



Jurisprudentie

ARREST VAN HET GERECHT (Negende kamer – uitgebreid)

13 december 2018*

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

In zaak T-827/14,

Deutsche Telekom AG, gevestigd te Bonn (Duitsland), vertegenwoordigd door K. Apel en D. Schroeder, advocaten,

verzoekster,

tegen

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

verweerster,

ondersteund door

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

interveniente,

betreffende een verzoek krachtens artikel 263 VWEU strekkend, primair, tot gehele of gedeeltelijke nietigverklaring van besluit C(2014) 7465 final van de Commissie van 15 oktober 2014 inzake een procedure op grond van artikel 102 VWEU en artikel 54 van de EER-overeenkomst (zaak AT.39523 – Slovak Telekom), zoals gerectificeerd bij besluit C(2014) 10119 final van de Commissie van 16 december 2014 en bij besluit C(2015) 2484 final van de Commissie van 17 april 2015, voor zover dit verzoekster betreft, en, subsidiair, tot nietigverklaring of verlaging van het bedrag van de bij dit besluit aan verzoekster opgelegde geldboeten,

wijst

* Procestaal: Duits.

HET GERECHT (Negende kamer – uitgebreid),

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

griffier: N. Schall, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 19 april 2018,

het navolgende

Arrest¹

I. Voorgeschiedenis van het geding

- 1 Verzoekster, Deutsche Telekom AG, is de gevestigde telecomexploitant in Duitsland en moedermaatschappij van het Deutsche Telekom-concern. Verzoekster had sedert 4 augustus 2000 en gedurende de hele, voor de onderhavige zaak relevante periode een deelneming van 51 % in het kapitaal van Slovak Telekom, a.s., die de gevestigde telecomexploitant in Slowakije is. Het resterende deel van het kapitaal van Slovak Telekom was in handen van respectievelijk het Slowaakse ministerie van Economische zaken van de Slowaakse Republiek (34 %) en het Nationaal eigendomsfonds van de Slowaakse Republiek (15 %) (hierna tezamen: „Slowaakse Staat”).
- 2 Op 15 oktober 2014 heeft de Europese Commissie besluit C(2014) 7465 final inzake een procedure op grond van artikel 102 VWEU en artikel 54 van de EER-overeenkomst (zaak AT.39523 – Slovak Telekom) vastgesteld, zoals gerectificeerd bij haar achtereenvolgende besluiten C(2014) 10119 final van 16 december 2014 en C(2015) 2484 final van 17 april 2015, welk besluit zowel tot verzoekster als tot Slovak Telekom was gericht (hierna: „bestreden besluit”). Slovak Telekom heeft op 26 december 2014 een afzonderlijk beroep tegen het bestreden besluit ingesteld. Ook haar beroep strekt tot nietigverklaring van dit besluit (zaak T-851/14).

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

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

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

- 6 De ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk stelt nieuwkomers – doorgaans aangeduid als „alternatieve exploitanten” om hen te onderscheiden van de gevestigde exploitanten van telecomnetwerken – in staat om gebruik te maken van de reeds bestaande telecommunicatie-infrastructuur die eigendom is van deze gevestigde exploitanten, teneinde verschillende diensten aan de eindafnemers aan te bieden, waarbij zij concurreren met de gevestigde exploitanten. Een van de verschillende telecommunicatiediensten die via het aansluitnetwerk kunnen worden aangeboden aan de eindafnemers is de breedband datatransmissie voor een vaste internetaansluiting en voor multimedietoepassingen op basis van de technologie van een numerieke abonnementslijn (Digital Subscriber Line ofwel DSL).
- 7 De ontbundeling van het aansluitnetwerk is op het niveau van de Europese Unie geregeld door onder meer verordening (EG) nr. 2887/2000 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk (PB 2000, L 336, blz. 4) en richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (PB 2002, L 108, blz. 33). Verordening nr. 2887/2000 verlangde van de exploitanten „met een aanmerkelijke macht op de markt” dat zij toegang verlenen tot de aansluitnetwerken met een ontbundelde toegang (unbundled local loop ofwel ULL) en dat zij een referentieaanbod voor ontbundelde toegang publiceren. Deze bepalingen zijn in Slowakije ten uitvoer gelegd bij de Zákon z 3. decembra 2003 č. 610/2003 Z.z. o elektronických komunikáciach, v znení neskorších predpisov (wet nr. 610/2003 van 3 december 2003 betreffende elektronische communicatie), zoals gewijzigd, die, behoudens een aantal uitzonderingen, op 1 januari 2004 in werking is getreden.
- 8 Dit regelgevend kader schreef in wezen voor dat de exploitant die door de nationale regelgevende instantie was aangewezen als de exploitant die over een aanmerkelijke macht op de markt beschikte (in het algemeen de gevestigde exploitant), aan alternatieve exploitanten ontbundelde toegang tot zijn aansluitnetwerk en bijbehorende faciliteiten diende te verlenen onder transparante, billijke en niet-discriminerende voorwaarden, en steeds over een referentieaanbod voor die ontbundelde toegang diende te beschikken. De nationale regelgevende instantie moest ervoor zorgen dat de op basis van de kosten vastgestelde tarieven voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk een eerlijke en duurzame concurrentie bevorderde. Daartoe kon de nationale regelgevende instantie onder meer wijzigingen van het referentieaanbod opleggen.
- 9 Na de markt te hebben geanalyseerd, heeft de Slowaakse nationale regelgevende instantie op het gebied van telecommunicatie (hierna: „TUSR”) op 8 maart 2005 het primaire besluit nr. 205/14/2005 vastgesteld, waarin zij Slovak Telekom heeft aangewezen als de exploitant die over een aanmerkelijke macht beschikt op de wholesalemarkt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk in de zin van verordening nr. 2887/2000. TUSR heeft derhalve verschillende verplichtingen aan Slovak Telekom opgelegd, waaronder de verplichting om haar binnen 60 dagen een referentieaanbod voor te leggen. Dit besluit, dat door Slovak Telekom is betwist, is op 14 juni 2005 bevestigd door de voorzitter van TUSR. Op grond van dit bevestigende besluit was Slovak Telekom gehouden om alle redelijke en gerechtvaardigde verzoeken om toegang tot haar aansluitnetwerk in te willigen, zodat alternatieve exploitanten gebruik konden maken van dit netwerk om hun eigen diensten aan te bieden op de „retailmarkt (massamarkt) voor breedbanddiensten” vanaf een vaste locatie in Slowakije. Op grond van het besluit van 14 juni 2005 was Slovak Telekom voorts verplicht om alle voorgenomen wijzigingen van het referentieaanbod voor ontbundeling ten minste 45 dagen tevoren te publiceren en aan TUSR voor te leggen.
- 10 Slovak Telekom heeft haar referentieaanbod voor ontbundeling op 12 augustus 2005 gepubliceerd (hierna: „referentieaanbod”). In dit aanbod, dat in de periode vanaf deze datum tot einde 2010 negenmaal is gewijzigd, worden de contractuele en technische voorwaarden voor toegang tot het aansluitnetwerk van Slovak Telekom gedefinieerd. Op de wholesalemarkt biedt Slovak Telekom toegang tot de aansluitnetwerken waarvan de toegang is ontbundeld in of naast een hoofdverdelers waar de om toegang verzoekende alternatieve exploitant zijn eigen centrale netwerk heeft uitgerold.

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

B. Procedure bij de Commissie

- 12 De Commissie heeft ambtshalve een onderzoek geopend naar onder meer de voorwaarden voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van Slovak Telekom. Naar aanleiding van verzoeken om inlichtingen die zij op 13 juni 2008 aan de alternatieve exploitanten had gericht, en een onaangekondigde inspectie in de kantoren van Slovak Telekom tussen 13 en 15 januari 2009 heeft de Commissie op 8 april 2009 besloten een procedure tegen deze exploitant in te leiden in de zin van artikel 2 van haar verordening (EG) nr. 773/2004 van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen [101 VWEU] en [102 VWEU] (PB 2004, L 123, blz. 18).
- 13 Het onderzoek is voortgezet met een aantal verzoeken om aanvullende inlichtingen aan de alternatieve exploitanten en TUSR en met een aangekondigde inspectie in de kantoren van Slovak Telekom op 13 en 14 juli 2009.
- 14 Slovak Telekom heeft in verschillende discussienota's die zij tussen 11 augustus 2009 en 31 augustus 2010 bij de Commissie heeft ingediend, aangegeven dat er volgens haar geen enkele grond was om aan te nemen dat zij in casu inbreuk had gemaakt op artikel 102 VWEU.
- 15 Slovak Telekom heeft in het kader van het onderzoek geweigerd om inlichtingen te verstrekken over de periode vóór 1 mei 2004, de datum van toetreding van de Slowaakse Republiek tot de Europese Unie. Zij heeft een beroep tot nietigverklaring ingesteld tegen besluit C(2009) 6840 van de Commissie van 3 september 2009 inzake een procedure op grond van de artikelen 18, lid 3, en 24, lid 1, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [101 en 102 VWEU] (PB 2003, L 1, blz. 1), en tegen besluit C(2010) 902 van de Commissie van 8 februari 2010 inzake een procedure op grond van de artikelen 18, lid 3, en 24, lid 1, van verordening (EG) nr. 1/2003. In zijn arrest van 22 maart 2012, Slovak Telekom/Commissie (gevoegde zaken T-458/09 en T-171/10, EU:T:2012:145), heeft het Gerecht de tegen deze besluiten ingestelde beroepen verworpen.
- 16 Op 13 december 2010 heeft de Commissie naar aanleiding van verzoeken om inlichtingen die zij aan verzoekster had gericht, besloten om jegens deze onderneming een procedure in de zin van artikel 2 van verordening nr. 773/2004 in te leiden.
- 17 Op 7 mei 2012 heeft de Commissie de punten van bezwaar aan Slovak Telekom meegedeeld. Deze mededeling van punten van bezwaar is de volgende dag aan verzoekster toegezonden. In deze mededeling van punten van bezwaar kwam de Commissie tot de voorlopige conclusie dat Slovak Telekom mogelijk inbreuk had gemaakt op artikel 102 VWEU doordat haar praktijk leidde tot een marge-utholling met betrekking tot de ontbundelde toegang van haar concurrenten tot haar lokale net en de nationale en regionale breedbandtoegang op wholesaleniveau en doordat zij weigerde om de alternatieve exploitanten toegang te verlenen tot bepaalde wholesaleproducten. Zij kwam tevens tot de voorlopige conclusie dat verzoekster mogelijk aansprakelijk was voor dit inbreukmakende gedrag in haar hoedanigheid van moedermaatschappij van Slovak Telekom tijdens de inbreukperiode.

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

C. Bestreden besluit

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

1. Afbakening van de relevante markten en machtspositie van Slovak Telekom op deze markten

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

Commissie constateert eveneens dat Slovak Telekom gedurende deze periode een machtspositie genoot op de retailmarkt (massamarkt) voor breedbanddiensten die worden aangeboden vanaf een vaste locatie.

2. Gedrag van Slovak Telekom

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

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

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

van het voorstel door de alternatieve exploitanten binnen de gestelde termijnen; (v) Slovak Telekom verbond zich niet tot een strikt tijdschema bij het realiseren van de collocatie; (vi) Slovak Telekom stelde eenzijdig oneerlijke en niet-transparante collocatietarieven vast.

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

gebreke had gesteld, terwijl deze debiteur zich daar bovendien niet tegen kon verzetten. Tot slot onderstreept de Commissie dat de alternatieve exploitanten zich niet op een vergelijkbare garantie kunnen beroepen, ofschoon zij wel degelijk verlies kunnen lijden als gevolg van de handelwijze van Slovak Telekom op het gebied van de ontbundelde toegang tot de aansluitnetten.

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

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

- 42 In het tweede deel van haar analyse van het gedrag van Slovak Telekom stelt de Commissie vast dat het gedrag van deze exploitant met betrekking tot de ontbundelde toegang tot haar aansluitnetten leidt tot uitholling van de marges, hetgeen een autonome vorm van misbruik van een machtspositie oplevert. Zo is het verschil tussen de prijzen die Slovak Telekom voor de verlening van die toegang aan de alternatieve exploitanten in rekening brengt en de prijzen die zij aan haar eigen klanten in rekening brengt, hetzij negatief, hetzij ontoereikend om een even efficiënte exploitant als zijzelf in staat te stellen de specifieke kosten te dekken die zij moet maken om haar eigen producten of diensten te leveren op de downstreammarkt, te weten de retailmarkt.
- 43 In een scenario waarin de onderzochte dienstenportefeuille uitsluitend breedbanddiensten omvat, zou volgens de Commissie een even efficiënte concurrent in staat zijn geweest om door middel van ontbundelde toegang tot de aansluitnetten van Slovak Telekom haar volledige aanbod aan DSL-retaildiensten, zoals dit zich in de loop van de tijd heeft ontwikkeld, te repliceren. De zogeheten „periodegewijze” benadering (te weten de berekening van de beschikbare marges voor elk jaar van de periode 2005-2010) toont volgens haar aan dat een even efficiënte concurrent als Slovak Telekom met negatieve marges af te rekenen had, zodat hij de door Slovak Telekom op de retailmarkt aangeboden portefeuille van breedbanddiensten niet op winstgevende manier kon repliceren.
- 44 Ook in een scenario van volledige toegang tot het aansluitnetwerk, waarin de onderzochte portefeuille naast breedbanddiensten ook diensten van spraaktelefonie omvat, komt de Commissie tot de conclusie dat een concurrent die even efficiënt is als Slovak Telekom niet op winstgevende manier activiteiten op de relevante retailmarkt had kunnen ontplooiën in de periode 2005-2010, als gevolg van de prijzen die Slovak Telekom in rekening bracht op de upstream-markt voor ontbundelde toegang. Een concurrent die even efficiënt is als Slovak Telekom had dus de door haar aangeboden portefeuille in diezelfde periode niet op winstgevende manier kunnen repliceren. De toevoeging aan een dergelijke referentieportefeuille van multiplaydiensten, die vanaf 2007 beschikbaar waren, laat deze vaststelling onverlet.
- 45 Aangezien Slovak Telekom en verzoekster tijdens de administratieve procedure geen van beide een objectieve rechtvaardiging voor hun uitsluitingsgedrag hebben aangevoerd, concludeert de Commissie dat het gedrag van Slovak Telekom gedurende de betrokken periode moet worden aangemerkt als een onrechtmatige marge-uitholling.

3. Analyse van de mededingingsversturende gevolgen van het gedrag van Slovak Telekom

- 46 De Commissie is van mening dat deze twee soorten gedragingen van Slovak Telekom, te weten de weigering om ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk te verlenen en de uitholling van de marges van de alternatieve exploitanten, laatstgenoemde exploitanten konden belemmeren om de Slowaakse retailmarkt (massamarkt) voor vaste breedbanddiensten te betreden door middel van ontbundelde toegang. Deze gedragingen hebben volgens het bestreden besluit tot minder daadwerkelijke concurrentie op deze markt geleid, aangezien de concurrerende exploitanten niet over een reël

winstgevend alternatief voor de wholesale-breedbandtoegang voor DSL-technologie op basis van ontbundeling van de aansluitnetten beschikten. De impact van het gedrag van Slovak Telekom op de mededinging was des te groter, omdat de retailmarkt voor breedbanddiensten gedurende de betrokken periode een groot groeipotentieel had.

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

4. Adressaten van het bestreden besluit en geldboeten

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

5. Dispositief van het bestreden besluit

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

„Artikel 1

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

Artikel 2

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

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

[...]”

II. Procedure en conclusies van partijen

[omissis]

70 Verzoekster verzoekt het Gerecht:

- het bestreden besluit in zijn geheel dan wel gedeeltelijk nietig te verklaren voor zover het haar betreft en, subsidiair, de haar opgelegde geldboeten in te trekken dan wel te verlagen;
- de Commissie in de kosten te verwijzen.

71 De Commissie en interveniënte, Slovanet, verzoeken het Gerecht:

- het beroep te verwerpen;
- verzoekster in de kosten te verwijzen.

III. In rechte

72 Verzoekster draagt vijf middelen voor tot staving van zowel haar primaire vordering tot gehele dan wel gedeeltelijke nietigverklaring van het bestreden besluit als haar subsidiaire vordering tot intrekking dan wel verlaging van de haar opgelegde geldboeten. Het eerste middel is ontleend aan een onjuiste opvatting van de feiten en een onjuiste rechtsopvatting bij de toepassing van artikel 102 VWEU op het onrechtmatige gedrag van Slovak Telekom, en aan schending van de rechten van de verdediging. Het tweede middel heeft betrekking op een onjuiste opvatting van de feiten en een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van de duur van het onrechtmatige gedrag van Slovak Telekom. Het derde middel is ontleend aan een onjuiste opvatting van de feiten en een onjuiste rechtsopvatting bij de toerekening van het onrechtmatige gedrag van Slovak Telekom aan verzoekster op grond dat deze vennootschappen deel zouden uitmaken van dezelfde onderneming. Het vierde middel is ontleend aan schending van het Unierechtelijke ondernemingsbegrip en van het beginsel van het persoonlijke karakter van sancties, voor zover het bestreden besluit tevens een afzonderlijke geldboete aan verzoekster oplegt, alsook aan een motiveringsgebrek. Tot slot is het vijfde middel ontleend aan fouten bij de berekening van het bedrag van de hoofdelijke geldboete die aan Slovak Telekom en verzoekster is opgelegd.

A. Primaire vordering tot nietigverklaring van het bestreden besluit

73 De vijf middelen van verzoekster (zie punt 72 hierboven) moeten achtereenvolgens worden onderzocht.

1. Eerste middel: onjuiste opvatting van de feiten en onjuiste rechtsopvatting bij de toepassing van artikel 102 VWEU op het onrechtmatige gedrag van Slovak Telekom, en schending van de rechten van de verdediging

74 Het eerste middel bestaat uit drie onderdelen. Het eerste onderdeel heeft betrekking op schending van artikel 102 VWEU, doordat de Commissie een inbreuk in de zin van deze bepaling heeft vastgesteld zonder het onontbeerlijke karakter van de betrokken telecommunicaatinfrastructuur te onderzoeken. Het tweede onderdeel betreft schending van het recht van verzoekster om te worden gehoord in het kader van de berekening van de marge-uitholling en het derde onderdeel is ontleend aan fouten bij de berekening van de gemiddelde marginale langetermijnkosten (long run average incremental costs; hierna: „LRAIC”).

75 Daarnaast sluit verzoekster zich in het kader van haar eerste middel aan bij de argumenten die Slovak Telekom heeft aangevoerd in het door haar op 26 december 2014 tegen het bestreden besluit ingestelde beroep (zaak T-851/14). Voor zover een middel in het kader van dat beroep mocht slagen, stelt verzoekster onder verwijzing naar onder meer het arrest van 22 januari 2013, Commissie/Tomkins (C-286/11 P, EU:C:2013:29), dat dit in de onderhavige zaak ook haar zou moeten baten.

[omissis]

b) Eerste onderdeel: schending van artikel 102 VWEU doordat de Commissie een inbreuk in de zin van deze bepaling heeft vastgesteld zonder het onontbeerlijke karakter van de betrokken telecommunicaatinfrastructuur te onderzoeken

81 Met het eerste onderdeel van haar eerste middel stelt verzoekster dat de Commissie ten onrechte heeft nagelaten om in het bestreden besluit te onderzoeken of de toegang tot het koperen DSL-netwerk van Slovak Telekom onontbeerlijk was om een activiteit op de retailmarkt voor breedbanddiensten in Slowakije te kunnen uitoefenen. Hierdoor heeft de Commissie het beginsel geschonden dat voortvloeit uit het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), te weten dat een leverings- of

toegangsweigering slechts misbruik van een machtspositie oplevert wanneer deze weigering elke mededinging op de afgeleide markt uitschakelt en de betrokken upstream-productiemiddelen onontbeerlijk zijn voor de uitoefening van de downstreamactiviteit. Aan de toepasselijkheid van dit beginsel op de onderhavige zaak wordt geen afbreuk gedaan door de omstandigheid dat in casu sprake is van een impliciete toegangsweigering en niet, zoals in het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), van een totale leveringsweigering. Er is namelijk geen enkele reden om strengere eisen aan de bewijsvoering te stellen bij misbruik wegens een impliciete toegangsweigering dan bij misbruik wegens een totale toegangsweigering. Het aldus door de Commissie gemaakte onderscheid berust op een onjuiste lezing van de punten 55 en 58 van het arrest van 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83). Het leidt bovendien tot het onlogische resultaat dat het bewijs van de meest ernstige inbreuk (te weten de totale toegangsweigering) aan strengere voorwaarden is onderworpen dan het bewijs van de minst ernstige inbreuk (te weten de impliciete toegangsweigering). Wat dit laatste aangaat, onderstreept verzoekster dat ten minste één onderneming toegang tot de aansluitnetten van Slovak Telekom heeft gekregen, hetgeen uitgesloten zou zijn geweest in geval van een totale toegangsweigering.

- 82 Verzoekster stelt voorts dat dit bewijsvoorschrift niet wordt afgezwakt door het feit dat op Slovak Telekom een wettelijke verplichting rustte om concurrerende leveranciers ontbundelde toegang tot haar aansluitnetwerk te verlenen, aangezien deze verplichting andere doelstellingen nastreeft en aan andere voorwaarden is onderworpen dan het toezicht a posteriori waarbij wordt nagegaan of sprake is van misbruik in de zin van artikel 102 VWEU. Bovendien kan deze in 2005 door TUSR opgelegde verplichting niet het concrete onderzoek van het onontbeerlijke karakter van de toegang tot de aansluitnetten van Slovak Telekom op een later tijdstip vervangen. In casu heeft de Commissie echter verzuimd om een dergelijk concreet onderzoek te verrichten, ondanks het feit dat de telecommunicatiemarkten voortdurend in ontwikkeling zijn.
- 83 Verder bestrijdt verzoekster het standpunt van de Commissie dat het uit het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), voortvloeiende beginsel in dit geval niet van toepassing is omdat het betrokken telecommunicatienetwerk door de Slowaakse regering is ontwikkeld onder monopolistische voorwaarden. Volgens haar motiveert de Commissie niet hoe zij op basis van deze omstandigheid heeft kunnen concluderen tot het bestaan van misbruik van een machtspositie, zonder het onontbeerlijke karakter van de toegang tot het koperen DSL-netwerk van Slovak Telekom te onderzoeken. Aangezien het bestaan van misbruik altijd los van de omstandigheden waaronder een machtspositie is ontstaan, moet worden beoordeeld, is er geen enkele reden waarom voormalige staatsmonopoliehouders in het kader van de toepassing van artikel 102 VWEU anders zouden moeten worden behandeld dan andere ondernemingen. Verzoekster voegt hieraan toe dat het koperen DSL-netwerk van Slovak Telekom aanvankelijk een zeer lage dekkingsgraad kende en van slechte kwaliteit was, waardoor deze onderneming tussen 2003 en 2010, dus nadat zij haar monopolie was kwijtgeraakt, voortdurend in breedbandactiva heeft geïnvesteerd, zoals ook blijkt uit overweging 891 van het bestreden besluit.
- 84 Hoe dan ook toont het feit dat verschillende concurrerende aanbieders erin geslaagd zijn om de retailmarkt voor breedband met behulp van hun eigen infrastructuur te betreden, aan dat de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van Slovak Telekom niet onontbeerlijk was om een concurrerend aanbod te kunnen ontwikkelen.
- 85 De Commissie bestrijdt deze stellingen.
- 86 In dit verband zij verwezen naar de vaste rechtspraak dat op de onderneming met een machtspositie een bijzondere verantwoordelijkheid rust om door haar gedrag geen afbreuk te doen aan een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de interne markt (zie arrest van 6 september 2017, Intel/Commissie, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punt 135 en aldaar aangehaalde rechtspraak), waarbij

indien deze machtspositie is ontstaan als gevolg van een oud wettelijk monopolie, met deze omstandigheid rekening moet worden gehouden (arrest van 27 maart 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, punt 23).

- 87 Daarom verbiedt artikel 102 VWEU een onderneming met een machtspositie onder meer praktijken toe te passen die leiden tot de uitsluiting van haar even efficiënte concurrenten, en aldus haar machtspositie te versterken met behulp van andere middelen dan die welke berusten op een mededinging op basis van verdienste. In die optiek kan dus niet elke prijsconcurrentie als rechtmatig worden beschouwd (zie arrest van 6 september 2017, *Intel/Commissie*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punt 136 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 88 In dit verband is geoordeeld dat het door artikel 102 VWEU verboden misbruik van een machtspositie een objectief begrip is dat betrekking heeft op gedragingen van een onderneming met een machtspositie die, op een markt waar de mededinging juist door de aanwezigheid van deze onderneming reeds is verzwakt, de instandhouding of de ontwikkeling van de nog op deze markt aanwezige mededinging verhinderen door het gebruik van andere middelen dan die welke bij een normale, op ondernemersprestaties berustende mededinging van goederen of diensten gebruikelijk zijn (zie arresten van 19 april 2012, *Tomra Systems e.a./Commissie*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punt 17 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 9 september 2009, *Clearstream/Commissie*, T-301/04, EU:T:2009:317, punt 140 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 89 Artikel 102 VWEU ziet niet alleen op praktijken die de consument rechtstreeks kunnen benadelen, maar tevens op praktijken die hem kunnen benadelen door de mededinging te verstoren (zie in die zin arresten van 27 maart 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 29 maart 2012, *Telefónica en Telefónica de España/Commissie*, T-336/07, EU:T:2012:172, punt 171).
- 90 Het gevolg voor de mededinging waarnaar in punt 88 hierboven is verwezen, betreft niet noodzakelijkerwijs het concrete gevolg van het gelaakte misbruik. Voor het bewijs van misbruik van machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU is toereikend dat wordt aangetoond dat de als misbruik aangemerkte gedraging van de onderneming met een machtspositie erop gericht is de mededinging te beperken, met andere woorden dat de gedraging een beperking van de mededinging tot gevolg heeft of kan hebben (arrest van 19 april 2012, *Tomra Systems e.a./Commissie*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punt 68; zie ook arresten van 9 september 2009, *Clearstream/Commissie*, T-301/04, EU:T:2009:317, punt 144 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 29 maart 2012, *Telefónica en Telefónica de España/Commissie*, T-336/07, EU:T:2012:172, punt 268 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 91 Met betrekking tot het onrechtmatige karakter van een in een marge-uitholling resulterende praktijk zij bovendien opgemerkt dat artikel 102, tweede alinea, onder a), VWEU ondernemingen met een machtspositie uitdrukkelijk verbiedt om rechtstreeks of zijdelings onbillijke prijzen op te leggen (arresten van 17 februari 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, punt 25, en 29 maart 2012, *Telefónica en Telefónica de España/Commissie*, T-336/07, EU:T:2012:172, punt 173). Aangezien de lijst van misbruikpraktijken van artikel 102 VWEU echter niet limitatief is, geeft deze bepaling geen uitputtende opsomming van de wijzen waarop in strijd met het in het Unierecht neergelegde verbod misbruik van machtspositie kan worden gepleegd (arresten van 21 februari 1973, *Europemballage en Continental Can/Commissie*, 6/72, EU:C:1973:22, punt 26; 17 februari 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, punt 26, en 29 maart 2012, *Telefónica en Telefónica de España/Commissie*, T-336/07, EU:T:2012:172, punt 174).
- 92 In casu moet worden gepreciseerd dat het betoog van verzoekster in het eerste onderdeel van het onderhavige middel uitsluitend betrekking heeft op het juridische criterium dat door de Commissie in het zevende onderdeel van het bestreden besluit is gehanteerd (overwegingen 355 tot en met 821) om een reeks gedragingen van Slovak Telekom gedurende de betrokken periode te kwalificeren als een weigering tot levering van toegang. Verzoekster betwist echter niet het bestaan zelve van de door de

Commissie in dit onderdeel van het bestreden besluit vastgestelde gedragingen. Zoals uit de overwegingen 2 en 1507 van dat besluit blijkt, hielden deze gedragingen, die ertoe hebben bijgedragen dat de Commissie heeft vastgesteld dat er sprake was van één enkele voortdurende inbreuk op artikel 102 VWEU (overweging 1511 van het bestreden besluit), in, ten eerste, dat aan de alternatieve exploitanten de informatie over het netwerk van Slovak Telekom werd onthouden die nodig was voor de ontbundeling van het aansluitnetwerk van deze exploitant, ten tweede, dat Slovak Telekom de krachtens de toepasselijke regelgeving op haar rustende verplichtingen op het gebied van de ontbundeling beperkte, en, ten derde, dat deze exploitant verschillende onbillijke voorwaarden met betrekking tot de ontbundeling in haar referentieaanbod opnam.

- 93 Zoals verzoekster ter terechtzitting heeft bevestigd, richt het eerste onderdeel van het eerste middel zich bovendien niet tegen de analyse van de Commissie, in het achtste onderdeel van het bestreden besluit, van de in een marge-utholling bestaande gedraging (overwegingen 822 tot en met 1045 van het bestreden besluit). In haar verzoekschrift bestrijdt verzoekster immers niet dat dit type gedraging een van de toegangsweigering verschillende, autonome vorm van misbruik vormt, waarvoor dus niet de criteria gelden van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569) (zie in die zin arrest van 10 juli 2014, Telefónica en Telefónica de España/Commissie, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punt 75 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 94 Zo verwijt verzoekster de Commissie in wezen dat zij de hierboven in punt 92 genoemde gedragingen heeft gekwalificeerd als een „weigering tot levering” van toegang tot het aansluitnetwerk van Slovak Telekom, zonder te hebben onderzocht of die toegang wel „onontbeerlijk” was in de zin van de derde voorwaarde in punt 41 van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569).
- 95 In dat arrest heeft het Hof inderdaad geoordeeld dat de weigering door een onderneming met een machtspositie om toegang tot een dienst te verlenen, misbruik in de zin van artikel 102 VWEU kan opleveren, indien deze weigering elke mededinging op de markt door de verzoeker van de dienst kan uitsluiten en niet objectief kan worden gerechtvaardigd, terwijl de dienst op zich onontbeerlijk is voor de uitoefening van de werkzaamheid van deze laatste (arrest van 26 november 1998, Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569, punt 41; zie ook arrest van 9 september 2009, Clearstream/Commissie, T-301/04, EU:T:2009:317, punt 147 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 96 Voorts blijkt uit de punten 43 en 44 van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), dat om te bepalen of een product of een dienst onontbeerlijk is opdat een onderneming haar activiteit op een bepaalde markt kan uitoefenen, moet worden nagegaan of er producten of diensten voorhanden zijn die alternatieve oplossingen bieden, zelfs als zij minder gunstig zijn, en of er technische, reglementaire of economische hindernissen zijn die het iedere onderneming die op die markt actief wil zijn onmogelijk of althans onredelijk moeilijk maken om, eventueel in samenwerking met andere ondernemingen, alternatieve producten of diensten aan te bieden. Volgens punt 46 van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), moet, opdat het bestaan van economische hindernissen kan worden vastgesteld, op zijn minst worden vastgesteld dat het voor een productie van vergelijkbare omvang als die van de onderneming die het bestaande product of dienst controleert, niet economisch rendabel is om deze producten of diensten aan te bieden (arrest van 29 april 2004, IMS Health, C-418/01, EU:C:2004:257, punt 28).
- 97 Aangezien in casu echter de regelgeving inzake de telecommunicatiesector het op deze sector toepasselijke rechtskader vormt en aldus mede de concurrentievoorwaarden bepaalt waaronder een telecomonderneming haar activiteiten op de betrokken markten uitoefent, is deze regelgeving een relevante factor voor de toepassing van artikel 102 VWEU op het gedrag van deze onderneming wanneer het erom gaat om onder meer de onrechtmatigheid van dit gedrag te beoordelen (arrest van 14 oktober 2010, Deutsche Telekom/Commissie, C-280/08 P, EU:C:2010:603, punt 224).

- 98 Zoals de Commissie terecht stelt, zijn de hierboven in punt 95 genoemde voorwaarden geformuleerd en toegepast in het kader van zaken waar het draaide om de vraag of op basis van artikel 102 VWEU van de onderneming met een machtspositie kan worden verlangd dat zij andere ondernemingen toegang tot een product of een dienst verleent wanneer daartoe geen wettelijke verplichting bestaat.
- 99 In casu is echter sprake van een andere context. TUSR heeft bij besluit van 8 maart 2005, zoals bevestigd door de voorzitter van deze instantie op 14 juni 2005, aan Slovak Telekom de verplichting opgelegd om alle redelijke en gerechtvaardigde verzoeken om ontbundeling van haar aansluitnetwerk in te willigen, zodat alternatieve exploitanten gebruik konden maken van dit netwerk om hun eigen diensten aan te bieden op de retailmarkt (massamarkt) voor breedbanddiensten vanaf een vaste locatie in Slowakije (punt 9 hierboven). Deze verplichting vloeide voort uit de wens van de overheid om Slovak Telekom en haar concurrenten aan te sporen tot investeringen en innovatie, terwijl tegelijkertijd werd verzekerd dat de mededinging op deze markt in stand bleef (overwegingen 218, 373, 388, 1053 en 1129 van het bestreden besluit).
- 100 Zoals uiteengezet in de overwegingen 37 tot en met 46 van het bestreden besluit, werd met het besluit van TUSR, dat was gebaseerd op wet nr. 610/2003, in Slowakije uitvoering gegeven aan het in artikel 3 van verordening nr. 2887/2000 bedoelde vereiste van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van exploitanten met een aanmerkelijke macht op de markt voor de levering van vaste openbare telefoonnetwerken. De Uniewetgever heeft dit vereiste in overweging 6 van deze verordening gerechtvaardigd door de omstandigheid dat „[h]et [...] voor nieuwe aanbieders economisch niet haalbaar [zou] zijn om de metalen lokale toegangsinfrastructuur van de gevestigde exploitant volledig en binnen redelijke tijd te dupliceren [omdat a]lternatieve infrastructuren [...] vooralsnog over het algemeen niet dezelfde functionaliteit of dekkingsgraad [bieden] [...]”.
- 101 Aangezien het relevante regelgevende kader dus duidelijk de noodzaak van toegang tot het aansluitnetwerk van Slovak Telekom erkende met het oog op het ontstaan en de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op de Slowaakse markt voor breedbandinternetdiensten, hoefde de Commissie niet aan te tonen dat die toegang onontbeerlijk was in de zin van de laatste voorwaarde zoals geformuleerd in punt 41 van het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569).
- 102 Deze conclusie wordt niet ontkracht door verzoeksters argument dat het bestaan van een wettelijke verplichting om toegang tot het aansluitnetwerk van Slovak Telekom te verlenen niet betekent dat die toegang ook krachtens artikel 102 VWEU moest worden verleend, omdat een dergelijke wettelijke verplichting ex ante andere doelstellingen nastreeft en aan andere voorwaarden is onderworpen dan het toezicht ex post op het gedrag van een onderneming met een machtspositie in de zin van dat artikel.
- 103 Om dit argument te weerleggen volstaat het namelijk erop te wijzen dat de overwegingen in de punten 97 tot en met 101 hierboven niet berusten op de premisse dat de aan Slovak Telekom opgelegde verplichting om ontbundelde toegang tot haar aansluitnetwerk te verlenen voortvloeit uit artikel 102 VWEU; zij onderstrepen slechts, overeenkomstig de hierboven in punt 97 aangehaalde rechtspraak, dat het bestaan van een dergelijke wettelijke verplichting een relevant aspect is van de economische en juridische context waarbinnen moet worden beoordeeld of de in het zevende onderdeel van het bestreden besluit onderzochte praktijken van Slovak Telekom konden worden gekwalificeerd als misbruik in de zin van deze bepaling.
- 104 Bovendien is de verwijzing van verzoekster naar punt 113 van het arrest van 10 april 2008, Deutsche Telekom/Commissie (T-271/03, EU:T:2008:101), tot staving van het in punt 102 hierboven genoemde argument niet relevant. Het Gerecht heeft in dat punt weliswaar opgemerkt dat de nationale regelgevende instanties overeenkomstig hun nationale recht handelen, waarvan de doelstellingen kunnen verschillen van de doelstellingen van het mededingingsbeleid van de Unie, maar deze redenering diende ter onderbouwing van de afwijzing door het Gerecht van het argument dat

verzoekster in die zaak had aangevoerd, namelijk dat het voorafgaande toezicht op haar tarieven door de Duitse regelgevende instantie voor telecommunicatie en post uitsloot dat artikel 102 VWEU kon worden toegepast op een eventuele marge-uitholling als gevolg van de tarieven die zij hanteerde voor de ontbundelde toegang tot haar aansluitnetwerk. Dit stond dus los van de vraag of het bestaan van een wettelijke verplichting van de exploitant met een machtspositie om toegang tot zijn aansluitnetwerk te verlenen, relevant is voor de beoordeling van de verenigbaarheid van zijn toegangsvoorwaarden met artikel 102 VWEU.

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

een ongeoorloofde uitsluiting van daadwerkelijke of potentiële concurrenten konden leiden, van het type dat door de Commissie is aangemerkt als een impliciete weigering om toegang te verlenen tot het aansluitnetwerk van Slovak Telekom (zie in die zin overweging 366 van het bestreden besluit).

- 110 Deze lezing van het arrest van 17 februari 2011, *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83), vindt steun in het feit dat het Hof in dit deel van zijn analyse verwijst naar de punten 48 en 49 van het arrest van 26 november 1998, *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569). Deze punten waren namelijk gewijd aan de tweede prejudiciële vraag die in die zaak aan het Hof was gesteld en hadden geen betrekking op de weigering door de onderneming die in het hoofdgeding een machtspositie innam, van toegang tot haar thuisbezorgingssysteem aan de uitgever van een concurrerend dagblad, zoals onderzocht in het kader van de eerste vraag, maar op de eventuele kwalificatie als misbruik van machtspositie van een praktijk die er voor deze onderneming in zou hebben bestaan om die toegang afhankelijk te stellen van de voorwaarde dat de betrokken uitgever haar ook het verrichten van andere diensten, zoals de verkoop in kiosken of het drukken, toevertrouwde.
- 111 Verzoeksters argument dat de toepassing op het onderhavige geval van de redenering in de punten 55 tot en met 58 van het arrest van 17 februari 2011, *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83), tot het onlogische resultaat zou leiden dat het bewijs van een impliciete leveringsweigering gemakkelijker zou kunnen worden geleverd dan het bewijs van een totale toegangsweigering, ofschoon dit laatste type gedraging een ernstiger vorm van misbruik van machtspositie oplevert, kan niet worden aanvaard. Dit argument berust namelijk op een onjuiste premisse, te weten dat de ernst van een inbreuk op artikel 102 VWEU bestaande in een weigering van een onderneming met een machtspositie om een product of dienst aan andere ondernemingen te leveren, uitsluitend afhangt van de vorm ervan. De ernst van een dergelijke inbreuk kan afhangen van tal van factoren die losstaan van het uitdrukkelijke of impliciete karakter van voornoemde weigering, zoals de geografische omvang van de inbreuk, het opzettelijke karakter ervan of de gevolgen ervan op de markt. Dit wordt bevestigd door de richtsnoeren van 2006, die in punt 20 ervan bepalen dat de ernst van een inbreuk op artikel 101 VWEU of artikel 102 VWEU per geval wordt beoordeeld, waarbij rekening wordt gehouden met alle relevante omstandigheden.
- 112 Tot slot zij eraan herinnerd dat het Hof in punt 69 van het arrest van 17 februari 2011, *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83), heeft opgemerkt dat het onontbeerlijke karakter van het groothandelsproduct relevant kan zijn bij de beoordeling van de effecten van een marge-uitholling. In casu moet echter worden geconstateerd dat verzoekster zich enkel op de verplichting van de Commissie om het onontbeerlijke karakter van de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van Slovak Telekom aan te tonen, heeft beroepen om haar stelling te onderbouwen dat de Commissie niet het juiste juridische criterium heeft gehanteerd bij haar beoordeling van de in het zevende onderdeel van het bestreden besluit onderzochte praktijken (zie naar analogie arrest van 29 maart 2012, *Telefónica en Telefónica de España/Commissie*, T-336/07, EU:T:2012:172, punt 182), en niet om de beoordeling door de Commissie van de mededingingsversturende gevolgen van die praktijken in het negende onderdeel van dit besluit te betwisten (overwegingen 1046 tot en met 1109 van het bestreden besluit).
- 113 De verwijzing door verzoekster naar punt 79 van de mededeling inzake de richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel [102 VWEU] op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (PB 2009, C 45, blz. 7) is in casu niet relevant.
- 114 Zoals de Commissie terecht opmerkt, wordt bij het onderscheid dat in voornoemd punt wordt gemaakt tussen een weigering zonder meer en een impliciete weigering tot levering namelijk niet nader gepreciseerd welke juridische criteria relevant zijn om in elk van die gevallen een inbreuk op artikel 102 VWEU te kunnen vaststellen. Hoe dan ook heeft deze mededeling blijkens de bewoordingen ervan uitsluitend tot doel om de handhavingsprioriteiten te omschrijven die als leidraad

dienen bij het optreden van de Commissie wanneer deze artikel 102 VWEU toepast op uitsluitingspraktijken van ondernemingen met een machtpositie, en niet om het toepasselijke recht vast te stellen (zie punten 2 en 3 van de mededeling).

115 Gelet op het voorgaande moet worden geconcludeerd dat voor de kwalificatie van de in het zevende onderdeel van het bestreden besluit onderzochte gedragingen van Slovak Telekom als misbruik in de zin van artikel 102 VWEU niet vereist is dat de Commissie aantoonde dat de toegang tot het aansluitnetwerk van Slovak Telekom onontbeerlijk was voor de uitoefening van de werkzaamheid van concurrerende exploitanten op de retailmarkt voor breedbanddiensten vanaf een vaste locatie in Slowakije, in de zin van de hierboven in punt 96 aangehaalde rechtspraak.

116 Uit het voorgaande vloeit voort dat het eerste onderdeel van het eerste middel ongegrond is en derhalve moet worden afgewezen.

c) Tweede onderdeel: schending van het recht van verzoekster om te worden gehoord in het kader van de berekening van de marge-uitholling

117 Met het tweede onderdeel van haar eerste middel stelt verzoekster dat de Commissie haar recht om tijdens de administratieve procedure te worden gehoord, op tweeërlei wijze heeft geschonden.

118 Ten eerste heeft de Commissie een aantal nieuwe elementen ter kennis van verzoekster gebracht tijdens een informatiebijeenkomst op 29 september 2014. Uit een document getiteld „Margin Squeeze calculation (preliminary results) ” [Berekening van de marge-uitholling (voorlopige uitkomsten)] dat bij die gelegenheid aan verzoekster is getoond, blijkt dat de door Slovak Telekom in 2005 behaalde marge positief uitviel bij een periodegewijze (van jaar tot jaar) margeberekening. Daarnaast behelste dit document cijfers waartoe verzoekster vóór de informatiebijeenkomst geen toegang had gehad. Tot slot heeft de Commissie op die bijeenkomst haar voornemen kenbaar gemaakt om de marges tussen 12 augustus 2005 en 31 december 2010 aan de hand van een benadering op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering) te berekenen en dus ook voor 2005 een negatieve marge vast te stellen. Deze aankondiging heeft zowel verzoekster als Slowaakse Telekom verrast, aangezien geen van hen tot dan toe een dergelijke methode had voorgesteld.

119 Naar aanleiding van een daartoe strekkend verzoek van verzoekster heeft de Commissie haar op 1 oktober 2014 meegedeeld dat zij uiterlijk op 3 oktober 2014 haar opmerkingen over deze elementen kenbaar kon maken. Aangezien dit echter een officiële feestdag in Duitsland was, had verzoekster minder dan twee werkdagen de tijd om haar opmerkingen kenbaar te maken. Sommige cijfers die aan de herberekening van de marge-uitholling ten grondslag lagen, waren door Slovak Telekom verstrekt in haar antwoord op de brief met een uiteenzetting van de feiten (letter of facts). Omdat verzoekster daartoe geen toegang had, heeft de Commissie haar bij brief van 7 oktober 2014 inzage in voornoemd antwoord geboden en haar tot uiterlijk 9 oktober 's avonds gelegenheid geboden om haar opmerkingen dienaangaande kenbaar te maken.

120 Volgens verzoekster hebben deze zeer korte termijnen haar in de praktijk elke reële mogelijkheid ontnomen om haar standpunt kenbaar te maken over de nieuwe elementen waarvan zij op 29 september 2014 in kennis is gesteld, terwijl deze elementen wél in aanmerking zijn genomen in het bestreden besluit. Verzoekster wijst erop dat de cijfers die de Commissie op die datum voor het eerst heeft gepresenteerd, niet alleen nieuw waren, door onder meer het gebruik van de LRAIC, maar ook complex. Indien zij deze nieuwe cijfers had kunnen voorleggen aan economen – wat niet het geval was – had zij stellig de beoordeling door de Commissie van de duur van de marge-uitholling waarop het onderzoek betrekking had, kunnen beïnvloeden.

- 121 In de tweede plaats verwijt verzoekster de Commissie dat zij de door Slovak Telekom ter berekening van de LRAIC verstrekte gegevens heeft gecorrigeerd en aangepast zonder haar vooraf in kennis te stellen van de bedenkingen die zij dienaangaande koesterde, waardoor zij verzoekster elke mogelijkheid heeft ontnomen om haar standpunt daaromtrent kenbaar te maken.
- 122 De Commissie bestrijdt deze argumenten.
- 123 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging tijdens administratieve procedures op het gebied van het mededingingsbeleid een algemeen beginsel van Unierecht vormt, waarvan de rechterlijke instanties van de Unie de naleving verzekeren (zie arrest van 18 juni 2013, ICF/Commissie, T-406/08, EU:T:2013:322, punt 115 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 124 Dit beginsel verlangt dat de betrokken onderneming tijdens de administratieve procedure in staat is gesteld haar standpunt kenbaar te maken met betrekking tot de juistheid en de relevantie van de gestelde feiten en omstandigheden, alsook met betrekking tot de stukken waarmee de Commissie de door haar gestelde inbreuk op de mededingingsregels heeft gestaafd. Artikel 27, lid 1, van verordening nr. 1/2003 bepaalt dat aan partijen een mededeling van punten van bezwaar wordt toegezonden. Deze mededeling moet duidelijk de belangrijkste feiten vermelden waarop de Commissie zich in dat stadium van de procedure baseert (arrest van 5 december 2013, SNIA/Commissie, C-448/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:801, punten 41 en 42).
- 125 Aan dit vereiste is voldaan wanneer in het eindbesluit aan de betrokkenen geen andere dan de in de mededeling van punten van bezwaar vermelde inbreuken ten laste worden gelegd en daarin slechts van feiten wordt uitgegaan waarover de betrokkenen zich tijdens de procedure hebben kunnen uitspreken (zie in die zin arresten van 24 mei 2012, MasterCard e.a./Commissie, T-111/08, EU:T:2012:260, punt 266, en 18 juni 2013, ICF/Commissie, T-406/08, EU:T:2013:322, punt 117).
- 126 De vermelding van de belangrijkste feiten waarop de Commissie zich in de mededeling van punten van bezwaar baseert, kan echter beknopt geschieden en het besluit hoeft niet noodzakelijkerwijs gelijklopend te zijn met de mededeling van punten van bezwaar, daar deze mededeling een voorbereidend document is met zuiver voorlopige beoordelingen feitelijk en rechtens (zie in die zin arresten van 17 november 1987, British American Tobacco en Reynolds Industries/Commissie, 142/84 en 156/84, EU:C:1987:490, punt 70; 5 december 2013, SNIA/Commissie, C-448/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:801, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 24 mei 2012, MasterCard e.a./Commissie, T-111/08, EU:T:2012:260, punt 267). Zo zijn toevoegingen aan de mededeling van punten van bezwaar waarmee wordt gereageerd op de memorie van antwoord van partijen en waaruit blijkt dat zij hun rechten van verdediging daadwerkelijk hebben kunnen uitoefenen, toelaatbaar. In het licht van de administratieve procedure kan de Commissie ook de feitelijke of juridische argumenten die zij ter ondersteuning van haar bezwaren heeft aangevoerd, wijzigen of aanvullen (arrest van 9 september 2011, Alliance One International/Commissie, T-25/06, EU:T:2011:442, punt 181). Totdat een eindbesluit is gegeven, kan de Commissie derhalve, onder meer gelet op de schriftelijke of mondelinge opmerkingen van partijen, sommige of zelfs alle aanvankelijk tegen hen ingebrachte bezwaren laten vallen en daarmee haar standpunt in hun voordeel wijzigen ofwel, omgekeerd, besluiten nieuwe bezwaren te formuleren, mits zij de betrokken ondernemingen de mogelijkheid geeft hun opmerkingen daarover kenbaar te maken (zie arrest van 30 september 2003, Atlantic Container Line e.a./Commissie, T-191/98 en T-212/98 tot en met T-214/98, EU:T:2003:245, punt 115 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 127 Uit het voorlopige karakter van de juridische kwalificatie van de in de mededeling van punten van bezwaar vermelde feiten vloeit voort dat het eindbesluit van de Commissie niet nietig kan worden verklaard op de enkele grondslag dat de definitieve conclusies die uit deze feiten zijn getrokken, niet precies overeenkomen met deze voorlopige kwalificatie (arrest van 5 december 2013, SNIA/Commissie, C-448/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:801, punt 43). De omstandigheid dat rekening wordt gehouden met een door een partij in de loop van de administratieve procedure

aangevoerd argument, zonder dat deze partij de gelegenheid heeft gekregen vóór de vaststelling van het eindbesluit haar standpunt ter zake kenbaar te maken, vormt op zichzelf dus geen schending van de rechten van de verdediging zolang de aard van de jegens deze partij geuite bezwaren daardoor niet wordt veranderd (zie in die zin beschikking van 10 juli 2001, *Irish Sugar/Commissie*, C-497/99 P, EU:C:2001:393, punt 24; arresten van 28 februari 2002, *Compagnie générale maritime e.a./Commissie*, T-86/95, EU:T:2002:50, punt 447, en 9 september 2011, *Alliance One International/Commissie*, T-25/06, EU:T:2011:442, punt 182).

- 128 De Commissie moet immers de adressaten van een mededeling van punten van bezwaar horen en in voorkomend geval rekening houden met hun opmerkingen naar aanleiding van de geuite bezwaren door haar analyse te wijzigen, juist om hun rechten van verdediging te eerbiedigen. De Commissie moet deze kwalificatie dus in haar eindbesluit kunnen preciseren, rekening houdend met hetgeen tijdens de administratieve procedure aan het licht is gekomen, hetzij om ongegrond gebleken punten van bezwaar te laten vallen, hetzij om haar argumentatie ter onderbouwing van de door haar gehandhaafde punten van bezwaar zowel feitelijk als rechtens aan te passen en aan te vullen, op voorwaarde echter dat zij zich enkel baseert op feiten waarover de betrokkenen zich hebben kunnen uitspreken en dat zij hun in de loop van de administratieve procedure de voor het voeren van verweer noodzakelijke gegevens heeft verstrekt (zie arresten van 3 september 2009, *Prym en Prym Consumer/Commissie*, C-534/07 P, EU:C:2009:505, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 5 december 2013, *SNIA/Commissie*, C-448/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:801, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 129 Tot slot moet eraan worden herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de rechten van de verdediging zijn geschonden indien zonder de door de Commissie begane onregelmatigheid de door haar gevoerde administratieve procedure tot een ander resultaat had kunnen leiden. Om een dergelijke schending te bewijzen, moet een verzoekende onderneming genoegzaam aantonen, niet dat het besluit van de Commissie anders zou hebben geluid, maar wel dat zij zich zonder de onregelmatigheid beter had kunnen verdedigen, bijvoorbeeld omdat zij voor haar verweer stukken had kunnen gebruiken waartoe haar tijdens de administratieve procedure geen toegang was verleend (zie arresten van 2 oktober 2003, *Thyssen Stahl/Commissie*, C-194/99 P, EU:C:2003:527, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak; 24 mei 2012, *MasterCard e.a./Commissie*, T-111/08, EU:T:2012:260, punt 269 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 9 september 2015, *Philips/Commissie*, T-92/13, niet gepubliceerd, EU:T:2015:605, punt 93).
- 130 In het licht van deze beginselen moet om te beginnen de eerste grief van verzoekster worden onderzocht, namelijk dat haar recht om te worden gehoord is geschonden doordat zij tijdens de administratieve procedure niet in de gelegenheid is gesteld haar standpunt kenbaar te maken over de nieuwe elementen die haar tijdens de op 29 september 2014 door de Commissie georganiseerde informatiebijeenkomst zijn meegedeeld en die in aanmerking zijn genomen in het bestreden besluit. Deze elementen bestonden uit (1) nieuwe cijfers betreffende de berekeningen van de marge-utholling van Slovak Telekom, (2) het feit dat op basis van een periodegewijze margeberekening (van jaar tot jaar) de marge voor 2005 positief uitviel en (3) het door de Commissie tijdens die bijeenkomst kenbaar gemaakte voornemen om de marges eveneens te berekenen aan de hand van een methode op basis van meerdere perioden (meerjarenmethode) en dus ook voor 2005 een negatieve marge vast te stellen.
- 131 Wat betreft de eerste twee elementen zij opgemerkt dat de marges die voor 2005 zijn vastgesteld, inderdaad positief waren voor de drie onderzochte dienstenportefeuilles, zoals blijkt uit overweging 1010 van het bestreden besluit. Dit staat haaks op de berekening van de utholling van de marges voor de toegang tot het aansluitnetwerk van Slovak Telekom in de mededeling van punten van bezwaar, waaruit bleek dat de voor dat jaar berekende marge negatief was (zie tabel 88 en overweging 1203 van de mededeling van punten van bezwaar). Verder staat vast dat de Commissie in het bestreden besluit

niet alle cijfers heeft overgenomen die in de mededeling van punten van bezwaar bij de berekening van de marge-utholling zijn gebruikt. Dit heeft ertoe geleid dat in dat besluit andere marges zijn vastgesteld dan de voorlopige marges die in die mededeling waren berekend.

- 132 Zoals de Commissie terecht opmerkt in haar memories, zonder dat dit door verzoekster wordt weersproken, vloeien deze wijzigingen bij de berekening van de marge-utholling echter voort uit het feit dat de Commissie de gegevens en berekeningen in aanmerking heeft genomen die Slovak Telekom zelf naar aanleiding van de mededeling van punten van bezwaar had verstrekt. Dat met deze gegevens en berekeningen rekening is gehouden, blijkt onder meer uit de overwegingen 910, 945, 963 en 984 van het bestreden besluit. Verder blijkt uit de overwegingen 946 (voetnoot 1405) en 1000 van het bestreden besluit dat de Commissie bij de vaststelling van dit besluit rekening heeft gehouden met de door Slovak Telekom in haar antwoord op de letter of facts overgelegde actualisering van de berekeningen van de marge-utholling (zie punt 21 hierboven).
- 133 Daarmee heeft de Commissie bij haar beoordeling van de marge-utholling in het bestreden besluit niet de aard van de jegens Slovak Telekom – en daarmee jegens verzoekster in haar hoedanigheid van moedermaatschappij – geuite bezwaren gewijzigd door hun feiten ten laste te leggen waarover zij zich tijdens de administratieve procedure niet hebben kunnen uitspreken. Zij heeft immers de bezwaren die Slovak Telekom in de loop van voornoemde procedure naar voren heeft gebracht enkel in aanmerking genomen om haar analyse van de marge-utholling in de mededeling van punten van bezwaar aan te passen en aan te vullen. Aangezien hiermee juist beoogd werd om te voldoen aan de in punt 128 hierboven genoemde vereisten, verlangde het recht van partijen om tijdens de administratieve procedure te worden gehoord, niet dat zij vóór de vaststelling van het bestreden besluit opnieuw hun standpunt kenbaar konden maken, ditmaal over de herziene berekeningen van de marge-utholling.
- 134 Met betrekking tot het in punt 130 hierboven genoemde derde element, betreffende de methode ter berekening van de marge-utholling op basis van meerdere perioden (meerjarenmethode), zij erop gewezen dat Slovak Telekom zich in punt 1281 van haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar, zoals weergegeven in het verweerschrift van de Commissie, heeft verzet tegen het exclusieve gebruik van de periodegewijze methode (van jaar tot jaar) die de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar had voorgesteld.
- 135 Slovak Telekom heeft namelijk in wezen betoogd dat exploitanten in de telecommunicatiesector hun mogelijkheid om een redelijke winst te behalen over een langere periode dan een jaar bezien. Zo heeft zij onder meer voorgesteld om het onderzoek naar een marge-utholling aan te vullen met een analyse die zich uitstrekt over verschillende perioden en waarin de totale marge over een reeks van jaren wordt beoordeeld. Blijkens overweging 587 van het antwoord van verzoekster op de mededeling van punten van bezwaar heeft verzoekster zich bij dit betoog aangesloten.
- 136 Zoals uit overweging 859 van het bestreden besluit blijkt, heeft de Commissie een benadering op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering) gehanteerd, teneinde tegemoet te komen aan dit bezwaar en te bezien of deze benadering tot een andere conclusie zou leiden dan haar conclusie dat de tarieven voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van Slovak Telekom die deze in de jaren 2005-2010 aan alternatieve exploitanten in rekening heeft gebracht, tot een utholling van de marges hadden geleid.
- 137 In het kader van dit aanvullende onderzoek, waarvan de uitkomst is te vinden in de overwegingen 1013 en 1014 van het bestreden besluit, heeft de Commissie met betrekking tot elke dienstenportefeuille een totale negatieve marge vastgesteld voor enerzijds de periode 2005-2010 (tabel 39 in overweging 1013 van het bestreden besluit) en anderzijds de periode 2005-2008 (tabel 40 in overweging 1014 van het bestreden besluit). De Commissie heeft hieruit in overweging 1015 van het bestreden besluit afgeleid dat de meerjarenanalyse (op basis van meerdere perioden) niet tot een andere conclusie leidde dan de periodegewijze analyse (van jaar tot jaar), namelijk dat er sprake was van een utholling van de marges.

- 138 Uit het voorgaande vloeit voort dat in het kader van de vaststelling van een marge-utholling in het bestreden besluit de analyse op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering) tegemoetkwam aan de bedenkingen die Slovak Telekom in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar had geuit – en waarbij verzoekster zich heeft aangesloten – tegen de periodegewijze methode (van jaar tot jaar) ter berekening van de marges. Voorts diende de analyse op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering) van de marges voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van Slovak Telekom in het bestreden besluit ter aanvulling op de periodegewijze analyse (van jaar tot jaar) in de overwegingen 1175 tot en met 1222 van het bestreden besluit en niet ter vervanging daarvan. Bovendien zag de Commissie zich door de aanvullende analyse op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering) gesteund in haar vaststelling dat sprake was van een marge-utholling op de Slowaakse markt voor breedbandinternetdiensten tussen 12 augustus 2005 en 31 december 2010.
- 139 Derhalve heeft de analyse op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering), zoals de Commissie in wezen stelt, niet tot gevolg gehad dat aan verzoekster en Slovak Telekom feiten ten laste zijn gelegd waarover zij zich tijdens de administratieve procedure niet hebben kunnen uitspreken doordat de aard van de jegens hen geuite punten van bezwaar werd gewijzigd; er heeft slechts een aanvullende analyse plaatsgevonden van de marge-utholling die voortvloeit uit de tarieven die Slovak Telekom voor de ontbundelde toegang tot haar aansluitnetwerk in rekening bracht, in het licht van de bedenkingen die Slovak Telekom in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar naar voren had gebracht.
- 140 Overeenkomstig de hierboven in de punten 127 en 128 aangehaalde rechtspraak verlangde het recht van verzoekster om te worden gehoord dus niet dat de Commissie haar voorafgaand aan de vaststelling van het bestreden besluit in de gelegenheid stelde om opnieuw haar opmerkingen kenbaar te maken over de analyse van de utholling van de marges voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van Slovak Telekom op basis van meerdere perioden. Een andere oplossing zou onverenigbaar zijn met de hierboven in punt 127 aangehaalde rechtspraak, omdat het bestreden besluit anders geen elementen zou mogen bevatten waarover partijen zich niet specifiek tijdens de administratieve procedure hebben kunnen uitspreken, ook wanneer die elementen de aard van de jegens hen geuite punten van bezwaar niet wijzigt.
- 141 Het argument van verzoekster dat de methode ter berekening van de marge-utholling die de Commissie in het kader van dit aanvullende onderzoek heeft gehanteerd, niet overeenstemt met de methode die Slovak Telekom had voorgesteld in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar en die op de beschikkingspraktijk van de Commissie zou zijn gebaseerd – de Commissie zou in casu namelijk de analyse op basis van meerdere perioden (meerjarenanalyse) hebben gehanteerd met het oogmerk om de duur van de inbreuk te verlengen – doet hieraan niet af.
- 142 Ten eerste steunt dit argument op een onjuiste lezing van het bestreden besluit, aangezien de Commissie naar aanleiding van de periodegewijze analyse (van jaar tot jaar) reeds tot de conclusie was gekomen dat een concurrent die even efficiënt was als Slovak Telekom, tussen 12 augustus 2005 en 31 december 2010 niet op winstgevende wijze de breedbanddiensten omvattende retailportefeuille van Slovak Telekom had kunnen repliceren (overweging 1012 van het bestreden besluit). Uit met name overweging 998 van het bestreden besluit blijkt dat volgens de Commissie het bestaan van een positieve marge tussen augustus en december 2005 geen beletsel vormde om deze periode in de inbreukperiode op te nemen in de vorm van een marge-utholling, aangezien exploitanten hun mogelijkheid om winst te behalen over een langere periode bezien. Met andere woorden, de Commissie heeft de duur van de in een marge-utholling resulterende praktijk bepaald op basis van de periodegewijze benadering (van jaar tot jaar), terwijl de benadering op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering) slechts ter aanvulling is toegepast.
- 143 Ten tweede volgt hoe dan ook uit de hierboven in punt 128 aangehaalde rechtspraak dat de Commissie, om verzoeksters recht om te worden gehoord te eerbiedigen, bij de vaststelling van het bestreden besluit enkel rekening hoefde te houden met de kritiek betreffende de methode ter berekening van de marges die Slovak Telekom in haar antwoord op de mededeling van punten van

bezwaar had geuit en die door verzoekster werd onderschreven (zie punt 135 hierboven). Dit recht hield echter geenszins in dat de Commissie noodzakelijkerwijs tot dezelfde uitkomst moest komen als die welke verzoekster voor ogen stond toen zij zich bij de kritiek van Slovak Telekom aansloot, te weten de constatering dat er tussen 12 augustus 2005 en 31 december 2010 geen marge-uitholling had plaatsgevonden.

- 144 Ten overvloede, dat wil zeggen gesteld al dat de Commissie verzoekster vóór de vaststelling van het bestreden besluit specifiek in de gelegenheid had moeten stellen om te worden gehoord over de in punt 130 hierboven genoemde elementen, volstaat de opmerking dat in dat geval aan dit vereiste zou zijn voldaan. De termijnen die de Commissie verzoekster heeft gegund om haar opmerkingen over deze elementen kenbaar te maken, waren immers weliswaar bijzonder kort, maar dit betekent nog niet dat aan verzoekster daardoor de mogelijkheid is ontnomen om op dit punt te worden gehoord, gelet op ten eerste de vergevorderde fase van de administratieve procedure waarin de bijeenkomst van 29 september 2014 plaatsvond, dat wil zeggen meer dan twee jaar en vier maanden na toezending van de mededeling van punten van bezwaar, en ten tweede de grondige kennis van het dossier die verzoekster op dat moment redelijkerwijs geacht mocht worden te hebben verworven.
- 145 Hieruit volgt dat de eerste grief van het tweede onderdeel van het onderhavige middel moet worden afgewezen.
- 146 Ook de tweede grief van verzoekster, te weten dat de Commissie haar recht om te worden gehoord heeft geschonden door haar niet in de gelegenheid te stellen om tijdens de administratieve procedure haar standpunt kenbaar te maken over de correcties en aanpassingen in het bestreden besluit van de door Slovak Telekom met het oog op de berekening van de LRAIC verstrekte gegevens, moet worden afgewezen.
- 147 Het klopt dat de Commissie in het bestreden besluit de nieuwe gegevens met betrekking tot de berekening van de LRAIC die Slovak Telekom naar aanleiding van de toezending van de mededeling van punten van bezwaar heeft verstrekt, niet volledig heeft overgenomen. Dit kan onder meer worden afgeleid uit de overwegingen 910, 945 en 963 van het bestreden besluit. Naar analogie echter van de in punt 143 van dit arrest gevolgde redenering kan van de Commissie niet worden verlangd dat zij partijen opnieuw hoort wanneer zij voornemens is in haar eindbesluit niet tegemoet te komen aan alle bedenkingen die deze naar aanleiding van de mededeling van punten van bezwaar hebben geuit, behoudens wanneer zulks ertoe leidt dat de aard van de jegen deze partijen geuite punten van bezwaar wordt gewijzigd.
- 148 De in het voorgaande punt genoemde omstandigheid heeft niet geleid tot een wijziging van de voornaamste juridische en feitelijke elementen waarop de in de administratieve procedure aan verzoekster ten laste gelegde feiten berusten, zodat het tweede onderdeel van het eerste middel ongegrond is en in zijn geheel moet worden afgewezen.

d) Derde onderdeel: onjuiste berekening van de gemiddelde marginale langetermijnkosten (LRAIC)

- 149 Met het derde onderdeel verwijt verzoekster de Commissie een onjuiste berekening van de LRAIC van Slovak Telekom, dat wil zeggen van de kosten die deze exploitant niet had hoeven te maken indien hij de desbetreffende diensten niet had aangeboden. In het consultancyrapport dat Slovak Telekom in de bijlage bij haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar heeft overgelegd (hierna: „consultancyrapport”), is namelijk voorgesteld om de activa van Slovak Telekom aan te passen aan het niveau van een efficiënte exploitant die een optimaal netwerk uitrolt dat aan de huidige en toekomstige vraag kan voldoen (hierna: „optimaliseringsaanpassingen”). De Commissie heeft deze aanpassingen uiteindelijk niet doorgevoerd. Meer concreet heeft de Commissie geweigerd om de bestaande activa te vervangen door hun meer moderne equivalenten (modern asset equivalent). Ook de reductie van de activa op basis van de daadwerkelijk gebruikte capaciteit heeft zij niet in aanmerking genomen. Deze

aanpak is vatbaar voor kritiek, omdat de Commissie voor het overige in het bestreden besluit heeft ingestemd met een herwaardering van de activa van Slovak Telekom, de in het consultancyrapport voorgestelde aanpassing wel degelijk op de historische kosten van deze exploitant en niet op de kosten van een hypothetische concurrent berustte, en deze kosten moeten worden beoordeeld ten opzichte van een efficiënte concurrent. Verzoekster onderstreept bovendien dat bij de berekening van de LRAIC in het consultancyrapport rekening is gehouden met voldoende reservecapaciteit voor Slovak Telekom en niet is uitgegaan van een volkomen efficiënte concurrent, zoals de Commissie beweert. Zonder deze berekeningsfout zou de Commissie naar haar mening hogere marges en zelfs positieve marges voor sommige jaren hebben moeten vaststellen wegens een neerwaartse bijstelling van de LRAIC.

- 150 De Commissie betwist dit betoog.
- 151 Wat de door verzoekster aangevoerde argumenten betreft, moet allereerst worden opgemerkt dat Slovak Telekom in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar, op basis van het consultancyrapport een boekhoudmethode op basis van de actuele kosten heeft voorgesteld aan de hand van een raming van de downstreamkosten voor de periode 2005-2010 op basis van de gegevens vanaf 2011 (overweging 881 van het bestreden besluit). Met name heeft Slovak Telekom in dit antwoord gesteld dat bij de berekening van de LRAIC enerzijds een herwaardering van de activa moest plaatsvinden en anderzijds rekening moest worden gehouden met de inefficiënties van haar netwerk voor het breedbandaanbod. Onder meer om deze inefficiënties in aanmerking te nemen, heeft Slovak Telekom een aantal optimaliseringsaanpassingen voorgesteld, te weten (1) vervanging van de bestaande activa door de moderne equivalenten ervan, die efficiënter en minder duur zijn (modern asset equivalent), (2) het zoveel mogelijk in stand houden van de technologische coherentie en (3) reductie van de activa op basis van de daadwerkelijk gebruikte capaciteit in plaats van de geïnstalleerde capaciteit.
- 152 In haar eigen berekeningen van de LRAIC heeft Slovak Telekom dus de kapitaalkosten van de activa en hun afschrijvingswaarde in de jaren 2005-2010, alsook de operationele kosten van deze activa aangepast aan de hand van de gewogen gemiddelde aanpassingscoëfficiënt zoals berekend door de opsteller van het consultancyrapport voor 2011 (overweging 897 van het bestreden besluit). Slovak Telekom heeft betoogd dat de voorgestelde optimaliseringsaanpassingen de in de elementen van voornoemd netwerk vastgestelde reservecapaciteit weerspiegelden, te weten activa die uit het netwerk waren verwijderd omdat zij niet voor productieve doeleinden werden gebruikt, maar die nog niet door deze exploitant waren verkocht (overweging 898 van het bestreden besluit).
- 153 De Commissie heeft niettemin geweigerd deze optimaliseringsaanpassingen in het bestreden besluit door te voeren.
- 154 Wat in de eerste plaats de vervanging van de bestaande activa door hun modernere equivalenten betreft, heeft de Commissie in overweging 900 van het bestreden besluit aangegeven dat een dergelijke vervanging niet kon worden toegestaan, omdat dit zou neerkomen op een aanpassing van de kosten zonder overeenkomstige aanpassing van de afschrijvingen. De Commissie heeft dienaangaande verwezen naar de overwegingen 889 tot en met 893 van het bestreden besluit, waarin zij haar twijfel heeft geuit omtrent de door Slovak Telekom voorgestelde aanpassing van de kosten van de activa voor de periode 2005-2010. Voorts heeft de Commissie in overweging 901 van het bestreden besluit overwogen dat een dergelijke vervanging van de bestaande activa niet strookte met het beginsel van de even efficiënte concurrent. Volgens haar is namelijk in de rechtspraak bevestigd dat het misbruikarakter van de tariefpraktijken van een exploitant met een machtspositie in beginsel moet worden bepaald aan de hand van zijn eigen situatie. In casu zou de door Slovak Telekom voorgestelde aanpassing van de LRAIC zijn gebaseerd op een geheel van hypothetische activa in plaats van op dezelfde activa als die welke deze exploitant in zijn bezit heeft.

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

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

- 163 Wat met name een in een marge-uitholling resulterende tariefpraktijk betreft, kan aan de hand van dergelijke analysecriteria worden nagegaan of deze onderneming, overeenkomstig het hierboven in punt 87 vermelde criterium van de even efficiënte concurrent, voldoende efficiënt zou zijn geweest om haar retaildiensten zonder verlies aan de eindgebruikers aan te bieden, indien zij vooraf haar eigen groothandelsprijzen voor de diensten die zij op intermediair niveau verstrekt, had moeten betalen (arresten van 14 oktober 2010, Deutsche Telekom/Commissie, C-280/08 P, EU:C:2010:603, punt 201; 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punt 42, en 29 maart 2012, Telefónica en Telefónica de España/Commissie, T-336/07, EU:T:2012:172, punt 191).
- 164 Een dergelijke aanpak is des te meer gerechtvaardigd, omdat zij eveneens in overeenstemming is met het algemene beginsel van rechtszekerheid, aangezien de onderneming met een machtspositie, door haar kosten in aanmerking te nemen, de rechtmatigheid van haar eigen gedrag kan beoordelen in het licht van de bijzondere verantwoordelijkheid die krachtens artikel 102 VWEU op haar rust. Een onderneming met een machtspositie kent immers wel haar eigen kosten en tarieven, maar in beginsel niet die van haar concurrenten (arresten van 14 oktober 2010, Deutsche Telekom/Commissie, C-280/08 P, EU:C:2010:603, punt 202; 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punt 44, en 29 maart 2012, Telefónica en Telefónica de España/Commissie, T-336/07, EU:T:2012:172, punt 192).
- 165 Weliswaar heeft het Hof in de punten 45 en 46 van het arrest van 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), gepreciseerd dat niet kan worden uitgesloten dat de kosten en de prijzen van de concurrenten relevant kunnen zijn bij het onderzoek van de in een marge-uitholling resulterende praktijk, maar uit dit arrest volgt dat slechts wanneer het, gelet op de omstandigheden, onmogelijk is zich op de prijzen en kosten van de onderneming met een machtspositie te baseren, die van de concurrenten op dezelfde markt moeten worden onderzocht, hetgeen in casu niet door verzoekster is gesteld (zie naar analogie arrest van 29 maart 2012, Telefónica en Telefónica de España/Commissie, T-336/07, EU:T:2012:172, punt 193).
- 166 In casu strekte de vervanging van de bestaande activa door hun modernere equivalenten ertoe om de kosten van de activa aan te passen door van de waarde van de „vlottende” activa uit te gaan, zonder dat echter de afschrijvingen dienovereenkomstig werden aangepast (overweging 900 van het bestreden besluit). Deze vervanging zou ertoe hebben geleid dat de marge-uitholling werd berekend op basis van hypothetische activa, dat wil zeggen activa die niet overeenkomen met die welke Slovak Telekom in haar bezit had. De kosten in verband met de activa van Slovak Telekom zouden daardoor te laag worden gewaardeerd (overwegingen 893 en 900). Daarnaast zou de inaanmerkingneming van de overtollige capaciteit van de netwerken op basis van de „daadwerkelijk” gebruikte capaciteit tot resultaat hebben gehad dat de activa van Slovak Telekom die niet voor productiedoeleinden werden gebruikt, buiten beschouwing bleven (zie punt 152 hierboven).
- 167 Gelet op de hierboven in de punten 162 tot en met 165 aangehaalde beginselen kon de Commissie dus op goede gronden concluderen dat de door Slovak Telekom voorgestelde optimaliseringsaanpassingen van de LRAIC bij de berekening van de marge-uitholling ertoe zouden hebben geleid dat werd afgeweken van de kosten die deze exploitant zelf tussen 12 augustus 2005 en 31 december 2010 had gedragen.
- 168 Ten slotte kan verzoekster niet worden gevolgd in haar betoog dat de Commissie in het bestreden besluit het beginsel heeft geschonden dat het onderzoek van een marge-uitholling moet worden gebaseerd op een efficiënte concurrent, door te overwegen dat het onvermijdelijk is dat een bepaalde capaciteit bij tijd en wijle onbenut blijft (overweging 902 van het bestreden besluit). Uit de hierboven in de punten 162 en 163 aangehaalde beginselen vloeit namelijk voort dat het onderzoek van een in

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

169 Uit het voorgaande volgt dat het derde onderdeel van het eerste middel, alsook dit middel in zijn geheel, ongegrond moet worden verklaard.

2. Tweede middel: onjuiste opvatting van de feiten en onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van de duur van het onrechtmatige gedrag van Slovak Telekom

170 Met haar tweede middel sluit verzoekster zich aan bij het betoog van Slovak Telekom in zaak T-851/14 dat het bestreden besluit is aangetast door een kennelijke beoordelingsfout en in strijd is met de beginselen van gelijke behandeling en rechtszekerheid, voor zover daarin wordt geconcludeerd dat vanaf 12 augustus 2005 een inbreuk is gepleegd. Zij baseert zich te dien aanzien op drie grieven. De eerste grief houdt in wezen in dat de Commissie ten onrechte heeft geoordeeld dat de impliciete weigering om toegang tot het aansluitnetwerk te verlenen een aanvang heeft genomen op 12 augustus 2005, dat wil zeggen de datum waarop Slovak Telekom haar referentieaanbod heeft gepubliceerd. Met haar tweede en derde grief stelt verzoekster in wezen dat de Commissie ten onrechte heeft geconcludeerd dat er in 2005 een utholling van de marges heeft plaatsgevonden.

a) Inleidende opmerkingen

[omissis]

172 In de tweede plaats moet ten gronde in herinnering worden geroepen dat voor het bewijs van misbruik van machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU volstaat dat wordt aangetoond dat de als misbruik aangemerkte gedraging van de onderneming met een machtspositie erop is gericht de mededinging te beperken of een beperking van de mededinging tot gevolg kan hebben, zoals in punt 90 hierboven is uiteengezet. De praktijk van een onderneming met een machtspositie kan dus weliswaar niet als misbruik worden gekwalificeerd indien er totaal geen mededingingsversturende gevolgen op de markt zijn, maar deze gevolgen hoeven daarentegen niet noodzakelijkerwijs concreet te zijn en het is voldoende dat mogelijke mededingingsversturende gevolgen worden aangetoond (zie arrest van 6 december 2012, AstraZeneca/Commissie, C-457/10 P, EU:C:2012:770, punt 112 en aangehaalde rechtspraak).

173 Zoals uit de hierboven in punt 89 aangehaalde rechtspraak blijkt, vallen praktijken die de mededinging beperken door bijvoorbeeld de marktbetreding door concurrenten te belemmeren of te vertragen, onder het verbod van artikel 102 VWEU, ook wanneer zij de consument niet rechtstreeks benadelen.

174 In casu bestond de door de Commissie vastgestelde inbreuk op artikel 102 VWEU volgens overweging 1497 van het bestreden besluit uit verschillende praktijken van Slovak Telekom die neerkwamen op een weigering om ontbundelde toegang tot haar aansluitnetwerk te verlenen en op een utholling van de marges van de alternatieve exploitanten in het kader van die toegang. De in een leveringsweigering resulterende praktijken hielden in, ten eerste, dat aan de alternatieve exploitanten de voor de

ontbundeling van het aansluitnetwerk benodigde informatie over het netwerk van Slovak Telekom werd onthouden, ten tweede, dat Slovak Telekom de krachtens de toepasselijke regelgeving op haar rustende verplichtingen op het gebied van de ontbundeling beperkte en, ten derde, dat deze exploitant verschillende onbillijke voorwaarden in haar referentieaanbod voor ontbundeling opnam (zie punt 92).

- 175 De Commissie heeft bovendien in de overwegingen 1507 tot en met 1511 van het bestreden besluit vastgesteld dat deze verschillende praktijken deel uitmaakten van een en dezelfde uitsluitingsstrategie van Slovak Telekom, die erop gericht was de mededinging op de retailmarkt voor vaste breedbanddiensten in Slowakije te beperken en te vervalsen en de inkomsten en de positie van deze exploitant op die markt te beschermen. Zij heeft hieruit geconcludeerd dat deze praktijken, waarvoor verzoekster als moedermaatschappij van Slovak Telekom mede aansprakelijk was, onderdeel waren van een algemeen plan om de mededinging te beperken en derhalve één enkele voortdurende inbreuk vormden (overweging 1511 van het bestreden besluit).
- 176 Zoals zij ter terechtzitting heeft bevestigd, komt verzoekster in haar beroep niet op tegen deze kwalificatie als één enkele voortdurende inbreuk. Met haar tweede middel bestrijdt zij echter de conclusie in overweging 1184 van het bestreden besluit dat deze enkele voortdurende inbreuk is begonnen op 12 augustus 2005, dat wil zeggen de datum waarop Slovak Telekom haar referentieaanbod voor de ontbundelde toegang tot haar aansluitnetwerk heeft gepubliceerd.
- 177 De Commissie heeft de argumenten die Slovak Telekom in dit verband tijdens de administratieve procedure heeft aangevoerd, verworpen. Deze argumenten hielden onder meer in dat de haar verweten inbreuk geen aanvang had kunnen nemen bij de publicatie van haar referentieaanbod, omdat het slechts een raamovereenkomst betrof waarin de voorwaarden voor toegang tot het aansluitnetwerk werden omschreven, hetgeen veronderstelde dat er nog onderhandelingen moesten worden gevoerd met de in die toegang geïnteresseerde alternatieve exploitanten. De weigering om toegang te verlenen kon dus enkel worden vastgesteld bij het mislukken van die onderhandelingen. De Commissie heeft dienaangaande in overweging 1520 van het bestreden besluit onderstreept dat zij heeft aangetoond dat tal van voorwaarden in het referentieaanbod voor de verkrijging door een alternatieve exploitant van ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van Slovak Telekom onbillijk waren. Zij is van oordeel dat het referentieaanbod, dat tot doel heeft de wettelijke verplichting tot ontbundeling ten uitvoer te leggen, van meet af aan billijke voorwaarden moet bevatten.
- 178 Bovendien heeft de Commissie in overweging 1521 van het bestreden besluit het argument van verzoekster verworpen dat de in een marge-utholling bestaande praktijk van Slovak Telekom niet vóór 1 januari 2006 een aanvang had kunnen nemen, omdat voor het jaar 2005 geen negatieve marge kon worden vastgesteld. Zij verwees daartoe enerzijds naar haar analyse in overweging 998 van het bestreden besluit, dat deze omstandigheid niet afdoet aan het bestaan van een marge-utholling tussen 12 augustus 2005 en 31 december 2005, omdat geen enkele alternatieve exploitant zou hebben besloten de relevante markt te betreden na een prospectieve rendementsanalyse over zo'n korte periode. Anderzijds onderstreepte zij dat deze omstandigheid hoe dan ook niet van invloed kan zijn op de duur van de inbreuk, omdat die inbreuk mede bestaat uit andere praktijken waarmee zij tezamen één enkele voortdurende inbreuk vormt.
- 179 De eerste grief van verzoekster, dat de Commissie ten onrechte heeft geoordeeld dat de impliciete weigering om toegang tot het aansluitnetwerk te verlenen een aanvang heeft genomen op 12 augustus 2005, en de tweede en derde grief, die er in wezen op neerkomen dat de Commissie ten onrechte heeft geconcludeerd dat er in 2005 sprake was van een marge-utholling, moeten in het licht van deze inleidende opmerkingen worden onderzocht.

b) Vaststelling van 12 augustus 2005 als begindatum van de impliciete weigering om toegang tot het aansluitnetwerk van Slovak Telekom te verlenen

- 180 Met haar eerste grief betoogt verzoekster dat het referentieaanbod zich beperkte tot het vaststellen van een kader, dat op zich niet tot een marge-utholling kon leiden, maar moest worden aangevuld aan de hand van individuele onderhandelingen met mogelijke kandidaten voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk. Deze onderhandelingen zijn volgens verzoekster in de praktijk uitgemond in gunstiger voorwaarden voor deze kandidaten. Enkel bij het mislukken van deze onderhandelingen had een leveringsweigering kunnen worden vastgesteld. Volgens verzoekster strookt het bestreden besluit op dit punt niet met de beschikkingspraktijk van de Commissie. Zij verwijst in dit verband naar beschikking C(2004) 1958 final van 2 juni 2004 (zaak COMP/38.096 – Clearstream; hierna: „Clearstream-beschikking”) en besluit C(2011) 4378 final van 22 juni 2011 (zaak COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska; hierna: „Telekomunikacja Polska-besluit”). De geringe vraag naar ontbundelde toegang tot de aansluitnetten van Slovak Telekom kan naar haar mening worden verklaard door het feit dat sommige alternatieve exploitanten het voordeliger achtten om de markt te betreden door middel van breedbandtoegang of door hun eigen lokale infrastructuur te ontwikkelen.
- 181 De Commissie, daarin ondersteund door interveniënte, betwist dit betoog.
- 182 Dienaangaande staat vast dat de voorzitter van TUSR bij besluit van 14 juni 2005 Slovak Telekom heeft verplicht om tegen billijke en redelijke voorwaarden ontbundelde toegang tot haar aansluitnetwerk te verlenen. Om aan deze verplichting te voldoen heeft Slovak Telekom op 12 augustus 2005 een referentieaanbod voor ontbundeling gepubliceerd (zie punten 9 en 10 hierboven).
- 183 Voorts betwist verzoekster niet de beschrijving van de inhoud van het referentieaanbod in afdeling 7.6 van het bestreden besluit („Onbillijke voorwaarden van [Slovak Telekom]”), waar de Commissie in overweging 820 heeft geconcludeerd dat de voorwaarden van dit aanbod zodanig waren vastgesteld dat de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk onaanvaardbaar was voor de alternatieve exploitanten.
- 184 Uit dit deel van het bestreden besluit volgt dat de misbruik opleverende praktijken die de Commissie hier als weigering tot levering van toegang heeft aangemerkt, voornamelijk uit het referentieaanbod zelf voortvloeiden.
- 185 Zo heeft de Commissie met betrekking tot het feit dat aan de alternatieve exploitanten de voor de ontbundeling van het aansluitnetwerk benodigde informatie over het netwerk van Slovak Telekom werd onthouden, allereerst geoordeeld, zoals blijkt uit overweging 439 van het bestreden besluit, dat het referentieaanbod geen basisinformatie over de plaatsen van de fysieke aansluitpunten en de beschikbaarheid van aansluitnetten op bepaalde delen van het toegangsnet bevatte. Verder heeft de Commissie in de overwegingen 443 tot en met 528 van het bestreden besluit weliswaar de netwerkinformatie onderzocht die Slovak Telekom op verzoek van een alternatieve exploitant met het oog op de ontbundeling verstrekke, maar uit dit deel van het bestreden besluit blijkt eveneens dat de voorwaarden waaronder toegang tot die informatie kon worden verkregen – welke voorwaarden door de Commissie als onbillijk en daarmee als ontmoedigend voor de alternatieve exploitanten zijn aangemerkt – voortvloeiden uit het referentieaanbod zelf. De Commissie heeft met name kritiek geuit op de omstandigheid (1) dat het referentieaanbod niet, aan de hand van een specificatie van de betrokken categorieën, de exacte omvang vermeldde van de netwerkinformatie die Slovak Telekom ter beschikking van de alternatieve exploitanten zou stellen (overweging 507 van het bestreden besluit), (2) dat dit aanbod slechts in toegang tot de informatie uit niet-openbare informatiesystemen voorzag nadat een raamovereenkomst inzake de toegang tot het aansluitnetwerk was gesloten (overweging 510 van het bestreden besluit) en (3) dat dit aanbod die toegang tot informatie over het netwerk van Slovak Telekom afhankelijk stelde van de betaling door de alternatieve exploitant van hoge vergoedingen (overwegingen 519 en 527 van het bestreden besluit).

- 186 Wat in de tweede plaats de beperking door Slovak Telekom van de omvang van haar wettelijke verplichting inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk aangaat, volgt om te beginnen uit de overwegingen 535 en 536 van het bestreden besluit dat de door de Commissie aan Slovak Telekom verweten beperking van deze verplichting tot actieve lijnen (zie punt 32 hierboven) voortvloeide uit punt 5.2 van het inleidende deel van haar referentieaanbod. Verder volgt met name uit de overwegingen 570, 572, 577, 578 en 584 van het bestreden besluit dat de Commissie uit bepaalde clausules in bijlage 3 bij het referentieaanbod heeft afgeleid dat Slovak Telekom de litigieuze diensten op ongerechtvaardigde wijze had uitgesloten van haar verplichting inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk (zie punt 33 hierboven). Ten slotte volgt uit overweging 606 van het bestreden besluit dat het door Slovak Telekom in het kader van de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk opgelegde voorschrift dat het kabelgebruik beperkt tot 25 % – welk voorschrift door de Commissie als ongerechtvaardigd wordt beschouwd (zie punt 34 hierboven) – voortvloeide uit bijlage 8 bij het referentieaanbod.
- 187 Wat in de derde plaats de vaststelling door Slovak Telekom van onbillijke ontbundelingsvoorwaarden inzake collocatie, prognoses, reparaties, service en onderhoud en het stellen van een bankgarantie betreft, deze vloeiden alle voort uit het door deze exploitant op 12 augustus 2005 gepubliceerde referentieaanbod, zoals is aangetoond in afdeling 7.6.4 van het bestreden besluit. Zo waren de door de Commissie als onbillijk aangemerkte bedingen met betrekking tot collocatie opgenomen in de bijlagen 4, 5, 14 en 15 bij dit aanbod (overwegingen 653, 655 en 683 van het bestreden besluit). De bedingen met betrekking tot de verplichting van de alternatieve exploitanten om prognoses over te leggen, waren opgenomen in de bijlagen 12 en 14 (overwegingen 719 en 726 tot en met 728 van het bestreden besluit), de bedingen met betrekking tot de procedure tot kwalificatie van de aansluitnetten in bijlage 5 (overwegingen 740, 743, 767, 768 en 774 van het bestreden besluit), de bedingen met betrekking tot de voorwaarden inzake reparaties, service en onderhoud in bijlage 11 (overwegingen 780, 781, 787, 790 en 796 van het bestreden besluit), en de bedingen betreffende de bankgarantie die de om ontbundelde toegang verzoekende alternatieve exploitant moest stellen in de bijlagen 5 en 17 (overwegingen 800, 802 tot en met 807, 815 en 816 van het bestreden besluit).
- 188 Hieruit volgt dat ook al zouden sommige van deze toegangsvoorwaarden wellicht zijn versoepeld in het kader van de bilaterale onderhandelingen tussen Slovak Telekom en de om toegang verzoekende exploitanten, hetgeen verzoekster stelt zonder dit nader te onderbouwen, de Commissie terecht heeft geconcludeerd dat het op 12 augustus 2005 gepubliceerde referentieaanbod vanaf die datum alternatieve exploitanten heeft kunnen ontmoedigen om een verzoek om toegang in te dienen, wegens de onbillijke voorwaarden die in dit aanbod waren opgenomen.
- 189 In die omstandigheden heeft de Commissie op goede gronden geoordeeld dat Slovak Telekom als gevolg van de toegangsvoorwaarden in haar op 12 augustus 2005 gepubliceerde referentieaanbod de betreding door de alternatieve exploitanten van de retailmarkt (massamarkt) voor breedbanddiensten vanaf een vaste locatie in Slowakije heeft bemoeilijkt, ondanks de verplichting die in dit verband krachtens het besluit van TUSR op haar rustte, en dat dit gedrag die negatieve gevolgen voor de mededinging dus vanaf deze datum heeft teweeggebracht (zie onder meer overwegingen 1048, 1050, 1109, 1184 en 1520 van het bestreden besluit).
- 190 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door de in repliek geformuleerde stelling van verzoekster dat de geringe vraag van alternatieve exploitanten naar ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van Slovak Telekom enerzijds kon worden verklaard door de omstandigheid dat de wholesale-breedbandtoegang [wholesale broadband access (WBA) of bitstream] die via producten als „ISP Gate/ADSL-partner” wordt aangeboden, voor deze exploitanten een interessant alternatief vormde om de retailmarkt te betreden, gelet op de aanzienlijk geringere investeringen die daarvoor nodig waren, en anderzijds door de voorkeur van sommige alternatieve exploitanten om de markt te betreden via hun eigen lokale infrastructuur. Deze stelling, waarmee verzoekster de

mededingingsversturende gevolgen van de litigieuze praktijken algemeen wil betwisten, is niet nader onderbouwd en kan derhalve de analyse van deze gevolgen door de Commissie in de overwegingen 1049 tot en met 1183 van het bestreden besluit niet ontkrachten.

- ¹⁹¹ Verzoekster kan evenmin in haar betoog worden gevolgd waar zij de door de Commissie in casu vastgestelde aanvangsdatum van de inbreuk betwist met een beroep op de Clearstream-beschikking en het Telekomunikacja Polska-besluit. Immers, zonder dat hoeft te worden vastgesteld of deze besluiten deel kunnen uitmaken van het relevante rechtskader voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het bestreden besluit – wat de Commissie bestrijdt –, volstaat de vaststelling dat deze besluiten zijn genomen in een andere context dan die van het onderhavige geval, zodat zij niet als bewijs kunnen dienen dat de Commissie in het bestreden besluit is afgeweken van haar eerdere beschikkingspraktijk.
- ¹⁹² Wat de Clearstream-beschikking betreft, volstaat de vaststelling dat deze beschikking, anders dan het bestreden besluit, is gegeven in een context waar de onderneming waaraan de betrokken infrastructuur toebehoorde, niet wettelijk verplicht was om andere ondernemingen toegang tot die infrastructuur te verlenen en evenmin verplicht was om een referentieaanbod te publiceren waarin de aan die toegang verbonden voorwaarden waren vastgelegd.
- ¹⁹³ Wat het Telekomunikacja Polska-besluit aangaat, daarin heeft de Commissie geconstateerd dat de betrokken gevestigde exploitant misbruik had gemaakt van zijn machtspositie op de Poolse wholesalemarkt voor breedbandtoegang en ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk door te weigeren toegang tot zijn netwerk te verlenen en de bijbehorende wholesaleproducten te leveren, teneinde zijn positie op de retailmarkt te beschermen. Daarnaast werd de context in de zaak Telekomunikacja Polska gekenmerkt door een wettelijke toegangsverplichting die vergelijkbaar was met die welke in casu op Slovak Telekom rust en door de aan de betrokken Poolse telecommunicatie-exploitant opgelegde verplichting om een referentieaanbod voor de ontbundelde toegang tot zijn aansluitnetwerk te publiceren. Uit een uitvoerige analyse van het Telekomunikacja Polska-besluit blijkt echter, dat de in dat besluit gehanteerde benadering op geen enkele wijze botst met de benadering in het bestreden besluit. In het Telekomunikacja Polska-besluit heeft de Commissie namelijk overwogen dat de mededingingsversturende strategie van de exploitant met een machtspositie zich pas echt had geopenbaard tijdens de onderhandelingen met de alternatieve exploitanten die om ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en wholesaletoeegang tot de breedbanddiensten van de exploitant met een machtspositie verzochten. De onredelijke toegangsvoorwaarden vloeiden dus voort uit de voorstellen voor toegangscontracten die door de exploitant met een machtspositie in het kader van de onderhandelingen met de alternatieve exploitanten waren gedaan. Daarnaast had de vertraging bij de onderhandelingen over de toegangscontracten niet reeds bij de publicatie van het eerste referentieaanbod van de exploitant met een machtspositie kunnen worden vastgesteld. Bovendien vond de beperking door de exploitant met een machtspositie van de toegang tot zijn netwerk pas plaats na het sluiten van de wholesaletoegangscontracten met de alternatieve exploitanten. Verder vond de beperking van de daadwerkelijke toegang tot de abonnementslijnen pas plaats, nadat de betrokken alternatieve exploitant toegang tot een collocatieruimte of toestemming voor het installeren van een verbindingskabel had gekregen. Tot slot speelden de problemen rond de toegang tot betrouwbare en accurate algemene informatie die voor de alternatieve exploitanten onontbeerlijk was om besluiten over een eventuele toegang te kunnen nemen, in elk stadium van de procedure tot verlening van toegang tot het netwerk van de exploitant met een machtspositie. De gedragingen van de exploitant met een machtspositie in de zaak Telekomunikacja Polska verschilden dus van de praktijken die de Commissie in het bestreden besluit als weigering tot levering van toegang heeft aangemerkt, welke praktijken volgens de analyse in de punten 184 tot en met 189 van dit arrest voornamelijk voortvloeiden uit het referentieaanbod voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van Slovak Telekom zelf. Deze verschillen rechtvaardigen dat, anders dan in het Telekomunikacja Polska-besluit – waarin als aanvangstijdstip van de inbreuk op artikel 102 VWEU de datum is gehanteerd waarop de eerste toegangsonderhandelingen tussen de betrokken exploitant met een machtspositie en een alternatieve exploitant waren begonnen, verschillende maanden na de publicatie

van het eerste referentieaanbod (overweging 909 en voetnoot 1259 van het aldaar bestreden besluit) – de Commissie in casu is uitgegaan van 12 augustus 2005, te weten de datum van publicatie van het referentieaanbod, als aanvangsdatum van de impliciete weigering om toegang tot het aansluitnetwerk te verlenen.

- 194 De eerste grief, volgens welke de Commissie een fout heeft gemaakt door te oordelen dat de impliciete weigering van toegang tot het aansluitnetwerk is begonnen op 12 augustus 2005, is dan ook ongegrond en moet dus worden afgewezen.
- 195 Verder zij opgemerkt dat verzoekster niet opkomt tegen het feit dat de Commissie alle in artikel 1, lid 2, van het bestreden besluit vermelde praktijken – te weten (a) het onthouden aan de alternatieve exploitanten van de netwerkinformatie die nodig is voor de ontbundeling van de aansluitnetten; (b) de beperking van de omvang van haar verplichtingen ten aanzien van de ontbundeling van de aansluitnetten; (c) de vaststelling van onbillijke ontbundelingsvoorwaarden in haar referentieaanbod met betrekking tot collocatie, kwalificatie, prognoses, reparaties en bankgaranties; (d) de toepassing van onbillijke tarieven waardoor een even efficiënte exploitant die gebruikmaakt van de wholesaletoegang tot de ontbundelde aansluitnetten van Slovak Telekom niet in staat was de door Slovak Telekom aangeboden retaildiensten te repliceren zonder verlies te lijden – als één enkele voortdurende inbreuk kwalificeert.
- 196 In die omstandigheden en gelet op het feit dat de eerste grief, volgens welke de Commissie ten onrechte heeft geoordeeld dat de impliciete weigering van toegang tot het aansluitnetwerk is begonnen op 12 augustus 2005, is afgewezen (zie punt 194 hierboven), heeft de Commissie terecht geconstateerd dat de enkele voortdurende inbreuk die het voorwerp is van het bestreden besluit, was begonnen op 12 augustus 2005.
- 197 Dit staat echter niet eraan in de weg dat het Gerecht de tweede en de derde grief van verzoekster onderzoekt en beoordeelt of artikel 1, lid 2, onder d), van het bestreden besluit gedeeltelijk nietig zou kunnen worden verklaard voor zover daarin wordt vastgesteld dat verzoekster in de periode van 12 augustus tot en met 31 december 2005 onbillijke tarieven heeft gehanteerd waardoor een even efficiënte exploitant die gebruikmaakt van de wholesaletoegang tot de ontbundelde aansluitnetten van Slovak Telekom niet in staat was de door Slovak Telekom aangeboden retaildiensten te repliceren zonder verlies te lijden (zie naar analogie arrest van 1 juli 2010, AstraZeneca/Commissie, T-321/05, EU:T:2010:266, punten 864 en 865 en punt 1 van het dictum).

c) Bestaan van een marge-uitholling in 2005

- 198 Met haar tweede en derde grief betoogt verzoekster in wezen dat de Commissie ten onrechte tot het bestaan van een marge-uitholling in 2005 heeft geconcludeerd.
- 199 De tweede grief van verzoekster houdt namelijk in dat de marge van Slovak Telekom in 2005 positief was, ongeacht het onderzochte scenario. Aangezien een dergelijke positieve marge noodzakelijkerwijs impliceert dat concurrenten die even efficiënt zijn als Slovak Telekom geen verlies zouden lijden als zij de markt zouden betreden, heeft de Commissie volgens verzoekster ten onrechte tot het bestaan van een marge-uitholling in dat jaar geconcludeerd. Verder houdt verzoekster het voor onjuist dat het ondenkbaar was dat een concurrent in 2005 voor een zo korte periode als 4,5 maanden zou besluiten de markt te betreden. Op dat moment hadden zij de cijfers voor de komende jaren immers nog niet kunnen kennen, zodat deze cijfers niet van invloed konden zijn op een dergelijk investeringsbesluit.
- 200 Met haar derde grief stelt verzoekster dat de methode ter berekening van de marges op basis van meerdere perioden (meerjarenmethode), die tot dan toe slechts aanvullend en ten gunste van de betrokken onderneming was toegepast, de Commissie in staat heeft gesteld om op gekunstelde wijze een marge-uitholling vast te stellen in de jaren voorafgaand aan de jaren waarin daadwerkelijk sprake

was van een dergelijke marge-utholling. Deze methode kan echter niet worden gehanteerd om een marge-utholling uit te strekken tot het verleden. Aangezien Slovak Telekom noch verzoekster de ontwikkeling van de tarieven na 2005 kon voorzien, zou de conclusie dat zij vanaf dat moment een inbreuk hebben gepleegd, indruisen tegen artikel 23 van verordening nr. 1/2003. Het feit dat de Commissie zelf enkele jaren nodig had om een berekening van de marge-utholling te kunnen voorleggen, toont aan dat verzoekster noch Slovak Telekom ten tijde van de feiten kon weten dat laatstgenoemde onderneming misbruik in de vorm van een dergelijke marge-utholling pleegde.

- 201 Tegen de tweede grief brengt de Commissie in dat de geringe positieve marge waarvan in 2005 mogelijk sprake was, onverlet laat dat de marges vanaf 12 augustus van dat jaar werden uitgehold. Als gevolg van deze utholling hebben namelijk de concurrenten die de markt hadden betreden, de met deze marktbetreding verbonden investeringen niet kunnen afschrijven. Bovendien zou, in tegenstelling tot wat verzoekster beweert, geen enkele marktdeelnemer overwegen om de markt te betreden zonder een redelijk vooruitzicht op een meerjarig rendement.
- 202 Voorts antwoordt de Commissie op de derde grief dat zij het begin van de inbreuk niet willekeurig op 12 augustus 2005 heeft gedateerd, maar wegens de publicatie op die datum van het referentieaanbod van Slovak Telekom en gelet op de periode vanaf wanneer die exploitant verplicht was de toegang tot zijn aansluitnetten te ontbundelen. Met betrekking tot het argument dat artikel 23 van verordening nr. 1/2003 zou zijn geschonden, wijst de Commissie erop dat het volstaat dat een onderneming kennis heeft van de haar in verband met het misbruik van machtspositie ten laste gelegde feiten om haar aansprakelijkheid op grond van artikel 102 VWEU te kunnen vaststellen. In casu wist Slovak Telekom dat een even efficiënte concurrent vanaf 2005 geen enkele kans had om een voldoende positieve marge te behalen indien hij de markt zou betreden. Voorts waren de kosten van toegang tot de wholesalemarkt, in tegenstelling tot wat verzoekster beweert, in wezen niet omstreden. Voor het overige verklaart verzoekster niet waarom de methode op basis van meerdere perioden (meerjarenmethode) enkel mag worden toegepast wanneer deze gunstig uitvalt voor de betrokken onderneming met een machtspositie.
- 203 Tot slot voert de Commissie aan dat zij het bestaan van twee vormen van misbruik gedurende de volledige duur van de inbreuk heeft aangetoond, zodat de eventuele vaststelling dat er in 2005 geen sprake was van een marge-utholling in geen geval zou betekenen dat 12 augustus 2005 niet als de aanvangsdatum van de inbreuk kon worden gehanteerd. Hieruit volgt dat een dergelijke constatering verzoekster geen enkel voordeel zou opleveren.
- 204 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de Commissie op basis van de zogeheten „periodegewijze” benadering (van jaar tot jaar) heeft geconcludeerd dat Slovak Telekom de marges vanaf 12 augustus 2005 had uitgehold. Volgens overweging 997 van het bestreden besluit had een analyse met betrekking tot de afzonderlijke jaren van de betrokken periode namelijk uitgewezen dat een even efficiënte concurrent die gebruikmaakte van de wholesaletoeegang tot het aansluitnetwerk van Slovak Telekom te maken had met negatieve marges en de door Slovak Telekom op de retailmarkt aangeboden portefeuille van breedbanddiensten niet op winstgevende wijze kon repliceren. In overweging 998 van het bestreden besluit heeft de Commissie verduidelijkt dat het feit dat er gedurende de laatste vier maanden van 2005 sprake was van een positieve marge, niet afdeed aan deze conclusie, omdat een marktbetreding van vier maanden niet kon worden beschouwd als een duurzame marktbetreding. Volgens de Commissie bezien exploitanten hun mogelijkheid om een redelijk rendement te behalen over een langere periode, die meerdere jaren omvat (overweging 998 van het bestreden besluit). Op grond hiervan heeft de Commissie in overweging 1012 van dit besluit geconcludeerd dat gedurende de periode van 12 augustus 2005 tot en met 31 december 2010 een even efficiënte concurrent als Slovak Telekom de retailportefeuille van deze exploitant niet op winstgevende wijze had kunnen repliceren.

- 205 Zoals echter reeds is overwogen in punt 162 hierboven, moeten voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het door een onderneming met een machtspositie gevoerde prijsbeleid in beginsel prijscriteria worden gehanteerd die gebaseerd zijn op de kosten en de strategie van deze onderneming.
- 206 Wat in het bijzonder een in een marge-utholling resulterende tariefpraktijk betreft, kan aan de hand van dergelijke analysecriteria worden nagegaan of deze onderneming voldoende efficiënt zou zijn geweest om haar eindgebruikersdiensten zonder verlies aan te bieden, indien zij vooraf haar eigen groothandelsprijzen voor de diensten die zij op intermediair niveau verstrekt, had moeten betalen (zie punt 163 hierboven en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 207 Een dergelijke aanpak is des te meer gerechtvaardigd omdat zij eveneens in overeenstemming is met het algemene beginsel van rechtszekerheid, aangezien de onderneming met een machtspositie, door haar kosten in aanmerking te nemen, de rechtmatigheid van haar eigen gedrag kan beoordelen in het licht van de bijzondere verantwoordelijkheid die krachtens artikel 102 VWEU op haar rust. Een onderneming met een machtspositie kent immers wel haar eigen kosten en tarieven, maar in beginsel niet die van haar concurrenten. Voorts treft een onrechtmatige uitsluiting ook de potentiële concurrenten van de onderneming met een machtspositie, die door het vooruitzicht van onvoldoende rentabiliteit ervan weerhouden zouden kunnen worden de markt te betreden (zie punt 164 hierboven en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 208 Hieruit volgt dat de Commissie zich bij de vaststelling van de bestanddelen van de praktijk van marge-utholling in overweging 828 van het bestreden besluit terecht heeft laten leiden door het criterium van de even efficiënte concurrent, op basis van het bewijs dat de onderneming met een machtspositie op basis van de groothandelsprijzen die zij aan haar downstreamconcurrenten berekent en de retailprijs die de downstreambranche van deze onderneming toepast, geen winstgevende downstreamactiviteiten zou kunnen uitoefenen.
- 209 Zoals uit de tabellen 32 tot en met 35 van het bestreden besluit naar voren komt, is de analyse van de Commissie, zoals deze instelling zelf ook heeft erkend in overweging 998 van dit besluit, in alle onderzochte scenario's uitgemond in een positieve marge voor de periode van 12 augustus tot en met 31 december 2005.
- 210 In een dergelijk geval heeft het Hof reeds geoordeeld dat voor zover de onderneming met een machtspositie haar prijzen vaststelt op een niveau waarop de voornaamste kosten die kunnen worden toegerekend aan het in het handel brengen van het product of de levering van de dienst in kwestie zijn gedekt, een even efficiënte concurrent als die onderneming in beginsel de mogelijkheid zal hebben om met die prijzen te concurreren, zonder op lange termijn ondraaglijke verliezen te lijden (arrest van 27 maart 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, punt 38).
- 211 Hieruit volgt dat gedurende de periode van 12 augustus tot en met 31 december 2005 een even efficiënte concurrent als Slovak Telekom in beginsel de mogelijkheid had om met haar te concurreren op de retailmarkt voor breedbanddiensten voor zover hem ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk werd verleend, zonder op lange termijn ondraaglijke verliezen te lijden.
- 212 Het Hof heeft stellig geoordeeld dat het ingeval van een positieve marge niet uitgesloten is, dat de Commissie in het kader van het onderzoek van het uitsluitingseffect van een tariefpraktijk kan aantonen dat de toepassing van deze praktijk het de betrokken marktdeelnemers op zijn minst moeilijker kon maken om hun activiteiten op de betrokken markt uit te oefenen, bijvoorbeeld door een verlaging van de rentabiliteit (zie in die zin arrest van 17 februari 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, punt 74). Deze rechtspraak is in overeenstemming met artikel 2 van verordening nr. 1/2003, dat bepaalt dat in alle procedures tot toepassing van artikel 102 VWEU de partij of autoriteit die beweert dat een inbreuk op dat artikel is gepleegd, de bewijslast van die inbreuk dient te dragen; in het onderhavige geval is dat dus de Commissie.

- 213 In casu moet echter worden geconstateerd dat de Commissie in het bestreden besluit niet heeft aangetoond dat de tariefpraktijk van Slovak Telekom in de periode van 12 augustus tot en met 31 december 2005 tot dergelijke uitsluitingseffecten heeft geleid. Juist omdat er sprake was van positieve marges, was het bewijs hiervan van het grootste belang.
- 214 De loutere stelling in overweging 998 van het bestreden besluit dat ondernemers hun vermogen om een redelijke winst te behalen bezien over een langere periode, die meerdere jaren omvat, kan niet als een dergelijk bewijs dienen. Een dergelijke omstandigheid, zo deze al is bewezen, berust namelijk op een prospectief rentabiliteitsonderzoek, dat noodzakelijkerwijs van hypothetische aard is. Bovendien hebben voornoemde positieve marges zich in casu helemaal aan het begin van de betrokken periode voorgedaan, toen er nog geen enkele negatieve marge kon worden vastgesteld. In die omstandigheden moet worden geoordeeld dat de motivering in overweging 998 van het bestreden besluit niet strookt met het uit het rechtszekerheidsbeginsel voortvloeiende vereiste, zoals aangehaald in punt 164 van dit arrest, dat een onderneming met een machtspositie in staat moet zijn om te beoordelen of haar gedragingen in overeenstemming zijn met artikel 102 VWEU.
- 215 Om dezelfde reden kan de vaststelling van de negatieve marges door middel van de toepassing van de benadering op basis van meerdere perioden (meerjarenbenadering) niet afdoen aan deze beoordeling. Immers, deze benadering heeft in casu enkel tot deze vaststelling geleid doordat de positieve marges in 2005 werden afgewogen tegen de negatieve marges die in de jaren 2006 tot en met 2010 (overweging 1013 van het bestreden besluit), respectievelijk 2006 tot en met 2008 (overweging 1014 van het bestreden besluit) waren vastgesteld.
- 216 In overweging 1026 van het bestreden besluit heeft de Commissie voorts, op basis van documenten van april 2005 van de afdeling Regulering van Slovak Telekom met betrekking tot een strategie voor de indiening van het referentieaanbod voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en de prijzen van de ULL, geoordeeld dat Slovak Telekom sinds 12 augustus 2005 wist dat de groothandelsprijzen op het niveau van het aansluitnetwerk de marges van de alternatieve exploitanten uitholden.
- 217 Gelet echter op het bestaan van positieve marges tussen 12 augustus en 31 december 2005, rustte op de Commissie een bijzondere verplichting om te bewijzen dat de praktijk van marge-uitholling die Slovak Telekom gedurende die periode werd verweten, uitsluitingseffecten had (zie de hierboven in punt 212 aangehaalde rechtspraak).
- 218 De stelling van de Commissie en de documenten waarop zij zich ter onderbouwing daarvan beroept, volstaan derhalve niet als bewijs dat de aan Slovak Telekom verweten praktijk van marge-uitholling leidde tot een uitsluitingseffect en, bijvoorbeeld, tot een verlaging van de rentabiliteit die het de betrokken marktdeelnemers op zijn minst moeilijker kon maken om hun activiteiten op de betrokken markt uit te oefenen.
- 219 Verder bevatten de afdelingen 9 en 10 van het bestreden besluit, die aan de mededingingsverstoringe gevolgen van het gedrag van Slovak Telekom zijn gewijd, geen enkel onderzoek van de gevolgen van de praktijk van marge-uitholling die in de periode van 12 augustus tot en met 31 december 2005 zou hebben plaatsgevonden.
- 220 Aangezien het vaste rechtspraak is dat in geval van twijfel bij de rechter deze twijfel in het voordeel dient uit te vallen van de onderneming waaraan het besluit waarbij een inbreuk is vastgesteld, is gericht (arresten van 8 juli 2004, JFE Engineering e.a./Commissie, T-67/00, T-68/00, T-71/00 en T-78/00, EU:T:2004:221, punt 177, en 12 juli 2011, Hitachi e.a./Commissie, T-112/07, EU:T:2011:342, punt 58), moet worden geoordeeld dat de Commissie niet heeft aangetoond dat de in een marge-uitholling door Slovak Telekom resulterende praktijk een aanvang had genomen vóór 1 januari 2006. Aangezien het bestreden besluit op dit punt dus wordt gekenmerkt door een beoordelingsfout, hoeft niet te worden onderzocht of deze benadering eveneens in strijd is met artikel 23 van verordening nr. 1/2003, zoals verzoekster stelt.

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

[omissis]

4. Vierde middel: schending van het Unierechtelijke ondernemingsbegrip en van het beginsel van het persoonlijke karakter van sancties, en motiveringsgebrek

474 Met het eerste onderdeel van haar vierde middel stelt verzoekster dat het bestreden besluit in strijd is met het ondernemingsbegrip en met het beginsel van het persoonlijke karakter van sancties, aangezien het bestreden besluit ter afschrikking een geldboete van 31 070 000 EUR wegens recidive oplegt, los van de hoofdelijke geldboete die aan Slovak Telekom en haarzelf is opgelegd. In het tweede onderdeel van haar middel stelt verzoekster dat het bestreden besluit op dit punt is aangetast door een motiveringsgebrek.

475 Ten eerste moet het gestelde motiveringsgebrek worden onderzocht en daarna de gestelde schending van het ondernemingsbegrip en van het beginsel van het persoonlijke karakter van sancties.

a) Het gestelde motiveringsgebrek

476 Met het tweede onderdeel van het vierde middel betoogt verzoekster dat de Commissie in het bestreden besluit niet heeft gemotiveerd waarom de ter afschrikking toegepaste verhogingen wegens recidive uitsluitend ten laste van haar moeten komen, zodat zij niet heeft voldaan aan haar motiveringsplicht. De Commissie heeft namelijk enkel de verzwarende omstandigheden vastgesteld die tot een aanpassing van het basisbedrag van de geldboete noopten om daarna te gelasten dat de verhogingen van de geldboete uitsluitend ten laste van verzoekster dienden te komen. Het bestreden besluit stelt verzoekster niet in staat de beweegredenen voor deze handelwijze te begrijpen. Dit weegt des te zwaarder, omdat haar aansprakelijkheid in casu uitsluitend voortvloeit uit het feit dat haar een door haar dochteronderneming Slovak Telekom gepleegde inbreuk is toegerekend. Uit de overwegingen 1533 en 1535 van het bestreden besluit, waarnaar de Commissie in het kader van de onderhavige procedure verwijst, blijkt weliswaar dat de omzet van verzoekster hoger is dan die van Slovak Telekom, maar uit deze passages van het bestreden besluit valt niet op te maken waarom de geldboete die specifiek aan verzoekster is opgelegd, niet ook voor Slovak Telekom zou moeten gelden.

477 De Commissie, daarin ondersteund door interveniënte, betwist dit betoog.

478 Volgens vaste rechtspraak heeft de verplichting tot motivering van individuele besluiten zowel tot doel om de Unierechter in staat te stellen de rechtmatigheid ervan te toetsen, als om de betrokkene voldoende gegevens te verschaffen om na te gaan of het besluit gegrond is dan wel een gebrek vertoont op grond waarvan de rechtmatigheid ervan kan worden betwist (zie in die zin arresten van 9 november 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie*, 322/81, EU:C:1983:313, punt 14, en 29 februari 2016, *Schenker/Commissie*, T-265/12, EU:T:2016:111, punt 230).

479 Met betrekking tot het deel van de geldboete dat uitsluitend aan verzoekster is opgelegd en dat de verhoging wegens recidive weerspiegelt van het bedrag van de hoofdelijke geldboete die aan verzoekster en Slovak Telekom tezamen is opgelegd, volgt eenduidig uit de overwegingen 1525 tot en met 1531 van het bestreden besluit dat voornoemde verhoging werd gerechtvaardigd door het feit dat verzoekster, wier aansprakelijkheid voor de betrokken inbreuk in casu vaststaat, reeds eerder voor een soortgelijke inbreuk was bestraft, namelijk in de Deutsche Telekom-beschikking. Weliswaar verklaart

deze passage uit het bestreden besluit niet waarom alleen verzoekster en niet ook Slovak Telekom de gevolgen van deze recidive had te dragen, maar uit dit besluit volgt impliciet dat dit viel te herleiden tot het feit dat alleen verzoekster in de Deutsche Telekom-beschikking aansprakelijk was gesteld voor de betrokken inbreuk en dus de adreesaat van die beschikking was.

480 Met betrekking tot het deel van de uitsluitend aan verzoekster opgelegde geldboete dat voortvloeit uit de toepassing van een ter afschrikking bedoelde vermenigvuldigingscoëfficiënt van 1,2, heeft de Commissie in overweging 1533 van het bestreden besluit onderstreept dat de wereldwijde omzet van verzoekster in 2013 60,132 miljard EUR bedroeg, dat de waarde van de verkopen van de voor de betrokken inbreuk relevante producten minder dan 0,067 % van deze omzet vertegenwoordigde en dat verzoekster aansprakelijk was voor de door Slovak Telekom gepleegde inbreuk. De Commissie heeft in de overwegingen 1534 en 1535 van het bestreden besluit hieruit afgeleid dat op grond van punt 30 van de richtsnoeren van 2006 een hogere geldboete aan verzoekster moest worden opgelegd dan de basisboete, verhoogd met 50 % wegens recidive, om ervoor te zorgen dat van deze geldboete een voldoende afschrikkende werking uitging. Weliswaar verklaart deze passage uit het bestreden besluit niet waarom het resultaat van de toepassing van de vermenigvuldigingscoëfficiënt van 1,2 niet ook voor Slovak Telekom zou moeten gelden, maar uit de redenering van de Commissie volgt impliciet dat dit werd gerechtvaardigd door de omstandigheid dat deze dochteronderneming ten tijde van de vaststelling van het bestreden besluit een beduidend lagere omzet had dan verzoekster, zodat de geldboete van 38 838 000 EUR voor deze dochteronderneming een voldoende afschrikkende werking had.

481 De motivering van het bestreden besluit ten aanzien van de aan verzoekster individueel opgelegde geldboete lijkt dus weliswaar beknopt te zijn, maar aan verzoekster zijn hiermee voldoende gegevens verstrekt om te kunnen nagaan of het bestreden besluit gegrond is en om de rechtmatigheid ervan te kunnen betwisten. Zo ook stelt deze motivering het Gerecht in staat de rechtmatigheid van het bestreden besluit ten aanzien van de aan verzoekster individueel opgelegde geldboete te toetsen.

482 Het tweede onderdeel van het vierde middel, ontleend aan een motiveringsgebrek, moet derhalve worden afgewezen.

b) Schending van het Unierechtelijke ondernemingsbegrip en van het beginsel van het persoonlijke karakter van sancties

483 In het eerste onderdeel van haar vierde middel merkt verzoekster op dat de specifieke geldboete die haar in het bestreden besluit is opgelegd, berust op twee elementen die de Commissie in dit besluit in aanmerking heeft genomen, namelijk enerzijds de omvang van de onderneming waarvan verzoekster deel uitmaakt, wat volgens de Commissie de toepassing van een vermenigvuldigingsfactor van 1,2 op de geldboete rechtvaardigt, en anderzijds het feit dat verzoekster in de Deutsche Telekom-beschikking reeds voor een soortgelijke inbreuk aansprakelijk was gesteld, hetgeen een verhoging van het basisbedrag van de geldboete met 50 % rechtvaardigt. Verzoekster wijst er echter op dat de Commissie haar in het bestreden besluit niet aansprakelijk stelt op grond van haar rechtstreekse deelneming aan de feiten die de inbreuk vormen, maar op grond van haar banden met Slovak Telekom. Bovendien maakten verzoekster en Slovak Telekom volgens het bestreden besluit niet alleen gedurende de gehele inbreukperiode deel uit van dezelfde onderneming, maar ook op de datum waarop de Deutsche Telekom-beschikking is vastgesteld, omdat de meerderheidsdeelneming van verzoekster in het kapitaal van Slovak Telekom dateert van 4 augustus 2000 en de structuur van deze deelneming sindsdien ongewijzigd is gebleven.

484 Gelet op deze omstandigheden stelt verzoekster dat het feit dat de Commissie haar een afzonderlijke geldboete heeft opgelegd, in strijd is met het Unierechtelijke ondernemingsbegrip en met het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen en sancties. Naar haar mening vereist dit beginsel overeenkomstig artikel 23, lid 3, van verordening (EG) nr. 1/2003, dat bij de vaststelling van het

bedrag van de geldboete enerzijds rekening wordt gehouden met de ernst van de individueel aan de betrokken onderneming verweten inbreuk en anderzijds met de duur van die inbreuk. Zo vloeit uit de rechtspraak van het Hof voort dat de Commissie alleen aan verschillende ondernemingen verschillende geldboeten kan opleggen en niet aan verschillende vennootschappen die deel uitmaken van dezelfde onderneming. Het beginsel van het persoonlijke karakter van sancties is namelijk niet van toepassing op de interne verhouding tussen verschillende rechtspersonen die tezamen een onderneming vormen. Zoals door de beschikkingspraktijk van de Commissie wordt bevestigd, is een afzonderlijke geldboete alleen gerechtvaardigd wanneer de samenstelling van de betrokken onderneming in de relevante periode vanuit juridisch oogpunt is gewijzigd, zodat sprake is van verschillende ondernemingen. Aangezien dit in casu niet het geval was, kon de Commissie aan verzoekster geen hogere geldboete opleggen dan aan Slovak Telekom, zonder het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen en sancties te schenden. Bovendien dient, behoudens wijzigingen in de structuur van de voor de inbreuk verantwoordelijke onderneming, het in artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 vastgestelde plafond van 10 % te worden berekend op basis van het totale omzet van de betrokken onderneming. Wat de recidive betreft betoogt verzoekster dat, aangezien zij zelf de in de Deutsche Telekom-beschikking bestrafte inbreuk heeft gepleegd, niet hoeft te worden nagegaan of Slovak Telekom op het moment dat die inbreuk werd gepleegd, reeds deel uitmaakte van de voor die inbreuk verantwoordelijke onderneming. Het enige wat in dit stadium relevant is, is dat laatstgenoemde onderneming die inbreuk heeft gepleegd en dat de vennootschap van het concern die thans moet worden bestraft, op dit moment deel uitmaakt van dezelfde onderneming.

- 485 Wat het risico van recidive betreft, moet in casu volgens verzoekster hoe dan ook ervan worden uitgegaan dat Slovak Telekom niet alleen reeds deel uitmaakte van de onderneming die verantwoordelijk was voor de in de Deutsche Telekom-beschikking bestrafte inbreuk, maar ook op de hoogte was van die inbreuk, gelet op de grote publiciteit die aan voornoemde beschikking is gegeven. Wat de afschrikkende werking betreft, wijst verzoekster in wezen erop dat zijzelf en Slovak Telekom volgens de redenering van de Commissie deel uitmaken van dezelfde onderneming, zodat het onterecht is om hun verschillende omvang in aanmerking te nemen bij de berekening van het bedrag van de geldboete.
- 486 Tot slot voert verzoekster subsidiair aan dat de Commissie niet over een zodanige beoordelingsmarge beschikt dat zij vrijelijk, zonder objectieve redenen, kan besluiten om de ene vennootschap van een concern wél een geldboete op te leggen en een andere vennootschap van hetzelfde concern niet. In het onderhavige geval acht zij het niet passend om de vennootschap die de inbreukmakende feiten heeft begaan te bevoordelen en om haar moedermaatschappij, wier aansprakelijkheid louter van afgeleide aard is, minder gunstig te behandelen.
- 487 De Commissie weerspreekt deze argumenten. Volgens haar betekent het enkele feit dat verzoekster 51 % van het maatschappelijk kapitaal van Slovak Telekom in handen had op het tijdstip waarop de in de Deutsche Telekom-beschikking bestrafte inbreuk werd gepleegd, niet dat Slovak Telekom deel uitmaakte van de onderneming die die inbreuk heeft gepleegd. Het betoog van verzoekster berust op een onjuiste premisse, omdat de onderneming die verantwoordelijk was voor het misbruik van machtspositie dat in de Deutsche Telekom-beschikking centraal stond, uitsluitend uit deze laatste vennootschap bestond en niet uit verzoekster en Slovak Telekom tezamen. Anders dan verzoekster stelt, beschikt de Commissie bij de bestraffing van een inbreuk op het mededingingsrecht over een ruime beoordelingsmarge, zodat zij rekening kan houden met de individuele situatie van vennootschappen binnen eenzelfde concern. Het Hof heeft nooit gesuggereerd dat deze beoordelingsmarge zich beperkt tot situaties waarin de samenstelling van de betrokken onderneming is gewijzigd.
- 488 Deze conclusie is niet onverenigbaar met het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen en sancties, dat enkel inhoudt dat het bedrag van de geldboete moet worden bepaald op basis van de ernst van de inbreuk die individueel aan de betrokken onderneming wordt verweten. De sanctie die wordt opgelegd aan de rechtspersonen die deel uitmaken van de onderneming die de inbreuk heeft

gepleegd, mag dus niet zwaarder zijn dan in het licht van die inbreuk gerechtvaardigd is. Daarentegen vloeit uit het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen en sancties niet voort dat de Commissie verplicht is dezelfde geldboete op te leggen aan alle rechtspersonen die deel uitmaken van de betrokken onderneming.

489 In casu heeft de Commissie gebruikgemaakt van haar ruime beoordelingsmarge door te oordelen dat Slovak Telekom, een relatief kleine vennootschap, niet aansprakelijk moest worden gesteld voor het volledige bedrag van de opgelegde geldboeten. In verzoeksters geval achtte zij een ter afschrikking bedoelde verhoging echter wél gerechtvaardigd, omdat verzoekster een zeer grote vennootschap is en een lagere geldboete geen ontmoedigend effect op haar zou hebben. De Commissie onderstreept in dit verband dat het haar volgens de rechtspraak vrijstaat een moedermaatschappij niet te bestraffen, ook al behoort deze toe aan een onderneming die het mededingingsrecht van de Unie heeft geschonden, zodat zij a fortiori in staat moet worden geacht om, op objectieve gronden, aan een vennootschap die deel uitmaakt van een onderneming die verantwoordelijk is voor een dergelijke inbreuk, slechts een deel van de daaruit voortvloeiende totale geldboete op te leggen. Verzoekster heeft bovendien geen enkel argument aangevoerd waaruit blijkt dat het onrechtmatig was dat de Commissie de verzwarende omstandigheid van recidive en de verhoging ter afschrikking op haar heeft toegepast.

490 De Commissie merkt verder nog op dat noch ten tijde van het plegen van de inbreuk die tot de Deutsche Telekom-beschikking heeft geleid noch tijdens de periode gedurende welke de in het bestreden besluit bestrafte inbreuk is gepleegd, een vermoeden gold dat verzoekster een beslissende invloed op het marktgedrag van Slovak Telekom had. Bij gebreke van concreet bewijs dat Slovak Telekom en verzoekster ten tijde van het plegen van de in de Deutsche Telekom-beschikking centraal staande inbreuk reeds deel uitmaakten van dezelfde onderneming, kon de Commissie de aan Slovak Telekom opgelegde geldboete niet wegens recidive verhogen. Daarentegen was verzoekster adressaat van de Deutsche Telekom-beschikking, zodat de Commissie meent op haar een verhoging wegens recidive te moeten kunnen toepassen, zonder dat nader hoeft te worden onderzocht of zij ten tijde van de in die beschikking bestrafte inbreuk tezamen met Slovak Telekom reeds een en dezelfde onderneming vormde. Wat de verhoging van de geldboete ter afschrikking betreft, erkent de Commissie dat zij deze verhoging inderdaad ook op Slovak Telekom had kunnen toepassen, omdat deze vennootschap deel uitmaakte van de onderneming die verantwoordelijk is voor de in de onderhavige zaak bestrafte inbreuk op het mededingingsrecht. Op basis van de ruime beoordelingsmarge waarover zij in dit verband beschikt, heeft zij het echter passender geacht om dit niet te doen.

1) Beginselen

491 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat de opstellers van de Verdragen ervoor hebben gekozen het begrip „onderneming” te gebruiken ter aanduiding van de pleger van een inbreuk op het mededingingsrecht die overeenkomstig artikel 101 VWEU of artikel 102 VWEU kan worden bestraft (zie arrest van 27 april 2017, Akzo Nobel e.a./Commissie, C-516/15 P, EU:C:2017:314, punt 46 en aangehaalde rechtspraak).

492 Het mededingingsrecht van de Unie ziet dus op de activiteiten van ondernemingen, waarbij het begrip „onderneming” elke entiteit omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm van die entiteit en de wijze waarop zij wordt gefinancierd (zie arrest van 27 april 2017, Akzo Nobel e.a./Commissie, C-516/15 P, EU:C:2017:314, punt 47 en aangehaalde rechtspraak). Onder het begrip „onderneming” moet in deze context een economische eenheid worden verstaan, ook al wordt deze uit juridisch oogpunt gevormd door verschillende natuurlijke of rechtspersonen (zie arresten van 1 juli 2010, Knauf Gips/Commissie, C-407/08 P, EU:C:2010:389, punt 64 en aangehaalde rechtspraak, en 27 april 2017, Akzo Nobel e.a./Commissie, C-516/15 P, EU:C:2017:314, punt 48 en aangehaalde rechtspraak).

- 493 Wanneer een dergelijke economische entiteit de mededingingsregels schendt, moet zij dus overeenkomstig het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid de verantwoordelijkheid dragen voor deze inbreuk (zie arresten van 20 januari 2011, *General Química e.a./Commissie*, C-90/09 P, EU:C:2011:21, punten 35 en 36 en aangehaalde rechtspraak, en 27 april 2017, *Akzo Nobel e.a./Commissie*, C-516/15 P, EU:C:2017:314, punt 49 en aangehaalde rechtspraak).
- 494 Bovendien moet voor de toepassing en de tenuitvoerlegging van besluiten krachtens de artikelen 101 en 102 VWEU steeds een rechtspersoon worden aangewezen tot welke het besluit houdende vaststelling en bestraffing van een inbreuk op een van deze bepalingen zal worden gericht (zie in die zin arrest van 27 maart 2014, *Saint-Gobain Glass France e.a./Commissie*, T-56/09 en T-73/09, EU:T:2014:160, punt 312 en aangehaalde rechtspraak). De schending van het mededingingsrecht van de Unie moet op ondubbelzinnige wijze worden toegerekend aan een rechtspersoon waaraan een geldboete zal kunnen worden opgelegd en waaraan de mededeling van punten van bezwaar moet worden toegezonden (zie in die zin arresten van 5 maart 2015, *Commissie e.a./Versalis e.a.*, C-93/13 P en C-123/13 P, EU:C:2015:150, punt 89 en aangehaalde rechtspraak; 27 april 2017, *Akzo Nobel e.a./Commissie*, C-516/15 P, EU:C:2017:314, punt 50, en 27 maart 2014, *Saint-Gobain Glass France e.a./Commissie*, T-56/09 en T-73/09, EU:T:2014:160, punt 312 en aangehaalde rechtspraak).
- 495 Noch in artikel 23, lid 2, onder a), van verordening nr. 1/2003 noch in de rechtspraak wordt bepaald welke natuurlijke of rechtspersoon de Commissie aansprakelijk dient te stellen voor de inbreuk en dient te bestraffen door oplegging van een geldboete (zie arrest van 27 april 2017, *Akzo Nobel e.a./Commissie*, C-516/15 P, EU:C:2017:314, punt 51 en aangehaalde rechtspraak).
- 496 Daarentegen kan het inbreukmakende gedrag van een dochteronderneming aan de moedermaatschappij worden toegerekend, inzonderheid wanneer deze dochteronderneming ondanks het bezit van een eigen rechtspersoonlijkheid niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, maar hoofdzakelijk de haar door de moedermaatschappij gegeven instructies volgt, met name gelet op de economische, organisatorische en juridische banden tussen deze twee juridische entiteiten (zie arresten van 10 september 2009, *Akzo Nobel e.a./Commissie*, C-97/08 P, EU:C:2009:536, punten 58 en 72 en aangehaalde rechtspraak, en 18 januari 2017, *Toshiba/Commissie*, C-623/15 P, niet gepubliceerd, EU:C:2017:21, punt 45 en aangehaalde rechtspraak).
- 497 In een dergelijk geval wordt volgens vaste rechtspraak van het Hof de moedermaatschappij waaraan het inbreukmakende gedrag van haar dochteronderneming is toegerekend, persoonlijk veroordeeld wegens een overtreding van de mededingingsregels van de Unie die zij wordt geacht zelf te hebben begaan omdat zij een beslissende invloed uitoefende op haar dochteronderneming, die haar in staat stelde het marktgedrag van die onderneming te bepalen (zie arrest van 27 april 2017, *Akzo Nobel e.a./Commissie*, C-516/15 P, EU:C:2017:314, punt 56 en aangehaalde rechtspraak).
- 498 Wanneer echter de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij volledig afgeleid is, dat wil zeggen wanneer deze enkel voortvloeit uit het feit dat een van haar dochterondernemingen rechtstreeks aan de inbreuk heeft deelgenomen, vindt de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij haar oorsprong in het inbreukmakende gedrag van haar dochteronderneming, dat aan de moedermaatschappij wordt toegerekend omdat deze vennootschappen een economische eenheid vormen. De aansprakelijkheid van de moedermaatschappij berust dus noodzakelijkerwijs op de feiten die aan de inbreuk van haar dochteronderneming ten grondslag liggen en waarmee haar aansprakelijkheid onlosmakelijk is verbonden (arrest van 27 april 2017, *Akzo Nobel e.a./Commissie*, C-516/15 P, EU:C:2017:314, punt 61).
- 499 Om deze reden heeft het Hof gepreciseerd dat in een situatie waarin de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij uitsluitend is afgeleid van die van haar dochtermaatschappij en waarin het aan de moedermaatschappij verweten gedrag niet individueel wordt gekenmerkt door enig ander element, de aansprakelijkheid van deze moedermaatschappij niet verder kan gaan dan die van haar dochtermaatschappij (zie arresten van 17 september 2015, *Total/Commissie*, C-597/13 P,

EU:C:2015:613, punt 38 en aangehaalde rechtspraak, en 19 januari 2017, Commissie/Total en Elf Aquitaine, C-351/15 P, EU:C:2017:27, punt 44 en aangehaalde rechtspraak; zie in die zin ook arrest van 27 april 2017, Akzo Nobel e.a./Commissie, C-516/15 P, EU:C:2017:314, punt 62).

500 Aan de hand van deze beginselen moet eerst het deel van de geldboete worden onderzocht dat wegens recidive alleen aan verzoekster is opgelegd en vervolgens het deel van de geldboete dat ter afschrikking alleen aan haar is opgelegd.

2) Het deel van de geldboete dat wegens recidive alleen aan verzoekster is opgelegd

501 In het kader van het eerste onderdeel van het vierde middel betoogt verzoekster dat, voor zover mocht worden bevestigd dat haar aansprakelijkheid voor de in casu in geding zijnde inbreuk louter van afgeleide aard is, de Commissie de gevolgen van de recidive voortvloeiend uit de soortgelijke eerdere inbreuk die in de Deutsche Telekom-beschikking is bestraft, niet uitsluitend aan haar kon toerekenen, zonder deze tevens aan Slovak Telekom toe te rekenen.

502 Dit betoog kan echter niet worden aanvaard.

503 Het is juist dat het Hof, zoals verzoekster stelt, heeft geoordeeld dat de Unierechtelijke beginselen van persoonlijke aansprakelijkheid voor inbreuken en van het persoonlijke karakter van straffen en sancties, die de Commissie bij de uitoefening van haar sanctiebevoegdheid op het gebied van inbreuken op het mededingingsrecht in acht moet nemen, slechts gelden voor de onderneming als zodanig en niet voor de natuurlijke of rechtspersonen die er deel van uitmaken (arrest van 10 april 2014, Commissie e.a./Siemens Österreich e.a., C-231/11 P tot en met C-233/11 P, EU:C:2014:256, punt 56).

504 Dit neemt echter niet weg dat het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen moet stroken met het beginsel dat voortvloeit uit de in punt 499 hierboven aangehaalde rechtspraak, namelijk dat bepaalde factoren die het eigen gedrag van de moedermaatschappij individueel kenmerken, kunnen rechtvaardigen dat haar een zwaardere sanctie wordt opgelegd dan die welke voortvloeit uit de toerekening aan deze vennootschap van de door haar dochteronderneming gepleegde inbreuk.

505 Dienaangaande heeft het Gerecht reeds geoordeeld dat, ofschoon de eenheid van het marktgedrag van een onderneming rechtvaardigt dat in geval van een inbreuk op de mededingingsregels de verschillende vennootschappen die tijdens de duur van de inbreuk deel hebben uitgemaakt van de onderneming, in beginsel alle hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de betaling van hetzelfde bedrag van de geldboete, hierop een uitzondering moet worden gemaakt in geval van verzwarende of verzachtende omstandigheden – en meer in het algemeen omstandigheden die een aanpassing van het bedrag van de geldboete rechtvaardigen – die slechts voor sommige van deze vennootschappen gelden. Het Gerecht heeft hieruit afgeleid dat een entiteit ten aanzien waarvan de verzwarende omstandigheid van recidive niet is vastgesteld, niet tezamen met een andere entiteit die zich wél aan recidive schuldig heeft gemaakt, hoofdelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor het deel van de geldboete dat overeenkomt met de verhoging wegens recidive (zie in die zin arrest van 23 januari 2014, Evonik Degussa en AlzChem/Commissie, T-391/09, niet gepubliceerd, EU:T:2014:22, punt 271).

506 Dit betekent dat de verzwarende omstandigheid van recidive een factor kan zijn die het gedrag van een moedermaatschappij individueel kenmerkt en die rechtvaardigt dat haar aansprakelijkheid verder reikt dan die van de dochteronderneming waarvan die aansprakelijkheid volledig is afgeleid (zie in die zin arrest van 29 februari 2016, UTi Worldwide e.a./Commissie, T-264/12, niet gepubliceerd, EU:T:2016:112, punt 332).

507 In casu moet in de eerste plaats worden vastgesteld dat verzoekster niet betwist dat zij de enige adressaat was van de Deutsche Telekom-beschikking en dat Slovak Telekom niet aansprakelijk is gesteld voor de in die beschikking bestrafte inbreuk.

- 508 Derhalve is de in de – inmiddels onherroepelijk geworden – Deutsche Telekom-beschikking vastgestelde aansprakelijkheid van verzoekster een factor die het in casu aan verzoekster verweten gedrag individueel kenmerkt.
- 509 In de tweede plaats is het juist dat Slovak Telekom gedurende een aanzienlijk deel van de duur van de in de Deutsche Telekom-beschikking bestrafte inbreuk en ten tijde van de vaststelling van die beschikking – die niet tot haar was gericht – reeds deel uitmaakte van het Deutsche Telekom-concern.
- 510 Uit de rechtspraak volgt echter dat een vennootschap die niet de adressaat was van een besluit houdende vaststelling van een eerste inbreuk op het mededingingsrecht van de Unie, maar die wél de adressaat is van een besluit waarbij haar een geldboete wordt opgelegd wegens haar deelname aan een soortgelijke nieuwe inbreuk, alleen aansprakelijk kan worden gesteld voor recidive wanneer de Commissie in laatstgenoemde beschikking een uiteenzetting geeft die deze vennootschap in staat stelt, na te gaan in welke hoedanigheid en in welke mate zij bij die eerdere inbreuk betrokken zou zijn geweest (zie in die zin arresten van 8 mei 2013, *Eni/Commissie*, C-508/11 P, EU:C:2013:289, punt 129, en 5 maart 2015, *Commissie e.a./Versalis e.a.*, C-93/13 P en C-123/13 P, EU:C:2015:150, punt 98 en aangehaalde rechtspraak).
- 511 In casu wijst niets erop dat Slovak Telekom in welke hoedanigheid dan ook betrokken is geweest bij de door de Commissie in de Deutsche Telekom-beschikking bestrafte inbreuk en dat deze inbreuk dus ook aan haar kon worden toegerekend.
- 512 Mocht derhalve het betoog van verzoekster dat de Commissie de verzwarende omstandigheid van recidive aan Slovak Telekom had moeten toerekenen, worden gehonoreerd, dan zou dit erop neerkomen dat deze dochteronderneming aansprakelijk werd gesteld voor het eerdere gedrag van verzoekster, haar moedermaatschappij. Het Hof heeft evenwel geoordeeld dat één vennootschap niet aansprakelijk kan worden gesteld voor alle gedragingen van een groep, indien niet is komen vast te staan dat deze vennootschap de rechtspersoon aan het hoofd van de groep is die instond voor de coördinatie van de activiteit van deze groep (arrest van 2 oktober 2003, *Aristrain/Commissie*, C-196/99 P, EU:C:2003:529, punt 98).
- 513 In casu staat vast dat Slovak Telekom niet aan het hoofd stond van de onderneming die de in de Deutsche Telekom-beschikking bestrafte inbreuk heeft gepleegd. Deze inbreuk is rechtstreeks door verzoekster zelf gepleegd. Hieruit volgt dat alleen verzoekster zowel heeft deelgenomen aan de in de Deutsche Telekom-beschikking bestrafte inbreuk als aan de inbreuk die is bestraft in het bestreden besluit, hetgeen haar gedrag individueel kenmerkt.
- 514 Gelet op het voorgaande moet worden geconcludeerd dat de Commissie geen fout heeft gemaakt door in het bestreden besluit de geldboete uitsluitend ten aanzien van verzoekster te verhogen wegens recidive.

3) Het ter afschrikking bedoelde deel van de geldboete dat uitsluitend aan verzoekster is opgelegd

- 515 Het begrip afschrikking is een van de factoren waarmee bij de berekening van de geldboete rekening moet worden gehouden. Het is immers vaste rechtspraak dat geldboeten wegens schending van de artikelen 101 en 102 VWEU, zoals die zijn geregeld in artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003, tot doel hebben onrechtmatige handelingen van de betrokken ondernemingen te bestraffen en zowel de betrokken ondernemingen als andere marktdeelnemers ervan te weerhouden om in de toekomst de mededingingsregels van de Unie te schenden. Het verband tussen de omvang en de totale middelen van ondernemingen enerzijds en de noodzaak om te garanderen dat de geldboete afschrikkende werking heeft anderzijds, kan niet worden betwist. Derhalve kan de Commissie bij de berekening van het bedrag van de geldboete met name rekening houden met de omvang en de economische macht

van de betrokken onderneming (zie arresten van 17 juni 2010, *Lafarge/Commissie*, C-413/08 P, EU:C:2010:346, punt 102 en aangehaalde rechtspraak, en 5 juni 2012, *Imperial Chemical Industries/Commissie*, T-214/06, EU:T:2012:275, punt 142 en aangehaalde rechtspraak).

- 516 Het feit dat de omvang en de totale middelen van de betrokken onderneming in aanmerking worden genomen om te garanderen dat de geldboete voldoende afschrikkende werking heeft, is ingegeven door de beoogde impact op deze onderneming, aangezien de sanctie niet verwaarloosbaar mag zijn, gelet op met name het financiële vermogen van deze onderneming (zie in die zin arresten van 5 juni 2012, *Imperial Chemical Industries/Commissie*, T-214/06, EU:T:2012:275, punt 143 en aangehaalde rechtspraak, en 6 februari 2014, *Elf Aquitaine/Commissie*, T-40/10, niet gepubliceerd, EU:T:2014:61, punt 312 en aangehaalde rechtspraak). Zo is met name geoordeeld dat het doel om de onderneming af te schrikken, dat de Commissie bij de vaststelling van het boetebedrag mag nastreven, slechts naar behoren kan worden bereikt wanneer rekening wordt gehouden met de situatie van de onderneming op het tijdstip waarop de geldboete wordt opgelegd (zie arrest van 5 juni 2012, *Imperial Chemical Industries/Commissie*, T-214/06, EU:T:2012:275, punt 143 en aangehaalde rechtspraak; zie in die zin arrest van 9 december 2014, *Lucchini/Commissie*, T-91/10, EU:T:2014:1033, punt 314 en aangehaalde rechtspraak).
- 517 Voor zover een onderneming met een zeer hoge omzet gemakkelijker de voor de betaling van haar geldboete vereiste middelen kan bijeenbrengen, mag de Commissie voorts met het oog op een voldoende afschrikkende werking een verhoging van deze geldboete toepassen, zoals is bepaald in punt 30 van de richtsnoeren van 2006 (zie in die zin arresten van 17 mei 2011, *Elf Aquitaine/Commissie*, T-299/08, EU:T:2011:217, punt 253; 6 maart 2012, *UPM-Kymmene/Commissie*, T-53/06, niet gepubliceerd, EU:T:2012:101, punt 76 en aangehaalde rechtspraak, en 6 februari 2014, *Elf Aquitaine/Commissie*, T-40/10, niet gepubliceerd, EU:T:2014:61, punt 352).
- 518 Verder vormt volgens de rechtspraak de totale omzet van de betrokken onderneming een aanwijzing voor haar omvang en voor haar economische macht, die bepalend is om uit te maken of een geldboete voor deze onderneming een afschrikkende werking zal hebben (zie in die zin arresten van 9 juli 2003, *Cheil Jedang/Commissie*, T-220/00, EU:T:2003:193, punt 96 en aangehaalde rechtspraak, en 22 mei 2008, *Evonik Degussa/Commissie*, C-266/06 P, niet gepubliceerd, EU:C:2008:295, punt 120).
- 519 In de omstandigheden van de onderhavige zaak moet allereerst worden onderstreept dat verzoekster en Slovak Telekom, zoals de Commissie terecht heeft geconstateerd, een economische eenheid vormden gedurende de betrokken periode en dat de aansprakelijkheid van verzoekster voor de inbreuk die het voorwerp vormt van het bestreden besluit louter is afgeleid van die van haar dochteronderneming.
- 520 Voorts wordt in de rechtspraak weliswaar erkend dat aan een moedermaatschappij een hogere geldboete kan worden opgelegd dan aan haar dochteronderneming, ook al is de aansprakelijkheid van de eerste uitsluitend afgeleid van die van de tweede onderneming, maar zulks kan uitsluitend het geval zijn indien het aan de moedermaatschappij verweten gedrag individueel door een bepaalde factor wordt kenmerkt (zie de in punt 499 hierboven aangehaalde rechtspraak). Wanneer de Commissie zich bij de beoordeling van de ernst van de door de onderneming gepleegde inbreuk en de berekening van de haar op te leggen geldboete baseert op de omzet van de dochteronderneming, zoals in casu, dan is de omzet van de moedermaatschappij, ook al is deze aanzienlijk hoger dan die van de dochteronderneming, geen factor die het individuele gedrag van de moedermaatschappij bij de uitvoering van de aan de onderneming toegerekende inbreuk kenmerkt, aangezien de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij in dit verband louter is afgeleid van die van haar dochteronderneming. Bovendien is de loutere vaststelling van de omzet een feitelijk element dat het gedrag van de moedermaatschappij niet individueel kan kenmerken. De Commissie mocht dus de toepassing van de specifiek voor verzoekster geldende afschrikingscoëfficiënt niet rechtvaardigen onder verwijzing naar de omzet van deze onderneming.

- 521 Tot slot kan de Commissie niet worden gevolgd waar zij zich beroept op de beoordelingsmarge waarover zij bij de vaststelling van het bedrag van de geldboeten ter bestraffing van inbreuken op artikel 101 of artikel 102 VWEU beschikt. Weliswaar kent artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 volgens de rechtspraak een beoordelingsmarge toe aan de Commissie, maar het beperkt de uitoefening daarvan door objectieve criteria in te voeren waaraan de Commissie zich moet houden (zie in die zin arrest van 12 november 2014, *Guardian Industries en Guardian Europe/Commissie*, C-580/12 P, EU:C:2014:2363, punt 55). Het begrip „onderneming” waarnaar die bepaling verwijst, valt onder dergelijke objectieve elementen en moet, zoals in punt 492 hierboven is overwogen, worden opgevat als een economische eenheid, ook al bestaat deze juridisch gezien uit verschillende natuurlijke of rechtspersonen.
- 522 In casu heeft de Commissie vastgesteld dat verzoekster in de betrokken periode een beslissende invloed op Slovak Telekom heeft uitgeoefend en heeft zij de aansprakelijkheid voor de inbreuk die het voorwerp vormt van het bestreden besluit, toegerekend aan de economische eenheid die door deze twee vennootschappen wordt gevormd. Derhalve moet worden geoordeeld dat de handelwijze van de Commissie om de gevolgen van de toepassing van een vermenigvuldigingscoëfficiënt van 1,2 door verzoekster te laten dragen, elke objectieve rechtvaardiging ontbeert.
- 523 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie het in het Unierecht gehanteerde ondernemingsbegrip heeft miskend door de ter afschriking bedoelde vermenigvuldigingscoëfficiënt van 1,2 in het bestreden besluit op verzoekster toe te passen.
- 524 Derhalve slaagt het vierde middel in zoverre en moet artikel 2, eerste alinea, onder b), van het bestreden besluit nietig worden verklaard op grond dat de ter afschriking bedoelde vermenigvuldigingscoëfficiënt van 1,2 uitsluitend op verzoekster is toegepast.

5. Vijfde middel: onjuiste berekening van de hoofdelijk aan Slovak Telekom en verzoekster opgelegde geldboete

- 525 Met haar vijfde middel stelt verzoekster dat de Commissie verschillende fouten heeft gemaakt bij de berekening van het bedrag van de geldboete die hoofdelijk aan haar en Slovak Telekom is opgelegd. Dit middel, in het kader waarvan verzoekster verklaart zich aan te sluiten bij de argumenten die Slovak Telekom in haar eigen beroep aanvoert, bestaat uit twee onderdelen, die achtereenvolgens moeten worden onderzocht.

a) Eerste onderdeel: kennelijk onjuiste beoordeling en schending van het beginsel van gelijke behandeling doordat de geldboete is berekend aan de hand van de omzet van Slovak Telekom in 2010

- 526 Verzoekster stelt in het eerste onderdeel dat de Commissie niet alleen een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt, maar ook het beginsel van gelijke behandeling heeft geschonden door het basisbedrag van de geldboete te berekenen aan de hand van de omzet die Slovak Telekom in 2010 heeft behaald op de markt voor ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk en de retailmarkt voor breedbanddiensten vanaf een vaste locatie. Ofschoon het bestreden besluit op dit punt strookt met punt 13 van de richtsnoeren van 2006, vloeit haars inziens uit de vroegere beschikkingspraktijk van de Commissie voort dat deze regel geen toepassing mag vinden wanneer de omzet die in het laatste volledige jaar van de deelneming aan de inbreuk is behaald, in aanmerkelijke mate afwijkt van het jaargemiddelde van de relevante verkopen gedurende de eerste jaren van deze deelname. In casu is de relevante omzet van Slovak Telekom tussen 2005 en 2010 met 133 % gestegen. Aangezien dit een significante stijging is, is de omzet van 2010 als zodanig niet voldoende representatief.

527 In deze omstandigheden had de Commissie volgens verzoekster het basisbedrag van de geldboete moeten berekenen aan de hand van de gemiddelde jaaromzet die gedurende de gehele inbreukperiode, dat wil zeggen tussen 2005 en 2010, is behaald. Door af te wijken van haar vroegere beschikkingspraktijk op grond van de overweging dat voornoemde stijging van de omzet niet exponentieel was, heeft de Commissie het beginsel van gelijke behandeling geschonden. Tot slot is de stelling van de Commissie dat deze omzetstijging is te herleiden tot het vermeende onrechtmatige marktgedrag van Slovak Telekom, louter speculatie. Deze stijging is het gevolg van de snelle groei van de breedbandmarkten tijdens de inbreukperiode en niet van het toegenomen marktaandeel van Slovak Telekom tijdens die periode.

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

[*omissis*]

530 Ten gronde moet met betrekking tot het eerste onderdeel van het middel allereerst worden opgemerkt dat volgens artikel 23, lid 3, van verordening nr. 1/2003 bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete zowel met de ernst als met de duur van de inbreuk rekening moet worden gehouden.

531 Voorts zij verwezen naar punt 13 van de richtsnoeren van 2006, dat bepaalt: „Om het basisbedrag van de op te leggen boete vast te stellen zal de Commissie uitgaan van de waarde van de op de desbetreffende geografische markt in de EER verkochte goederen of diensten van de onderneming die rechtstreeks of indirect [...] verband houden met de inbreuk. De Commissie zal [daartoe] over het algemeen gebruikmaken van de verkopen van de onderneming in het laatste volledige jaar waarin zij aan de inbreuk heeft deelgenomen.”

532 Daarnaast volgt uit de rechtspraak dat het gedeelte van de omzet dat betrekking heeft op de goederen of diensten in verband waarmee de inbreuk is gepleegd, een correcte aanwijzing kan vormen voor de omvang van de inbreuk op de betrokken markt, aangezien de omzet die daarmee is behaald, als objectieve maatstaf de schadelijkheid van deze praktijk voor de normale mededinging correct weergeeft (zie in die zin arrest van 28 juni 2016, Portugal Telecom/Commissie, T-208/13, EU:T:2016:368, punt 236 en aangehaalde rechtspraak).

533 Punt 13 van de richtsnoeren van 2006 heeft dus ten aanzien van inbreuken op artikel 102 VWEU tot doel om als uitgangspunt voor de berekening van de aan de betrokken onderneming op te leggen geldboete een bedrag te nemen dat het economische belang van de inbreuk weerspiegelt (zie in die zin arresten van 11 juli 2013, Team Relocations e.a./Commissie, C-444/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:464, punt 76; 12 november 2014, Guardian Industries en Guardian Europe/Commissie, C-580/12 P, EU:C:2014:2363, punt 57, en 23 april 2015, LG Display en LG Display Taiwan/Commissie, C-227/14 P, EU:C:2015:258, punt 53).

534 Niettemin moet tevens worden onderstreept dat het feit dat de Commissie haar eigen beoordelingsvrijheid heeft beperkt door de richtsnoeren van 2006 vast te stellen, niet eraan in de weg staat dat zij een aanzienlijke beoordelingsvrijheid behoudt. Deze richtsnoeren bevatten namelijk tal van flexibele elementen die de Commissie in staat stellen haar beoordelingsvrijheid uit te oefenen in overeenstemming met de bepalingen van verordening nr. 1/2003, zoals uitgelegd door de rechterlijke instanties van de Unie (zie in die zin arrest van 11 juli 2013, Team Relocations e.a./Commissie, C-444/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:464, punt 96 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en met andere regels en beginselen van Unierecht. In het bijzonder preciseert punt 13 van de richtsnoeren van 2006 zelf dat de Commissie bij de berekening van het basisbedrag van de geldboete „over het algemeen” gebruik moet maken van de verkopen van de onderneming in het laatste volledige jaar waarin zij aan de inbreuk heeft deelgenomen (zie in die zin arrest van 9 september 2015, Samsung SDI e.a./Commissie, T-84/13, niet gepubliceerd, EU:T:2015:611, punt 214).

- 535 In casu volgt uit de overwegingen 1490 tot en met 1495 van het bestreden besluit dat de Commissie bij het bepalen van het basisbedrag van de aan verzoekster en Slovak Telekom hoofdelijk opgelegde geldboete is uitgegaan van de verkopen van laatstgenoemde onderneming in het laatste volledige boekjaar van haar deelneming aan de inbreuk, te weten de omzet die door deze ondernemer is behaald op de markt voor de toegang tot ontbundelde aansluitnetten en de retailmarkt voor breedbanddiensten vanaf een vaste locatie in 2010. De Commissie heeft dus toepassing gegeven aan punt 13 van de richtsnoeren van 2006.
- 536 Verzoekster kan niet worden gevolgd in haar betoog dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door in casu, ondanks de sterke stijging van de omzet van Slovak Telekom in de betrokken periode, niet van deze regel af te wijken.
- 537 Verzoekster stelt namelijk weliswaar dat de omzet van Slovak Telekom in de jaren 2005-2010 is gestegen met 133 %, van 31 184 949 EUR naar 72 868 176 EUR, maar zij voert geen enkel bewijs aan waaruit blijkt dat deze laatste omzet, die is behaald in het laatste volledige kalenderjaar van de inbreuk, ten tijde van de vaststelling door de Commissie van het bestreden besluit geen indicatie vormde voor haar daadwerkelijke omvang, haar economische macht op de markt en de omvang van de betrokken inbreuk.
- 538 Daarnaast faalt verzoeksters betoog dat de Commissie het beginsel van gelijke behandeling in casu heeft geschonden door af te wijken van haar vroegere beschikkingspraktijk op grond dat voornoemde stijging van de omzet niet exponentieel zou zijn.
- 539 Wanneer de Commissie een geldboete aan een onderneming oplegt wegens een inbreuk op de mededingingsregels, moet zij, zoals elke instelling in het kader van al haar activiteiten, het beginsel van gelijke behandeling in acht nemen, dat zich ertegen verzet dat vergelijkbare situaties verschillend en verschillende situaties gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is (zie arresten van 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, T-360/09, EU:T:2012:332, punt 261, en 9 september 2015, Philips/Commissie, T-92/13, niet gepubliceerd, EU:T:2015:605, punt 204).
- 540 Het is echter vaste rechtspraak dat de vroegere beschikkingspraktijk van de Commissie niet als rechtskader voor geldboeten in mededingingszaken fungeert en dat besluiten in andere zaken slechts een indicatieve waarde hebben wat het al dan niet bestaan van een schending van het gelijkheidsbeginsel betreft, omdat het niet erg waarschijnlijk is dat de omstandigheden van die zaken, zoals de betrokken markten, producten, ondernemingen en tijdvakken, identiek zullen zijn (zie arrest van 24 september 2009, Erste Group Bank e.a./Commissie, C-125/07 P, C-133/07 P en C-137/07 P, EU:C:2009:576, punt 233 en aldaar aangehaalde rechtspraak; arresten van 16 juni 2011, Heineken Nederland en Heineken/Commissie, T-240/07, EU:T:2011:284, punt 347, en 27 februari 2014, InnoLux/Commissie, T-91/11, EU:T:2014:92, punt 144).
- 541 Zo kunnen eerdere besluiten van de Commissie op het gebied van geldboeten enkel relevant zijn met betrekking tot de inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, indien wordt aangetoond dat de omstandigheden van de zaken waarover het ging in die andere besluiten, zoals de betrokken markten, producten, landen, ondernemingen en periodes, vergelijkbaar zijn met die van de onderhavige zaak (zie arresten van 13 september 2010, Trioplast Industrier/Commissie, T-40/06, EU:T:2010:388, punt 145 en aldaar aangehaalde rechtspraak; 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, T-360/09, EU:T:2012:332, punt 262 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 9 september 2015, Philips/Commissie, T-92/13, niet gepubliceerd, EU:T:2015:605, punt 205 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 542 In casu heeft verzoekster geen enkel bewijs geleverd dat de omstandigheden in de zaken met betrekking tot de eerdere besluiten waarop zij zich beroept, te weten het Telekomunikacja Polska-besluit, besluit C(2010) 8761 final van 8 december 2010 (zaak COMP/39.309 – LCD – Liquid Crystal Display) en besluit C(2009) 5355 final van 8 juli 2009 (zaak COMP/39.401 – E.ON/GDF),

vergelijkbaar waren met die van het onderhavige geval. Verzoekster beperkt zich namelijk tot het aanhalen van deze drie besluiten, waarbij zij opmerkt dat de betrokken ondernemingen gedurende de volledige inbreukperiode een sterke stijging van hun omzet hadden gekend en dat de Commissie in elk van deze gevallen bij de berekening van het basisbedrag van de geldboete was uitgegaan van de gemiddelde jaaromzet van deze ondernemingen.

- 543 Hoe dan ook was de in deze drie besluiten vastgestelde omzetsijging gedurende de respectieve inbreukperiodes aanzienlijk groter dan in het onderhavige geval. Zo heeft de Commissie in haar memories gepreciseerd dat de in overweging 896 van het Telekomunikacja Polska-besluit vastgestelde netto-omzetsijging gedurende de volledige inbreukperiode meer dan 3000 % bedroeg. Naar aanleiding van een schriftelijke vraag van het Gerecht heeft zij voorts ter terechtzitting verduidelijkt dat, wat de in besluit C(2010) 8761 final bestrafte inbreuk betreft, de relevante stijging gedurende de volledige inbreukperiode 521,58 % op een eerste markt en 422,65 % op een tweede markt bedroeg, terwijl bij de in besluit C(2009) 5355 final bestrafte inbreuk sprake was van een stijging met 261 %.
- 544 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie, door in casu uit te gaan van de omzet die Slovak Telekom heeft behaald in het jaar dat eindigde op 31 december 2010, dat wil zeggen het laatste volledige jaar van haar deelneming aan de inbreuk, en door zich dus te houden aan de regel die zij zelf in punt 13 van de richtsnoeren van 2006 heeft geformuleerd, de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid inzake de vaststelling van het bedrag van geldboeten niet heeft overschreden.
- 545 Het eerste onderdeel van het vijfde middel is dus ongegrond, zodat het moet worden afgewezen.

b) Tweede onderdeel: onjuiste berekening doordat het jaar 2005 is inbegrepen in de inbreukperiode

- 546 In het kader van het tweede onderdeel betoogt verzoekster dat het jaar 2005 verkeerdelijk is inbegrepen in de inbreukperiode, waardoor dat jaar ten onrechte in aanmerking is genomen bij de berekening van het basisbedrag van de hoofdelijk aan haar en Slovak Telekom opgelegde geldboete.
- 547 De Commissie verwerpt dit betoog, omdat het jaar 2005 naar haar mening terecht is inbegrepen in de inbreukperiode.
- 548 Zoals in de punten 171 tot en met 196 van dit arrest naar aanleiding van het tweede middel is overwogen, heeft de Commissie geen fout gemaakt door te concluderen dat het op 12 augustus 2005 door Slovak Telekom gepubliceerde referentieaanbod alternatieve exploitanten vanaf die datum ervan heeft kunnen weerhouden om een verzoek om ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van deze exploitant in te dienen, wegens de onbillijke voorwaarden die in dit aanbod waren opgenomen. De Commissie heeft dan ook terecht geconcludeerd dat de enkele voortdurende inbreuk die het voorwerp vormt van het bestreden besluit, op die datum een aanvang heeft genomen.
- 549 Het Gerecht heeft naar aanleiding van het tweede middel echter eveneens geoordeeld dat artikel 1, lid 2, onder d), van het bestreden besluit nietig moet worden verklaard voor zover daarin wordt geconstateerd dat verzoekster in de periode van 12 augustus tot en met 31 december 2005 onbillijke tarieven heeft gehanteerd waardoor een even efficiënte exploitant die gebruikmaakt van de wholesaletoeegang tot de ontbundelde aansluitnetten van Slovak Telekom niet in staat was de door Slovak Telekom aangeboden retaildiensten te repliceren zonder verlies te lijden (zie punt 221 hierboven).
- 550 Uit het voorgaande volgt dat artikel 1, lid 2, onder d), van het bestreden besluit nietig moet worden verklaard voor zover daarin wordt geconstateerd dat verzoekster in de periode van 12 augustus tot en met 31 december 2005 onbillijke tarieven heeft gehanteerd waardoor een even efficiënte exploitant die gebruikmaakt van de wholesaletoeegang tot de ontbundelde aansluitnetten van Slovak Telekom niet in

staat was de door Slovak Telekom aangeboden retaildiensten te repliceren zonder verlies te lijden. Bijgevolg moet ook artikel 2 van het bestreden besluit, om de hierboven in de punten 515 tot en met 524 uiteengezette redenen, nietig worden verklaard voor zover het verzoekster betreft. Voor het overige moeten de vorderingen tot nietigverklaring van het bestreden besluit worden afgewezen.

B. Subsidiare vordering tot intrekking dan wel verlaging van de aan verzoekster opgelegde geldboeten

- 551 Verzoekster verzoekt het Gerecht subsidiair nog om de haar in het bestreden besluit opgelegde geldboeten in te trekken dan wel te verlagen.
- 552 Dienaangaande zij opgemerkt dat volgens vaste rechtspraak het bij artikel 263 VWEU ingevoerde wettigheidstoezicht inhoudt dat de rechter van de Unie het litigieuze besluit aan de hand van de door de verzoekende partij aangevoerde argumenten in rechte en in feite toetst en dat hij het bewijs kan beoordelen, dat besluit nietig kan verklaren en de boetebedragen kan wijzigen (zie in die zin arresten van 3 september 2009, *Prym en Prym Consumer/Commissie*, C-534/07 P, EU:C:2009:505, punt 86 en aldaar aangehaalde rechtspraak; 26 januari 2017, *Duravit e.a./Commissie*, C-609/13 P, EU:C:2017:46, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 27 maart 2014, *Saint-Gobain Glass France e.a./Commissie*, T-56/09 en T-73/09, EU:T:2014:160, punt 461 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 553 Het wettigheidstoezicht wordt aangevuld door de toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht die de Unierechter bij artikel 31 van verordening nr. 1/2003 is verleend overeenkomstig artikel 261 VWEU. Deze bevoegdheid gaat verder dan het eenvoudige wettigheidstoezicht op de sanctie en biedt de rechter de mogelijkheid om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de Commissie en derhalve de opgelegde geldboete of dwangsom in te trekken, te verlagen of te verhogen (arresten van 8 december 2011, *Chalkor/Commissie*, C-386/10 P, EU:C:2011:815, punt 63, en 8 december 2011, *KME Germany e.a./Commissie*, C-389/10 P, EU:C:2011:816, punt 130; zie ook arrest van 26 januari 2017, *Duravit e.a./Commissie*, C-609/13 P, EU:C:2017:46, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 554 Onderstreept moet worden dat de uitoefening van de volledige rechtsmacht niet neerkomt op een ambtshalve toezicht en dat de procedure voor de rechters van de Unie op tegenspraak wordt gevoerd. Met uitzondering van de middelen van openbare orde die de rechter ambtshalve moet opwerpen, staat het derhalve in beginsel aan de verzoekende partij om middelen tegen het bestreden besluit aan te voeren en bewijs te leveren ter onderbouwing van deze middelen (zie in die zin arrest van 10 juli 2014, *Telefónica en Telefónica de España/Commissie*, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punt 213 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 555 In het licht van deze beginselen moet worden beoordeeld of het bedrag van de door de Commissie in het bestreden besluit opgelegde geldboeten moet worden gewijzigd.
- 556 In de eerste plaats zij opgemerkt dat het betoog van verzoekster ter onderbouwing van haar subsidiaire vordering tot intrekking of verlaging van de haar opgelegde geldboeten niet anders luidt dan het betoog dat zij ter onderbouwing van haar vordering tot nietigverklaring heeft gevoerd. Derhalve moeten de grieven tot staving van deze subsidiaire vordering die reeds zijn afgewezen voor zover zij dienden ter ondersteuning van de vordering tot nietigverklaring, worden afgewezen.
- 557 In de tweede plaats heeft de Commissie, zoals blijkt uit de punten 204 tot en met 221 hierboven, niet aangetoond dat de in een marge-utholling resulterende praktijk van Slovak Telekom vóór 1 januari 2006 heeft kunnen beginnen. Derhalve moet artikel 1, lid 2, onder d), van het bestreden besluit nietig worden verklaard voor zover het verzoekster betreft en voor zover de geconstateerde enkele voortdurende inbreuk tevens een marge-utholling tussen 12 augustus en 31 december 2005 behelst.

- 558 Met betrekking tot de gevolgen van deze fout voor het basisbedrag van de geldboete waarvoor verzoekster hoofdelijk aansprakelijk is, oordeelt het Gerecht, in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht, dat het aandeel van de relevante verkopen van verzoekster waarop de Commissie zich heeft gebaseerd, moet worden verlaagd en worden bepaald op 9,8 % in plaats van 10 %. Aangezien Slovak Telekom in het laatste volledige inbreukjaar een relevante omzet heeft behaald van 72 868 176 EUR, moet het bedrag dat ten grondslag ligt aan de berekening van het basisbedrag van de geldboete waarvoor verzoekster hoofdelijk aansprakelijk is, worden bepaald op 7 141 081,20 EUR. Het basisbedrag van deze geldboete komt overeen met de vermenigvuldiging van voornoemd bedrag met een coëfficiënt van 5,33, dat de duur van de inbreuk weerspiegelt, en moet dus worden vastgesteld op 38 061 963 EUR.
- 559 In de derde plaats moeten de nodige consequenties worden getrokken uit de constatering in punt 523 van dit arrest dat de Commissie blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting van het Unierechtelijke ondernemingsbegrip door in het bestreden besluit de ter afschrikking bedoelde vermenigvuldigingscoëfficiënt van 1,2 uitsluitend op verzoekster toe te passen om aldus recht te doen aan de omvang en de economische macht van de onderneming die voor de betrokken inbreuk aansprakelijk is gesteld. Dit betekent dat een herberekening nodig is van het bedrag van de afzonderlijke geldboete die wegens de door de Commissie in het bestreden besluit vastgestelde recidive aan verzoekster is opgelegd. Deze geldboete, die 50 % bedraagt van het basisbedrag van de geldboete waarvoor verzoekster hoofdelijk aansprakelijk is vóór de toepassing van de vermenigvuldigingscoëfficiënt van 1,2, moet derhalve worden vastgesteld op 19 030 981 EUR.
- 560 In de vierde plaats heeft het Gerecht in de zaak waarin vandaag het arrest Slovak Telekom/Commissie (T-851/14) wordt gewezen, geoordeeld dat de Commissie ten onrechte heeft vastgesteld dat Slovak Telekom zich in de periode van 12 augustus tot en met 31 december 2005 schuldig heeft gemaakt aan een in een marge-utholling resulterende praktijk. Het Gerecht heeft derhalve artikel 1, lid 2, en artikel 2 van het bestreden besluit gedeeltelijk nietig verklaard voor zover het Slovak Telekom betreft, en het bedrag van de krachtens artikel 2, eerste alinea, onder a), van dit besluit aan Slovak Telekom opgelegde geldboete verlaagd.
- 561 In casu heeft het Gerecht dezelfde gevolgen verbonden aan de in punt 560 hierboven vermelde fout (zie punten 557 en 558 van dit arrest). Verzoekster kan het Gerecht dus niet verzoeken om in de onderhavige zaak de nodige consequenties te trekken uit voornoemd arrest Slovak Telekom/Commissie (T-851/14). Dit betekent dat de op het arrest van 22 januari 2013, Commissie/Tomkins (C-286/11 P, EU:C:2013:29), steunende vordering van verzoekster moet worden afgewezen.
- 562 Bijgevolg wordt het bedrag van de geldboete waarvoor Deutsche Telekom hoofdelijk aansprakelijk is, bepaald op 38 061 963 EUR en het bedrag van de geldboete waarvoor Deutsche Telekom als enige aansprakelijk is, op 19 030 981 EUR. Voor het overige wordt de vordering tot intrekking dan wel verlaging van de geldboete afgewezen.

IV. Kosten

- 563 Volgens artikel 134, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Volgens artikel 134, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering draagt elke partij haar eigen kosten, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk wordt gesteld. Indien dit gelet op de omstandigheden van de zaak gerechtvaardigd voorkomt, kan het Gerecht evenwel beslissen dat een partij behalve in haar eigen kosten ook in een deel van de kosten van de andere partij wordt verwezen.

- 564 In casu zijn de Commissie en interveniënte gedeeltelijk in het ongelijk gesteld. Verzoekster heeft echter niet gevorderd dat interveniënte in de kosten wordt verwezen. Zij heeft enkel gevorderd dat de Commissie in de kosten wordt verwezen.
- 565 In deze omstandigheden moet worden beslist dat verzoekster vier vijfde van haar eigen kosten en vier vijfde van de kosten van de Commissie en interveniënte zal dragen, overeenkomstig de vorderingen van deze laatsten. De Commissie zal, behalve een vijfde van haar eigen kosten, een vijfde van de kosten van verzoekster dragen. Interviënte zal een vijfde van haar eigen kosten dragen.

HET GERECHT (Negende kamer – uitgebreid),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Artikel 1, lid 2, onder d), van besluit C(2014) 7465 final van de Commissie van 15 oktober 2014 inzake een procedure op grond van artikel 102 VWEU en artikel 54 van de EER-overeenkomst (zaak AT.39523 – Slovak Telekom) wordt nietig verklaard voor zover daarin wordt geconstateerd dat Deutsche Telekom AG in de periode van 12 augustus tot en met 31 december 2005 onbillijke tarieven heeft gehanteerd waardoor een even efficiënte exploitant die gebruikmaakt van de wholesaletoegang tot de ontbundelde aansluitnetten van Slovak Telekom, a.s. niet in staat was de door Slovak Telekom aangeboden retaildiensten te repliceren zonder verlies te lijden.**
- 2) **Artikel 2 van besluit C(2014) 7465 final wordt nietig verklaard voor zover daarin het bedrag van de hoofdelijke geldboete die aan Deutsche Telekom is opgelegd, is vastgesteld op 38 838 000 EUR en het bedrag van de geldboete die uitsluitend aan Deutsche Telekom AG is opgelegd, is vastgesteld op 31 070 000 EUR.**
- 3) **Het bedrag van de hoofdelijk door Deutsche Telekom verschuldigde geldboete wordt vastgesteld op 38 061 963 EUR en het bedrag van de uitsluitend door Deutsche Telekom verschuldigde geldboete wordt vastgesteld op 19 030 981 EUR.**
- 4) **Het beroep wordt verworpen voor het overige.**
- 5) **Deutsche Telekom AG zal, behalve vier vijfde van haar eigen kosten, vier vijfde van de kosten van de Europese Commissie en vier vijfde van de kosten van Slovanet, a.s. dragen.**
- 6) **De Commissie zal, behalve een vijfde van haar eigen kosten, een vijfde van de kosten van Deutsche Telekom dragen.**
- 7) **Slovanet zal een vijfde van haar eigen kosten dragen.**

Van der Woude

Gervasoni

Madise

da Silva Passos

Kowalik-Bańczyk

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 13 december 2018.

ondertekeningen