtens verordening (EG) nr. 2887/2000 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk (PB L 336, blz. 4).
- 6 Anderzijds bood zij, zonder daartoe op grond van enige wettelijke verplichting te zijn gehouden, de operatoren op intermediair niveau een ADSL-product aan, waarmee zij hun breedbandtoegangsdiensten aan eindgebruikers kunnen aanbieden.

- 7 Tegelijkertijd bood TeliaSonera de eindgebruikers zelf rechtstreeks breedbandtoegangsdiensten aan.
- 8 Volgens Konkurrensverket heeft TeliaSonera tussen april 2000 en januari 2003 misbruik gemaakt van haar machtspositie door de toepassing van een tariefbeleid waarbij het verschil tussen de verkoopprijzen voor de ADSL-diensten op intermediair niveau en de verkoopprijzen voor de aan de eindgebruikers aangeboden diensten niet volstond ter dekking van de kosten die TeliaSonera zelf diende te dragen om deze diensten aan de eindgebruikers aan te bieden.
- 9 Op die grond heeft Konkurrensverket voor het Stockholms tingsrätt gevorderd dat TeliaSonera zou worden veroordeeld tot betaling van een administratieve geldboete wegens schending van het nationale mededingingsrecht tussen april 2000 en januari 2003, alsook van artikel 82 EG tussen 1 januari 2001 en januari 2003.
- 10 Volgens de verwijzingsbeslissing zijn de partijen in het hoofdgeding het weliswaar oneens over een reeks feitelijke gegevens, zoals de eventuele invloed van de bewuste praktijk op het handelsverkeer tussen de lidstaten, de definitie van de relevante markt waarop TeliaSonera een machtspositie zou innemen of het bestaan zelf van een dergelijke positie, maar is de verwijzende rechter, gelet op de nationale procedurele voorschriften, toch gehouden reeds in dit stadium zijn verzoek om een prejudiciële beslissing in te dienen. Die voorschriften bepalen dat in het kader van vorderingen als die in het hoofdgeding het tingsrätt het bewijs en de rechtsvragen tegelijkertijd dient te beoordelen tijdens de beraadslaging.
- 11 De verwijzende rechter preciseert dat indien hij na de beoordeling van de bewijselementen tot het besluit zou komen dat de betrokken praktijk het handelsverkeer tussen de lidstaten niet kan beïnvloeden, de uitlegging van artikel 102 VWEU door het Hof in ieder geval nog steeds noodzakelijk zou zijn, gelet op het feit dat het Zweedse

mededingingsrecht geïnspireerd is op het Unierecht en bij de uitlegging ervan rekening wordt gehouden met het Unierecht.

- 12 Daarop heeft het Stockholms tingsrätt de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

- „1) Onder welke voorwaarden is sprake van schending van artikel [102 VWEU] op grond van een verschil tussen de prijs waartegen een verticaal geïntegreerde onderneming met een machtspositie intermediaire ADSL-producten aan haar concurrenten op de groothandelsmarkt verkoopt, en de prijs die dezelfde onderneming op de eindgebruikersmarkt toepast?
- 2) Zijn voor de beantwoording van de eerste vraag alleen de prijzen van de onderneming met een machtspositie voor eindgebruikers relevant of moet bij de beoordeling van de eerste vraag ook rekening worden gehouden met de prijzen van de concurrenten op de eindgebruikersmarkt?
- 3) Wordt het antwoord op de eerste vraag beïnvloed door het feit dat de onderneming met een machtspositie geen wettelijke verplichting heeft om op de groothandelsmarkt prestaties te leveren, maar daartoe op eigen initiatief is overgegaan?
- 4) Wil het in de eerste vraag beschreven soort van gedrag als misbruik gelden, moet dit dan een mededingingsbeperkend effect hebben, en, zo ja, hoe moet dat effect nader worden bepaald?

- 5) Wordt het antwoord op de eerste vraag beïnvloed door de mate van marktmacht van de onderneming met een machtspositie?
- 6) Om het in de eerste vraag beschreven soort van gedrag als misbruik te kunnen aanmerken, moet dan de onderneming die dit gedrag vertoont, zowel op de groothandelsmarkt als op de eindgebruikersmarkt een machtspositie hebben?
- 7) Wil het in de eerste vraag beschreven soort van gedrag als misbruik gelden, moeten dan de goederen of diensten die de onderneming met een machtspositie ter beschikking stelt, onmisbaar zijn?
- 8) Maakt het voor de beantwoording van de eerste vraag verschil of het gaat om een levering aan een nieuwe klant?
- 9) Om het in de eerste vraag beschreven soort van gedrag als misbruik te kunnen aanmerken, moet van de onderneming met een machtspositie dan kunnen worden verwacht dat zij het geleden verlies weer goedmaakt?
- 10) Maakt het voor het antwoord op de eerste vraag verschil dat er op een markt sprake is van een nieuwe technologie die zeer zware investeringen vereist, bijvoorbeeld wat betreft aanvaardbare invoeringskosten en de eventuele noodzaak om in de invoeringsfase met verlies te verkopen?"

Ontvankelijkheid van het verzoek

- 13 De verwijzende rechter erkent dat hij als gevolg van de procedureregels in het hoofdgeding niet in staat is het Hof een aantal feitelijke elementen te verstrekken. In het bijzonder is nog geen relevante markt bepaald, zodat nog niet vaststaat dat TeliaSonera daadwerkelijk een machtspositie innam. Tevens kon noch niet worden vastgesteld of het gedrag van TeliaSonera het handelsverkeer tussen de lidstaten heeft beïnvloed en dus evenmin of artikel 82 EG daadwerkelijk van toepassing was op het hoofdgeding.
- 14 Dienaangaande heeft de Poolse regering in haar schriftelijke opmerkingen betoogd dat de praktijken van operatoren zoals TeliaSonera in beginsel het handelsverkeer tussen de lidstaten beïnvloeden en dat het Hof bijgevolg bevoegd is om de prejudiciële vragen te beantwoorden. Zij heeft daaraan echter toegevoegd dat indien in casu het handelsverkeer tussen de lidstaten niet zou zijn beïnvloed door TeliaSonera's gedragingen, het Hof niet bevoegd zou zijn, aangezien in dat geval uitsluitend het nationale recht toepassing zou vinden.
- 15 In dat verband zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak het in het kader van de procedure van artikel 267 VWEU uitsluitend een zaak van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, is om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt. Wanneer de vragen betrekking hebben op de uitlegging van het Unierecht, is het Hof derhalve in beginsel verplicht daarop te antwoorden (zie met name arresten van 22 december 2008, Magoora, C-414/07, Jurispr. blz. I-10921, punt 22; 8 september 2010, Stoß e.a., C-316/07, C-358/07–C-360/07, C-409/07 en C-410/07, Jurispr. blz. I-8069, punt 51, en 12 oktober 2010, Rosenblatt, C-45/09, Jurispr. blz. I-9391, punt 32).

- 16 Het Hof kan immers slechts weigeren uitspraak te doen op een verzoek van een nationale rechter om een prejudiciële beslissing, wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is of het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een zinvol antwoord op de gestelde vragen te geven (arrest van 7 juni 2007, Van der Weerd e.a., C-222/05–C-225/05, Jurispr. blz. I-4233, punt 22, en arresten Magoora, reeds aangehaald, punt 23, en Stoß e.a., reeds aangehaald, punt 52).
- 17 In casu kan de loutere omstandigheid dat de verwijzende rechter geen feitelijke elementen, zoals het bestaan van een door TeliaSonera ingenomen machtspositie of van gegevens waaruit blijkt dat als gevolg van haar gedragingen het handelsverkeer tussen de lidstaten is beïnvloed, heeft vastgesteld, het Hof niet beletten om een zinvol antwoord te geven op de vragen van het Stockholms tingsrätt. De beantwoording van de gestelde vragen kan namelijk in het bijzonder gelet op hetgeen in punt 10 van het onderhavige arrest is overwogen, noodzakelijk zijn om die rechterlijke instantie in staat te stellen een uitspraak te doen in het hoofdgeding. Bovendien is duidelijk dat het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing Unierechtelijke voorschriften betreft.
- 18 Bijgevolg moet het verzoek om een prejudiciële beslissing ontvankelijk worden geacht.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

- 19 Met zijn vragen, die gezamenlijk moeten worden behandeld, wenst de verwijzende rechter in wezen van het Hof te vernemen onder welke omstandigheden het uit de tariefpraktijk van een verticaal geïntegreerde telecommunicatieonderneming resulterende verschil tussen, enerzijds, de groothandelsprijzen voor de verlening van

intermediaire ADSL-diensten aan operatoren en, anderzijds, de retailprijzen voor breedbandtoegangsdiensten voor eindgebruikers, misbruik van de door die onderneming ingenomen machtspositie kan vormen in de zin van artikel 102 VWEU. De verwijzende rechter wenst in het bijzonder te vernemen:

- of alleen rekening dient te worden gehouden met de door die onderneming gehanteerde retailprijzen voor breedbandtoegangsdiensten voor eindgebruikers dan wel ook met die van de andere operatoren;
- wat de gevolgen kunnen zijn van de omstandigheid dat bedoelde onderneming niet wettelijk verplicht is om intermediaire ADSL-producten te leveren;
- of moet worden onderzocht of er sprake is van mededingingsbeperkende effecten, en zo ja, hoe die effecten kunnen worden bepaald;
- of de mate van marktmacht van de onderneming met een machtspositie relevant is;
- of de betrokken onderneming uitsluitend op de groothandelsmarkt voor intermediaire ADSL-producten een machtspositie dient in te nemen dan wel tevens op de eindgebruikersmarkt;
- of de door die onderneming aangeboden goederen of diensten onmisbaar moeten zijn;

- of de omstandigheid dat het gaat om leveringen aan een nieuwe klant, relevant is;

- of het noodzakelijk is dat de onderneming met een machtspositie in staat is de door de betrokken praktijk geleden verliezen weer goed te maken, en

- of relevant is dat er op de betrokken markten een nieuwe technologie aanwezig is, die zeer zware investeringen vereist.

²⁰ Voor de beantwoording van deze vragen moet om te beginnen worden opgemerkt dat artikel 3, lid 3, VEU preciseert dat de Europese Unie een interne markt tot stand brengt, die volgens het als bijlage aan het Verdrag van Lissabon gehechte Protocol nr. 27 betreffende de interne markt en de mededinging (PB 2010, C 83, blz. 309) een regime omvat dat verzekert dat de mededinging niet wordt vervalst.

²¹ Artikel 102 VWEU behoort tot de mededingingsregels die, zoals deze bedoeld in artikel 3, lid 1, sub b, VWEU, nodig zijn voor de werking van de interne markt.

²² Dergelijke voorschriften beogen immers juist te voorkomen dat de mededinging wordt vervalst ten nadele van het algemeen belang, de individuele ondernemingen en de verbruikers, en dragen aldus bij tot het welzijn in de Unie (zie in die zin arrest van 22 oktober 2002, Roquette Frères, C-94/00, Jurispr. blz. I-9011, punt 42).

- 23 In die context is de in artikel 102 VWEU bedoelde machtspositie een economische machtspositie van een onderneming die haar in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen door het haar mogelijk te maken zich jegens haar concurrenten, haar afnemers en uiteindelijk de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen (arresten van 13 februari 1979, *Hoffmann-La Roche/Commissie*, 85/76, Jurispr. blz. 461, punt 38, en 14 oktober 2010, *Deutsche Telekom/Commissie*, C-280/08 P, Jurispr. blz. I-9555, punt 170).
- 24 Artikel 102 VWEU moet dus in die zin worden uitgelegd dat deze bepaling niet alleen ziet op handelwijzen die de consument rechtstreeks kunnen benadelen (zie in die zin arrest van 16 september 2008, *Sot. Lélou kai Sia e.a.*, C-468/06–C-478/06, Jurispr. blz. I-7139, punt 68, en arrest *Deutsche Telekom/Commissie*, reeds aangehaald, punt 180), maar tevens op praktijken die hem kunnen benadelen door de mededinging te verstoren. Dat artikel 102 VWEU een onderneming inderdaad geen verbod oplegt om door eigen verdienste een machtspositie op een markt te verwerven, en a fortiori de vaststelling van het bestaan van een dergelijke positie op zichzelf geen verwijt jegens de betrokken onderneming inhoudt (zie in die zin arresten van 9 november 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie*, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 57, en 16 maart 2000, *Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie*, C-395/96 P en C-396/96 P, Jurispr. blz. I-1365, punt 37), neemt niet weg dat volgens vaste rechtspraak op de onderneming met een machtspositie een bijzondere verantwoordelijkheid rust om niet door haar gedrag afbreuk te doen aan een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de interne markt (zie in die zin arrest van 2 april 2009, *France Télécom/Commissie*, C-202/07 P, Jurispr. blz. I-2369, punt 105 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 25 Betreffende het onrechtmatige karakter van een tariefpraktijk als die in het hoofdgeding zij opgemerkt dat artikel 102, tweede alinea, sub a, VWEU ondernemingen met een machtspositie uitdrukkelijk verbiedt om rechtstreeks of zijdelings onbillijke prijzen op te leggen.

- 26 Voorts is de lijst van misbruikpraktijken van artikel 102 VWEU niet uitputtend, zodat deze bepaling geen uitputtende opsomming geeft van de wijzen waarop in strijd met het in het Unierecht neergelegde verbod misbruik van machtspositie kan worden gepleegd (arrest *Deutsche Telekom/Commissie*, reeds aangehaald, punt 173 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 27 Het door die bepaling verboden misbruik van een machtspositie is immers een objectief begrip dat betrekking heeft op gedragingen van een onderneming met een machtspositie die, op een markt waar de mededinging juist door de aanwezigheid van deze onderneming reeds is verzwakt, de instandhouding of de ontwikkeling van de nog op deze markt aanwezige mededinging verhinderen door het gebruik van andere middelen dan die welke bij een normale, op ondernemersprestaties berustende mededinging van goederen of diensten gebruikelijk zijn (arrest *Deutsche Telekom/Commissie*, punt 174 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 28 Om uit te maken of de onderneming met een machtspositie met haar tariefpraktijken deze positie heeft misbruikt, moeten alle omstandigheden in aanmerking worden genomen en moet worden onderzocht of deze praktijken tot doel hebben de afnemer geen of minder keus te laten in zijn bevoorradingsbronnen, concurrenten de toegang tot de markt te verhinderen, ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties toe te passen ten aanzien van handelspartners, of de machtspositie te versterken door de mededinging te vervalsen (arrest *Deutsche Telekom/Commissie*, punt 175 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 29 In het licht van deze beginselen dient de verwijzende rechter de in het hoofdgeding aan de orde zijnde tariefpraktijk te onderzoeken om vast te stellen of zij misbruik oplevert van de mogelijksterwijs door TeliaSonera ingenomen machtspositie.

- 30 Nadat de verwijzende rechter heeft nagegaan of in casu is voldaan aan de andere toepassingsvoorwaarden van artikel 102 VWEU — waaronder met name het bestaan van de machtspositie van TeliaSonera en de omstandigheid dat door haar gedragingen het handelsverkeer tussen de lidstaten is beïnvloed —, zal hij in wezen dienen te onderzoeken of TeliaSonera's tariefpraktijk onbillijk is omdat deze de marges van haar concurrenten op de retailmarkt voor breedbandtoegangsdiensten voor eindgebruikers daadwerkelijk uitholt.
- 31 De prijsstijging kan immers, gelet op het feit dat zij kan leiden tot de uitsluiting van concurrenten die minstens even efficiënt zijn als de onderneming met een machtspositie, bij ontbreken van enige objectieve rechtvaardiging op zich misbruik in de zin van artikel 102 VWEU vormen (zie in die zin arrest *Deutsche Telekom/Commissie*, punt 183).
- 32 In casu zou er met name sprake zijn van een dergelijke prijsstijging indien het verschil tussen de groothandelsprijzen voor de intermediaire ADSL-diensten en de retailprijzen voor breedbandtoegangsdiensten voor eindgebruikers negatief is, of ontoereikend ter dekking van de specifieke kosten van de intermediaire ADSL-diensten die TeliaSonera dient te dragen voor het verlenen van haar eigen retailediensten aan eindgebruikers, waardoor dit verschil een concurrent die even efficiënt is als TeliaSonera, niet in staat stelt om met haar in concurrentie te treden betreffende de verlening van die diensten aan de eindgebruikers.
- 33 In een dergelijk geval zouden de concurrenten immers, hoewel zij even efficiënt zijn als de onderneming met een machtspositie, het gevaar lopen slechts met verlies of met een kunstmatig lagere rentabiliteit op de retailmarkt actief te kunnen zijn.

- 34 Overigens moet worden gepreciseerd dat aangezien de onbillijkheid, in de zin van artikel 102 VWEU, van een dergelijke tariefpraktijk verband houdt met het loutere bestaan van de uitholling van de marges en niet met de precieze marge, niet hoeft te worden aangetoond dat de groothandelsprijzen voor intermediaire ADSL-diensten voor operatoren of retailprijzen voor breedbandtoegangsdiensten voor eindgebruikers op zich misbruik vormen omdat zij, naargelang van het geval, buitensporige of afbraakprijzen waren (arrest *Deutsche Telekom/Commissie*, punten 167 en 183).
- 35 Bovendien dient, zoals TeliaSonera betoogt, bij de beoordeling of het verschil tussen de prijzen van die diensten kan worden aangemerkt als uitholling van de marges van de concurrenten van de onderneming met een machtspositie, slechts rekening te worden gehouden met de prijzen van de ten behoeve van de concurrenten verleende diensten die vergelijkbaar zijn met de diensten waarvan TeliaSonera zelf gebruik heeft gemaakt om toegang te krijgen tot de eindgebruikersmarkt, alsook met de prijzen van TeliaSonera en haar concurrenten voor het verlenen van vergelijkbare diensten aan eindgebruikers. Evenzo moeten de concreet door TeliaSonera en haar concurrenten gehanteerde prijzen over eenzelfde periode worden vergeleken.
- 36 Gelet op de in punt 10 van het onderhavige arrest vermelde bijzondere omstandigheden waarin het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing is ingediend, kunnen aan de verwijzende rechter betreffende het hoofdgeding geen concrete elementen worden verstrekt. Tevens moet worden aangenomen dat de door die rechterlijke instantie omschreven markten de relevante markten zijn, uiteraard onder voorbehoud van de correcte definitie ervan, hetgeen door de verwijzende rechter dient te gebeuren.
- 37 Wat de criteria betreft die de verwijzende rechter uitgelegd wenst te zien teneinde correct te kunnen beoordelen of TeliaSonera daadwerkelijk inbreuk heeft gemaakt op artikel 102 VWEU door misbruik van machtspositie in de vorm van een prijsstijging, dient evenwel het volgende te worden gepreciseerd.

In aanmerking te nemen prijzen

- 38 Het Stockholms tingsrätt vraagt zich in de eerste plaats af of in dat verband uitsluitend rekening dient te worden gehouden met de door de onderneming met een machtspositie gehanteerde retailprijzen voor diensten ten behoeve van eindgebruikers dan wel dat ook rekening moet worden gehouden met de door de concurrenten voor dezelfde diensten toegepaste prijzen.
- 39 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het Hof reeds heeft vastgesteld dat artikel 102 VWEU een onderneming met een machtspositie onder andere verbiedt, tariefpraktijken toe te passen die leiden tot de uitsluiting van haar huidige of potentiële, even efficiënte concurrenten (zie in die zin arrest *Deutsche Telekom/Commissie*, punt 177 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 40 Bijgevolg maakt een onderneming misbruik van haar machtspositie wanneer zij een prijsbeleid voert dat erop is gericht concurrenten van de markt te verdrijven die misschien even efficiënt zijn als zijzelf, maar wegens hun geringere financiële armslag niet in staat zijn de hun aangedane concurrentie het hoofd te bieden (zie in die zin arrest *Deutsche Telekom/Commissie*, punt 199).
- 41 Voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het door een onderneming met een machtspositie gevoerde prijsbeleid dient in beginsel een beroep te worden gedaan op prijscriteria die gebaseerd zijn op de kosten en de strategie van de onderneming met de machtspositie (zie in die zin arrest van 3 juli 1991, *AKZO/Commissie*, C-62/86, Jurispr. blz. I-3359, punt 74, en arrest *France Télécom/Commissie*, reeds aangehaald, punt 108).

- 42 In het bijzonder kan bij een in een prijsqueeze resulterende tariefpraktijk aan de hand van dergelijke toetsingscriteria worden nagegaan of die onderneming voldoende efficiënt zou zijn geweest om haar retaildiensten zonder verlies aan te bieden aan de eindgebruikers indien zij vooraf haar eigen groothandelsprijzen voor de intermediaire diensten had moeten betalen (zie in die zin arrest *Deutsche Telekom/Commissie*, punt 201).
- 43 Zou die onderneming niet in staat zijn geweest haar retaildiensten zonder verlies aan te bieden, dan zou dit betekenen dat de concurrenten die door de toepassing van de betrokken tariefpraktijk van de markt hadden kunnen worden verdreven, niet minder efficiënt waren dan de onderneming met een machtspositie en dat het gevaar van hun uitsluiting het gevolg was van een vervalste mededinging. Een dergelijke mededinging zou immers niet alleen gebaseerd zijn op de respectieve verdiensten van de betrokken ondernemingen.
- 44 Overigens is een dergelijke aanpak temeer gerechtvaardigd daar zij eveneens in overeenstemming is met het algemene beginsel van rechtszekerheid, aangezien de onderneming met een machtspositie, door haar kosten en prijzen in aanmerking te nemen, de rechtmatigheid van haar eigen gedrag kan beoordelen in het licht van de bijzondere verantwoordelijkheid die, zoals in punt 24 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, krachtens artikel 102 VWEU op haar rust. Een onderneming met een machtspositie kent immers wel haar eigen kosten en tarieven, maar in beginsel niet die van haar concurrenten (arrest *Deutsche Telekom/Commissie*, punt 202).
- 45 Dit gezegd zijnde kan niet worden uitgesloten dat de kosten en de prijzen van de concurrenten relevant kunnen zijn bij het onderzoek van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde tariefpraktijk. Dat zou met name het geval kunnen zijn wanneer de kostenstructuur van de onderneming met een machtspositie om objectieve redenen niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, wanneer de aan de concurrenten verleende dienst bestaat in de loutere exploitatie van een infrastructuur waarvan de productiekosten reeds zijn afgeschreven, zodat aan de toegang tot een dergelijke infrastructuur

voor de onderneming met een machtspositie geen kosten meer verbonden zijn die vanuit economisch oogpunt vergelijkbaar zijn met de kosten die haar concurrenten dienen te dragen voor deze toegang, of nog wanneer de specifieke mededingingsvoorwaarden van de markt dit vereisen, wegens, bijvoorbeeld, de omstandigheid dat het kostenniveau van de onderneming met een machtspositie juist het gevolg is van het concurrentievoordeel dat die onderneming als gevolg van de machtspositie geniet.

- ⁴⁶ Derhalve dient te worden geconcludeerd dat bij de beoordeling, of een in een prijs-squeeze resulterende tariefpraktijk misbruik oplevert, in beginsel in eerste instantie rekening moet worden gehouden met de prijzen en de kosten van de betrokken onderneming op de markt voor retaildiensten. Slechts wanneer het, gelet op de omstandigheden, onmogelijk is zich op die prijzen en kosten te baseren, moeten de prijzen en kosten van de concurrenten op deze markt worden onderzocht.

Ontbreken van enige wettelijke verplichting tot dienstverlening

- ⁴⁷ Anders dan in de zaak die heeft geleid tot het reeds aangehaalde arrest Deutsche Telekom/Commissie, blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat TeliaSonera, zoals in punt 6 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, niet onderworpen was aan enige wettelijke verplichting om intermediaire ADSL-diensten aan te bieden aan de operatoren.
- ⁴⁸ Het Stockholms tingsrätt vraagt zich derhalve in de tweede plaats af of het ontbreken van elke wettelijke verplichting om die diensten op de groothandelsmarkt aan te bieden, gevolgen heeft voor de vraag of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde tariefpraktijk misbruik oplevert.

- 49 In dat verband zij eraan herinnerd dat artikel 102 VWEU enkel betrekking heeft op mededingingsverstorende gedragingen waartoe de ondernemingen op eigen initiatief hebben besloten. Indien een mededingingsverstorende gedraging bij een nationale wettelijke regeling aan de ondernemingen wordt voorgeschreven, of indien deze wettelijke regeling een rechtskader creëert dat zelf iedere mogelijkheid van concurrerend gedrag voor deze ondernemingen uitsluit, is artikel 102 VWEU niet van toepassing. In een dergelijke situatie vindt de beperking van de mededinging niet, zoals in deze bepaling besloten ligt, haar oorsprong in autonome gedragingen van de ondernemingen (zie in die zin arrest van 11 november 1997, Commissie en Frankrijk/Ladbroke Racing, C-359/95 P en C-379/95 P, Jurispr. blz. I-6265, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 50 Daarentegen kan artikel 102 VWEU van toepassing zijn indien blijkt dat de nationale wettelijke regeling ruimte laat voor mededinging die door autonome gedragingen van de ondernemingen kan worden verhinderd, beperkt of vervalst (zie arrest Commissie en Frankrijk/Ladbroke Racing, reeds aangehaald, punt 34).
- 51 Zo heeft het Hof vastgesteld dat indien een verticaal geïntegreerde onderneming met een machtspositie ondanks het bestaan van een dergelijke wettelijke regeling over speelruimte beschikte om zelfs alleen maar haar eindgebruikersprijzen te wijzigen, de prijsqueeze haar louter op deze grond kan worden toegerekend (zie in die zin arrest Deutsche Telekom/Commissie, reeds aangehaald, punt 85).
- 52 A fortiori volgt uit het voorgaande dat wanneer een onderneming haar handelwijze op de markt volledig vrij kan bepalen, artikel 102 VWEU op haar toepasselijk is.
- 53 De op een onderneming met een machtspositie rustende bijzondere verantwoordelijkheid om niet door haar gedrag afbreuk te doen aan een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de interne markt betreft immers precies de op eigen initiatief

gestelde — actieve of passieve — gedragingen van deze onderneming (zie in die zin beschikking van 28 september 2006, Unilever Bestfoods/Commissie, C-552/03 P, Jurispr. blz. I-9091, punt 137).

- 54 TeliaSonera betoogt in dat verband dat het ondernemingen met een machtspositie juist ter bescherming van hun economische initiatief vrij moet staan om hun commerciële voorwaarden vast te stellen, behalve indien deze voorwaarden dermate nadelig zijn voor hun medecontractanten dat zij in het licht van de met het oog daarop in het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, Jurispr. blz. I-7791), geformuleerde criteria, kunnen worden geacht een leveringsweigering in te houden.
- 55 Een dergelijke uitlegging vloeit uit een onjuiste lezing van dat arrest voort. In het bijzonder kan uit de punten 48 en 49 ervan niet worden afgeleid dat de voor het bewijs van een onrechtmatige leveringsweigering vereiste voorwaarden noodzakelijkerwijs ook toepassing dienen te vinden bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van een gedraging bestaande in het afhankelijk stellen van de verlening van diensten of de verkoop van producten van voorwaarden die nadelig zijn of waarin de koper mogelijk niet is geïnteresseerd.
- 56 Dergelijke gedragingen kunnen immers op zich een van leveringsweigering verschillende, autonome vorm van misbruik vormen.
- 57 Overigens moet worden vastgesteld dat het Hof in voormelde punten van het reeds aangehaalde arrest Bronner artikel 86 EG-Verdrag (nadien artikel 82 EG, thans artikel 102 VWEU) in wezen slechts diende uit te leggen met betrekking tot de voorwaarden waaronder een leveringsweigering onrechtmatig kan zijn en dus geen uitspraak heeft gedaan over de vraag, of er sprake is van een andere vorm van misbruik van een machtspositie, zoals koppelverkoop, ingeval een onderneming de toegang tot haar thuisbezorgingssysteem weigert aan de uitgever van een concurrerend dagblad,

wanneer laatstgenoemde haar niet ook het verrichten van andere diensten, zoals de verkoop in kiosken of het drukken, toevertrouwt.

58 Overigens zou de door TeliaSonera voorgestane andersluidende uitlegging van het arrest Bronner erop neerkomen, zoals de Europese Commissie betoogt, dat gelijk welke gedraging van een onderneming met een machtspositie betreffende haar commerciële voorwaarden slechts kan worden geacht misbruik op te leveren wanneer is voldaan aan alle voorwaarden voor het bestaan van een leveringsweigering, waardoor op ongerechtvaardigde wijze afbreuk zou worden gedaan aan het nuttige effect van artikel 102 VWEU.

59 Mitsdien heeft het ontbreken van elke wettelijke verplichting om op de groothandelsmarkt intermediaire ADSL-diensten aan te bieden, geen gevolgen voor de vraag of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde tariefpraktijk misbruik oplevert.

Vereiste van mededingingsbeperkende effecten en onmisbaarheid van het door de onderneming met een machtspositie aangeboden product

60 De verwijzende rechter vraagt zich in de derde plaats af, of het antwoord op de vraag of de betrokken tariefpraktijk misbruik oplevert, afhangt van de aanwezigheid van concrete mededingingsbeperkende effecten, en zo ja, hoe deze effecten kunnen worden bepaald. Voorts vraagt hij zich af of het door TeliaSonera op de groothandelsmarkt aangeboden product onmisbaar moet zijn om toegang te krijgen tot de eindgebruikersmarkt.

61 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat het Hof, rekening houdend met het in punt 27 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte begrip misbruik van een machtspositie, reeds heeft uitgesloten dat het loutere feit dat een onderneming met een machtspositie tarieven hanteert die leiden tot de uitholling van de marges

van haar concurrenten die minstens even efficiënt zijn als zichzelf misbruik kan vormen in de zin van artikel 102 VWEU, zonder dat mededingingsverstorende gevolgen hoeven te worden aangetoond (zie in die zin arrest *Deutsche Telekom/Commissie*, punten 250 en 251).

- 62 Bovendien is in de rechtspraak gepreciseerd dat de mededingingsverstorende gevolgen daarin moeten bestaan dat de ontwikkeling van het aanbod en dus van de mededinging op de retailmarkt voor eindgebruikersdiensten door een dergelijke tariefpraktijk wordt belemmerd (arrest *Deutsche Telekom/Commissie*, punt 252).
- 63 Derhalve vormt de betrokken praktijk van een onderneming met een machtspositie misbruik in de zin van artikel 102 VWEU wanneer zij concurrenten die minstens even efficiënt zijn als zichzelf uitsluit door hun marges uit te hollen en het daardoor voor deze concurrenten moeilijker of zelfs onmogelijk kan maken om de betrokken markt te betreden (zie in die zin arrest *Deutsche Telekom/Commissie*, punt 253).
- 64 Een dergelijke praktijk kan dus slechts misbruik vormen, wanneer zij een mededingingsverstorend effect op de markt heeft, maar daarbij is niet vereist dat dit effect concreet is en is het voldoende dat er een mogelijk concurrentieverstorend effect wordt aangetoond dat de concurrenten die minstens even efficiënt zijn als de onderneming met een machtspositie van de betrokken markt kan verdrijven.
- 65 Wanneer een onderneming met een machtspositie daadwerkelijk een tariefpraktijk toepast die, doordat zij resulteert in de uitholling van de marges van haar minstens even efficiënte concurrenten, beoogt hen van de betrokken markt te verdrijven, kan

de omstandigheid dat het verhoopte resultaat, te weten de uitsluiting van haar concurrenten, uiteindelijk niet wordt bereikt immers niet afdoen aan de kwalificatie van dit gedrag als misbruik in de zin van artikel 102 VWEU.

- ⁶⁶ Wanneer er evenwel geen enkel gevolg is voor de concurrentiepositie van de concurrenten, kan een tariefpraktijk zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is niet als uitsluiting worden gekwalificeerd wanneer hun toetreding tot de betrokken markt door deze praktijk in geen enkel opzicht wordt bemoeilijkt (zie in die zin arrest Deutsche Telekom/Commissie, punt 254).
- ⁶⁷ In casu staat het aan de verwijzende rechter om te onderzoeken of TeliaSonera's tariefpraktijk een belemmering kon vormen voor de uitoefening van activiteiten door concurrenten die minstens even efficiënt als zijzelf waren, op de retailmarkt voor breedbandtoegangsdiensten voor eindgebruikers.
- ⁶⁸ In het kader van dat onderzoek dient de verwijzende rechter rekening te houden met alle specifieke omstandigheden van de zaak.
- ⁶⁹ In het bijzonder moet in de eerste plaats de functionele relatie tussen de groothandelsproducten en de retailproducten worden onderzocht. De onmisbaarheid van het groothandelsproduct kan dus relevant zijn bij de beoordeling van de effecten van de prijsstijgingen.
- ⁷⁰ Wanneer de toegang tot het groothandelsproduct onmisbaar is voor de verkoop van het retailproduct, ondervinden concurrenten die minstens even efficiënt zijn als de onderneming met een machtspositie op de groothandelsmarkt, doordat zij op de retailmarkt slechts met verlies of althans met een beperkte rentabiliteit actief kunnen zijn, op deze markt een concurrentienadeel dat hun toetreding tot deze markt of de

ontwikkeling van hun activiteiten daarop kan verhinderen of beperken (zie in die zin arrest Deutsche Telekom/Commissie, punt 234).

- 71 In een dergelijk geval is het — althans potentieel — mededingingsbeperkende effect van een prijsqueeze waarschijnlijk.
- 72 Rekening houdend met de machtspositie van de betrokken onderneming op de markt voor het groothandelsproduct, moet evenwel worden gepreciseerd dat niet kan worden uitgesloten dat een in een prijsqueeze resulterende tariefpraktijk louter als gevolg van de omstandigheid dat het groothandelsproduct niet onmisbaar is voor de levering van het retailproduct, geen — al was het maar potentieel — mededingingsbelemmerend effect kan hebben. Bijgevolg dient de verwijzende rechter ook na te gaan of de praktijk, zelfs indien het groothandelsproduct niet onmisbaar is, mededingingsbelemmerende effecten kan hebben op de betrokken markten.
- 73 In de tweede plaats moet worden onderzocht in welke mate de marges van de concurrenten die minstens even efficiënt zijn als de onderneming met een machtspositie, worden uitgehold. Indien de marge negatief is, met andere woorden indien, in casu, de groothandelsprijs voor de intermediaire ADSL-diensten hoger is dan de retailprijs voor de eindgebruikersdiensten, is een — althans potentieel — uitsluitingseffect immers waarschijnlijk, gelet op het feit dat in een dergelijke situatie de concurrenten van de onderneming met een machtspositie, zelfs zo zij even efficiënt of zelfs nog efficiënter zijn dan deze onderneming, gedwongen zouden zijn met verlies te verkopen.
- 74 Indien de marge daarentegen positief blijft, dient te worden aangetoond dat de toepassing van deze tariefpraktijk het de betrokken operatoren op zijn minst moeilijker kon maken om hun activiteiten op de betrokken markt uit te voeren, bijvoorbeeld door een verlaging van de rentabiliteit.

- 75 Dit gezegd zijnde dient eraan te worden herinnerd dat het een onderneming vrij blijft staan, aan te tonen dat haar tariefpraktijk economisch gerechtvaardigd is, ook al heeft deze een uitsluitingseffect (zie in die zin arrest van 15 maart 2007, *British Airways/Commissie*, C-95/04 P, Jurispr. blz. I-2331, punt 69, en arrest *France Télécom/Commissie*, reeds aangehaald, punt 111).
- 76 Of een mogelijkerwijs in uitsluiting resulterende tariefpraktijk van een onderneming met een machtspositie economisch gerechtvaardigd is, moet worden beoordeeld met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval (zie in die zin arrest *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie*, reeds aangehaald, punt 73). Dienaangaande dient er te worden uitgemaakt of het voor de mededinging nadelige uitsluitingseffect van een dergelijke praktijk kan worden gecompenseerd, of zelfs genutraliseerd, door voordelen op het vlak van efficiëntie die ook de verbruiker ten goede komen. Wanneer het uitsluitingseffect van deze praktijk in geen verband staat met de voordelen voor de markt en de verbruikers of verder gaat dan nodig is om deze voordelen te realiseren, moet deze praktijk worden beschouwd als misbruik (arrest *British Airways/Commissie*, reeds aangehaald, punt 86).
- 77 De vaststelling dat een in een prijsqueeze resulterende tariefpraktijk misbruik oplevert, vereist dus dat wordt aangetoond dat deze praktijk, gelet op met name de onmisbaarheid van het groothandelsproduct, een althans potentieel mededingingsbelemmerend effect heeft op de eindgebruikersmarkt, zonder dat daarvoor enige economische rechtvaardiging bestaat.

Mate van marktmacht

- 78 De verwijzende rechter vraagt zich in de vierde plaats af, of de sterkte van de machtspositie van de betrokken onderneming op de markt relevant is voor de vraag of de betrokken tariefpraktijk misbruik oplevert.

- 79 Zoals in punt 23 van het onderhavige arrest in herinnering werd gebracht, is de in artikel 102 VWEU bedoelde machtspositie een economische machtspositie van een onderneming die haar in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen door het haar mogelijk te maken zich jegens haar concurrenten, haar afnemers en uiteindelijk de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen.
- 80 Die bepaling voorziet dus, zoals de advocaat-generaal in punt 41 van zijn conclusie heeft opgemerkt, niet in enig onderscheid of gradatie ter zake van het begrip machtspositie. Zodra een onderneming over de economische macht beschikt die volgens artikel 102 VWEU vereist is om te kunnen spreken van een machtspositie van die onderneming op een bepaalde markt, moeten haar gedragingen aan die bepaling worden getoetst.
- 81 Dit betekent uiteraard niet dat de macht van een onderneming niet relevant is voor de toetsing van het marktgedrag van een dergelijke onderneming aan artikel 102 VWEU. Het Hof zelf heeft zijn analyse gebaseerd op de omstandigheid dat een onderneming een zeer dominante of quasimonopolistische positie innam (zie in die zin arrest van 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie, C-333/94 P, Jurispr. blz. I-5951, punt 31, en arrest Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 119). De mate van marktmacht heeft evenwel in beginsel veeleer gevolgen voor de draagwijdte van de gevolgen van het gedrag van de betrokken onderneming dan voor het bestaan van het misbruik als zodanig.
- 82 Hieruit volgt dat de toepassing van een in een prijsqueeze resulterende tariefpraktijk door een onderneming misbruik van machtspositie kan vormen zodra deze onderneming een dergelijke positie inneemt, zonder dat in beginsel in dat verband relevant is hoe sterk de machtspositie op de betrokken markt is.

Omvang van de machtspositie

- ⁸³ De verwijzende rechter vraagt zich in de vijfde plaats af of de betrokken praktijk reeds dan misbruik kan opleveren wanneer de betrokken onderneming uitsluitend op de groothandelsmarkt voor intermediaire ADSL-diensten een machtspositie inneemt, dan wel dat daartoe is vereist dat deze onderneming tevens een machtspositie inneemt op de retailmarkt voor breedbandtoegangsdiensden voor eindgebruikers.
- ⁸⁴ In dat verband zij erop gewezen dat artikel 102 VWEU geen uitdrukkelijke aanwijzing bevat betreffende de eisen die gelden voor de lokalisatie van het misbruik op de productmarkten. Bijgevolg moet de materiële werkingssfeer van de bijzondere verantwoordelijkheid die op een onderneming met een machtspositie rust, worden beoordeeld met inachtneming van de specifieke omstandigheden van iedere zaak, waarin een verflauwde mededingingssituatie tot uiting komt (arrest Tetra Pak/Commissie, reeds aangehaald, punt 24).
- ⁸⁵ Hieruit volgt dat bepaalde gedragingen op een andere markt dan de gedomineerde markt, die effecten hadden op deze laatste markt of op de niet-gedomineerde markt zelf, als misbruikt kunnen worden aangemerkt (zie in die zin arrest Tetra Pak/Commissie, punt 25).
- ⁸⁶ Ofschoon voor de toepassing van artikel 102 VWEU een verband tussen de machtspositie en het beweerd misbruik moet bestaan, dat normaliter niet aanwezig is wanneer een gedraging op een andere markt dan de gedomineerde markt effecten heeft op deze markt zelf, blijft het immers een feit dat bij onderscheiden, doch met elkaar in verband staande markten, bijzondere omstandigheden kunnen rechtvaardigen dat artikel 102 VWEU wordt toegepast op een gedraging die is vastgesteld op de

verbonden, niet gedomineerde markt, die effecten heeft op deze markt zelf (zie in die zin arrest van 3 oktober 1985, CBEM, 311/84, Jurispr. blz. 3261, punt 26, en arrest Tetra Pak/Commissie, punt 27).

- ⁸⁷ Van dergelijke omstandigheden kan sprake zijn wanneer de gedragingen van een verticaal geïntegreerde onderneming met een machtspositie op een stroomopwaartse markt ertoe strekken op de stroomafwaartse markt minstens even efficiënte concurrenten uit te sluiten, met name door de uitholling van hun marges. Dergelijke gedragingen kunnen immers, als gevolg van de nauwe samenhang tussen de betrokken markten, de mededinging op de stroomafwaartse markt verzwakken.
- ⁸⁸ In een dergelijke situatie vallen zulke gedragingen, bij ontbreken van elke andere objectieve economische rechtvaardiging, overigens slechts te verklaren door het oogmerk van de onderneming met een machtspositie om de ontwikkeling van de mededinging op de stroomafwaartse markt te belemmeren, om zijn positie te verstevigen, of zelfs om op die markt anderszins dan door eigen verdienste een machtspositie te verwerven.
- ⁸⁹ Mitsdien hangt het antwoord op de vraag of er sprake is van misbruik bij een tariefpraktijk van een verticaal geïntegreerde onderneming met een machtspositie op de groothandelsmarkt voor intermediaire ADSL-diensten, als gevolg waarvan de marges van de concurrenten van deze onderneming op de retailmarkt voor breedbandtoegangsdiensten voor eindgebruikers worden uitgehold, niet af van de omstandigheid of die onderneming ook een machtspositie op deze laatste markt inneemt.

Relevantie van de omstandigheid dat het gaat om een levering aan een nieuwe klant

- ⁹⁰ Het Stockholms tingsrätt vraagt zich in de zesde plaats af, of de omstandigheid dat de betrokken tariefpraktijk wordt toegepast op een nieuwe dan wel een bestaande klant van de onderneming met een machtspositie relevant is voor vraag of deze praktijk misbruik oplevert.
- ⁹¹ In dit verband volstaat het eraan te herinneren dat er bij een tariefpraktijk die resulteert in de uitholling van de marges van de concurrenten die minstens even efficiënt zijn als de onderneming met een machtspositie in wezen sprake is van misbruik omdat, zoals is opgemerkt in punt 32 van het onderhavige arrest, een dergelijke praktijk de normale werking van de mededinging kan belemmeren op een markt die verwant is aan de markt waarop zij een machtspositie inneemt, doordat zij de concurrenten van die onderneming van deze laatste markt kan verdrijven.
- ⁹² Zoals de Commissie terecht opmerkt, kan de omstandigheid dat de betrokken operatoren huidige dan wel nieuwe klanten van de onderneming met een machtspositie zijn, in dat verband niet relevant zijn.
- ⁹³ Voorts is ook de omstandigheid irrelevant dat het gaat om nieuwe klanten die nog niet op de betrokken markt actief zijn.
- ⁹⁴ Er moet immers worden gepreciseerd dat bij de beoordeling of een tariefpraktijk als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, misbruik oplevert, niet alleen moet worden gezien naar de mogelijkheid dat deze praktijk tot gevolg heeft dat even efficiënte, reeds op de markt actieve operatoren van de markt worden verdreven, maar tevens

rekening moet worden gehouden met de eventueel uit een dergelijke praktijk voortvloeiende belemmeringen voor potentieel even efficiënte operatoren die nog niet op de markt aanwezig zijn (zie in die zin arrest Deutsche Telekom/Commissie, punt 178).

- ⁹⁵ Mitsdien is de omstandigheid dat de betrokken tariefpraktijk huidige dan wel nieuwe klanten van de onderneming met een machtspositie van de betrokken markt kan verdrijven in beginsel irrelevant voor de vraag of er bij deze praktijk sprake is van misbruik.

Mogelijkheid om de verliezen weer goed te maken

- ⁹⁶ De verwijzende rechter vraagt zich in de zevende plaats af of de betrokken tariefpraktijk slechts als misbruik kan worden aangemerkt indien de onderneming met een machtspositie de door die praktijk geleden verliezen weer goed kan maken.
- ⁹⁷ In dit verband zij eraan herinnerd dat, zoals in punt 31 van het onderhavige arrest is gepreciseerd, bij ontbreken van enige objectieve rechtvaardiging de prijsstijging op zich misbruik in de zin van artikel 102 VWEU kan vormen,
- ⁹⁸ De prijsstijging is het gevolg van het verschil tussen de prijzen voor de diensten op groothandelsniveau en de prijzen voor de retaildiensten, en niet van het niveau van deze prijzen als zodanig. In het bijzonder kan een prijsstijging niet alleen het gevolg zijn van abnormaal lage prijzen op de eindgebruikersmarkt, maar ook van abnormaal hoge prijzen op de groothandelsmarkt.

- 99 Hieruit volgt dat een onderneming die een prijsbeleid voert dat resulteert in de uitholling van de marges van haar concurrenten niet noodzakelijk verlies lijdt.
- 100 Hoe dan ook, zelfs indien de onderneming met een machtspositie verliezen maakt om de marges van haar concurrenten uit te hollen, kan het bewijs van de mogelijkheid om dergelijke eventuele verliezen weer goed te maken niet als voorwaarde worden gesteld voor de vaststelling van het bestaan van misbruik.
- 101 De mogelijkheid dat de concurrenten van de markt worden verdrongen hangt immers niet af van de omstandigheid dat de onderneming met een machtspositie verliezen lijdt, en evenmin van de omstandigheid dat deze onderneming haar verliezen weer goed kan maken, maar uitsluitend van het verschil tussen de prijzen die de onderneming met een machtspositie op de betrokken markten toepast, welk verschil eventueel kan leiden tot verliezen, en dit niet voor de onderneming met een machtspositie zelf, maar voor haar concurrenten.
- 102 Wat ten slotte het geval betreft waarin de onderneming met een machtspositie op de retailmarkt toch een prijs zou toepassen die zo laag is dat zij bij de verkoop verliezen lijdt, afgezien daarvan dat een dergelijke gedraging een autonome vorm van misbruik zou kunnen zijn, in de vorm van de toepassing van afbraakprijzen, heeft het Hof in ieder geval reeds uitgesloten dat zelfs in een dergelijk geval het bewijs van de mogelijkheid van goedmaking van de door een onderneming met een machtspositie als gevolg van de hantering van prijzen beneden een bepaald kostenpeil geleden verliezen, een noodzakelijke voorwaarde is om aan te tonen dat een dergelijk prijsbeleid misbruik is (zie in die zin arrest *France Télécom/Commissie*, punt 110).
- 103 Mitsdien is voor het antwoord op de vraag of de betrokken tariefpraktijk misbruik vormt, irrelevant of de onderneming met een machtspositie de eventueel als gevolg van de toepassing van die praktijk geleden verliezen weer goed kan maken.

Relevantie van de omstandigheid dat op de betrokken markten een nieuwe technologie aanwezig is

- 104 Het Stockholms tingsrätt vraagt zich in de achtste en laatste plaats af of in hetzelfde verband relevant is dat de betrokken markten zeer sterk groeien en er daarop een nieuwe technologie aanwezig is, waarvoor zeer zware investeringen noodzakelijk zijn.
- 105 In dat verband moet om te beginnen worden opgemerkt dat artikel 102 VWEU geen onderscheid maakt naargelang de ontwikkelingsgraad van de markten waarvoor de gebruikmaking van een machtspositie van een onderneming gevolgen heeft.
- 106 Voorts kan op een sterk groeiende markt het concurrentievoordeel als gevolg van een machtspositie op een tweede, verwante markt de werking van de mededinging op de eerste markt verstoren, gelet op de omstandigheid dat op deze eerste markt de operatoren, zoals TeliaSonera zelf opmerkt, tijdelijk kunnen worden gedwongen om met verlies te werken of een lagere rentabiliteit te aanvaarden.
- 107 Juist in dergelijke omstandigheden kan de verdere daling van de rentabiliteit van de activiteit van een operator als gevolg van de uitholling van zijn marges door de betrokken tariefpraktijk eraan in de weg staan dat op de betrokken markt normale mededingingsvoorwaarden kunnen ontstaan of zich ontwikkelen.
- 108 Gelet op de in punt 22 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte doelstelling van de mededingingsregels mag hun toepassing bovendien niet afhangen van de omstandigheid dat de betrokken markt reeds in zekere mate ontwikkeld is. Artikel 102 VWEU verlangt immers dat juist bij een sterk groeiende markt zo vroeg

mogelijk wordt opgetreden, teneinde te vermijden dat op die markt een mededingingsstructuur ontstaat en wordt bestendigd die is verstoord als gevolg van de als misbruik aan te merken strategie van een onderneming met een machtspositie op die markt of op een daarmee nauw verbonden verwante markt, dus dat er wordt opgetreden voordat de mededingingsbeperkende effecten van die strategie zich voordoen.

- ¹⁰⁹ Dit geldt des te meer in het kader van een markt, zoals de markt voor de verlening van breedbandinternettoegangsdiensten, die nauw verbonden is met de markten voor de toegang tot de local loop in de telecommunicatiesector. Deze laatste markten zijn namelijk helemaal geen nieuwe, opkomende markten, maar hun concurrentiestructuur draagt tevens nog sterk de sporen van de oude monopolistische structuur. Gelet op de mogelijkheid voor de ondernemingen om op deze laatste markten aldus van hun machtspositie gebruik te maken dat de ontwikkeling van de mededinging op een verwante, sterk groeiende markt wordt aangetast, mogen geen uitzonderingen op de toepassing van artikel 102 VWEU worden toegestaan.
- ¹¹⁰ Ten slotte zij eraan herinnerd dat ofschoon een onderneming met een machtspositie op een markt zich niet kan beroepen op de investeringen die zij heeft gedaan om een verwante markt te betreden, wanneer zij daarbij probeerde haar even efficiënte — huidige of potentiële — concurrenten van deze markt te verdrijven, dit niet wegneemt dat de mededingingsvoorwaarden op de markt waarop de machtspositie bestaat, en in het bijzonder de invoerings- en investeringskosten van de onderneming met een machtspositie op deze markt in aanmerking moeten worden genomen bij de analyse van de kosten van deze onderneming, welke analyse, zoals is vastgesteld in de punten 38 tot en met 46 van het onderhavige arrest, moet worden verricht om vast te stellen of er sprake is van een prijsqueeze.
- ¹¹¹ Mitsdien is de omstandigheid dat de betrokken markten sterk groeien en dat daarop een nieuwe technologie aanwezig is waarvoor zeer zware investeringen noodzakelijk zijn, in beginsel irrelevant voor de vaststelling of de betrokken tariefpraktijk misbruik in de zin van artikel 102 VWEU vormt.

- ¹¹² Gelet op een en ander moet op de prejudiciële vragen worden geantwoord dat sprake kan zijn van misbruik in de zin van artikel 102 VWEU wanneer een verticaal geïntegreerde onderneming met een machtspositie op de groothandelsmarkt voor intermediaire ADSL-diensten, zonder enige objectieve rechtvaardiging een tariefpraktijk toepast waarbij het verschil tussen de op deze markt gehanteerde prijzen en de prijzen op de retailmarkt voor breedbandtoegangsdiensten voor eindgebruikers onvoldoende groot is om de specifieke kosten te dekken die deze onderneming dient te dragen om toegang te krijgen tot deze laatste markt.
- ¹¹³ Bij de beoordeling of een dergelijke praktijk misbruik oplevert, moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het concrete geval. In het bijzonder:
- moet in beginsel in eerste instantie rekening worden gehouden met de prijzen en de kosten van de betrokken onderneming op de markt voor retailediensten. Slechts wanneer het, gelet op de omstandigheden, onmogelijk is zich op die prijzen en kosten te baseren, moeten de prijzen en kosten van de concurrenten op deze markt worden onderzocht, en
 - moet worden aangetoond dat deze praktijk, gelet op met name de onmisbaarheid van het groothandelsproduct, een althans potentieel mededingingsbelemmerend effect heeft op de retailmarkt, zonder dat daarvoor enige economische rechtvaardiging bestaat.
- ¹¹⁴ Bij een dergelijke beoordeling zijn de volgende factoren in beginsel irrelevant:
- de omstandigheid dat de betrokken onderneming geen wettelijke verplichting heeft om op de groothandelsmarkt waarop zij een machtspositie inneemt intermediaire ADSL-diensten aan te bieden;

- de sterkte van de machtspositie van deze onderneming op die markt;
- de omstandigheid dat deze onderneming daarnaast niet ook nog een machtspositie inneemt op de retailmarkt voor breedbandtoegangsdiensten voor eindgebruikers;
- de omstandigheid of de tariefpraktijk wordt toegepast op nieuwe dan wel op bestaande klanten van de betrokken onderneming;
- de onmogelijkheid voor de onderneming met een machtspositie om haar eventuele verliezen als gevolg van een dergelijke tariefpraktijk weer goed te maken, en
- de ontwikkelingsgraad van de betrokken markten en de aanwezigheid daarop van een nieuwe technologie die zeer zware investeringen vereist.

Kosten

- ¹¹⁵ Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Eerste kamer) verklaart voor recht:

Van misbruik in de zin van artikel 102 VWEU kan sprake zijn, wanneer een verticaal geïntegreerde onderneming met een machtspositie op de groothandelsmarkt voor intermediaire ADSL-diensten, zonder enige objectieve rechtvaardiging een tariefpraktijk toepast waarbij het verschil tussen de op deze markt gehanteerde prijzen en de prijzen op de retailmarkt voor breedbandtoegangs-diensten voor eindgebruikers onvoldoende groot is om de specifieke kosten te dekken die deze onderneming dient te dragen om toegang te krijgen tot deze laatste markt.

Bij de beoordeling of een dergelijke praktijk misbruik oplevert, moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het concrete geval. In het bijzonder:

- moet in beginsel in eerste instantie rekening worden gehouden met de prijzen en de kosten van de betrokken onderneming op de markt voor retail-diensten. Slechts wanneer het, gelet op de omstandigheden, onmogelijk is zich op die prijzen en kosten te baseren, moeten de prijzen en kosten van de concurrenten op deze markt worden onderzocht, en**

- moet worden aangetoond dat deze praktijk, gelet op met name de onmisbaarheid van het groothandelsproduct, een althans potentieel mededingsbelemmerend effect heeft op de retailmarkt, zonder dat daarvoor enige economische rechtvaardiging bestaat.**

Bij een dergelijke beoordeling zijn de volgende factoren in beginsel irrelevant:

- **de omstandigheid dat de betrokken onderneming geen wettelijke verplichting heeft om op de groothandelsmarkt waarop zij een machtspositie inneemt intermediaire ADSL-diensten aan te bieden;**
- **de sterkte van de machtspositie van deze onderneming op die markt;**
- **de omstandigheid dat deze onderneming daarnaast niet ook nog een machtspositie inneemt op de retailmarkt voor breedbandtoegangsdiensten voor eindgebruikers;**
- **de omstandigheid of de tariefpraktijk wordt toegepast op nieuwe dan wel op bestaande klanten van de betrokken onderneming;**
- **de onmogelijkheid voor de onderneming met een machtspositie om haar eventuele verliezen als gevolg van een dergelijke tariefpraktijk weer goed te maken, en**
- **de ontwikkelingsgraad van de betrokken markten en de aanwezigheid daarop van een nieuwe technologie die zeer zware investeringen vereist.**

ondertekeningen