
HOF VAN BEROEP BRUSSEL 14 JANUARI 2015

MEDEDINGING**Europees mededingingsrecht – Machtspositie – Misbruiken – Excessieve prijzen**

Er is sprake van een onbillijke prijs wanneer die niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde prestatie of gevoelig boven de daartoe als relevant weerhouden competitieve benchmark uitstijgt.

De waarde van de gratis verkregen CO₂-emissierechten vormt in hoofdte van de betrokken partij een opportuniteitskost, en maakt deel uit van de economische waarde van de geleverde prestatie. Bijgevolg bestaat er een redelijke bedrijfseconomische verantwoording voor de (indirecte) doorrekening ervan in de prijs voor elektriciteit geleverd aan grootgebruikers. Deze doorrekening resulteert niet in het aanrekenen van een buitensporige of onbillijke totale prijs.

Dit sluit evenwel niet uit dat wegens bepaalde bijzondere omstandigheden de doorrekening niettemin toch als een misbruik van machtspositie zou kunnen worden gekwalificeerd.

NMBS NV / Electrabel NV

Zet.: P. Blondeel, E. Bodson en R. Van Ransbeeck (raadsheren)

Pl.: Mrs. W. Geldhof, H. Viaene en A. Vroninks, Cherrete

Zaak: 2010/AR/3112

(...)

III. Vorderingen na het deskundigenverslag

12. De NMBS vraagt haar hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren.

(...)

IV. Beoordeling ten gronde

14. (...)

Volgens de NMBS toont het deskundigenverslag onomstotelijk aan dat Electrabel de opportuniteitskost van de door haar gratis verkregen emissierechten doorrekent in haar elektriciteitsprijs en maakt dit een driedubbele fout uit waardoor de NMBS beweert schade te hebben geleden.

Dit maakt volgens de NMBS een fout uit omdat Electrabel:

(a) misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie door onbillijke prijzen en onbillijke contractvoorwaarden op te leggen aan de NMBS;

(b) artikel 1, § 2 van de wet van 22 januari 1945 betreffende de economische reglementering en prijzen (BS 24 januari

CONCURRENCE**Droit européen de la concurrence – Position dominante – Abus – Prix excessifs**

Un prix est inéquitable lorsqu'il n'est pas en rapport raisonnable avec la valeur économique du service fourni ou lorsqu'il excède notablement le point de référence compétitif considéré comme pertinent.

La valeur de quotas d'émissions de CO₂ alloués gratuitement constitue un coût d'opportunité dans le chef de la partie concernée, et fait partie de la valeur économique de la prestation fournie. Par conséquent, une justification économique raisonnable pour son intégration (indirecte) dans le prix facturé pour l'électricité fournie aux grands utilisateurs existe. Cette facturation ne donne pas lieu à l'imposition d'un prix total excessif ou non équitable.

Cela n'exclut cependant pas qu'en raison de certaines circonstances spéciales, la facturation soit qualifiée comme abus de position dominante.

1945) (hierna de “prijzenwet”) schendt dat verkopen verbiedt tegen prijzen hoger dan de “normale prijzen”;

(c) artikel 23ter van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt (BS 11 mei 1999) schendt (hierna de “elektriciteitswet”).

Het verweer van Electrabel luidt dat de NMBS faalt wat betreft het bewijs van het bestaan van een extracontractuele fout in haren hoofdte.

Verder betoogt zij dat de NMBS alleszins het bestaan van een zekere en persoonlijke schade niet bewijst evenmin als de hoogte van die vermeende schade.

Ten slotte voert zij aan dat er geen oorzakelijk verband bestaat tussen de beweerde fout en de mogelijke schade.

A. Wat betreft de bewijslast en bewijsdrempel

(...)

18. Wat betreft het vereiste bewijs van een misbruik in de relatie tussen de NMBS en Electrabel heeft het hof reeds geoordeeld in het tussenarrest van 11 oktober 2011 (randnr. 22, arrest van 11 oktober 2011) dat dit bewijs niet vereist is om het misbruik te bewijzen nu met een aantasting

van het algemeen economisch belang dat gepaard gaat met een misbruik van economische machtspositie de openbare orde is gemoed en dit een voldoende grondslag is om een bepaald ondernemingsgedrag als misbruik van machtspositie te kwalificeren. Het hof oordeelde met name dat de betreffende bewijsvoering niet enkel de behartiging van private belangen beoogt maar ook de economische ordening als zodanig.

Wegens die implicatie van algemeen economisch belang, is het ook niet relevant of het beweerde misbruik desgevallend werd gepleegd in een contractuele relatie tussen de geïseerde onderneming en een derde (randnr. 22, arrest van 11 oktober 2011).

Het volstaat m.a.w. te bewijzen dat Electrabel op de relevante markt buitensporige of onbillijke prijzen aanreket – zonder dat daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat – om een fout in hoofde van Electrabel te kunnen vaststellen.

19. Wat betreft de door de eerste rechter aan de NMBS opgelegde bewijsdrempel van het bestaan van een kennelijk of buitensporig hoge prijs, dient de rechter te oordelen over de vraag of een onderneming met een machtspositie een buitensporige of onbillijke prijs aanreket met inachtneming van de door de Europese rechtspraak ontwikkelde criteria. Die impliceren dat de aangerekende prijs in een redelijke verhouding moet staan ten opzichte van de economische waarde van een prestatie. D.w.z. de rechter moet om het bestaan van een onbillijke prijs te kunnen vaststellen beschikken over de vereiste bewijselementen die hem toestaan om naar rede aan te nemen dat deze aangerekende prijs kennelijk onevenredig is in die zin dat hij de gehanteerde competitieve benchmarkprijs of de vastgestelde economische waarde gevoelig overschrijdt (HvJ 11 november 1986, *British Leyland, Jur.* 1986, randnr. 30). Daarbij dient rekening gehouden te worden met de mate van representativiteit in termen van vergelijkbaarheid en accuraatheid van de gekozen benchmarkwaarde (R. O'DONOGHUE en J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oxford and Portland, Oregon, 2013, p. 755 tot 757 met verwijzingen).

(...)

B. Wat betreft het bestaan van een fout

(...)

1. Misbruik van economische machtspositie

(...)

(C) BEOORDELING

(...)

26. Zoals hierna wordt aangegeven heeft het hof in zijn tussenarrest van 11 oktober 2011 reeds geoordeeld dat Electrabel over een machtspositie beschikte (bedoeld is tijdens de relevante periode 2005 tot 2012) op de relevante (geogra-

fische en product) markt zodat op dit punt zijn rechtsmacht is uitgeput (zie hierna randnr. 37). Dat Electrabel op de groothandelsmarkt voor elektriciteit geen prijszetter zou zijn zoals zij beweert in conclusie na deskundigenverslag is overigens in het licht van de door het hof weerhouden marktdefinitie irrelevant.

27. Opdat er sprake zou zijn van misbruik van machtspositie moet de NMBS dus verder aantonen of aannemelijk maken, zoals zij aanvoert, dat Electrabel rechtstreeks of zijdelings onbillijke verkoopprijzen of contractuele voorwaarden oplegt.

Objectieve rechtvaardiging als uitsluitingsgrond

28. Electrabel roept in eerste instantie bij wijze van verweer het bestaan van een uitsluitingsgrond in waardoor het abusief karakter van de litigieuze gedraging vervalt. De NMBS betwist dat er sprake is van een objectieve rechtvaardiging.

29. In hoofdorde voert Electrabel als verweer aan dat het ETS en zijn doelstellingen een objectieve rechtvaardiging vormt die de toepassing van artikel 102 VWEU uitsluit. Zij stelt dat niet het gedrag of de marktpositie van Electrabel maar wel het ETS aan de oorsprong ligt van de doorrekening van de opportuniteitskosten inzake CO₂-emissierechten.

Electrabel betoogt met andere woorden dat de litigieuze doorrekening niet gesteund was op haar beweerde machtspositie maar op het bestaan van het ETS. Zij verwijst daarbij naar de rechtspraak van het HvJ en de richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (mededeling van de Commissie, *Pb.* 24 februari 2009, C. 45/02) en stelt dat een praktijk die objectief gerechtvaardigd is, geen misbruik uitmaakt.

Het verweer van Electrabel roept twee fundamentele bezwaren op.

31. Vooreerst veronderstelt het dat er geen sprake van misbruik zou zijn wanneer de betrokken onderneming zich niet heeft gesteund op haar machtspositie om de litigieuze praktijk toe te passen. De toepassing van artikel 102 VWEU vereist evenwel niet dat er een strikt causaal verband bestaat tussen de litigieuze praktijk en het effectieve aanwenden van een dominante machtspositie. Het is met andere woorden in bepaalde gevallen mogelijk om misbruik te maken van een machtspositie ook wanneer de betrokken dominante onderneming zich op dezelfde manier gedraagt als een niet dominante onderneming. Electrabel kan met andere woorden niet zonder meer stellen dat er wegens het bestaan van het ETS geen sprake meer kan zijn van misbruik van economische machtspositie in haar hoofde.

32. Een tweede bezwaar betreft de toepassing van de bestaande rechtspraak inzake objectieve rechtvaardiging die betrekking heeft op zogenaamd *uitsluitingsgedrag* ten aanzien van concurrenten of het in onderhavige zaak relevante

uitsluitingsgedrag ten aanzien van afnemers. De ter zake van uitsluitingsgedrag toegepaste criteria en toepassingsgevallen kunnen niet zomaar getransponeerd worden op het aanrekenen van buitensporige prijzen. Indien op grond van de bestaande rechtspraak kan verdedigd worden dat ook in zaken van te hoge prijzen het niet onmogelijk is om een objectieve verantwoording te geven, moet vastgesteld worden dat er tal van mogelijke verklaringen kunnen bestaan voor het aanrekenen van prijzen die hoger liggen dan de concurrentiële prijs.

33. Een eerste mogelijke objectieve rechtvaardiging, het bestaan van overheidsdwang, is in onderhavig geval alleszins niet aanwezig nu de overheid aan Electrabel en de andere betrokken ondernemingen geen verplichting oplegt om de opportunitetskosten van de emissiecertificaten door te rekenen aan de afnemers.

Volgens Electrabel volstaat het evenwel om aan te tonen dat de litigieuze gedraging voortvloeit uit en haar bestaansreden vindt in een overheidsmaatregel en bijgevolg niet mogelijk werd gemaakt door het bestaan van marktmacht. Met verwijzing naar de *AstraZeneca* zaak (HvJ 6 december 2012, C-457/10, r.o. 135) betoogt Electrabel terecht dat het niet noodzakelijk moet gaan om een overheidsmaatregel die aan de betrokken onderneming geen keuze laat maar dat het evenzeer kan gaan om een maatregel die haar zware verplichtingen oplegt.

Electrabel toont evenwel niet aan welke zware verplichtingen die voor haar voortvloeien uit het ETS-systeem op zich de litigieuze doorrekening van de opportunitetskost van de emissiecertificaten zouden noodzakelijk maken. Overigens heeft de door Electrabel geciteerde rechtspraak betrekking op uitsluitingsgedrag vanwege de betrokken dominante onderneming en niet op het aanrekenen van te hoge prijzen.

Het hof kan bijgevolg geen objectieve noodzaak vaststellen voor het litigieuze gedrag.

Het (*in casu* indirect via de groothandelsprijs) doorrekenen van de opportunitetskost van de gratis verkregen emissierechten aan de grootafnemers van elektriciteit kan dan al een oogmerk zijn binnen het kader van de milieudoelstellingen dat het handelssysteem ingevoerd door ETS nastreeft, zoals ook in het deskundigenrapport wordt gesteld, Electrabel toont daarmee nog niet aan dat het voor haar om een wettelijke verplichting of een objectieve noodzakelijkheid gaat m.a.w. dat de doorrekening onmisbaar zou zijn om conform de ETS-doelstellingen te handelen. Electrabel is op dit punt niet belast met een specifieke taak van openbaar nut, evenmin als de andere elektriciteitsproducenten.

34. Dat er een redelijke bedrijfseconomische verantwoording bestaat voor de doorrekening is overigens niet voldoende om te beantwoorden aan de vereisten van wat in de rechtspraak verstaan wordt onder de uitsluitingsgrond van de objectieve rechtvaardiging.

Wanneer er volgens de deskundigen sprake is van een redelijke verantwoording – gebaseerd op de benchmark van de efficiënt opererende onderneming – voor de doorrekening is dit veeleer een argument dat betrekking heeft op de vraag of er *in casu* wel sprake is van het opleggen van een buitensporige en onbillijke prijs (zie hierna vanaf randnr. 39) dan een antwoord op de vraag of er wel misbruik mogelijk is.

Dit geldt met name voor de verwijzing door Electrabel naar het gedrag van haar concurrenten en naar de groothandelsmarktprijs op de termijnmarkt als competitieve benchmark die de basis vormt voor de door haar aan NMBS aangerekende tarieven en waarop Electrabel naar eigen zeggen geen vat zou hebben. Noch het gedrag van de concurrenten, noch het bestaan van een dergelijke benchmark maakt op zich een objectieve rechtvaardiging uit voor het opleggen van buitensporig hoge prijzen in hoofde van Electrabel. Dit is des te meer het geval nu deze zogenaamd objectieve referentieprijs dezelfde is ongeacht het productiepark en de kostenstructuur en dus ook de uiteenlopende winstmarges van de betrokken ondernemingen en het ook niet uitgesloten is dat Electrabel in bepaalde omstandigheden door haar omvang vat kan hebben op die marktprijs die in voorkomend geval geen zuiver exogene factor vormt. Ten overvloede kan hier verwezen worden naar de beslissing van de BMa waartegen door Electrabel geen beroep werd aangetekend. Deze beslissing wijst minstens op deze mogelijkheid tot beïnvloeding (ABC-2014-I/O-15 van 18 juli 2014, randnr. 87 en 143).

Het feit dat Electrabel, zoals de deskundigen bevestigen, geen vat heeft op de marktprijs van de emissierechten die (gedeeltelijk) doorgerekend worden in de groothandelsmarktprijs voor grootgebruikers en dat zij de mate van indirecte doorrekening ervan niet bepaalt en zelfs niet kent, is evenmin van aard de litigieuze doorrekening te kunnen rechtvaardigen. Electrabel is immers niet verplicht de groothandelsprijs als basis te nemen voor met grootgebruikers genegotieerde tarieven zoals ze ook niet verplicht is daarin de opgenomen waarde van de emissierechten mee te nemen. Zij zou immers in principe (voor zover er geen sprake is van discriminerend lage of wurgprijzen ten aanzien van concurrenten bv.) haar tarieven op *cost-plus*-basis (kostprijs van de productie plus marge gelijk aan de vergoeding voor het ingezette kapitaal zoals in een gereguleerde markt) kunnen onderhandelen en daarin naast de brandstofkosten al dan niet een CO₂-component geheel of gedeeltelijk opnemen. Bijgevolg is het risico van een dubbele (in de groothandelsprijs reeds begrepen en nadien nogmaals toegevoegd bij de kosten) doorrekening ook geen argument om de indirecte doorrekening via de groothandelsprijs als noodzakelijk te rechtvaardigen.

Bovenstaand standpunt wordt uitdrukkelijk bevestigd door de rechtspraak van het HvJ in de zaak *Iberdrola* (HvJ 17 oktober 2013, in de gevoegde zaken C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11 en C-640/11).

Enerzijds wordt in punt 31 erkend dat de doorrekening economisch verantwoord kan zijn:

“Zoals de verwijzende rechter uiteenzet, is deze handelwijze uit economisch oogpunt inderdaad relevant, aangezien aan het gebruik door een onderneming van emissierechten die haar kosteloos zijn toegewezen, impliciete kosten zijn verbonden, zogenoemde opportuniteitskosten, daarin bestaande dat die onderneming afziet van de inkomsten die zij zou realiseren door die emissierechten op de markt voor emissierechten te verkopen. De combinatie van deze handelwijze met het systeem van vaststelling van de prijs op de elektriciteitsproductiemarkt in Spanje leidt echter ertoe dat elektriciteitsproducenten overwinst (‘windfall profits’) behalen.”

Anderzijds wordt in punt 41 uitdrukkelijk gesteld dat het kunnen doorrekenen geen noodzaak uitmaakt voor de betrokken ondernemingen:

“Hieruit volgt dat het bij richtlijn nr. 2003/87 ingevoerde mechanisme van kosteloze toewijzing van emissierechten niet vereist dat de elektriciteitsproducenten de waarde van deze emissierechten in de elektriciteitsprijzen kunnen doorberekenen en aldus overwinst kunnen behalen.”

35. Het ETS-handelssysteem voor emissierechten mag met andere woorden dan al door prijssignalen prikkels geven voor het in aanmerking nemen van deze rechten als opportuniteitskost door Electrabel en andere producenten, het bestaan van ETS als dusdanig sluit een mogelijk misbruik van machtspositie en de toepassing van artikel 102 VWEU niet uit, met name indien het aanleiding geeft tot het opleggen van buitensporige, onbillijke prijzen.

Bijgevolg zal het verweer van de redelijke verantwoording hierna beoordeeld worden in het licht van de vraag of de indirecte en gedeeltelijke doorrekening van de emissierechten door Electrabel al dan niet resulteert in het opleggen van een buitensporige, onbillijke verkoopprijs.

Economische machtspositie op de relevante markt

36. Electrabel ontkent niet dat zij, althans op basis van de huidige beschikkingspraktijk van de Europese Commissie en de Belgische Raad voor de Mededinging (thans Belgische Mededingingsautoriteit), op de Belgische markt voor de levering van elektriciteit aan grote industriële en commerciële eindgebruikers een machtspositie had in de relevante periode.

Dit werd recent nog bevestigd in de reeds geciteerde beslissing van de BMA van 18 juni 2014 waarin gesteld wordt wat volgt in randnr. 87:

“La capacité totale de production, les parts de marché sur le marché en cause ainsi que sur le marché en aval, et la liquidité encore limitée du marché au cours de la période litigieuse permettent de conclure qu’ELECTRABEL détenait une position dominante sur le marché de la génération, de la

vente en gros et du négoce de l’électricité en Belgique dans les années 2007 à 2010.”

Vrije vertaling:

“Op basis van de totale productiecapaciteit, de marktaandeelen op de relevante markt alsook op de stroomafwaartse markt en de nog beperkte liquiditeit van de markt in de litigieuze periode kan worden besloten dat ELECTRABEL een economische machtspositie bezat op de markt van de productie, de groothandel en de verkoop in België in de jaren 2007-2010.”

37. Electrabel meent echter dat de markt voor de verkoop en levering van elektriciteit aan grote eindgebruikers in België *in casu* niet de relevante markt uitmaakt in tegenstelling tot wat de eerste rechter besliste en het hof impliciet aanneemt in het tussenarrest van 11 oktober 2011.

Zij stelt dat het relevante product datgene is dat de opportuniteitskosten van de CO₂-emissierechten incorporeert. Dit is volgens haar de verkoop van elektriciteit op de internationale termijnmarkt op groothandelniveau. Immers het is deze prijs waaraan de elektriciteit wordt verkocht op de internationale termijnmarkt op groothandelniveau die, in een geliberaliseerde markt, als referentie geldt voor de prijszetting naar de (grote) afnemers toe. Het is deze prijs die de opportuniteitskosten inzake CO₂-emissierechten incorporeert.

Electrabel kan in dit verweer dat zij voor het eerst aanvoert in haar conclusie na deskundigenverslag evenwel niet worden gevolgd. Het is niet omdat de tarieven die aan de NMBS worden aangerekend onderhandeld worden op basis van de prijs van elektriciteit op de termijnmarkt op groothandelniveau dat het misbruik van economische machtspositie zich ook op die markt moet situeren. Zoals hierboven reeds aangegeven is Electrabel immers niet verplicht om deze marktprijs te volgen bij haar prijszetting in België.

Het beweerd misbruik van machtspositie situeert zich evenwel binnen de relatie tussen Electrabel en haar afnemers-grootgebruikers en dus op een kleinhandelsmarkt. Nergens blijkt dat deze grootverbruikers zoals de NMBS tegenpartij zouden zijn van (buitenlandse) producenten op groothandelniveau.

Zij zijn tegenpartij van Electrabel op het segment van de kleinhandelsmarkt dat betrekking heeft op grote commerciële en industriële afnemers.

Electrabel voert ook geen bewijskrachtige elementen aan die haar stelling zouden ondersteunen en het hof zou nopen de marktdefinitie te herzien voor wat betreft de betrokken periode.

Met de NMBS dient overigens gesteld te worden dat het feit dat de opportuniteitskosten voor de gratis verkregen CO₂-emissierechten geïncorporeerd zijn in de prijs voor de elektriciteit zoals die gevormd wordt op de termijnmarkt op

groothandelsniveau niet wegneemt dat diezelfde opportuniteitskosten eveneens zij het indirect deel uitmaken van de elektriciteitsprijs die Electrabel aanrekent op de kleinhandelsmarkt voor levering aan grote commerciële en industriële klanten.

38. Wat betreft de marktafbakening worden de argumenten voor en tegen een nationale afbakening niet verder in overweging genomen nu zoals aangegeven het hof reeds oordeelde dat Electrabel op de als relevant te weerhouden nationale productmarkt in de betrokken periode over een economische machtspositie beschikte.

Misbruik van machtspositie

39. De NMBS voert aan dat Electrabel misbruik heeft gemaakt van haar economische machtspositie door het opleggen van onbillijke prijzen en onbillijke verkoopsvoorwaarden.

Electrabel betwist dat er sprake zou zijn van misbruik van machtspositie.

De bewijslast inzake het aanrekenen van onbillijke prijzen ligt in essentie bij de partij die het bestaan van misbruik aanvoert. Het is bijgevolg aan de NMBS om aan te tonen dat voldaan is aan de voorwaarden die de rechtspraak hanteert bij de toepassing van artikel 102 VWEU inzake onbillijke prijzen.

40. Niet alleen moet er sprake zijn van een hoge boekhoudkundige of financiële winstmarge in hoofde van de dominante onderneming (er moet een substantieel verschil zijn tussen de werkelijk gedragen kost en de werkelijk aangerekende prijs) ook dient de aangerekende prijs op zich of in vergelijking met een concurrentiële benchmark onbillijk te zijn. De aanwezigheid van een buitensporige winstmarge volstaat dus niet om het bestaan van misbruik door het opleggen van onbillijke prijzen te kunnen vaststellen.

41. Er is met name sprake van een onbillijke prijs wanneer die niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde prestatie of gevoelig boven de daartoe als relevant weerhouden competitieve benchmark uitstijgt.

De economische waarde van een product of dienst kan niet zonder meer gelijkgesteld worden aan de totale productiekost verhoogd met een bepaalde redelijke winstmarge (*cost-plus*-benadering).

De prijsvorming kan ook het resultaat zijn van het bijzonder belang dat consumenten hechten aan bepaalde kenmerken van een product (bv. merkbekendheid). Voor een onderneming kan het ook redelijk verantwoord zijn om belangrijke verzonken kosten zoals initiële investeringen die zich niet vertalen in een boekhoudkundige kost in rekening te brengen.

Ook andere onlichamelijke waarden (bv. een bepaalde gunstige ligging of lange termijn bevoorradingscontracten) kunnen een onderdeel zijn van de economische waarde van een product.

42. Ook het opnemen van opportuniteitskosten in de berekening van de economische waarde kan vanuit bedrijfseconomisch standpunt redelijk verantwoord zijn zoals de Europese Commissie uitdrukkelijk verklaarde in haar beslissing van 23 juli 2004 in de zaak COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB / Port of Helsingborg* (randnr. 209):

“The Commission argued that the land used by the port for the ferry-operations is very valuable in itself. Keeping the ferry-operations there instead of using the land for other purposes is likely to represent an opportunity cost for the City of Helsingborg (the unique shareholder of the port).”

Vrije vertaling:

“De Commissie stelt dat het terrein dat de haven gebruikt voor haar ferry-activiteiten op zichzelf een grote waarde heeft. De ferry-activiteiten op die plaats behouden in plaats van de terreinen voor een ander doel te gebruiken maakt kennelijk een opportuniteitskost uit voor de stad Helsingborg (de enige aandeelhouder van de haven).”

(...)

Terecht stelt de NMBS in dit verband nog dat een specifieke schending van haar belangen of van deze van de consument geen afzonderlijke voorwaarde vormt voor de toepassing van de verbodsbepaling van artikel 102, a) VWEU wegens onbillijk hoge prijzen. Dergelijke negatieve gevolgen worden immers geacht voort te vloeien uit het opleggen zelf van buitensporige prijzen.

(...)

44. Zoals hiervoor reeds aangegeven volstaat een abnormaal hoge winstmarge (wanverhouding tussen aangerekende verkoopprijs en werkelijk gedragen kostprijs) niet opdat er sprake zou zijn van onbillijke prijzen. Ook de totale prijs zelf dient buitensporig te zijn ten aanzien van de economische waarde van het product of in vergelijking met een gepaste competitieve benchmark.

De NMBS betoogt evenwel terecht dat als één belangrijke component van de prijs (*in casu* de doorberekende CO₂-toeslag) onredelijk hoog d.w.z. niet zakelijk verantwoord is, dat het mogelijk is dat de prijs in zijn geheel genomen dan ook niet meer in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde prestaties (conclusie NMBS, randnr. 140).

(...)

Het hof oordeelt hierover als volgt.

47. Vooreerst dient te worden vastgesteld dat de NMBS in conclusies redelijke verantwoording en objectieve recht-

vaardiging lijkt te assimileren (conclusie NMBS, randnr. 154).

Zoals reeds aangegeven betreft het begrip objectieve rechtvaardiging externe factoren (dwingend overheidsoptreden, objectieve noodzaak, acties van andere ondernemingen, ...) die mogelijke uitsluitingsgronden uitmaken voor ondernemingsgedrag waarvan het inbreukmakend karakter is aange- toond (zie *supra*, randnr. 34).

Er is daarentegen sprake van redelijke verantwoording voor het aanrekenen van een kost in een prijs wanneer daarvoor een aanvaardbaar bedrijfseconomisch motief voorhanden is. De vraag naar een redelijke verantwoording stelt zich m.a.w. in het kader van het beoordelen van het onbillijk karakter van de prijs.

48. Het verweer van Electrabel dat de doorrekening van opportuniteitskosten in verband met de gratis verkregen emissierechten *in casu* bedrijfseconomisch verantwoord is, past in de argumentatie betreffende de redelijke verantwoording zoals hierboven aangegeven.

(...)

49. De NMBS kwalificeert m.a.w. ten onrechte een opportuniteitskost als een niet kostgerelateerde factor. Een opportuniteitskost vormt bedrijfseconomisch wel degelijk een kost voor een onderneming ook al vertegenwoordigt hij geen boekhoudkundige kost of onmiddellijke pecuniaire uitgave maar een derven van de mogelijke hogere inkomsten die een actief bestanddeel zou kunnen genereren bij een alternatieve aanwending. (...)

50. De waarde van de gratis bekomen emissiecertificaten voor de betrokken onderneming in een geliberaliseerde elektriciteitsmarkt is gelijk aan de verkoopwaarde ervan die vanuit bedrijfseconomisch standpunt dient dus te worden toegevoegd aan de brandstofkosten om de marginale kost voor de productie van elektriciteit te berekenen.

Het hof besluit uit het bovenstaande dat de waarde van gratis verkregen CO₂-emissierechten in hoofde van Electrabel een opportuniteitskost vormt en deel uitmaakt van de economische waarde van de geleverde prestatie. Zodoende oordeelt het hof dat er – zoals bevestigd door de deskundigen – in beginsel een redelijke bedrijfseconomische verantwoording bestaat voor de (indirecte) doorrekening ervan in de prijs voor elektriciteit geleverd aan grootgebruikers en dat deze doorrekening als dusdanig niet resulteert in het aanrekenen van een buitensporige of onbillijke totale prijs.

Het voorgaande sluit evenwel niet uit dat wegens bepaalde bijzondere omstandigheden de doorrekening niettemin toch als een misbruik van machtspositie zou kunnen worden gekwalificeerd.

Bijzondere omstandigheden

(...)

Het argument luidt met andere woorden dat het gebrek aan concurrentie (*a fortiori* bij superdominantie) een bijzondere omstandigheid uitmaakt die aan de doorrekening van de gratis verkregen CO₂-emissiecertificaten door de dominante onderneming als opportuniteitskost haar bedrijfseconomische verantwoording geheel of gedeeltelijk ontnemt.

53. De NMBS kan hierin niet gevolgd worden aangezien in een afgeschermd markt niet (super)dominante ondernemingen evenmin bij hun prijszetting rekening dienen te houden met de (ontbrekende) externe prijsdruk.

De vraag of de opportuniteitskost van de gratis emissierechten in de praktijk kan worden doorgerekend heeft immers *in casu* weinig te maken met de marktpositie van een onderneming maar veeleer met de afwezigheid op de relevante markt van concurrenten die niet aan ETS zijn onderworpen (en dus van het bestaan van toetredingsdrempels die de markt afschermen) en waarvan niet is aangetoond dat Electrabel daarvoor verantwoordelijk zou zijn. De hogere door Electrabel aangerekende prijzen kunnen overigens op termijn juist internationale concurrentie aantrekken.

(...)

55bis. De door NMBS aangehaalde noodzaak van een kostenoriëntatie om de kostprijsberekening voor Electrabel te baseren op een *cost-plus*-model (conclusie, randnr. 177-180) kan trouwens evenmin worden weerhouden als bijzondere omstandigheid die de doorrekening van de gratis emissierechten haar redelijke verantwoording ontnemt. De betrokken elektriciteitsprijs heeft immers geen betrekking op een gereguleerde activiteit (zoals de aangehaalde voorbeelden in verband met transmissietarieven voor elektriciteit en tarieven van mobiele operatoren) en in het algemeen kan niet worden gesteld dat een dominante onderneming haar prijsbepaling volgens een *cost-plus*-model zou moeten vaststellen (zoals in een gereguleerde markt) om misbruik op grond van artikel 102 VWEU te vermijden. Zoals de deskundigen in hun verslag aangeven (p. 40) is het *cost-plus*-principe niet verenigbaar met een eengemaakte markt (de goedkoopste producent zal in dat geval niet kunnen voldoen aan de buitenlandse markt vraag en de stroom reserveren voor binnenlandse vraag) en resulteert het niet in een efficiënte prijszetting die dient te gebeuren op basis van de marginale kosten.

56. Ten slotte betoogt de NMBS nog dat de doorgerekende extra kosten geen of onvoldoende verband houden met de extra inspanningen die Electrabel dient te dragen ingevolge de naleving van de verplichtingen van het emissiehandelsstelsel. Volgens de NMBS komt deze praktijk neer op het toepassen van onbillijke contractvoorwaarden in de zin van artikel 102, tweede lid, a) VWEU.

De NMBS kan hierin niet gevolgd worden. Het argument van de NMBS en de door haar aangehaalde gevallen uit de rechtspraak hebben betrekking op het aanrekenen van een extra kost die niet in verhouding staat tot een bijkomende

prestatie. In tegenstelling tot wat de NMBS beweert kan de indirecte doorrekening van de gratis emissierechten door Electrabel niet gekwalificeerd worden als het aanrekenen van een extra kost voor een extra prestatie. Electrabel levert immers geen prestatie aan de NMBS in ruil voor een aangerekende extra kost. Het gaat veeleer om een voorheen maatschappelijke kost die nu wordt opgenomen in de prijs aan de gebruiker.

De extra prijs die Electrabel indirect aanreken, weerspiegelt de opportuniteitskost ontstaan ten gevolge van het niet kunnen verhandelen van de voor de CO₂-uitstoot benodigde emissiecertificaten. Een vergelijking tussen de aangerekende kost en de extra geleverde prestatie is dus niet pertinent *in casu*.

(...)

Het feit dat de dominante onderneming ten gevolge van de doorrekening van gratis emissierechten maatschappelijk onwenselijke *windfall gains* realiseert, maakt die doorrekening op zich nog niet tot een misbruik in termen van artikel 102 VWEU. Mogelijkerwijs wordt omwille van die extra winst wel voldaan aan de eerste voorwaarde voor de toepassing van het misbruikverbod (hoge boekhoudkundige winstmarge). Dit impliceert niet noodzakelijk dat er een wanverhouding zou bestaan tussen de prijs en de economische waarde van de prestatie zoals eerder uiteengezet.

58. Ondergeschikt voert de NMBS nog aan dat voor een groot deel van de leveringen van elektriciteit door Electrabel (ong. 60%) er geen sprake is van enige opportuniteitskost omdat zij voor het overgrote deel van haar productiepark (nucleaire installaties en hernieuwbare energiebronnen) geen emissiecertificaten moet indienen. Voor deze productie ontvangt zij ook geen certificaten en toch wordt ook in de prijs voor deze elektriciteit een opportuniteitskost doorgerekend.

Het argument komt er op neer dat wat betreft de niet vervulende productie-eenheden van Electrabel er *de facto* geen redelijke verantwoording bestaat voor het via de groothandelsprijs doorrekenen van de waarde van gratis verkregen CO₂-emissiecertificaten in de aangerekende prijs.

59. De regel dat in een geliberaliseerde elektriciteitsmarkt de groothandelsprijs functie is van de variabele productiekost van de marginale centrale wordt aldus door de NMBS feitelijk in vraag gesteld. M.a.w. Electrabel zou enkel voor de productie van haar vervuilende centrales de opportuniteitskost van de emissiecertificaten mogen doorrekenen wat volgens de NMBS zou neerkomen op iets minder dan 40% (conclusie NMBS, randnr. 255). (...)

(...)

Deze bijzondere verantwoordelijkheid kan ook niet met zich meebrengen dat afnemers- grootgebruikers die door de omvang van hun afnamebehoefte in feite afhankelijk zijn van de leveringen van de dominante onderneming langs deze

weg hun aankoopmacht zouden kunnen uitspelen om de dominante onderneming te dwingen die *windfall profits* die zij gerealiseerd heeft op de met hen afgesloten transacties *post factum* naar hen over te hevelen zolang de aangerekende prijs zelf niet als onbillijk kan worden geduid.

Een prijs waarvoor zoals in onderhavig geval een redelijke bedrijfseconomische verantwoording bestaat wordt niet onbillijk door het loutere feit dat de betrokken onderneming een dominante positie op de markt inneemt. Een prijs is enkel onbillijk op zich – met name als er geen redelijke verantwoording voor bestaat – of in vergelijking met een gepaste competitieve benchmark.

66. Overigens meent het hof dat ook een strategie van winst-maximalisatie als dusdanig de redelijke bedrijfseconomische verantwoording voor een aangerekende prijs niet uitsluit nog los van de vraag of de extra winsten de dominante onderneming niet juist aanmoedigen om de infra-marginale centrales die weinig of geen CO₂-uitstoten (*cf.* deskundigenverslag, p. 23) te laten draaien en om te investeren in verdere reductie van CO₂-emissies en productiecapaciteit met lage of geen CO₂-uitstoot.

Besluit: Electrabel paste op de relevante markt in de betrokken periode geen onbillijke prijzen of verkoopvoorwaarden toe door het indirect doorrekenen van de gratis verkregen CO₂-emissierechten aan haar grote industriële en commerciële afnemers.

2. Het niet naleven van het verbod van verkoop tegen abnormale prijzen

(...)

72. Het hof oordeelt dat, onverminderd de vraag of de mededingingsregels met betrekking tot onbillijk hoge prijzen ten aanzien van de prijzenwet als algemene prijsreglementering niet als *lex specialis* voorrang genieten, zoals Electrabel betoogt, de door Electrabel aangerekende verkoopprijs – waarvan niet vaststaat dat hij niet in een redelijke verhouding staat ten opzichte van de economische waarde van de *in casu* aan industriële en commerciële afnemers geleverde prestatie en waarvan de bepaling overigens door alle leveranciers in België op basis van een groothandelsmarktprijs gebeurt waarvan niet kan gesteld worden dat Electrabel als prijsvolger (behoudens uitzonderlijke en tijdelijke omstandigheden) deze kan bepalen onafhankelijk van de andere marktspelers – bezwaarlijk abnormaal kan zijn in de zin van de prijzenwet.

Er is m.a.w. geen reden om te stellen dat de litigieuze verkoopprijs gevoelig afwijkt van de (markt)prijs die kennelijk ook door andere producenten van elektriciteit op de Belgische markt wordt aangerekend.

Overigens kan de prijs aan grootafnemers niet objectief vergeleken worden met de kleinhandelsprijs aangerekend door de elektriciteitsproducenten aan hun laagspanningsklanten.

Die laatste prijs wordt immers berekend op basis van de geïndexeerde parameters en niet op basis van de groothandelsprijs (CREG studie 9 maart 2006, randnr. 64 en van 15 mei 2008, randnr. 2). De prijs voor kleine gebruikers wordt met andere woorden nog steeds in grote mate berekend volgens de methodes die voordien op de gereguleerde markt heersten en bijgevolg kan deze niet beschouwd worden als de “norm” voor de prijs aan grootgebruikers op een volledig geliberaliseerde markt (CREG studie van 9 september 2010, (F)100909-CDC-948 over “*De kwaliteit van de Nc-parameter*”, randnrs. 1-4).

Het betreffen dus te onderscheiden marktsegmenten met eigen prijsvormingsmechanismen die niet kunnen vergeleken worden.

Besluit: er is geen sprake van het aanrekenen door Electrabel van abnormale prijzen in de zin van de prijzenwet.

3. *Het niet naleven van het gebod van een objectief verantwoorde verhouding tussen kosten en aangerekende prijzen*

73. NMBS stelt ten slotte nog dat in artikel 23ter van de elektriciteitswet een algemeen gedragsprincipe is vervat dat bedrijven in de elektriciteitssector bij hun prijsbepaling een *cost-plus*-regime moeten naleven waarbij sprake is van de vereiste van een objectief verantwoord verband tussen kosten en aangerekende prijzen.

(...)

Het hof oordeelt dat indien al zou moeten worden aangenomen dat artikel 23ter voor de rechter kan worden ingeroepen en afgedwongen dan nog niet kan worden gesteld dat de NMBS aantoonde dat de door Electrabel aangerekende elektriciteitsprijs niet op een “objectief verantwoorde wijze” in verhouding staat met de “kosten” van het bedrijf. Hiervoor

heeft het hof immers reeds aangenomen dat er niet alleen een redelijke verantwoording bestaat om de opportuniteitskost verbonden aan de gratis emissierechten door te rekenen in de elektriciteitsprijs maar ook dat ingevolge de prijsbepaling in de geliberaliseerde markt op basis van de variabele kost van de marginale centrale er ook geen sprake is van doorrekening van fictieve opportuniteitskosten zoals de NMBS stelt.

Gelet op het voorgaande dient aangenomen te worden op grond van de thans voorliggende gegevens dat de door Electrabel aangerekende elektriciteitsprijs niet in een onredelijke verhouding staat ten aanzien van de kosten die *in casu* de variabele kosten zijn van de laatst ingezette of marginale centrale.

Artikel 23ter legt in elk geval geen specifieke verplichting op aan de elektriciteitsproducenten om hun prijzen louter op een *cost-plus*-basis te berekenen zoals de NMBS beweert. De verwijzing naar een specifieke wettelijke regeling in die zin voor de groenestroomcertificaten in artikel 20quater van de elektriciteitswet is niet voldoende om hieruit af te leiden dat er sprake is van een in de sector algemeen geldend *cost-plus*-gedragsbeginsel. Het tegendeel kan hieruit worden besloten.

75. Besluit: er is geen schending van artikel 23ter elektriciteitswet door Electrabel aangetoond.

76. Algemeen besluit: er wordt niet aangetoond dat de door Electrabel aangerekende prijzen strijdig zijn met de door de NMBS aangehaalde wettelijke bepalingen en aldus een fout uitmaken waarvoor de NMBS een schadevergoeding kan vorderen.

Het hoger beroep is ongegrond en de vordering moet worden afgewezen.

(...)