



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
J. KOKOTT
van 11 december 2014¹

Gevoegde zaken C-293/13 P en C-294/13 P

**Fresh Del Monte Produce, Inc. e.a.
tegen**

Europese Commissie e.a.

„Hogere voorziening — Mededinging — Mededingingsregelingen — Onderling afgestemde feitelijke gedragingen — Europese bananenmarkt — Economische eenheid tussen moedermaatschappij en dochteronderneming — Vrijwillige beantwoording van een eenvoudig inlichtingenverzoek van de Commissie — Verlaging van de geldboete wegens medewerking tijdens de administratieve procedure — Mededingingsbeperkende strekking — Eén enkele voortgezette inbreuk”

Inhoud

I	– Inleiding	4
II	– Achtergrond van het geding	4
	A – Rechtsbetrekkingen tussen Del Monte en Weichert	4
	B – Administratieve procedure en litigieuze beschikking	5
III	– Procedure voor het Hof en conclusies van partijen	7
	A – Conclusies in zaak C-293/13 P	7
	B – Conclusies in zaak C-294/13 P	8
	C – Voeging van de zaken en mondelinge behandeling	9
IV	– Beoordeling van de hogere voorzieningen	9
	A – Preliminare vragen over de toelating tot interventie van Weichert	9
	1. Bevoegdheid van Weichert tot indiening van een memorie van antwoord	10

¹ — Oorspronkelijke taal: Duits.

2. Bevoegdheid van Weichert tot het instellen van incidentele hogere voorziening	11
3. Tussenconclusie	13
B – Principale hogere voorziening van Del Monte in zaak C-293/13 P	13
1. Eerste, derde en vierde middel: geen economische eenheid tussen Del Monte en Weichert, bewijslast, vermoeden van onschuld	13
a) Eerste middel: criteria voor de vaststelling van een economische eenheid	14
i) Ontvankelijkheid	14
ii) Gegrondheid	15
– Beïnvloeding van Weichert door Del Monte (tweede onderdeel van het eerste middel)	16
– Vermeende niet-opvolging van instructies door Weichert (eerste onderdeel van het eerste middel)	19
b) Derde en vierde middel: bewijslast en vermoeden van onschuld	20
i) Derde middel: bewijslast	21
ii) Vierde middel: vermoeden van onschuld	21
iii) Tussenconclusie	22
2. Tweede middel: onjuiste opvatting van bewijzen	22
a) De verschillende grieven inzake onjuiste opvattingen van de feiten	22
i) Verwijt van een onjuiste opvatting van de vennotenovereenkomst	22
– Vetorecht van de stille vennoot	22
– Vetorecht van de beherende vennoot	23
– Benoeming en ontslag van het bestuur	24
– Arbitragestelsel	24
ii) Onjuiste opvatting van een aantal andere stukken	25
– „Evenwicht van de bevoegdheden”	25
– Verklaringen van andere importeurs over de prijsvorming	26
– Brief van een externe advocaat aan Del Monte	27
– Memorie uit een nationale procedure	28
– Geen consolidatie van de financiële resultaten	28
iii) Tussenconclusie	28

b) Verplichting van het Gerecht tot een volledige beoordeling van het bewijsmateriaal ...	28
3. Vijfde middel: één enkele voortgezette inbreuk	29
C – Incidentele hogere voorziening van Weichert in zaak C-293/13 P	30
1. Eerste middel: bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging	31
a) Grief inzake tegenstrijdige motivering van het arrest	31
b) Grief inzake de onjuiste opvatting van bewijsmiddelen	32
c) Grief inzake het ontbreken van een toekomstgerichte informatie-uitwisseling	32
d) Tussenconclusie	33
2. Tweede middel: mededingingsbeperkende strekking	33
a) Relevante juridische criteria	34
b) Toepassing van de relevante juridische criteria op het concrete geval	35
– Aard en inhoud van de informatie-uitwisseling	35
– Frequentie en geregeld karakter van de informatie-uitwisseling	37
c) Tussenconclusie	37
3. Samenvatting van de incidentele hogere voorziening in zaak C-293/13 P	37
D – Principale hogere voorziening van de Commissie in zaak C-294/13 P	38
1. Eerste middel: Beantwoording van verzoeken om inlichtingen van de Commissie als grond voor een verlaging van de boete	38
2. Tweede middel: economische eenheid als voorwaarde voor de uitbreiding van verzachtende omstandigheden van dochteronderneming tot moedermaatschappij	41
a) Ontvankelijkheid	42
b) Gegrondheid	42
3. Samenvatting van de principale hogere voorziening in zaak C-294/13 P	43
E – Incidentele hogere voorzieningen van Weichert en Del Monte in zaak C-294/13 P: draagwijdte van het recht niet mee te werken aan de eigen veroordeling	43
V – Nieuwe berekening van de geldboete	44
VI – Kosten	45
VII – Conclusie	45

I – Inleiding

1. Deze hogere voorziening biedt het Hof de gelegenheid om zich uit te spreken over twee vraagstukken die van groot belang zijn voor het toekomstige administratieve optreden van de Commissie als mededingingsautoriteit.
2. Enerzijds moet worden toegelicht onder welke juridische voorwaarden een moedermaatschappij hoofdelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor de kartelinbreuken van haar dochteronderneming, wanneer dit niet een 100% of nagenoeg 100 % dochter is.
3. Anderzijds moet worden gezien of bij de berekening van een geldboete altijd van een verzachtende omstandigheid moet worden uitgegaan zodra een onderneming in de administratieve procedure naar behoren antwoordt op de inlichtingenverzoeken van de Commissie, of integendeel alleen ingeval de onderneming de Commissie op eigen initiatief – dus niet slechts *vrijwillig*, maar ook *spontaan* – inlichtingen verstrekt.
4. Daarnaast gaat het om een aantal detailkwesties in verband met de in het Europese mededingingsrecht gebruikte concepten „onderling afgestemde feitelijke gedraging”, „mededingingsbeperkende strekking” en „één enkele voortgezette inbreuk”.
5. Al deze kwesties spelen tegen de achtergrond van een „bananenkartel”, waarvan de deelnemers zich in verschillende lidstaten van de Europese Unie schuldig hebben gemaakt aan onderling afgestemde mededingingsverstoringende gedragingen. De Europese Commissie heeft bij beschikking van 15 oktober 2008² tegen een aantal karteldeelnemers miljoenenboetes opgelegd wegens schending van artikel 81 EG (thans artikel 101 VWEU). Op verzoek van Fresh Del Monte Produce heeft het Gerecht van de Europese Unie bij arrest van 14 maart 2013 (zaak T-587/08)³ de door de Commissie opgelegde geldboete duidelijk verminderd. Blijkbaar strekte dit arrest in eerste aanleg niet tot algemene tevredenheid, daar het thans door verschillende partijen deels in hogere voorziening, deels in incidentele hogere voorziening wordt aangevochten; op deze hogere voorzieningen dient het Hof hier gezamenlijk uitspraak te doen.
6. De onderhavige procedure in de gevoegde zaken C-293/13 P en C-294/13 P houdt nauw verband met de procedure in hogere voorziening in zaak C-286/13 P, waarin ik heden eveneens conclusie neem. De daarin gestelde rechtsvragen verschillen evenwel – met uitzondering van de problematiek van de „mededingingsbeperkende strekking” – duidelijk van die welke in de onderhavige zaken moeten worden opgelost.

II – Achtergrond van het geding

A – Rechtsbetrekkingen tussen Del Monte en Weichert

7. Het concern Fresh Del Monte Produce⁴ is een van de grootste verticaal geïntegreerde producenten, handelaars en distributeurs van verse en versgesneden groente en fruit ter wereld, en ook een van de belangrijkste producenten en distributeurs van vruchten- en groenteconserven, vruchtensappen, dranken, snacks en toetjes in Europa, de Verenigde Staten, het Midden-Oosten en Afrika. Het verhandelt zijn producten, met name bananen, in de hele wereld onder het merk Del Monte.

2 — Beschikking C(2008) 5955 definitief van de Commissie van 15 oktober 2008 in een procedure overeenkomstig artikel 81 [EG] (zaak COMP/39.188 – Bananen, samengevat in PB 2009, C 189, blz. 12); hierna: „litigieuze beschikking”.

3 — Arrest Fresh Del Monte Produce/Commissie (T-587/08, EU:T:2013:129); hierna: „bestreden arrest” of „arrest van het Gerecht”.

4 — Hierna: „Del Monte”.

8. Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert & Co. KG⁵ was ten tijde van de feiten een commanditaire vennootschap naar Duits recht, die zich hoofdzakelijk bezig hield met de verkoop van bananen, ananas en ander exotische vruchten in Noord-Europa. Van 24 juni 1994 tot en met 31 december 2002 had Del Monte een indirect belang van 80 % in Weichert, en wel via Del Monte-dochter Westeuropa-Amerika-Linie GmbH, waarover Del Monte in 1994 door middel van haar dochteronderneming Global Reefer Carriers Ltd. 100 % zeggenschap had verworven⁶. Weichert was tot en met 31 december 2002 de exclusieve distributeur van bananen van het merk Del Monte in Noord-Europa.

B – Administratieve procedure en litigieuze beschikking

9. Voorwerp van de administratieve procedure bij de Commissie was een onderling afgestemde feitelijke gedraging van meerdere op de bananenmarkt actieve ondernemingen (hierna: „betrokken ondernemingen”) – waaronder Weichert en, via Weichert, ook Del Monte – die gedurende de jaren 2000, 2001 en 2002 was gericht op coördinatie van de referentieprijzen voor bananen die in het noordelijke deel van Europa in de handel werden gebracht.

10. Naar het Gerecht heeft vastgesteld, worden bananen gewoonlijk groen vanuit Latijns-Amerikaanse havens naar Noord-Europa verscheept, waar zij meestal eenmaal per week worden aangevoerd.

11. De bananen worden ofwel rechtstreeks, in groene staat, of na een rijpingsproces van zeven dagen als gele bananen aan de Europese afnemers geleverd. De rijping kan worden verricht door of in naam van de invoerder of door de koper zelf worden georganiseerd. De klanten van de invoerders zijn over het algemeen rijpers of winkelketens.

12. De prijzen van deze bananen werden tijdens de betrokken periode in Noord-Europa volgens wekelijkse cycli aan de hand van referentieprijzen voor groene bananen vastgesteld. De referentieprijs voor gele bananen werd gewoonlijk bepaald op basis van de referentieprijs voor groene bananen, vermeerderd met een rijpingsvergoeding. De prijzen die door detailhandelaars en distributeurs werden betaald („reële prijzen” of „transactieprijzen” genoemd) berustten vervolgens ofwel op wekelijkse onderhandelingen, die normaliter op donderdagmiddag of vrijdag plaatsvonden, ofwel op leveringsovereenkomsten met vooraf bepaalde tariefformules.

13. De betrokken ondernemingen voerden vóór het vaststellen van de prijzen bilaterale gesprekken waarin zij de factoren bespraken die relevant waren voor de wekelijkse vaststelling van de referentieprijzen, prijstendensen bespraken of onthulden of aanwijzingen verstrekten over de te verwachten referentieprijs voor de daaropvolgende weken. Deze gesprekken vonden plaats voordat de betrokken ondernemingen hun referentieprijs vaststelden, wat gewoonlijk op woensdag gebeurde, en hadden alle betrekking op de toekomstige referentieprijzen. Het bedoelde voorafgaande prijsoverleg diende ertoe de onzekerheid te beperken over de referentieprijzen die de ondernemingen donderdagochtend dienden vast te stellen.

14. Bovendien wisselden de betrokken ondernemingen na de vaststelling van hun referentieprijzen op donderdagochtend bilateraal informatie over hun prijzen uit. Door die informatie-uitwisseling konden zij de individuele prijsbeslissingen toetsen aan de gesprekken die voordien, vóór de vaststelling van de tarieven, hadden plaatsgevonden, en hun samenwerking versterken.

5 — Hierna: „Weichert”.

6 — Gemakshalve gebruik ik de naam Del Monte ook ter aanduiding van de genoemde dochterondernemingen.

15. De bedoelde referentieprijzen dienden ten minste als marktsignalen, markttendensen en/of aanwijzingen met betrekking tot de gewenste ontwikkeling van de bananenprijs. Bovendien waren de prijzen bij bepaalde transacties rechtstreeks aan de referentieprijzen gekoppeld op grond van contractueel overeengekomen prijsformules.

16. De betrokken ondernemingen moesten bij het bepalen van hun marktgedrag noodzakelijkerwijs rekening houden met de informatie die zij van de concurrenten ontvingen. Chiquita en Dole hebben dit zelfs uitdrukkelijk toegegeven.

17. Op 8 april 2005 diende Chiquita bij de Commissie een verzoek om clementie in op grond van de mededeling inzake medewerking van 2002.⁷ Nadat de Commissie bij verschillende ondernemingen, onder meer in de kantoren van Del Monte en Weichert, inspecties had verricht en verschillende verzoeken om inlichtingen had verstuurd, zond zij op 20 juli 2007 een mededeling van punten van bezwaar aan tal van ondernemingen die actief waren op de bananenmarkt. De betrokken ondernemingen is tijdens de administratieve procedure inzage van het dossier verleend en zij werden van 4 tot en met 6 februari gehoord. Ten slotte stelde de Commissie de litigieuze beschikking op 15 oktober 2008 vast.

18. In de litigieuze beschikking stelde de Commissie vast dat een aantal ondernemingen, waaronder Del Monte en Weichert, inbreuk hadden gemaakt op artikel 81 EG door deel te nemen aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging waarmee zij de prijsnoteringen voor bananen coördineerden. Geografisch strekte de inbreuk zich uit tot België, Denemarken, Duitsland, Finland, Luxemburg, Nederland, Oostenrijk en Zweden.⁸ Naar de Commissie heeft vastgesteld waren Del Monte en Weichert in het tijdvak van 1 januari 2000 tot en met 31 december 2002 bij de inbreuk betrokken.⁹

19. Naar mening van de Commissie had de onderling afgestemde feitelijke gedraging een aanzienlijke invloed op de handel tussen de lidstaten, aangezien de grensoverschrijdende bananenmarkt in Noord-Europa werd gekenmerkt door een omvangrijk handelsvolume en het mededingingsverstorende gedrag een groot deel van de Gemeenschap bestreek.

20. De Commissie kwam tot de slotsom dat de gesprekken die Dole en Chiquita en Dole en Weichert vóór het vaststellen van de prijzen voerden, invloed konden hebben op de door de ondernemingen toegepaste prijzen in zoverre zij betrekking hadden op de prijsstelling. Deze gesprekken hebben volgens haar geleid tot een onderling afgestemde feitelijke gedraging die ertoe strekte de mededinging te beperken in de zin van artikel 81 EG.

21. De Commissie beschouwde alle in de litigieuze beschikking beschreven geheime afspraken als één enkele voortgezette inbreuk die ertoe strekte de mededinging in de Gemeenschap te beperken in de zin van artikel 81 EG. Chiquita en Dole waren volgens de Commissie aansprakelijk voor de inbreuk in haar geheel, terwijl zij Weichert slechts ter verantwoording riep voor het deel van de inbreuk waaraan zij had deelgenomen, namelijk het deel van de inbreuk dat betrekking had op de geheime afspraken met Dole.

22. Wegens hun deelneming aan de inbreuk legde de Commissie bij de litigieuze beschikking geldboeten op aan verschillende betrokken ondernemingen. Aan Weichert en Del Monte legde zij een hoofdelijk verschuldigde geldboete van 14,7 miljoen EUR.¹⁰ Voor het besluit om Weichert en Del Monte hoofdelijk aansprakelijk te stellen was volgens de Commissie beslissend het feit dat Del Monte

7 — Mededeling van de Commissie betreffende immunititeit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken (PB 2002, C 45, blz. 3); hierna: „mededeling inzake medewerking”.

8 — Artikel 1 van de litigieuze beschikking.

9 — Artikel 1, onder g) en h), van de litigieuze beschikking.

10 — Artikel 2, onder c), van de litigieuze beschikking.

samen met de beherende vennoten van Weichert de mogelijkheid had om een beslissende invloed uit te oefenen op de wijze waarop Weichert haar bedrijf leidde en dat zij die invloed in de periode van de inbreuk daadwerkelijk had uitgeoefend, zodat Weichert haar marktgedrag niet op onafhankelijke wijze kon bepalen en zij met Del Monte een economische eenheid vormde.

23. Tegen de litigieuze beschikking stelden verscheidene adressaten in eerste aanleg beroep tot nietigverklaring in bij het Gerecht. Del Monte stelde op 31 december 2008 beroep in, waarin zij werd ondersteund door Weichert als interveniënte. Het beroep van Del Monte was succesvol voor zover het Gerecht de door de Commissie aan Del Monte en Weichert opgelegde geldboete bij arrest van 14 maart 2013 heeft verlaagd tot 8,82 miljoen EUR. Voor het overige wees het Gerecht het beroep af en verwees Del Monte in haar eigen kosten alsmede in driekwart van de kosten van de Commissie, terwijl Weichert haar eigen kosten en de Commissie een kwart van haar eigen kosten diende te dragen.

III – Procedure voor het Hof en conclusies van partijen

24. Tegen het arrest van het Gerecht zijn door verschillende partijen (incidentele) hogere voorzieningen ingesteld: in zaak C-293/13 P hogere voorziening door Del Monte bij verzoekschrift van 24 mei 2013 alsook incidentele hogere voorziening door Weichert bij verzoekschrift van 7 augustus 2013; in zaak C-294/13 P hogere voorziening door de Commissie bij verzoekschrift van 27 mei 2013, incidentele hogere voorziening door Del Monte bij verzoekschrift van 1 augustus 2013 en ook door Weichert bij verzoekschrift van 7 augustus 2013.

A – Conclusies in zaak C-293/13 P

25. In haar hogere voorziening in zaak C-293/13 P verzoekt Del Monte het Hof:

- het arrest van het Gerecht van 14 maart 2013 in zaak T-587/08 te vernietigen,
- de litigieuze beschikking nietig te verklaren voor zover zij betrekking heeft op rekwirante, en
- de Commissie te verwijzen in de kosten van eerste aanleg en van de hogere voorziening.

26. De Commissie verzoekt het Hof:

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

27. Daarentegen verzoekt Weichert het Hof:

- de hogere voorziening van Del Monte wat betreft de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij af te wijzen;
- de hogere voorziening van Del Monte toe te wijzen met betrekking tot de kwestie van de enkele voortgezette inbreuk;
- het bestreden arrest te vernietigen en de litigieuze beschikking in haar geheel nietig te verklaren;
- subsidiair, het bestreden arrest te vernietigen voor zover het de litigieuze beschikking met betrekking tot de kwestie van de enkele voortgezette inbreuk bevestigt, en de aan Del Monte en Weichert opgelegde geldboete dienovereenkomstig te verlagen;

voorts:

- de Commissie te verwijzen in de kosten van de onderhavige procedure en van de procedure in eerste aanleg.

28. Met haar incidentele hogere voorziening in zaak C-293/13 P verzoekt Weichert het Hof daarnaast:

- het bestreden arrest te vernietigen;
- de litigieuze beschikking nietig te verklaren, en
- de Commissie te verwijzen in de kosten van de onderhavige procedure en van de procedure in eerste aanleg.

29. In haar antwoord op de incidentele hogere voorziening sluit Del Monte zich in hoofdzaak bij de conclusies van Weichert aan¹¹, terwijl de Commissie het Hof verzoekt om de incidentele hogere voorziening af te wijzen, met verwijzing in de kosten.

B – *Conclusies in zaak C-294/13 P*

30. Met haar hogere voorziening in zaak C-294/13 P verzoekt de Commissie het Hof:

- punt 1 van het dictum van het bestreden arrest te vernietigen;
- de zaak definitief af te doen en de geldboete van Del Monte vast te stellen op 9 800 000 EUR; en
- Del Monte te verwijzen in de kosten van de hogere voorziening en in het deel van de kosten van de procedure voor het Gerecht dat het Hof passend acht.

31. Del Monte verzoekt op haar beurt:

- de door de Commissie ingestelde hogere voorziening af te wijzen, en
- de Commissie te verwijzen in de kosten.

32. Weichert verzoekt van haar kant:

- de hogere voorziening van de Commissie in haar geheel af te wijzen;
- de Commissie te verwijzen in de kosten van de procedure in eerste aanleg en in hogere voorziening.

33. In haar incidentele hogere voorziening in zaak C-294/13 P verzoekt Weichert het Hof bovendien:

- het bestreden arrest te vernietigen voor zover daarin wordt vastgesteld dat Weichert geen beroep kan doen op het recht niet mee te werken aan de eigen veroordeling;
- de aan Del Monte en Weichert hoofdelijk opgelegde geldboete te verlagen op grond van de omstandigheid dat Weichert door beantwoording van de verzoeken om inlichtingen meer dan de wettelijk verplichte medewerking heeft verleend aan de Commissie;

11 — Del Monte verzoekt echter alleen om nietigverklaring van de litigieuze beschikking voor zover deze betrekking heeft op rekwirante.

- de litigieuze beschikking nietig te verklaren;
- de Commissie te verwijzen in de kosten van de procedure in eerste aanleg en in hogere voorziening.

34. In haar memorie van antwoord op deze incidentele hogere voorziening verzoekt Del Monte het Hof, indien de hogere voorziening van de Commissie wordt toegewezen:

- het bestreden arrest te vernietigen voor zover in punt 839 daarvan wordt verklaard dat het zwijgrecht niet van toepassing is op eenvoudige inlichtingenverzoeken van de Commissie;
- subsidiair, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht teneinde te beslissen of zij zichzelf zou hebben beschuldigd met het verstrekken van de gewenste inlichtingen aan de Commissie, en of de boete voor Weichert en Del Monte diensgevolge had moeten worden verlaagd;
- de Commissie in de kosten te verwijzen.

35. De conclusies van Del Monte in haar eigen incidentele hogere voorziening in zaak C-294/13 P zijn gelijkluidend.

36. De Commissie verzoekt het Hof op haar beurt de beide incidentele hogere voorzieningen af te wijzen, met verwijzing in de kosten.

C – Voeging van de zaken en mondelinge behandeling

37. Bij beschikking van 22 juli 2014 heeft de president van de Tweede kamer besloten de zaken C-293/13 P en C-294/13 P te voegen voor de mondelinge behandeling en het arrest. De mondelinge behandeling voor het Hof vond plaats op 9 oktober 2014.

IV – Beoordeling van de hogere voorzieningen

A – Preliminaire vragen over de toelating tot interventie van Weichert

38. Alvorens in te gaan op de middelen die door de verschillende partijen in hun principale en incidentele hogere voorzieningen zijn aangevoerd, moet worden onderzocht of Weichert wel tot interventie kan worden toegelaten in de zaken C-293/13 P en C-294/13 P. De Commissie betwijfelt dit.

39. Het door de Commissie gemaakte bezwaar moet worden gezien tegen de achtergrond dat Weichert als adressaat van de litigieuze beschikking de termijn voor het instellen van een eigen beroep tot nietigverklaring tegen die beschikking heeft laten verstrijken.¹² De litigieuze beschikking is daarom ten aanzien van Weichert onherroepelijk.¹³

12 — Het door Weichert ingestelde beroep tot nietigverklaring werd door het Gerecht wegens termijnoverschrijding als kennelijk niet-ontvankelijk afgewezen (zie de beschikkingen Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert/Commissie, T-2/09, EU:T:2009:478, en Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert/Commissie, C-73/10 P, EU:C:2010:684).

13 — Arrest Commissie/AssiDomän Kraft Products e.a. (C-310/97 P, EU:C:1999:407, Punten 52-57). In zoverre verschilt de onderhavige zaak fundamenteel van de zaak Commissie/Tomkins (C-286/11 P, EU:C:2013:29), waarin de moedermaatschappij en de dochteronderneming apart beroep tot nietigverklaring tegen een beschikking van de Commissie hadden ingesteld.

40. Weichert kon alleen aan de procedure voor het Gerecht deelnemen, omdat het Gerecht haar heeft toegelaten als interveniënte aan de zijde van Del Monte. Hoewel kan worden betwijfeld of deze gang van zaken correct is, is de rechtmatigheid van de interventie van Weichert in eerste aanleg als zodanig geen voorwerp van de onderhavige hogere voorziening.

41. Op basis van haar hoedanigheid van interveniënte in eerste aanleg heeft Weichert zowel aan zaak C-293/13 P als aan zaak C-294/13 P deelgenomen, doordat zij in beide zaken een memorie van antwoord heeft neergelegd en bovendien in beide zaken incidenteel hogere voorziening heeft ingesteld. Deze twee wijzen waarop Weichert aan de procedure heeft deelgenomen, moeten zorgvuldig worden onderscheiden.

1. Bevoegdheid van Weichert tot indiening van een memorie van antwoord

42. Volgens artikel 172 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof kan elke partij in de desbetreffende zaak voor het Gerecht die een „belang heeft bij de toewijzing of de afwijzing van de hogere voorziening”, binnen twee maanden te rekenen vanaf de betekening van de hogere voorziening een memorie van antwoord indienen.

43. Op grond hiervan kunnen in beginsel ook interveniënten in eerste aanleg zoals Weichert via een memorie van antwoord deelnemen aan de procedure in hogere voorziening, op voorwaarde dat zij een belang hebben bij het slagen of falen van een door een van de andere partijen ingestelde hogere voorziening.

44. Het belang bij de deelname aan een dergelijke hogere voorziening is niet noodzakelijk gelijk aan het belang dat interveniënten aannemelijk moeten maken om tot interventie in eerste aanleg te kunnen worden toegelaten (artikel 4, tweede alinea, van het Statuut van het Hof). Bijgevolg is er geen sprake van een automatische toelating tot interventie voor het Hof voor interveniënten die zijn toegelaten tot de procedure voor het Gerecht. Veeleer moet het belang bij de deelname aan elk van deze procedures telkens in het licht van het voorwerp van de procedure in kwestie worden beoordeeld. Terwijl de litigieuze beschikking en de rechtmatigheid ervan het voorwerp zijn geweest van de procedure voor het Gerecht, gaat het in de procedure voor het Hof om het bestreden arrest en de bevestiging of nietigverklaring ervan op juridische gronden.

45. Overeenkomstig vaste rechtspraak inzake het procesbelang dient steeds een belang bij de deelname aan een hogere voorziening te worden aanvaard wanneer de uitslag van de procedure in het voordeel kan zijn van de partij die een memorie van antwoord indient.¹⁴ Een dergelijk voordeel hoeft niet per se van juridische aard te zijn. Ook een economisch of ideëel belang kan al naargelang de feitelijke omstandigheden een deelname aan de hogere voorziening rechtvaardigen.

46. In het onderhavige geval heeft Weichert, anders dan de Commissie lijkt aan te nemen, kennelijk een belang bij de uitkomst van de twee hogere voorzieningen in de zaken C-293/13 P en C-294/13 P. In beide zaken zijn voor Weichert namelijk aanzienlijke juridische en economische gevolgen verbonden aan het slagen dan wel falen van de ingestelde principale hogere voorzieningen van Del Monte (C-293/13 P) en de Commissie (C-294/13 P) alsook van incidentele hogere voorziening van Del Monte (C-293/13 P).

14 — Arresten Rendo e.a./Commissie (C-19/93 P, EU:C:1995:339, punt 13), Akzo Nobel Chemicals en Akros Chemicals/Commissie (C-550/07 P, EU:C:2010:512, punt 23) en Frankrijk/People's Mojahedin Organization of Iran (C-27/09 P, EU:C:2011:853, punt 43).

47. Weliswaar kan Weichert haar eigen betrokkenheid bij de inbreuk en de verplichting tot betaling van een geldboete niet meer principieel aanvechten, aangezien zij niet tijdig tegen de litigieuze beschikking in beroep is gegaan, zodat deze te haren aanzien onherroepelijk is. Alle conclusies en argumenten in de memorie van antwoord en in de mondelinge opmerkingen van Weichert die ertoe strekken de litigieuze beschikking als zodanig nietig te verklaren, zijn daarom niet-ontvankelijk.

48. Maar al naargelang de beslissing van het Hof in zaak C-293/13 P is Weichert de vastgestelde geldboete ofwel alleen of hoofdelijk met Del Monte verschuldigd, waarbij zij de daarmee gemoeide kosten in het geval van hoofdelijke aansprakelijkheid eventueel geheel of gedeeltelijk op Del Monte kan verhalen, afhankelijk van hun interne verhouding. En al naargelang hoe het Hof uitspraak doet in zaak C-294/13 P, valt het bedrag van de geldboete waarvoor Weichert hoofdelijk mede aansprakelijk is, hoger of lager uit. Weichert heeft er een legitiem belang bij om een standpunt in te nemen ten aanzien van alle rechtsvragen in dit verband, wat een deelname aan de procedure voor het Hof rechtvaardigt.

49. In zoverre was Weichert dus overeenkomstig artikel 172 van het Reglement voor de procesvoering bevoegd om in beide zaken een memorie van antwoord in te dienen en op deze wijze aan de hogere voorziening deel te nemen, zij het dat deze deelname is beperkt tot de in punt 48 hierboven genoemde punten.

2. Bevoegdheid van Weichert tot het instellen van incidentele hogere voorziening

50. Anders is het gesteld met de twee incidentele hogere voorzieningen die Weichert in de zaken C-293/13 P en C-294/13 P heeft ingesteld.

51. Aan de instelling van een incidentele hogere voorziening is weliswaar krachtens artikel 172 juncto artikel 176, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof eveneens de voorwaarde verbonden dat degene die de incidentele hogere voorziening instelt, partij was in de desbetreffende voor het Gerecht dienende zaak en een „belang heeft bij de toewijzing of de afwijzing van de hogere voorziening”.

52. Maar dit is niet alles: volgens artikel 56, tweede alinea, tweede zin, van het Statuut van het Hof staat hogere voorziening voor een niet-geprivilegieerde tussenkomende partij slechts open wanneer de beslissing van het Gerecht diens „situatie rechtstreeks aantast”. Aan deze bepaling van het Statuut, die in het primaire recht is verankerd en daarom voorrang heeft boven het Reglement voor de procesvoering, zou iedere betekenis worden ontnomen, indien men haar inhoudelijk gelijkstelt aan het vereiste van een „belang [...] bij de toewijzing of de afwijzing van de hogere voorziening”, dat overeenkomstig artikel 172 van het Reglement voor de procesvoering toch al van toepassing is.

53. Met andere woorden, de niet-geprivilegieerde interveniënt in eerste aanleg die hogere voorziening tegen het arrest van het Gerecht wenst in te stellen, moet ook voldoen aan een verdere ontvankelijkheidsvoorwaarde.¹⁵ Deze strikte regeling vindt haar rechtvaardiging in de procespositie van de rekwirant, die het voorwerp van geding voor het Hof per slot van rekening mede kan bepalen met de door hem aangevoerde middelen en argumenten. De andere partijen in de procedure, die slechts op een reeds ingestelde hogere voorziening antwoorden, hebben deze mogelijkheid niet.

15 — In dezelfde zin arrest Falck en Acciaierie di Bolzano/Commissie (C-74/00 P en C-75/00 P, EU:C:2002:524, punt 55).

54. Tevens geldt dat, wil een niet-geprivilegieerde interveniënt in eerst aanleg een *incidentele hogere voorziening* kunnen instellen, de uitspraak van het Gerecht zijn situatie rechtstreeks moet aantasten. Ten eerste duidt namelijk niets in het Reglement voor de procesvoering erop dat voor incidentele hogere voorzieningen minder strenge ontvankelijkheidsvoorwaarden gelden, en ten tweede is artikel 56, tweede alinea, tweede zin, zonder onderscheid van toepassing op alle soorten – zowel principale als incidentele – hogere voorzieningen.

55. Weliswaar is de incidentele hogere voorziening nevengeschikt aan de principale hogere voorziening¹⁶, maar zij stelt de rekwirant in een incidentele hogere voorziening op soortgelijke wijze als de rekwirant in een principale hogere voorziening in de gelegenheid, het voorwerp van geding voor het Hof door eigen middelen en argumenten mede te bepalen, temeer omdat de in de incidentele hogere voorziening voorgedragen argumenten andere moeten zijn dan de middelen en argumenten die hij in zijn memorie van antwoord aanvoert (artikel 178, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering). Daarom is het gerechtvaardigd dat het vereiste van „rechtstreekse aantasting”, dat verder gaat dan de eis van een belang bij de uitkomst van de procedure (artikel 172 juncto artikel 176, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering), ook in het geval van de incidentele hogere voorziening als aanvullende ontvankelijkheidsvoorwaarde geldt.

56. Maar wat houdt deze ontvankelijkheidsvoorwaarde concreet in?

57. De situatie van de rekwirant in principale dan wel incidentele hogere voorziening wordt *rechtstreeks aangetast* in de zin van artikel 56, tweede alinea, tweede zin, van het Statuut, als het bestreden arrest voor hem een nadelige wijziging van zijn rechtspositie tot gevolg heeft of nadelige uitwerkingen heeft voor zijn economische of ideële belangen. Het arrest moet voor hem dus *in materieel opzicht bezwarend* zijn.

58. Met betrekking tot Weichert is dit in casu niet het geval.

59. Het bestreden arrest heeft tot een duidelijke verlaging van de aan Del Monte en Weichert hoofdelijk opgelegde geldboete geleid. Het arrest is voor Weichert niet bezwarend; hij is er juist door begunstigd.

60. Weliswaar is en blijft het voor Weichert bezwarend dat haar betrokkenheid bij een inbreuk op artikel 81 EG is vastgesteld en dat zij tot betaling van een geldboete gehouden is – ook al valt deze inmiddels lager uit. Maar deze bezwarende gevolgen voor Weichert vloeien *niet rechtstreeks* uit het bestreden arrest, maar uit de litigieuze beschikking voort.

61. Het voorwerp van de onderhavige procedure is daarentegen alleen de verantwoordelijkheid van Del Monte voor de inbreuk. In haar bij het Gerecht ingestelde beroep tot nietigverklaring heeft Del Monte uitsluitend verzocht om nietigverklaring van de artikelen 1 tot en met 4 van de litigieuze beschikking *voor zover deze op haar (dus Del Monte) betrekking hebben*¹⁷. Dientengevolge onderzoekt het bestreden arrest alleen de verantwoordelijkheid van Del Monte. Het Gerecht gaat daarin hooguit op het gedrag van Weichert in voor zover dat voor de beoordeling van de verantwoordelijkheid van Del Monte van belang is.

62. Indien Weichert haar eigen verantwoordelijkheid voor de inbreuk voor het Gerecht had willen betwisten, zou zij als adressaat van de litigieuze beschikking – anders dan de interveniënten in de zaken waarover het Hof in deze problematiek tot dusver uitspraak heeft gedaan¹⁸ – ongetwijfeld het recht hebben gehad om zelf beroep tot nietigverklaring in te stellen bij het Gerecht (artikel 263, vierde

16 — Zie artikel 183 van het Reglement voor de procesvoering.

17 — Punt 46 van het bestreden arrest.

18 — Arresten Falck en Acciaierie di Bolzano/Commissie (C-74/00 P en C-75/00 P, EU:C:2002:524, punten 55-58) en International Power e.a./NALOO (C-172/01 P, C-175/01 P, C-176/01 P en C-180/01 P, EU:C:2003:534, punten 51-53).

alinea, eerste variant, VWEU). Weichert heeft echter niet binnen de geldende termijn van haar recht van beroep gebruik gemaakt, zodat de litigieuze beschikking te haren aanzien definitief is geworden. Zoals reeds vermeld¹⁹, kan Weichert het definitieve karakter van die beschikking niet omzeilen door incidentele hogere voorziening in te stellen in de procedures die door andere adressaten van de litigieuze beschikking zijn aangespannen met betrekking tot hun eigen verantwoordelijkheid.

63. De mogelijkheid die de niet-geprivilegieerde interveniënt is gegeven om in eerste aanleg deel te nemen aan de procedure, mag, evenmin als zijn recht om de beslissing van het Gerecht in eerste aanleg met een eigen hogere voorziening aan te vechten, niet worden misbruikt ter compensatie van het feit dat die partij heeft nagelaten gebruik te maken van de mogelijkheid om zelf een beroep tot nietigverklaring aanhangig te maken. Een dergelijk parasitair gebruik van het rechtsmiddel van de incidentele hogere voorziening is niet toegestaan.

64. De onderhavige zaak biedt het Hof een bijzondere gelegenheid om deze procesrechtelijke finesses te verduidelijken, om een signaal te doen uitgaan voor toekomstige mededingingszaken en voor hogere voorzieningen meer in het algemeen.

65. Aangezien het bestreden arrest Weichert in procesrechtelijke zin niet rechtstreeks aantast, voldoen haar beide incidentele hogere voorzieningen in de zaken C-293/13 P en C-294/13 P niet aan de ontvankelijkheidsvoorwaarden van artikel 56, tweede alinea, tweede zin, van het Statuut. Zij zijn niet-ontvankelijk.

3. Tussenconclusie

66. Uit een en ander volgt dat de deelname van Weichert aan de procedure slechts is toegestaan voor zover zij antwoordt op de hogere voorzieningen in de zaken C-293/13 P en C-294/13 P, teneinde haar legitieme belangen met betrekking tot haar hoofdelijke aansprakelijkheid met Del Monte te verdedigen. Daarentegen is Weichert bij gebreke van een rechtstreekse aantasting in de zin van artikel 56, tweede alinea, tweede zin, van het Statuut niet bevoegd om, buiten het voorwerp van geding van de beide principale hogere voorzieningen in de zaken C-293/13 P en C-294/13 P om, in een incidentele hogere voorziening eigen middelen tegen het bestreden arrest aan te voeren.

B – *Principale hogere voorziening van Del Monte in zaak C-293/13 P*

67. De door Del Monte in zaak C-293/13 P ingestelde hogere voorziening, die op niet minder dan vijf middelen steunt, is hoofdzakelijk gericht op de betrekkingen tussen Del Monte en Weichert. Het verdient aanbeveling om de middelen in enigszins gewijzigde volgorde te onderzoeken.

1. Eerste, derde en vierde middel: geen economische eenheid tussen Del Monte en Weichert, bewijslast, vermoeden van onschuld

68. Del Monte verwijt het Gerecht dat het ten onrechte is uitgegaan van haar hoofdelijke aansprakelijkheid voor de kartelinbreuken van Weichert. In het kader van het eerste middel laakt Del Monte dit als schending van artikel 81 EG (thans artikel 101 VWEU) en artikel 23, lid 2, onder a), van verordening (EG) nr. 1/2003²⁰. Daarnaast zijn ook het derde en het vierde middel in zaak

¹⁹ — Zie hierboven, punt 47 van deze conclusie.

²⁰ — Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB 2003, L 1, blz. 1).

C-293/13 P gewijd aan deze problematiek, waarbij het thema van de medeaansprakelijkheid van Del Monte vanuit het oogpunt van de bewijslast (derde middel) en het vermoeden van onschuld – het beginsel in dubio pro reo – (vierde middel) wordt belicht. Gezien de inhoudelijke overlappingsen tussen deze drie middelen worden zij hieronder gezamenlijk behandeld.

a) Eerste middel: criteria voor de vaststelling van een economische eenheid

69. In het kader van haar eerste middel voert Del Monte aan dat het Gerecht ten onrechte is uitgegaan van een economische eenheid tussen haarzelf en Weichert. Hiervoor draagt Del Monte met name argumenten aan die met de concrete feiten van deze zaak te maken hebben en hoofdzakelijk betrekking hebben op de organisatie van Weichert als commanditaire vennootschap naar Duits recht, de tussen Del Monte en Weichert gesloten distributieovereenkomst, de discussies tussen Del Monte en Weichert en het prijsbeleid van Weichert.

i) Ontvankelijkheid

70. De Commissie en, interessant genoeg, ook Weichert maken bezwaar tegen dit middel, dat volgens hen neerkomt op een toetsing van de beoordeling die het Gerecht aan de feiten en bewijzen heeft gegeven.

71. Inderdaad raakt dit eerste middel van Del Monte de grenslijn tussen de beoordeling van feiten en bewijzen enerzijds en vraagstukken van de juridische kwalificatie van feiten anderzijds. Terwijl het Hof in hogere voorziening niet bevoegd is tot beoordeling van feiten en bewijzen – behoudens een eventuele grief inzake de onjuiste opvatting van feiten of bewijzen –, is de juridische kwalificatie van de feiten onderworpen aan zijn toetsing in hogere voorziening.²¹ Het Hof is wel degelijk bevoegd te controleren of het Gerecht bij de rechtmatigheidstoetsing van de litigieuze beschikking passende juridische criteria heeft gehanteerd en of het de juiste rechtsgevolgen heeft verbonden aan de vastgestelde feiten.²²

72. Bijgevolg is het eerste middel van Del Monte slechts ontvankelijk voor zover zij het Gerecht miskenning verwijt van de bij het Europese mededingingsrecht geldende criteria voor de vaststelling of er sprake is van een economische eenheid tussen twee of meer vennootschappen. Bij de beoordeling van het door Del Monte aangevoerde middel dient het Hof echter de verleiding te weerstaan, zijn eigen beoordeling van feiten of bewijsmiddelen in de plaats te stellen van die van het Gerecht, aangezien het daartoe niet bevoegd is. Indien het Hof de hogere voorziening niet wil laten verworden tot een hogerberoepsprocedure, moet het strikt binnen het kader van de door het Gerecht vastgestelde feiten blijven.

21 — Arresten Commissie/Brazzelli Lualdi e.a. (C-136/92 P, EU:C:1994:211, punt 49), Raad/Zhejiang Xinan Chemical Industrial Group (C-337/09 P, EU:C:2012:471, punt 55) en Ziegler/Commissie (C-439/11 P, EU:C:2013:513, punt 74).

22 — Arresten Sumitomo Metal Industries en Nippon Steel/Commissie (C-403/04 P en C-405/04 P, EU:C:2007:52, punt 40), Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, punt 117), Solvay/Commissie (C-109/10 P, EU:C:2011:686, punt 51) en Commissie/Stichting Administratiekantoort Portielje (C-440/11 P, EU:C:2013:514, punt 59).

ii) Gegrondheid

73. Volgens vaste rechtspraak kan een inbreuk van een dochteronderneming op de mededingingsregels met name dan aan de moedermaatschappij worden toegerekend wanneer de dochteronderneming, hoewel zij eigen rechtspersoonlijkheid bezit, niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, maar in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt, inzonderheid gelet op de economische, organisatorische en juridische banden tussen de twee juridische entiteiten.²³

74. Met andere woorden, de moedermaatschappij kan mede aansprakelijk worden gesteld voor de kartelinbreuken van haar dochteronderneming wanneer de moedermaatschappij ten tijde van de inbreuk beslissende invloed heeft uitgeoefend op de dochteronderneming.²⁴ Daarbij is het van ondergeschikt belang of de moedermaatschappij haar invloed op de dochteronderneming alleen of gezamenlijk met andere vennootschappen heeft uitgeoefend.

75. In het geval van Del Monte en Weichert kan weliswaar niet van een klassieke moeder-dochter-relatie worden gesproken, maar eerder van een partnerschap tussen Del Monte en de familie W.²⁵ Evenwel kunnen de genoemde criteria zonder problemen ook op een dergelijk partnerschap worden toegepast. Hierover waren de partijen bij de procedure het eens en ook het Gerecht is hiervan terecht uitgegaan.²⁶

76. Aangezien Del Monte geen belang van (nagenoeg) 100 % in Weichert had, kon in casu niet van een weerlegbaar vermoeden worden uitgegaan dat Del Monte beslissende invloed uitoefende op Weichert²⁷, maar moest de Commissie hiervoor positief bewijs leveren²⁸.

77. In het bestreden arrest is het Gerecht na een uitvoerige behandeling van het bewijsmateriaal van oordeel dat de Commissie hiervoor inderdaad de nodige bewijzen heeft.²⁹ Hiertoe baseert het Gerecht zich op een gezamenlijke beoordeling van verschillende omstandigheden van de onderhavige zaak, zoals daar zijn:

- de banden tussen Del Monte en familie W. in de vorm van een commanditaire vennootschap naar Duits recht, waarbij Del Monte weliswaar slechts als stille vennoot optrad, maar 80 % van de aandelen bezat en over bepaalde vetorechten beschikte;
- de distributieovereenkomst tussen Del Monte en Weichert, die er in de praktijk toe leidde dat Weichert alleen door Del Monte met bananen werd bevoorraad en in ruil daarvoor als exclusieve distributeur van bananen van Del Monte in Noord-Europa optrad;
- de informatiestroom tussen Weichert en Del Monte, in het kader waarvan Weichert geregeld en gedetailleerd verslag uitbracht aan Del Monte over haar dagelijkse activiteiten, en

23 — Zie in dit verband de – fundamentele – arresten Imperial Chemical Industries/Commissie (48/69, EU:C:1972:70, punten 132-135), Geigy/Commissie (52/69, EU:C:1972:73, punt 44) en Europemballage en Continental Can/Commissie (6/72, EU:C:1973:22, punt 15); zie onder meer ook de meer recente arresten ETI e.a. (C-280/06, EU:C:2007:775, punt 39 juncto punt 49), Akzo Nobel e.a./Commissie (C-97/08 P, EU:C:2009:536, punt 58), Alliance One International en Standard Commercial Tobacco/Commissie (C-628/10 P en C-14/11 P, EU:C:2012:479, punt 43) en Areva/Commissie (C-247/11 P en C-253/11 P, EU:C:2014:257, punt 30).

24 — In dezelfde zin arresten Akzo Nobel e.a./Commissie (C-97/08 P, EU:C:2009:536, punten 60 en 61), Elf Aquitaine/Commissie (C-521/09 P, EU:C:2011:620, punten 56, 63 en 95), Commissie/Stichting Administratiekantoor Portielje (C-440/11 P, EU:C:2013:514, met name punten 40 en 41) en Areva/Commissie (C-247/11 P en C-253/11 P, EU:C:2014:257, punten 32 en 33).

25 — Punt 72 van het bestreden arrest alsook de punten 382 en 383 van de considerans van de litigieuze beschikking.

26 — Zie inzonderheid de punten 50-56 en de punten 87 en 88 van het bestreden arrest.

27 — Zie met betrekking tot het weerlegbare vermoeden van een daadwerkelijke uitoefening van beslissende invloed de hierboven in voetnoot 24 aangehaalde rechtspraak.

28 — Zie inzonderheid het arrest Alliance One International en Standard Commercial Tobacco/Commissie (C-628/10 P en C-14/11 P, EU:C:2012:479, punten 102, 104 en 105); in dezelfde zin, zij het in een andere context, arrest AceaElectrabel Produzione/Commissie (C-480/09 P, EU:C:2010:787, punten 46 e.v.).

29 — Punt 276 van het bestreden arrest.

— de besprekingen over het prijsbeleid en de bevoorrading van Weichert, in het kader waarvan Del Monte en Weichert intensief informatie uitwisselden en soms ook twistten over het marketing- en prijsbeleid van Weichert.

78. Zoals reeds vermeld, is het absoluut onverenigbaar met het karakter van de hogere voorziening wanneer het Hof het gehele bewijsmateriaal nu opnieuw zou onderzoeken en zijn eigen beoordeling in de plaats zou stellen van die van het Gerecht. In hogere voorziening kan het alleen om een toetsing gaan of het Gerecht op basis van de in het bestreden arrest gedane feitelijke vaststellingen, *rehtens* de juiste criteria heeft gehanteerd.

79. Er zij op gewezen dat het bestaan van een economische eenheid kan worden afgeleid uit een reeks concordante omstandigheden, ook al volstaat geen van deze omstandigheden op zich om te kunnen spreken van een dergelijke eenheid.³⁰ Er moet dus worden gekeken naar alle relevante omstandigheden van het individuele geval in hun totaliteit en naar de gevolgtrekkingen die het Gerecht daaraan heeft ontleend, zonder de aandacht selectief op afzonderlijke omstandigheden te richten, zoals Del Monte dit tracht te doen.

80. Daar bovendien elk geval gekenmerkt wordt door bijzondere omstandigheden, is het ook niet van doorslaggevend belang of in de rechtspraak van het Hof of het Gerecht precedentes kunnen worden aangewezen, waarin het om identieke of soortgelijke omstandigheden gaat als in de onderhavige zaak.

81. Vanuit dit uitgangspunt zal ik mij nu bezighouden met de twee door Del Monte aangevoerde grieven waarmee zij enerzijds betwist dat zij een beslissende invloed op Weichert heeft uitgeoefend en anderzijds in elk geval bestrijdt dat een dergelijke beïnvloeding doeltreffend was.

– Beïnvloeding van Weichert door Del Monte (tweede onderdeel van het eerste middel)

82. Enerzijds ontkent Del Monte dat zij überhaupt een beslissende invloed op Weichert heeft uitgeoefend. Volgens Del Monte voldeden de feiten waaruit de Commissie met instemming van het Gerecht heeft geconcludeerd dat er in casu sprake was van een beslissende invloed, niet aan de juridische vereisten voor de vaststelling van een medeaansprakelijkheid van een vennootschap voor kartelinbreuken van een andere vennootschap. Del Monte verwijt het Gerecht in dit verband een „onjuiste opvatting van de criteria voor de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij”.

83. De argumenten waarop Del Monte dit verwijt steunt, kunnen worden onderscheiden naar twee vraagstukken waarop zij betrekking hebben: enerzijds de vraag of Del Monte de mogelijkheid had een beslissende invloed uit te oefenen en anderzijds de vraag of zij daadwerkelijk een dergelijke invloed heeft uitgeoefend.

84. Wat in de eerste plaats de *mogelijkheden tot uitoefening van een beslissende invloed* betreft, geeft Del Monte aan dat zij in een partnerschap met familie W., dat de rechtsvorm van een commanditaire vennootschap naar Duits recht had, slechts als stille vennoot optrad, dat zij was uitgesloten van het beheer en dat zij slechts in beperkte mate medezeggenschap had. In dit verband haalt Del Monte het Handelsgesetzbuch (Duits wetboek van koophandel) en de voor Weichert geldende vennotenovereenkomst aan.

30 — Arrest Knauf Gips/Commissie (C-407/08 P, EU:C:2010:389, punt 65).

85. Vanuit juridisch oogpunt zij hierbij opgemerkt dat de vraag of een vennootschap haar marktgedrag zelfstandig kan bepalen of integendeel is blootgesteld aan de beslissende invloed van een andere vennootschap, niet alleen op basis van het geldende vennootschapsrecht (wettelijke bepalingen, maar ook bedingen in vennotenovereenkomsten) kan worden beoordeeld. Weliswaar moet rekening worden gehouden met de bevoegdheden waarover de organen en de vennoten beschikken, maar uiteindelijk geven de economische feiten de doorslag. In het mededingingsrecht staan immers niet de formaliteiten centraal, maar het feitelijke gedrag van ondernemingen.³¹

86. Ongetwijfeld volstaat de vennootschapsrechtelijke positie van een stille vennoot die is uitgesloten van het beheer, op zichzelf beschouwd niet om te kunnen veronderstellen dat er sprake is van de mogelijkheid tot uitoefening van een beslissende invloed. Het is evenwel goed denkbaar dat er nog andere economische, organisatorische en juridische omstandigheden zijn, waaraan zelfs een stille vennoot zoveel macht kan ontleen dat hij de facto een beslissende invloed kan uitoefenen op de betrokken vennootschap.

87. In casu heeft het Gerecht inderdaad dergelijke omstandigheden vastgesteld.

88. Ten eerste heeft het Gerecht gewezen op de vetorechten van Del Monte binnen de organisatie van de vennootschap Weichert. Op zichzelf kan uit dergelijke vetorechten de iure geen exclusieve zeggenschap van Del Monte over Weichert worden afgeleid. Evenwel is het niet uitgesloten dat ze samen met andere omstandigheden *de facto* tot een exclusieve zeggenschap hebben geleid.³² In ieder geval kan worden aangenomen dat deze vetorechten de basis vormden voor een gezamenlijke zeggenschap van Del Monte en familie W., die volgens recente rechtspraak reeds kan volstaan voor de toerekenbaarheid van aansprakelijkheid in de zin van het kartelrecht.³³

89. Overigens hoeven dergelijke vetorechten juridisch geen betrekking te hebben op de dagelijkse leiding of het concrete marktgedrag van de vennootschap; in plaats daarvan volstaat het wanneer de betrokken vennoot op grond van die rechten in het algemeen een toereikende invloed krijgt op het commerciële beleid van de vennootschap.³⁴

90. Naar het Gerecht heeft vastgesteld, hadden de vetorechten van Del Monte onder meer betrekking op belangrijke besluiten van de vennotenvergadering over de planning inzake het financieel beleid, investeringen en de personeelsbezetting.³⁵ Door dergelijke vetorechten verkrijgt een vennoot normaliter een aanzienlijke feitelijke invloed op het commerciële beleid, ook al leveren ze hem zuiver juridisch gezien geen medezeggenschap over de dagelijkse activiteiten op.

91. Ten tweede heeft het Gerecht benadrukt dat Del Monte in haar hoedanigheid van stille vennoot 80 % van de aandelen van Weichert bezat. Hieruit trok het de conclusie dat Del Monte een belangrijke economische beweegreden had om invloed uit te oefenen op Weichert.³⁶

31 — Zie dienaangaande het recente arrest Commissie/Stichting Administratiekantoor Portielje (C-440/11 P, EU:C:2013:514, met name de punten 66-68) alsook mijn conclusie in die zaak (EU:C:2012:763, punten 71 en 72).

32 — In dezelfde zin arresten Alliance One International en Standard Commercial Tobacco/Commissie (C-628/10 P en C-14/11 P, EU:C:2012:479, punten 102-105) en arrest Sasol e.a./Commissie (T-541/08, EU:T:2014:628, punten 53 en 54).

33 — Arresten Dow Chemical/Commissie (C-179/12 P, EU:C:2013:605), EI du Pont de Nemours/Commissie (C-172/12 P, EU:C:2013:601) en Avebe/Commissie (T-314/01, EU:T:2006:266).

34 — Zie dienaangaande arrest Akzo Nobel e.a./Commissie (C-97/08 P, EU:C:2009:536, punten 73 en 74) alsook mijn conclusie in die zaak (C-97/08 P, EU:C:2009:262, punten 89-93), voorts arrest Schindler Holding e.a./Commissie (C-501/11 P, EU:C:2013:522, inzonderheid punt 112).

35 — Punt 99 van het bestreden arrest en punt 387 van de considerans van de litigieuze beschikking.

36 — Punt 122, 125 en 130 van het bestreden arrest alsook de punten 387 en 404 van de considerans van de litigieuze beschikking.

92. Ten derde is het Gerecht ingegaan op de tussen Del Monte en Weichert gesloten distributieovereenkomst, die er in de praktijk toe heeft geleid dat Weichert alleen door Del Monte met bananen werd bevoorrad en in ruil daarvoor als exclusieve distributeur van bananen van Del Monte in Noord-Europa optrad.³⁷

93. Normaliter kunnen dergelijke exclusieve betrekkingen, vooral gekoppeld aan een positie van de betrokken handelaar als verreweg grootste aandeelhouder, een situatie van economische en organisatorische afhankelijkheid tot gevolg hebben en de mogelijkheid bieden tot uitoefening van een beslissende invloed.

94. De vraag of er inderdaad sprake was van een dergelijke afhankelijkheidsrelatie tussen Del Monte en Weichert, is van zuiver feitelijke aard, zodat het alleen aan het Gerecht staat die vraag te beantwoorden. In elk geval bestond er geen juridisch beletsel voor de veronderstelling van het Gerecht dat Del Monte, gezien alle in eerste aanleg vastgestelde economische en vennootschapsrechtelijke banden met Weichert, in staat was om ondanks haar positie als stille vennoot een beslissende invloed op deze vennootschap uit te oefenen.

95. Uiteindelijk kan in het midden blijven of Del Monte rechtens over toereikende mogelijkheden beschikte om beslissende invloed op Weichert uit te oefenen, en of Del Monte *de iure* exclusieve zeggenschap over Weichert had, dan wel of er sprake was van gezamenlijke zeggenschap met familie W., zodra vaststaat dat Del Monte *de facto* een beslissende invloed heeft uitgeoefend.³⁸

96. Wat betreft deze *feitelijke uitoefening van een beslissende invloed*, heeft het Gerecht vastgesteld dat Del Monte zich door Weichert voortdurend in detail liet inlichten over haar dagelijkse activiteiten op de bananenmarkt, waarbij deze inlichtingen veel verder gingen dan de informatie waar Del Monte krachtens de vennotenovereenkomst en de distributieovereenkomst recht op had.³⁹ Vooral heeft Del Monte echter, naar het Gerecht heeft vastgesteld⁴⁰, meermaals uitdrukkelijke en rechtstreekse instructies gegeven met betrekking tot het marketing- en prijsbeleid voor de door Weichert onder de merknaam Del Monte in de handel gebrachte bananen⁴¹.

97. Hiertoe beschikte het Gerecht over verschillende bewijsmiddelen op grond waarvan het terecht heeft geconcludeerd dat Del Monte inderdaad een beslissende invloed op het commerciële beleid van Weichert had verkregen en zich zelfs rechtstreeks met het marktgedrag van Weichert bemoeide. Bovendien kon het Gerecht het feit dat Del Monte concrete instructies betreffende de marketing van haar bananen en het bijbehorende prijsbeleid had gegeven, gevoeglijk als een bijzonder duidelijke aanwijzing voor het bestaan van een beslissende invloed van deze vennootschap op Weichert beschouwen.⁴²

98. Het moge wellicht zo zijn dat ook een andere opvatting van de bewijzen mogelijk is dan die van het Gerecht. Het is echter niet de taak van het Hof om in hogere voorziening, zijn eigen beoordeling van de bewijsmiddelen in de plaats te stellen van de soevereine en rechtens juiste beoordeling door het Gerecht.

37 — Punt 135 van het bestreden arrest en punt 383 van de considerans van de litigieuze beschikking.

38 — Zie dienaangaande mijn conclusie in de zaak Alliance One International en Standard Commercial Tobacco/Commissie (C-628/10 P en C-14/11 P, EU:C:2012:11, punten 144, 145 en 154).

39 — Punten 156-158 van het bestreden arrest alsook de punten 388 en 393 van de considerans van de litigieuze beschikking.

40 — Punten 204 en 220 en daarnaast de punten 171, 175, 176 en 185 van het bestreden arrest alsook de punten 389 en 390 van de considerans van de litigieuze beschikking.

41 — De vraag of deze instructies door Weichert in voldoende mate zijn opgevolgd en dus „doeltreffend” waren, wordt behandeld in een apart onderdeel van het eerste middel, waarop ik straks zal ingaan (zie hieronder, punten 99-110 van deze conclusie).

42 — Zie mijn conclusie in de zaak Akzo Nobel e.a./Commissie (C-97/08 P, EU:C:2009:262, punt 89).

– Vermeende niet-opvolging van instructies door Weichert (eerste onderdeel van het eerste middel)

99. Aan de andere kant betwist Del Monte dat haar beïnvloeding van Weichert doeltreffend was. In hoofdzaak voert Del Monte aan dat Weichert in de praktijk niet alle instructies van Del Monte heeft opgevolgd en zelfs verweekeld was in – gerechtelijk en buitengerechtelijk beslechte – geschillen met Del Monte. In deze omstandigheden had het Gerecht volgens Del Monte noch van het bestaan van een economische eenheid tussen Del Monte en Weichert mogen uitgaan noch een beslissende invloed van Del Monte op Weichert mogen aannemen.

100. Zoals reeds vermeld, kan alleen van een economische eenheid tussen twee vennootschappen worden gesproken, indien de ene haar marktgedrag niet zelfstandig bepaalt, maar in hoofdzaak de door de andere verstrekte instructies volgt.⁴³

101. Dit criterium mag echter niet verkeerd worden opgevat in de zin dat de ene vennootschap zonder uitzondering *alle* instructies van de andere moet opvolgen en dat er tussen hen geen sprake van meningsverschillen mag zijn. Veeleer hoeven de bedoelde instructies slechts *in hoofdzaak* te worden opgevolgd. Evenmin hoeft de ene vennootschap niet elk tegengeluid en alle juridische stappen van de andere tegen haar beïnvloeding in de kiem te smoren, opdat er sprake kan zijn van een economische eenheid.

102. Zelfs in een klassieke concernstructuur zijn interne meningsverschillen aan de orde van de dag. Het komt voor dat dochterondernemingen waarover de moedermaatschappij (nagenoeg) 100 % zeggenschap heeft, haar instructies naast zich neerleggen en zelfs in strijd met zeer belangrijke instructies handelen. Zo is het gebruikelijk dat moedermaatschappijen in het kader van nalevingsprogramma's aan alle dochterondernemingen zogenoemde compliance-instructies verstrekken, teneinde hen aan te sporen zich te onthouden van mededingingsbeperkende praktijken. Een eventuele niet-nakoming van dergelijke compliance-instructies – die voor het bedrijfsleven, maar ook voor het mededingingsrecht ongetwijfeld van groot belang zijn –, staat volgens de rechtspraak geenszins in de weg aan toerekening van de verantwoordelijkheid voor kartelinbreuken van de ene vennootschap aan de andere.⁴⁴

103. Dientengevolge was er in het onderhavige geval rechtens geen beletsel voor de vaststelling van het Gerecht dat er een economische eenheid tussen Del Monte en Weichert bestond, ook al had Weichert niet alle instructies van Del Monte opgevolgd en op bepaalde punten juridische stappen tegen Del Monte ondernomen.

104. Daarentegen kan niet meer van een economische eenheid worden gesproken wanneer er ernstige aanwijzingen zijn dat het de regel was dat de instructies van de ene vennootschap door de andere niet werden opgevolgd en dit tot een zelfstandig optreden van de laatstgenoemde op de markt leidde.

105. Het Gerecht is in casu dan ook volledig terecht aan de hand van het beschikbare bewijsmateriaal nagegaan of Weichert de instructies van Del Monte *in het algemeen niet heeft opgevolgd* en of zij zelfstandig is opgetreden op de markt.⁴⁵ In dit verband is het zeer uitvoerig ingegaan op de argumentatie van Del Monte dat Weichert enerzijds, door zich te richten naar het prijsniveau van Dole, een ander prijsbeleid had gevoerd dan door Del Monte gewenst, en dat Weichert anderzijds geen uitvoering had gegeven aan de nieuwe marketingaanpak van Del Monte, waarmee Del Monte haar bananen in een premiumsegment wilde positioneren om prijzen te kunnen vragen die in de buurt lagen van die van Chiquita.

43 — Zie dienaangaande nogmaals de in voetnoot 23 aangehaalde rechtspraak.

44 — Arrest Schindler Holding e.a./Commissie (C-501/11 P, EU:C:2013:522, met name punt 144).

45 — Punt 208 van het bestreden arrest.

106. Dergelijke omstandigheden, voor zover hiervoor bewijzen zijn aangedragen, zouden inderdaad een belangrijke aanwijzing zijn dat er géén sprake was van een (doeltreffende) uitoefening door Del Monte van beslissende invloed op Weichert en dus evenmin van een economische eenheid tussen deze beide vennootschappen.

107. Del Monte heeft dan ook in haar schriftelijke en mondelinge opmerkingen in de onderhavige hogere voorziening steeds gepoogd de indruk te wekken dat het een vaststaand feit zou zijn dat Weichert haar prijsinstructies en haar nieuwe marketingaanpak tijdens de duur van de inbreuk in de jaren 2000 tot en met 2002 niet heeft nageleefd.

108. Indien men echter niet alleen de enige door Del Monte aangehaalde passage⁴⁶ in aanmerking neemt, maar het gehele aan deze kwestie gewijde deel van het arrest⁴⁷, valt op dat het Gerecht de door Del Monte aangevoerde feiten geenszins bewezen achtte. Zo benadrukt het Gerecht dat Del Monte „niet het bewijs [levert] dat zij haar verwachtingen duidelijk jegens Weichert heeft laten blijken”.⁴⁸ Bovendien stelt het Gerecht vast dat de verklaringen van andere importeurs, waarop Del Monte zich trachtte te beroepen, in werkelijkheid in tegenspraak zijn met haar eigen betoog.⁴⁹

109. Na deze feitelijke vaststellingen van het Gerecht, die voor de beoordeling van het eerste middel – behoudens een eventuele onjuiste opvatting van feiten⁵⁰ – de enig relevante zijn, moeten de stellingen van rekwirante over het vermeende zelfstandige prijsbeleid van Weichert en over de niet-naleving van de marketingaanpak van Del Monte door Weichert als loutere beweringen worden beschouwd⁵¹, die voor het Gerecht in het licht van andere bewijsmiddelen geenszins overtuigend zijn gebleken.

110. Tegen deze achtergrond kan het Gerecht op dit punt geen onjuiste juridische kwalificatie van feiten worden verweten. Het Gerecht was op grond van de vaststellingen in eerste aanleg rechtens niet gehouden om van het ontbreken van een economische eenheid tussen Del Monte en Weichert uit te gaan.

b) Derde en vierde middel: bewijslast en vermoeden van onschuld

111. Met haar derde middel verwijt Del Monte het Gerecht een omkering van de bewijslast, terwijl het vierde middel op het vermoeden van onschuld (met het beginsel in *dubio pro reo*) berust. Deze twee middelen zijn beide gebaseerd op de stelling dat op grond van de bewijsmiddelen in de onderhavige procedure niet van een beslissende invloed van Del Monte op Weichert kan worden uitgegaan, zodat niet kan worden gesteld dat Del Monte mede aansprakelijk is voor kartelinbreuken van Weichert.

112. Mij dunkt dat deze argumentatie erop is gericht het Hof, onder het voorwendsel van juridisch gemotiveerde grieven, tot een herbeoordeling van de feiten en bewijzen te bewegen, waartoe het in hogere voorziening niet bevoegd is. Dientengevolge dienen deze beide middelen niet-ontvankelijk te worden verklaard.⁵²

46 — Del Monte beroept zich verschillende malen op punt 208 van het bestreden arrest.

47 — Zie inzonderheid de punten 208-215 van het bestreden arrest.

48 — Punt 210 van het bestreden arrest.

49 — Punt 211 van het bestreden arrest.

50 — Zie met betrekking tot de door Del Monte aangevoerde grief inzake onjuiste opvatting van feiten mijn uiteenzetting in het kader van het tweede middel in de punten 122-165 van deze conclusie.

51 — Zelfs na daarom uitdrukkelijk door mij te zijn verzocht, kon Del Monte ter terechtzitting voor het Hof niet zeggen welk punt van het bestreden arrest een feitelijke vaststelling bevat die haar bewering staakt, of welk bewijsmiddel het Gerecht in dit verband heeft veronachtzaamd.

52 — Arresten Lafarge/Commissie (C-413/08 P, EU:C:2010:346, punt 23), Ziegler/Commissie (C-439/11 P, EU:C:2013:513, punten 75 en 76) en FLSmidth/Commissie (C-238/12 P, EU:C:2014:284, punt 31).

113. Alleen voor de volledigheid voeg ik hieraan toe dat het betoog van Del Monte ook inhoudelijk niet overtuigend kan worden geacht.

i) Derde middel: bewijslast

114. In het kader van haar derde middel voert Del Monte aan dat het Gerecht de bewijslast ten onrechte heeft omgekeerd door te oordelen dat bepaalde door Del Monte overgelegde bewijsmiddelen de beweerdte onafhankelijke positie van Weichert ten opzichte van Del Monte niet konden schragen.

115. Concreet gaat het hierbij om vetorechten binnen de vennootschap Weichert⁵³, de prijsvorming door Weichert⁵⁴, Weicherts standpunt in een geding voor een nationale rechter⁵⁵ en de achterwege gebleven consolidatie van de resultaten van Del Monte en Weichert⁵⁶.

116. Inderdaad heeft het Gerecht van oordeel dat deze bewijsmiddelen van Del Monte onvoldoende bewijskracht hadden om een onafhankelijke positie van Weichert ten opzichte van Del Monte te kunnen staven. Anders dan Del Monte meent, betekent dit echter geen omkering van de bewijslast. Veeleer gaat het Gerecht er volledig terecht van uit dat de Commissie de bewijslast draagt als het erom gaat een medeverantwoordelijkheid van Del Monte voor de inbreuk aan te tonen.⁵⁷

117. Op basis van deze verdeling van de bewijslast heeft het Gerecht de bewijskracht van het gehele aan hem voorgelegde bewijsmateriaal onderzocht, waarna het tot de conclusie kwam dat enerzijds voldoende bewijs bestond voor een beslissende invloed van Del Monte op Weichert en dat anderzijds de tegenargumenten van Del Monte niet toereikend waren om het betoog van de Commissie te weerleggen. Deze aanpak is rechtens niet aanvechtbaar.⁵⁸ Het gaat hierbij niet om een omkering van de bewijslast, maar om het normale, aan de objectieve bewijslast voorafgaande wisselspel van bewijsverplichtingen.⁵⁹

ii) Vierde middel: vermoeden van onschuld

118. In het kader van haar vierde middel verwijt Del Monte het Gerecht het vermoeden van onschuld (het beginsel in dubio pro reo)⁶⁰ te hebben geschonden door enkel op basis van zwakke aanwijzingen uit te gaan van een medeverantwoordelijkheid van Del Monte voor de kartelinbreuk door Weichert.

119. Dit vierde middel kan inhoudelijk slechts op dezelfde wijze worden beantwoord als het eerste. Zoals ik hierboven heb uiteengezet⁶¹, kon het Gerecht op basis van alle aan hem voorgelegde bewijzen terecht concluderen dat Del Monte tijdens de duur van de inbreuk een beslissende invloed op Weichert heeft uitgeoefend en dat beide vennootschappen destijds dus een economische eenheid vormden.

53 — Punt 113 van het bestreden arrest.

54 — Punt 208 van het bestreden arrest.

55 — Punten 237 en 238 van het bestreden arrest.

56 — Punten 259 en 260 van het bestreden arrest.

57 — Punten 104 en 221 van het bestreden arrest.

58 — Zie tevens arrest Knauf Gips/Commissie (C-407/08 P, EU:C:2010:389, punt 80).

59 — In dezelfde zin arrest Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punten 79 en 132) en – in de context van artikel 86 EEG-Verdrag – arrest Lucazeau e.a. (110/88, 241/88 en 242/88, EU:C:1989:326, punt 25). Zie daarnaast met betrekking tot het wisselspel van bewijsverplichtingen in uiteenlopende contexten mijn conclusies in de zaken Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissie (C-105/04 P, EU:C:2005:751, punt 73), T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:110, punt 89), Akzo Nobel e.a./Commissie (C-97/08 P, EU:C:2009:262, punt 74) en Alliance One International en Standard Commercial Tobacco/Commissie (C-628/10 P en C-14/11 P, EU:C:2012:11, punt 170).

60 — Del Monte beroept zich in dit verband op artikel 48 van het Handvest van de grondrechten en op artikel 6, lid 2, EVRM.

61 — Zie hierboven, de punten 82-110 van deze conclusie.

120. Indien er toereikende bewijzen zijn om een medeverantwoordelijkheid te kunnen vaststellen, kan er geen sprake zijn van schending van het vermoeden van onschuld.

iii) Tussenconclusie

121. Bijgevolg moet het vierde middel even ongegrond worden geacht als het derde.

2. Tweede middel: onjuiste opvatting van bewijzen

122. Aangezien het eerste middel, zoals hierboven uiteengezet, evenmin als het derde en het vierde steekhoudend is, ga ik nu in op het tweede, dat slechts subsidiair wordt aangevoerd. In het kader van dit middel verwijt Del Monte het Gerecht in verschillende opzichten bewijzen onjuist te hebben opgevat die opnieuw alle verband houden met de mogelijkheden van Del Monte tot beïnvloeding van Weichert.

a) De verschillende grieven inzake onjuiste opvattingen van de feiten

123. Volgens vaste rechtspraak kan alleen van een onjuiste opvatting van feiten of bewijzen worden uitgegaan indien aan een aantal strikte voorwaarden is voldaan. Van een dergelijke verkeerde opvatting van feiten of bewijzen is slechts sprake wanneer, zonder gebruik te maken van nieuwe bewijsmiddelen, de beoordeling van de bestaande bewijsmiddelen kennelijk onjuist blijkt te zijn.⁶² Ik wijs er nu reeds op dat de door Del Monte geuite verwijten met betrekking tot een onjuiste opvatting van bewijzen geenszins aan deze strikte voorwaarden voldoen.

124. Met de Commissie en Weichert heb ik de indruk dat Del Monte zich eenvoudig niet kan vinden in de beoordeling van de bewijsmiddelen door het Gerecht en nu tracht voor het Hof een alternatieve lezing van het bewijsmateriaal aannemelijk te maken, die echter geenszins overtuigend is.

i) Verwijt van een onjuiste opvatting van de vennotenovereenkomst

125. Ten eerste stelt Del Monte dat er sprake is van een aantal onjuiste opvattingen inzake de vennotenovereenkomst, waarmee Weichert de rechtsvorm van een commanditaire vennootschap naar Duits recht heeft aangenomen.

– Vetorecht van de stille vennoot

126. Ten eerste baseert Del Monte zich op artikel 7, lid 3, van de vennotenovereenkomst, dat bepaalde dat de beherende vennoten voor een aantal handelingen van tevoren de schriftelijke toestemming van alle vennoten moesten vragen. Del Monte is van mening dat het Gerecht deze bepaling verkeerd heeft opgevat door in punt 101 van het bestreden arrest aan te nemen dat „een reeks belangrijke handelingen die noodzakelijkerwijs, ook indirect, invloed hadden op het bestuur van Weichert, niet zonder de instemming van de stille vennoot konden worden verricht”.

127. Dit verwijt is ongegrond.

62 — Arresten PKK en KNK/Raad (C-229/05 P, EU:C:2007:32, punt 37), Sniace/Commissie (C-260/05 P, EU:C:2007:700, punt 37) en Lafarge/Commissie (C-413/08 P, EU:C:2010:346, punt 17).

128. Bij de handelingen waarvoor volgens artikel 7, lid 3, van de vennotenovereenkomst de toestemming van alle vennoten vereist was, ging het om de aan- en verkoop van alle onroerende goederen en van ieder belang in het kapitaal dan wel van een andere deelname in een andere onderneming, investeringen boven de 100 000 Duitse mark (DEM), leningen aan werknemers boven een bedrag van 10 000 DEM, leningen aan Weichert die niet onder de gebruikelijke gang van zaken vielen, het verstrekken van waarborgen door Weichert, beloningen van iedere aard aan de beherende vennoot en iedere overeenkomst gesloten door de beherende vennoot of beherende vennoten waarbij reguliere betalingsverplichtingen boven 10 000 DEM per maand voor Weichert werden aangegaan met uitzondering van arbeidsovereenkomsten, althans voor zover die in een jaarlijks bezoldiging van minder dan 60 000 DEM voorzagen.

129. Het is zeer wel verdedigbaar – en in elk geval niet kennelijk onjuist – om dergelijke verrichtingen als „een reeks belangrijke handelingen” te beschouwen en om aan te nemen dat de desbetreffende vetorechten van Del Monte „noodzakelijkerwijs, ook indirect, invloed hadden op het *bestuur* van Weichert”⁶³. Anders dan Del Monte veronderstelt, is in de genoemde passage van het arrest geen sprake van de specifieke gevolgen voor het *marktgedrag* van Weichert. De vaststelling van dergelijke gevolgen is overigens volgens de rechtspraak ook in het geheel niet nodig.⁶⁴

– Vetorecht van de beherende vennoot

130. Ten tweede maakt Del Monte bezwaar tegen punt 114 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht verklaart dat „uit de bepalingen van de vennotenovereenkomst niet [kan] worden opgemaakt dat de beherende vennoot volgens verzoekster een vetorecht had op „alle’ vennootschapsbesluiten”. Del Monte is daarentegen van opvatting dat zij in de vennootschap geen enkel besluit tegen een veto van de beherende vennoot had kunnen afdwingen.

131. De bekritiseerde uiteenzettingen van het Gerecht moeten worden gelezen in verband met de direct eraan voorafgaande punten van het bestreden arrest en vormen een antwoord op een argument van Del Monte inzake artikel 9, lid 2, tweede zin, van de vennotenovereenkomst.⁶⁵ Die bepaling heeft slechts betrekking op bepaalde, in artikel 9, lid 4, van die overeenkomst omschreven besluiten van *de vennotenvergadering*. Volgens bedoelde bepaling was de toestemming van de beherende vennoot uitsluitend voor de aldaar genoemde besluiten vereist.

132. De conclusie van het Gerecht volgens welke niet aan de bepalingen van de vennotenovereenkomst kan worden ontleend dat de beherende vennoot een vetorecht had „op „alle’ vennootschapsbesluiten”, is tegen deze achtergrond zeer wel verdedigbaar en kan in elk geval niet als kennelijk onjuist worden beschouwd.

133. In aanvulling hierop zij eraan herinnerd dat een eventuele onjuiste opvatting van de feiten alleen tot vernietiging van het bestreden arrest leidt, als deze van invloed kan zijn geweest op het dictum.⁶⁶ In dit verband is het van belang dat zelfs een algemeen vetorecht van de beherende vennoot „op „alle’ vennootschapsbesluiten” op zichzelf nog niets zegt over de vraag over welke juridische en feitelijke mogelijkheden de beherende vennoot zelf binnen de vennootschap beschikte. Del Monte heeft geen argumenten aangedragen op grond waarvan het Gerecht had moeten concluderen dat de beherende vennoot het *alleen* voor het zeggen had – en ook tegen de wil van de stille vennoot kon handelen.

63 — Punt 101 van het bestreden arrest (cursivering van mij).

64 — Zie dienaangaande nogmaals het arrest Akzo Nobel e.a./Commissie (C-97/08 P, EU:C:2009:536, punten 73 en 74) alsook mijn conclusie in die zaak (C-97/08 P, EU:C:2009:262, punten 89-93), voorts arrest Schindler Holding e.a./Commissie (C-501/11 P, EU:C:2013:522, inzonderheid punt 112).

65 — Zie punten 111-114 van het bestreden arrest.

66 — Arresten P & O European Ferries (Vizcaya) en Diputación Foral de Vizcaya/Commissie (C-442/03 P en C-471/03 P, EU:C:2006:356, punten 67-69), Sison/Raad (C-266/05 P, EU:C:2007:75, punten 70-72) en Inuit Tapirrit Kanatami e.a./Parlement en Raad (C-583/11 P, EU:C:2013:625, punt 112).

134. Los daarvan is, zoals reeds gezegd, volledige zeggenschap van de stille vennoot geen noodzakelijke voorwaarde voor zijn medeaansprakelijkheid voor kartelinbreuken van de vennootschap; veeleer kan ook bij een gezamenlijk zeggenschap met een of meer beherende vennoten een kartelrechtelijke aansprakelijkheid worden toegerekend.⁶⁷

– Benoeming en ontslag van het bestuur

135. Ten derde maakt rekwirante bezwaar tegen punt 117 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht het argument van Del Monte afwijst dat zij „niet de noodzakelijke bevoegdheden had om de bestuurders van de vennootschap te benoemen, te vervangen dan wel bij die benoeming haar veto te gebruiken”. Del Monte ziet in deze afwijzing van haar argument door het Gerecht een „onjuiste opvatting van bewijs”.

136. Hierbij zij opgemerkt dat een rekwirant, wanneer hij stelt dat het Gerecht het bewijsmateriaal verkeerd heeft opgevat, precies moet aangeven welk bewijs volgens hem door het Gerecht verkeerd is opgevat en moet aantonen welke fouten in de analyse het Gerecht tot deze verkeerde opvatting hebben gebracht.⁶⁸

137. Een dergelijke uiteenzetting ontbreekt in casu volledig. Del Monte heeft nagelaten een concreet processtuk aan te wijzen en aannemelijk te maken in hoeverre het Gerecht dat processtuk verkeerd heeft opgevat. Vastgesteld moet worden, dat het eerste onderdeel van het tweede middel niet-ontvankelijk is.

138. Overigens bedoelt Del Monte vermoedelijk een verkeerde opvatting van artikel 9, lid 3, van de vennotenovereenkomst, aangezien de bekritiseerde passage van het arrest hierop betrekking heeft. In die bepaling is echter letterlijk neergelegd, wat het Gerecht in punt 117 van het bestreden arrest weergeeft, namelijk dat unanimititeit van de vennoten voor iedere wijziging van de vennotenovereenkomst vereist was.

139. Aangezien artikel 7, lid 1, van de vennotenovereenkomst uitdrukkelijk voorziet in een bestuurlijke functie van een persoonlijk aansprakelijke beherende vennoot, kon die functie slechts door middel van een wijziging van die overeenkomst en dus niet zonder toestemming van Del Monte worden gecreëerd of aangepast. Daarom was het argument van Del Monte dat zij niet eens over een vetorecht met betrekking tot de benoeming of het ontslag van bestuurders beschikte, in elk geval in deze algemene formulering onjuist.

140. Van een onjuiste opvatting van bewijzen kan dus geen sprake zijn. Veeleer lijkt Del Monte hier te pogen het Hof, onder het voorwendsel van een grief inzake onjuiste opvatting van bewijzen, gewoonweg tot een herbeoordeling van de feiten te bewegen, wat in hogere voorziening niet is toegestaan.⁶⁹

– Arbitragestelsel

141. Ten vierde verwijt Del Monte het Gerecht een onjuiste opvatting van artikel 9, lid 5, van de vennotenovereenkomst, die in de instelling van een arbitrageraad voorzag ter beslechting van patsituaties in de vennotenvergadering.⁷⁰

⁶⁷ — Zie hierboven punt 88 van deze conclusie.

⁶⁸ — Arresten Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punten 50 en 159), Lafarge/Commissie (C-413/08 P, EU:C:2010:346, punt 16) en Comitato „Venezia vuole vivere” e.a./Commissie (C-71/09 P, C-73/09 P en C-76/09 P, EU:C:2011:368, punt 152).

⁶⁹ — Arresten Lafarge/Commissie (C-413/08 P, EU:C:2010:346, punt 23), Ziegler/Commissie (C-439/11 P, EU:C:2013:513, punten 75 en 76) en ELSmidth/Commissie (C-238/12 P, EU:C:2014:284, punt 31).

⁷⁰ — De werking van dit arbitragestelsel is samengevat in punt 115 van het bestreden arrest.

142. Inzonderheid maakt Del Monte bezwaar tegen de volgende twee verklaringen van het Gerecht in punt 116 van het bestreden arrest:

- Ten eerste is het Gerecht van oordeel dat „de stelling dat de besluiten binnen deze raad met een eenvoudige meerderheid, en dus voor die familie per se gunstige, besluiten werden genomen, [...] niet [wordt] onderbouwd”.
- Ten tweede merkt het Gerecht aldaar op dat „[d]e omvang van het betrokken voordeel [...] in ieder geval [moet] worden gerelativeerd gezien de specifieke bevoegdheden van de vennotenvergadering”.

143. Na bestudering van artikel 9, lid 5, van de vennotenovereenkomst lijkt mij geen van deze beide verklaringen van het Gerecht kennelijk onjuist. In tegendeel:

- Ten aanzien van de eerste verklaring zij opgemerkt dat artikel 9, lid 5, van de vennotenovereenkomst geen informatie bevat over de vereiste meerderheden voor de besluitvorming in de arbitrageraad. Mogelijk kan het vereiste van een besluitvorming met eenvoudige meerderheid worden afgeleid uit andere bepalingen van de vennotenovereenkomst. Del Monte heeft in dit verband echter geen bezwaar gemaakt tegen een onjuiste opvatting van die bepalingen. Overigens heeft de verklaring van het Gerecht betrekking op de meerderheden waarmee besluiten van de arbitrageraad *werden genomen*. Vanzelfsprekend kan aan een bepaling in een vennotenovereenkomst op zichzelf geen informatie worden ontleend over de toepassing ervan in de praktijk binnen de vennootschap.
- Uit de tweede verklaring komt slechts naar voren dat het Gerecht het belang van de aan het arbitragestelsel verbonden voordelen voor familie W. in de context van de vennotenovereenkomst als geheel heeft beoordeeld en gerelativeerd. In hoeverre een dergelijk onderzoek van de bredere achtergrond van de bewijzen kennelijk onjuist zou zijn, wordt niet duidelijk en door rekwirante op generlei wijze beredeneerd.

144. Ik voeg hieraan toe dat het bestaan op zich van een arbitragestelsel in de vorm van een arbitrageraad allerminst overtuigend bewijs is voor de stelling van Del Monte „dat beslissingen over het handelsbeleid van Weichert uiteindelijk alleen door de familie [W.] werden genomen”. Want ook als de bewering van Del Monte waar is dat familie W. in de arbitrageraad over drie van de zes stemmen beschikte, had zij daarmee juist *geen* – namelijk ook geen eenvoudige – meerderheid.

ii) Onjuiste opvatting van een aantal andere stukken

145. Afgezien van de vennotenovereenkomst heeft het Gerecht volgens Del Monte ook de strekking van een aantal andere dossierstukken onjuist opgevat. Hieronder zal ik hier kort op ingaan.

– „Evenwicht van de bevoegdheden”

146. Ten eerste maakt Del Monte bezwaar tegen een „kennelijke onjuiste opvatting” van haar eigen verklaringen uit het verzoekschrift in eerste aanleg⁷¹, waarin zij gewag had gemaakt van een „evenwicht van de bevoegdheden” tussen de stille vennoot en de beherende vennoot. Naar mening van rekwirante heeft het Gerecht in punt 118 van het bestreden arrest ten onrechte uit haar opmerkingen over het „evenwicht van de bevoegdheden” geconcludeerd dat familie W. en Del Monte gezamenlijke zeggenschap over Weichert hadden, en dit als aanwijzing beschouwd dat Del Monte de mogelijkheid had om een beslissende invloed op Weichert uit te oefenen.

71 — In concreto gaat het om punt 63 van het verzoekschrift in eerste aanleg.

147. Van een onjuiste opvatting van de argumentatie van een partij in eerste aanleg moet – analoog aan de rechtspraak inzake onjuiste opvatting van feiten en bewijsmiddelen – worden uitgegaan, wanneer het Gerecht die argumentatie kennelijk onjuist heeft opgevat of de strekking ervan verkeerd heeft weergegeven.⁷²

148. Hiervan is in het onderhavige geval geen sprake. Weliswaar heeft het Gerecht in punt 118 van het bestreden arrest het door Del Monte gebezigde begrip „evenwicht van de bevoegdheden” overgenomen, maar inhoudelijk heeft het de argumentatie van Del Monte in de bedoelde passage van het arrest niet weergegeven. In plaats daarvan verwees het Gerecht naar zijn direct aan die passage voorafgaande uiteenzetting over specifieke bepalingen van de vennotenovereenkomst⁷³, waaruit zij concludeerde dat Del Monte de mogelijkheid had om een beslissende invloed op Weichert uit te oefenen.

– Verklaringen van andere importeurs over de prijsvorming

149. Ten tweede verwijt Del Monte het Gerecht dat het in de punten 211 tot en met 215 van het bestreden arrest, op basis van de antwoorden van andere importeurs (Chiquita en Dole) op verzoeken om inlichtingen van de Commissie, had verondersteld dat Weichert „ook aan de verwachtingen van Del Monte voldeed” door haar referentieprijzen aan die van Dole aan te passen. Naar de mening van Del Monte heeft het Gerecht de verklaringen van die importeurs hiermee onjuist opgevat.

150. Dit verwijt berust op een onjuiste lezing van het bestreden arrest, waarbij zelfs de tekst wordt verdraaid. In de bedoelde passage van het arrest wordt namelijk in het geheel niet vastgesteld of ook maar aangeduid dat Weichert „ook aan de verwachtingen van Del Monte voldeed” door haar referentieprijzen aan die van Dole aan te passen. Del Monte legt het Gerecht een opmerking in de mond die het op deze wijze nooit heeft gemaakt en baseert daarop het ernstige verwijt van een onjuiste opvatting van bewijs.

151. In werkelijkheid gaat het Gerecht in die passage in op de beweringen van Del Monte dat Weichert geheel zelfstandig was, dat Del Monte zelf referentieprijzen had willen zien die dichtbij die van Chiquita lagen, en dat Del Monte haar desbetreffende verwachtingen duidelijk jegens Weichert had laten blijken.⁷⁴ Het Gerecht komt aldaar slechts tot de *voorlopige conclusie* dat de door Del Monte aangehaalde verklaringen van Chiquita en Dole haar eigen beweringen weerleggen.⁷⁵ In de gelaakte punten 211 tot en met 215 van het bestreden arrest trekt het Gerecht *geenszins* een *definitieve* conclusie over de zelfstandigheid van Weichert ten opzichte van Del Monte.

152. Bovendien zij opgemerkt dat de genoemde verklaringen van Chiquita en Dole geenszins zo ondubbelzinnig waren als door Del Monte wordt beweerd. Zij laten integendeel zeker ruimte voor interpretatie. Dat geldt met name voor de verklaring van Dole dat Del Monte ontevreden was „over de marketingresultaten van Weichert” en „blijkbaar aan haar verhouding met Weichert een einde [heeft] gemaakt om haar eigen agressieve marketingaanpak toe te passen”.⁷⁶

153. Uit deze verklaringen komt ten eerste – zoals hierboven reeds werd aangeduid⁷⁷ – *niet* duidelijk naar voren of Del Monte alleen om bedrijfseconomische redenen ontevreden was met Weichert, of ook met betrekking tot de marketingaanpak. Ten tweede kan evenmin uit het genoemde bewijsmateriaal worden opgemaakt óf, en zo ja, wanneer het bestuur van Weichert aanwijzingen van

72 — Zie dienaangaande mijn conclusie in de zaken Solvay/Commissie (C-110/10 P, EU:C:2011:257, punten 126 en 131) en Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad (C-583/11 P, EU:C:2013:21, punt 134).

73 — Zie de inleidende formulering van punt 118 van het bestreden arrest: „Blijkens de voorafgaande overwegingen, vertaalt de vennotenovereenkomst zich [...]”.

74 — Vgl. punten 209 en 210 van het bestreden arrest.

75 — Punt 211 van het bestreden arrest.

76 — Punt 214 van het bestreden arrest.

77 — Zie hierboven, punten 107-109 van deze conclusie.

Del Monte heeft gekregen voor de tenuitvoerlegging van die marketingaanpak. Ook is ten derde niet duidelijk of die marketingaanpak destijds inderdaad op het verzet van het bestuur van Weichert is gestuit of dat de marktacceptatie voor die aanpak eenvoudigweg uitbleef, zoals Weichert stelt. Aan de hand van het bewijsmateriaal dat het Gerecht volgens Del Monte onjuist heeft opgevat, kan nog niet eens ondubbelzinnig worden vastgesteld op welk tijdstip Del Monte haar „eigen agressieve marketingaanpak” heeft ontwikkeld en een begin heeft gemaakt met haar pogingen het in de praktijk te brengen: nog tijdens de periode van de inbreuk in de jaren 2000 tot en met 2002 of pas in 2003, dat wil zeggen na beëindiging van de inbreuk.

154. Indien op basis van het bewijsmateriaal verschillende beoordelingen verdedigbaar lijken te zijn en het Gerecht de voorkeur heeft gegeven aan een daarvan, kan het Gerecht redelijkerwijs niet worden verweten bewijzen onjuist te hebben opgevat. Dit is het geval met de bewijsmiddelen die in de punten 211 tot en met 215 van het bestreden arrest worden aangehaald.

– Brief van een externe advocaat aan Del Monte

155. Ten derde voert Del Monte een onjuiste opvatting van bewijzen aan met betrekking tot een brief van een externe advocaat aan Del Monte uit 1997. Volgens Del Monte wekt het Gerecht in punt 236 van het bestreden arrest de indruk dat die brief in opdracht van *een van de vennoten* van Weichert was verstuurd, terwijl de brief in werkelijkheid in opdracht van *de vennootschap* zelf was opgesteld.

156. Hierbij zij direct opgemerkt dat het Gerecht zich in die passage van het arrest geenszins met de auteur van de brief bezighoudt, maar slechts met algemene overwegingen over de vraag of uit het feit dat een van de vennoten een beroep doet op een juridisch adviseur, conclusies kunnen worden getrokken met betrekking tot de zeggenschap van de andere vennoot over de vennootschap. Het verwijt van Del Monte dat er sprake zou zijn van een onjuiste opvatting van bewijs lijkt me daarom ver gezocht.

157. Bij zorgvuldige lezing van de genoemde brief valt bovendien op dat deze – anders dan Del Monte meent – voor meer dan één uitleg vatbaar is en dat geenszins duidelijk is namens wie en in wiens opdracht daarin opmerkingen worden gemaakt over bepaalde onderwerpen. Uit de inleiding blijkt weliswaar dat in de brief advies wordt uitgebracht aan de vennootschap⁷⁸, maar de verdere opmerkingen worden ten minste gedeeltelijk ook namens de heer W. en deels zelfs uitdrukkelijk namens de heer W. en de vennootschap gezamenlijk gemaakt⁷⁹.

158. Het gaat dus opnieuw om een bewijsstuk dat veel ruimte voor uiteenlopende interpretaties laat. In deze omstandigheden kan het Gerecht geen onjuiste opvatting van bewijs verweten worden door in punt 236 van het bestreden arrest te stellen dat „een vennoot beroep doet op een juridisch adviseur om te weten wat zijn rechten zijn en zich te verdedigen tegen degene die ervan verdacht wordt die rechten niet te respecteren”.

159. In aanvulling hierop zij opgemerkt dat Del Monte in het geheel niet heeft toegelicht in hoeverre de vermeende onjuiste opvatting van de strekking van genoemde brief gevolgen heeft gehad voor het arrest van het Gerecht. Het bestreden arrest kan echter alleen op grond van een onjuiste opvatting van bewijzen worden vernietigd, wanneer deze onjuiste opvatting kan hebben doorgewerkt in het dictum.⁸⁰ Hiervoor zijn in casu geen aanwijzingen te vinden.

78 — De inleidende zin van de brief luidt: „We were retained by Interfrucht as legal counsel [...] Interfrucht wishes to stress the following [...]”, waarbij „Interfrucht” als afkorting werd gebruikt voor de handelsnaam van Weichert.

79 — Zie formuleringen als „Mr. [W.] instructed us”, „Mr. [W.] never consented”, „Mr. [W.] further wishes to remind you”, en „Mr. [W.] and Interfrucht” of „he and Interfrucht”.

80 — Arresten P & O European Ferries (Vizcaya) en Diputación Foral de Vizcaya/Commissie (C-442/03 P en C-471/03 P, EU:C:2006:356, punten 67-69), Sison/Raad (C-266/05 P, EU:C:2007:75, punten 70-72) en Inuit Tapirrit Kanatami e.a./Parlement en Raad (C-583/11 P, EU:C:2013:625, punt 112).

– Memorie uit een nationale procedure

160. Ten vierde is Del Monte met betrekking tot de punten 237 en 238 van het bestreden arrest van mening dat het Gerecht de bewijskracht van een memorie uit een nationale gerechtelijke procedure onjuist heeft opgevat. In dit verweerschrift antwoord Weichert op een klacht van Del Monte dat alle toegevoegde economische waarde van Weichert, te weten de aankopen, de marketing en de logistiek uitsluitend konden worden toegerekend aan de beherende vennoten, en de rol van Del Monte binnen de vennootschap zich tot een financiële deelneming beperkte.

161. Het Gerecht heeft – geheel conform de feiten – opgemerkt dat de klacht door Del Monte werd ingediend in plaats van door Weichert, dat die klacht verband hield met een opzegging van de distributieovereenkomst en dat de instelling van een gerechtelijke procedure door Del Monte inzake de economische waarde van de onderneming de conclusie van de uitoefening van een beslissende invloed niet uitsluit.⁸¹

162. Ik zie niet in op welke wijze het Gerecht met deze opmerkingen blijkt geeft van een onjuiste opvatting van de genoemde memorie. Het Gerecht heeft die memorie slechts tegen de procedurele en economische achtergrond ervan beoordeeld en daaruit zeer redelijke – en zeker geen kennelijk onjuiste – conclusies getrokken wat betreft de bewijskracht ervan in de onderhavige mededingingszaak.

– Geen consolidatie van de financiële resultaten

163. Ten vijfde bekritiseert Del Monte met betrekking tot punt 259 van het bestreden arrest dat het Gerecht de achterwege gebleven consolidatie van de resultaten van Del Monte en Weichert ten onrechte als „volstrekt irrelevant” heeft afgedaan. Volgens Del Monte komt dit neer op een onjuiste opvatting van bewijs.

164. Dit argument snijdt geen hout. Del Monte mag dan van mening zijn dat het Gerecht uit het achterwege blijven van een consolidatie van resultaten juridisch onjuiste conclusies heeft getrokken en voorbij is gegaan aan de desbetreffende rechtspraak. Evenwel heeft dit niets te maken met een onjuiste opvatting van bewijs.

iii) Tussenconclusie

165. Samenvattend kan worden geconstateerd dat de specifieke verwijten van Del Monte inzake een onjuiste opvatting van bewijs allerm minst gegrond zijn.

b) Verplichting van het Gerecht tot een volledige beoordeling van het bewijsmateriaal

166. Tot slot voert Del Monte in het kader van haar tweede middel aan dat het Gerecht heeft nagelaten het aan hem voorgelegde bewijsmateriaal volledig te beoordelen. Volgens Del Monte heeft het Gerecht het bewijsmateriaal onjuist opgevat door elk bewijsstuk op zichzelf te onderzoeken, zonder echter te beoordelen of het bewijsmateriaal in zijn geheel tegen een beslissende invloed van Del Monte op Weichert pleit of – subsidiair – dat het in dit opzicht aan duidelijk bewijs ontbreekt (*non liquet*).

⁸¹ — Punt 238 van het bestreden arrest.

167. Ook dit verwijt lijkt op een zeer selectieve lezing van het bestreden arrest te berusten. Zo blijkt alleen al uit punt 266 van het arrest dat het Gerecht heeft geoordeeld dat de door Del Monte overgelegde schriftelijke bewijsstukken „op zichzelf dan wel gezamenlijk beschouwd” niet kunnen afdoen aan de toerekening van de kartelinbreuk door Weichert aan Del Monte. Het Gerecht heeft dus geenszins nagelaten, het bewijsmateriaal in zijn totaliteit te beoordelen.

168. Ondanks de betiteling als grief inzake onjuiste opvatting van bewijs blijkt het verwijt van Del Monte eerder een grief inzake een juridisch onjuiste kwalificatie van feiten te zijn. Del Monte stelt dat het Gerecht uit de beoordeling van het hem voorgelegde bewijsmateriaal in zijn totaliteit onjuiste juridische conclusies heeft getrokken aangaande het bestaan van een economische eenheid tussen Del Monte en Weichert. Deze laatste in het kader van het tweede middel aangevoerde grief vertoont in zoverre overlappingsen met het eerste middel en moet worden afgewezen om de redenen die in dat verband reeds werden uiteengezet.⁸²

3. Vijfde middel: één enkele voortgezette inbreuk

169. Met haar vijfde en laatste middel voert Del Monte aan dat het Gerecht de litigieuze beschikking nietig had moeten verklaren, omdat daarin één enkele en voortgezette inbreuk van Dole, Chiquita en Del Monte/Weichert werd vastgesteld, hoewel vaststaat dat Weichert niet op de hoogte was van de informatie-uitwisseling tussen Dole en Chiquita.

170. Del Monte stelt nu dat het Gerecht het feit dat Weichert niet op de hoogte was van de informatie-uitwisseling tussen Dole en Chiquita, ten onrechte slechts als verzachtende omstandigheid heeft beschouwd en daarmee de toepasselijke rechtspraak van het Hof niet in aanmerking heeft genomen.

171. Mijns inziens berust dit middel op een onjuiste lezing van zowel het bestreden arrest als de rechtspraak van het Hof.

172. Het concept van één enkele voortgezette inbreuk maakt het mogelijk om de bijdrage aan de inbreuk van elk van de karteldeelnemers aan alle andere karteldeelnemers – in zekere zin als medeplichtigen – toe te rekenen, ook al waren zij zelf niet actief betrokken bij elk afzonderlijk onderdeel van het kartel als geheel.⁸³

173. Zoals algemeen wordt erkend, veronderstelt een dergelijke toerekening dat wordt bewezen dat de betrokken onderneming de onrechtmatige gedragingen van de andere deelnemers kende of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico ervan te aanvaarden.⁸⁴

174. Een onderlinge toerekening van de deelname aan de inbreuk is met andere woorden mogelijk wanneer de betrokken karteldeelnemer wist of had moeten weten dat hij door zijn eigen deelname aan de inbreuk deel ging uitmaken van een kartel en met zijn eigen gedrag bijdroeg aan het bereiken van de gemeenschappelijke mededingingsverstorende doelstellingen van alle karteldeelnemers.⁸⁵

82 — Zie nogmaals hierboven, de punten 82-110 van deze conclusie.

83 — Zie mijn conclusie in de zaak Commissie/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:317, punt 34).

84 — Arresten Commissie/Anic Participazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, punten 83, 87 en 203), Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punt 83) en Commissie/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, punten 43 en 44); in dezelfde zin ook arrest Dansk Rørindustri e.a./Commissie (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, EU:C:2005:408, punt 143), waar sprake is van de „stilzwijgende goedkeuring van een onrechtmatig initiatief”, die leidt tot „medeplichtigheid” en een „passieve vorm van deelneming aan de inbreuk”.

85 — Zie mijn conclusie in de zaak Commissie/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:317, punt 36); in dezelfde zin arrest Commissie/Anic Participazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, punt 87).

175. Indien echter niet is aangetoond dat een karteldeelnemer kennis had of had moeten hebben van bepaalde aspecten van een enkele voortgezette inbreuk, kan hij voor deze aspecten niet aansprakelijk worden gesteld.⁸⁶

176. Het feit dat een karteldeelnemer niet van alle aspecten kennis had of behoefde te hebben, doet echter niets af aan het *objectieve bestaan* van de enkele voortgezette inbreuk. In geen geval mag deze omstandigheid tot gevolg hebben dat deze onderneming wordt bevrijd van haar aansprakelijkheid voor de gedragingen ten aanzien waarvan haar deelname vaststaat of waarvoor zij daadwerkelijk aansprakelijk kan worden gesteld.⁸⁷ Het gaat namelijk slechts om graduele verschillen die niets afdoen aan het feit dat de betrokken onderneming inbreuk heeft gemaakt op artikel 81 EG, ook al kunnen haar niet alle onderdelen van de enkele voortgezette inbreuk worden toegerekend.⁸⁸

177. Al met al moeten dus de omvang en het belang van de respectieve deelnames aan de inbreuk in verhouding tot het kartel in zijn geheel voor elke karteldeelnemer individueel in aanmerking worden genomen bij de bepaling van de geldboete.⁸⁹

178. Het Gerecht heeft bij de toepassing van deze regels in het onderhavige geval geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

179. Het Gerecht heeft erkend dat Weichert geen kennis had van de informatie-uitwisseling tussen Dole en Chiquita en hiervan ook geen kennis behoefde te hebben. Het Gerecht heeft op grond van deze omstandigheid niet het bestaan van één enkele voortgezette inbreuk als zodanig in twijfel getrokken, maar het bestreden arrest terecht uitsluitend afgestemd op de rechtsgevolgen voor Weichert en vastgesteld dat aan Weichert – in tegenstelling tot Dole en Chiquita – de aansprakelijkheid van de inbreuk *niet* in haar geheel kon worden toegerekend en haar bijgevolg een lagere boete diende te worden opgelegd.⁹⁰

180. Weliswaar lijkt het vreemd dat het Gerecht in dit verband – waarschijnlijk in navolging van de woordkeuze van de Commissie in de litigieuze beschikking – van „verzachtende omstandigheden” voor Weichert spreekt. In werkelijkheid is het namelijk eenvoudigweg de geringere bijdrage van Weichert aan de inbreuk, die een lagere sanctie wettigt. Ook het Gerecht gaat hier ten slotte van uit, gezien de toelichting dat het basisbedrag van de geldboete voor Weichert lager uitviel omdat deze onderneming niet op de hoogte was van het voorafgaande prijsoverleg tussen Chiquita en Dole dan wel dit overleg redelijkerwijs niet kon voorzien.

181. Bijgevolg dient het vijfde middel te worden afgewezen.

C – Incidentele hogere voorziening van Weichert in zaak C-293/13 P

182. De door Weichert in zaak C-293/13 P ingestelde incidentele hogere voorziening is, zoals hierboven uiteengezet⁹¹, niet-ontvankelijk, daar zij niet voldoet aan artikel 56, tweede alinea, tweede zin, van het Statuut van het Hof. Ten aanzien van de gegrondheid neem ik hieronder daarom slechts subsidiair een standpunt in.

86 — In dezelfde zin arrest Commissie/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, punt 44).

87 — Arrest Commissie/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, punt 45).

88 — Zie in die zin mijn conclusie in de zaak Commissie/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:317, punt 33).

89 — Arresten Commissie/Anic Participazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, punt 90), Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punt 86) en Commissie/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:317, punt 45).

90 — Punten 646 en 649 van het bestreden arrest; zie ook de punten 258 en 476 van de considerans van de litigieuze beschikking.

91 — Zie hierboven, de punten 50-65 van deze conclusie.

1. Eerste middel: bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging

183. Ten eerste maakt Weichert met haar incidentele hogere voorziening in zaak C-293/13 P bezwaar tegen de vaststellingen van het Gerecht betreffende een tussen Weichert en Dole onderling afgestemde feitelijke gedraging. Volgens Weichert kan er geen sprake zijn van een tussen deze ondernemingen afgestemde feitelijke gedraging, aangezien Weichert zich enkel als volger had gedragen en zich steeds eenzijdig had gericht naar de referentieprijzen van Dole.

184. In dit verband voert Weichert in totaal drie grieven tegen het bestreden arrest aan, waarop ik hieronder een voor een zal ingaan.

a) Grief inzake tegenstrijdige motivering van het arrest

185. Ten eerste vindt Weichert de motivering van het arrest tegenstrijdig, omdat het Gerecht enerzijds in punt 580 ontkent dat er aanwijzingen waren voor haar rol als volger en anderzijds in punt 847 juist een dergelijke rol mogelijk acht.

186. In dit verband is de vraag of de motivering van een arrest van het Gerecht tegenstrijdig dan wel ontoereikend is, een rechtsvraag die als zodanig in het kader van een hogere voorziening kan worden opgeworpen.⁹²

187. In casu stelt het Gerecht in de laatste zin van punt 580 van het bestreden arrest vast dat een bepaalde – aldaar nader besproken – verklaring van Chiquita in de administratieve procedure niet volstaat ter staving van de bewering „dat Weichert iedere week wachtte totdat zij op de hoogte was van de prijs van Dole om vervolgens haar eigen referentieprijz op hetzelfde bedrag vast te stellen”.

188. Daarentegen merkt het Gerecht in punt 847 van het bestreden arrest op dat dezelfde verklaring van Chiquita „ook de indruk [kan] wekken dat Weichert met betrekking tot het prijsbeleid van Dole zich enkel als volger had gedragen”.

189. Op het eerste gezicht lijkt er tussen deze beide punten van het bestreden arrest een zekere spanning te bestaan, bij nadere beschouwing zijn zij echter niet tegenstrijdig. In beide passages van het arrest buigt het Gerecht zich – zij het in zeer uiteenlopende contexten – over de bewijskracht van een en dezelfde verklaring van Chiquita uit de administratieve procedure. En in beide gevallen komt het Gerecht uiteindelijk tot de slotsom dat die verklaring een relatief zwakke bewijskracht heeft.

190. Juist vanwege de zwakke bewijskracht van de betrokken verklaring van Chiquita heeft het Gerecht er al met al weinig bewijswaarde aan gehecht voor wat betreft het al dan niet bestaan van een tussen Dole en Weichert onderling afgestemde feitelijke gedraging. Zo heeft het Gerecht de verklaring van Chiquita enerzijds in de punten 580 en 581 van het bestreden arrest niet willen beschouwen als *ontlastend bewijs* waaruit blijkt dat Weichert in verhouding tot Dole slechts de rol van volger had. Evenmin is het Gerecht er anderzijds in de punten 847 tot en met 853 van het bestreden arrest van uitgegaan dat de bedoelde verklaring als *belastend bewijs* dient met betrekking tot het mededingingsverstorende karakter van de bilaterale betrekkingen tussen Weichert en Dole.

191. Daarom is er geen sprake van schending van de krachtens artikel 36 juncto artikel 53, eerste alinea, van het Statuut van het Hof op het Gerecht rustende motiveringsplicht.

92 — Arresten FIAMM e.a./Raad en Commissie (C-120/06 P en C-121/06 P, EU:C:2008:476, punt 90), Masdar (UK)/Commissie (C-47/07 P, EU:C:2008:726, punt 76) en Melli Bank/Raad (C-380/09 P, EU:C:2012:137, punt 41); in dezelfde zin reeds arrest Commissie/Anic Participazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, punten 190 en 202).

192. Los daarvan moet meer in het algemeen worden opgemerkt dat het Gerecht niet zozeer zijn beoordeling van afzonderlijke bewijsmiddelen, maar veeleer *zijn arrest* moet motiveren. Men mag dan – ongeacht mijn bovenstaande uiteenzetting – de formulering van de punten 580 en 847 van het bestreden arrest niet geheel consequent achten, toch is de eigenlijke beslissing van het Gerecht over het bij hem ingestelde beroep duidelijk en coherent gemotiveerd, en wel met de strekking dat er sprake is van een onderling afgestemde feitelijke gedraging waarbij Weichert betrokken was.⁹³

193. Bijgevolg snijdt de door Weichert aangevoerde grief inzake de motivering geen hout.

b) Grief inzake de onjuiste opvatting van bewijsmiddelen

194. Ten tweede verwijt Weichert het Gerecht een onjuiste opvatting van bewijsmiddelen. De vaststelling in punt 580 van het bestreden arrest dat de verklaring van Chiquita niet toereikend is om aannemelijk te maken dat Weichert zich enkel als volger had gedragen, vormt volgens haar een onjuiste opvatting van de duidelijke bewijzen. Weichert leidt dit af door dat punt te lezen in samenhang met punt 847 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht – zoals vermeld – opmerkt dat de bedoelde verklaring van Chiquita „ook de indruk [kon] wekken dat Weichert met betrekking tot het prijsbeleid van Dole zich enkel als volger had gedragen”.

195. Zoals reeds vermeld, kan alleen van een onjuiste opvatting van feiten of bewijzen worden uitgegaan indien aan een aantal strikte voorwaarden is voldaan. Van een dergelijke verkeerde opvatting van feiten of bewijzen is slechts sprake wanneer, zonder gebruik te maken van nieuwe bewijsmiddelen, de beoordeling van de bestaande bewijsmiddelen kennelijk onjuist blijkt te zijn.⁹⁴ Daarentegen is er geen sprake van een onjuiste opvatting van feiten of bewijzen wanneer op basis van het de feiten of het bewijsmateriaal verschillende beoordelingen verdedigbaar lijken te zijn en het Gerecht de voorkeur heeft gegeven aan een daarvan.

196. Dat is in casu inderdaad het geval. Uit bedoelde verklaring van Chiquita uit de administratieve procedure kon niet duidelijk worden opgemaakt of Weichert enkel als volger de referentieprijzen van Dole eenzijdig heeft overgenomen of met Dole betrokken was bij een onderling afgestemde feitelijke gedraging met een mededingingsbeperkende strekking. Het Gerecht kwam tot de conclusie dat Chiquita de bewering inzake de rol van volger niet kon staven.⁹⁵ Een dergelijke conclusie is zeer wel verdedigbaar, gezien de zwakke bewijskracht die de verklaring heeft ten aanzien van de verhouding tussen Weichert en Dole; in geen geval was deze conclusie van het Gerecht *kennelijk onjuist*.

197. Bijgevolg is het verwijt van een onjuiste opvatting van bewijsmiddelen ongegrond.

c) Grief inzake het ontbreken van een toekomstgerichte informatie-uitwisseling

198. Tot slot stelt Weichert dat in casu niet is vastgesteld dat er op enig tijdstip tussen Dole en Weichert een informatie-uitwisseling over hun eigen *toekomstige* marktgedrag heeft plaatsgevonden. Ook om deze reden kan volgens Weichert niet worden uitgegaan van een tussen beide ondernemingen onderling afgestemde feitelijke gedraging met mededingingsbeperkende strekking.

93 — Zie inzonderheid punten 583-585 en 788 van het bestreden arrest.

94 — Arresten PKK en KNK/Raad (C-229/05 P, EU:C:2007:32, punt 37), Sniace/Commissie (C-260/05 P, EU:C:2007:700, punt 37) en Lafarge/Commissie (C-413/08 P, EU:C:2010:346, punt 17).

95 — Punten 850 en 851 van het bestreden arrest.

199. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het alleen aan het Gerecht staat om feiten en bewijzen te beoordelen, terwijl het Hof daartoe in hogere voorziening niet bevoegd is – met uitzondering van een eventuele grief met betrekking tot onjuiste opvatting van feiten of bewijzen.⁹⁶ De argumentatie van Weichert lijkt er uiteindelijk op gericht het Hof te bewegen tot een nieuwe beoordeling van de feiten, en moet bijgevolg niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

200. Alleen voor de volledigheid wijs ik erop dat in tegenstelling tot wat Weichert betoogt, het Gerecht in verschillende passages van het bestreden arrest wel degelijk vaststelt dat Dole en Weichert informatie hebben uitgewisseld over hun toekomstige marktgedrag.⁹⁷

201. In dit verband is overigens niet van belang of slechts één onderneming haar concurrenten eenzijdig heeft geïnformeerd over haar voorgenomen marktgedrag of dat alle betrokken ondernemingen elkaar over hun afwegingen of intenties informeren. Wanneer slechts één onderneming het waagt om aan haar concurrenten vertrouwelijke informatie door te geven over haar commerciële beleidsvoornemens, vermindert dat voor alle betrokken concurrenten de onzekerheid over de toekomstige marktwerking en neemt het risico op een verzwakte mededinging en op collusie toe.⁹⁸

202. Hierbij is het om het even of Dole en Weichert in het kader van voorafgaand prijsoverleg elkaar over en weer inlichtingen over hun toekomstige marktgedrag hebben verstrekt of dat enkel Dole eenzijdig informatie van dien aard aan Weichert heeft doorgegeven, maar Weichert omgekeerd niet aan Dole. In beide gevallen is er sprake van een overeenkomstig artikel 81 EG (artikel 101 VWEU) verboden onderling afgestemde feitelijke gedraging met mededingingsbeperkende strekking.

d) Tussenconclusie

203. Bijgevolg is het eerste middel dat Weichert in het kader van haar incidentele hogere voorziening in zaak C-293/13 P heeft aangevoerd, in zijn totaliteit ongegrond.

2. Tweede middel: mededingingsbeperkende strekking

204. Met haar incidentele hogere voorziening in zaak C-293/13 P verwijt Weichert het Gerecht ten tweede dat het in het onderhavige geval ten onrechte is uitgegaan van een mededingingsbeperkende strekking. Volgens Weichert heeft het Gerecht slechts „beweerd” dat het voorafgaande prijsoverleg reeds naar zijn aard een verstoring van de mededinging inhoudt en nagelaten uiteen te zetten hoe het in de gegeven juridische en economische omstandigheden concreet tot een beperking van de mededinging strekte.

205. Op het eerste gezicht lijkt het erop dat Weichert het Hof met dit argument op ontoelaatbare wijze ertoe wil bewegen, in hogere voorziening zijn eigen beoordeling van de feiten en bewijzen in de plaats te stellen van die van het Gerecht. In werkelijkheid wordt het Hof hier echter verzocht na te gaan of het Gerecht bij zijn beoordeling van de feiten en de bewijzen is uitgegaan van de juiste criteria en maatstaven. Dit is een rechtsvraag die in hogere voorziening door het Hof kan worden getoetst⁹⁹ en die van bijzonder belang is in verband met het recente arrest in de zaak CB/Commissie¹⁰⁰.

96 — Beschikking San Marco/Commissie (C-19/95 P, EU:C:1996:331, punten 39 en 40) en arresten Commissie/Schneider Electric (C-440/07 P, EU:C:2009:459, punt 103) en Telefónica en Telefónica de España/Commissie (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punt 84); in dezelfde zin arrest MasterCard e.a./Commissie (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punt 60).

97 — Zie inzonderheid punten 583-585 alsook punt 362 van het bestreden arrest.

98 — Zie mijn conclusie in de zaak T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:110, punt 54).

99 — Arresten Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punt 125), Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, punt 117) en Commissie/Stichting Administratiekantoor Portielje (C-440/11 P, EU:C:2013:514, punt 59).

100 — C-67/13 P, EU:C:2014:2204.

206. Ik wijs er vooraf op dat het Gerecht zich in casu zeer uitvoerig over de marktomstandigheden en de desbetreffende, door Weichert aangevoerde argumenten heeft gebogen en zeer helder heeft gemotiveerd waarom de informatie-uitwisseling tussen de betrokken ondernemingen geacht moet worden naar haar aard schadelijk te zijn geweest voor de werking van de normale mededinging. Hierin verschilt de onderhavige zaak fundamenteel van de genoemde zaak CB/Commissie.

a) Relevante juridische criteria

207. Binnen de werkingssfeer van artikel 81 EG (thans artikel 101 VWEU) kan het mededingingsverstorende karakter van gedragingen van ondernemingen niet alleen voortvloeien uit de gevolgen ervan, maar ook uit de strekking ervan. Dit geldt evenzeer voor overeenkomsten en besluiten als voor onderling afgestemde feitelijke gedragingen.¹⁰¹

208. Niet elke uitwisseling van informatie tussen concurrenten strekt er noodzakelijkerwijs toe dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst in de zin van artikel 81, lid 1, EG.¹⁰²

209. Of een dergelijke informatie-uitwisseling reeds naar haar aard de mededinging in die mate nadelig beïnvloedt dat zij kan worden geacht een mededingingsbeperkende strekking in de zin van artikel 81, lid 1, EG te hebben, moet worden beoordeeld op basis van de inhoud en de beoogde doelen ervan, alsook de economische en juridische context waarin die uitwisseling plaatsvindt.¹⁰³ Bij de beoordeling van deze context moet ook rekening worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en met de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de specifieke markt of markten.¹⁰⁴ De bedoelingen van de betrokkenen vormen weliswaar geen noodzakelijk element van die beoordeling, maar kunnen hierbij wel in aanmerking worden genomen.¹⁰⁵

210. Wanneer op basis van de hierboven genoemde criteria blijkt dat de informatie-uitwisseling tussen concurrenten reeds naar haar aard kan worden geacht schadelijk te zijn voor de werking van de normale mededinging – met andere woorden, dat die uitwisseling op zichzelf de mededinging in voldoende mate verstoort – hoeven de concrete gevolgen ervan voor de mededinging niet te worden onderzocht en in aanmerking te worden genomen.¹⁰⁶ Het volstaat in dat geval dat de informatie-uitwisseling de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt concreet kan verhinderen, beperken of vervalsen.¹⁰⁷

211. Volgens de rechtspraak van het Hof bestaat er, behoudens door de betrokken ondernemers te leveren tegenbewijs, een weerlegbaar vermoeden dat ondernemingen die aan de afstemming deelnemen en op de markt actief blijven, bij de bepaling van hun gedrag op de markt rekening houden met de met hun concurrenten uitgewisselde informatie.¹⁰⁸

101 — Arrest T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punt 24).

102 — Zie dienaangaande mijn conclusie in de zaak T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:110, punt 37).

103 — Arrest T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punt 27); in dezelfde zin arresten Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punt 37) en CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 53).

104 — Arresten Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punt 36) en CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 53).

105 — Arresten T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punt 27), Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punt 37) en CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 54).

106 — Arrest T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punten 29 en 30); in dezelfde zin arresten Football Association Premier League e.a. (C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punt 135), Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punt 34) en CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punten 49-52 en 57 in fine).

107 — Arrest T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punten 31 en 43); in dezelfde zin arrest Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punt 38).

108 — Arresten Commissie/Anic Participazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, punten 121 en 126), Hüls/Commissie (C-199/92 P, EU:C:1999:358, punten 162 en 167) en T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punt 51) en mijn conclusie in de zaak T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:110, punt 75).

b) Toepassing van de relevante juridische criteria op het concrete geval

212. Anders dan Weichert ben ik van mening dat niets erop wijst dat het Gerecht in casu de hierboven vermelde juridische criteria onjuist heeft toegepast of onzorgvuldig heeft onderzocht.

213. In het algemeen lijkt het erop dat Weichert de voorwaarden voor de vaststelling van een mededingingsbeperkende strekking en mededingingsbeperkende gevolgen door elkaar haalt, gezien haar reeds in eerste aanleg aangevoerde argument dat het Gerecht rekening had moeten houden met „de economische gevolgen van het ten laste gelegde gedrag op de bananenmarkt in Noord-Europa”. Want dat is op grond van artikel 81 EG (thans artikel 101 VWEU) niet noodzakelijk voor de strekking van een gedraging, maar uitsluitend voor de beoordeling van het gevolg of de gevolgen ervan.¹⁰⁹

– Aard en inhoud van de informatie-uitwisseling

214. Inzonderheid beweert Weichert in de eerste plaats dat een informatie-uitwisseling over referentieprijzen niet geacht kan worden naar haar aard mededingingsverstoring te zijn.

215. Dienaangaande zij opgemerkt dat een uitwisseling van informatie niet alleen een mededingingsbeperkende strekking heeft wanneer zij rechtstreeks betrekking heeft op de prijzen die door de betrokken ondernemingen op de markt worden gehanteerd. Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, is artikel 81 EG (thans artikel 101 VWEU) er namelijk op gericht de structuur van de markt en daarmee de mededinging als zodanig veilig te stellen.¹¹⁰ Dienovereenkomstig is er niet eerst sprake van een onderling afgestemde feitelijke gedraging met een mededingingsbeperkende strekking wanneer er een rechtstreeks verband met de verbruikersprijzen bestaat.¹¹¹ Evenmin moet er een rechtstreeks verband tussen de uitgewisselde informatie en de groothandelsprijzen bestaan. Om te kunnen spreken van een mededingingsbeperkende strekking volstaat het veeleer dat tussen concurrenten informatie wordt uitgewisseld over factoren die van belang zijn voor hun prijsbeleid of – meer algemeen – hun marktgedrag.¹¹²

216. Dat is in casu nu juist het geval.

217. Volgens de zeer uitvoerige vaststellingen van het Gerecht, waartegen Weichert geen bezwaar wegens onjuiste opvatting van feiten of bewijzen maakt, hebben de betrokken ondernemingen in het onderhavige geval telkens voorafgaand bilateraal prijsoverleg gevoerd in het kader waarvan zij hun referentieprijzen en bepaalde prijsstendensen hebben besproken.¹¹³ De niet onderbouwde bewering van Weichert dat de informatie-uitwisseling slechts betrekking had op de algemene op de markt heersende voorwaarden, maar niet om de individuele prijsvoorstellen van de betrokken ondernemingen, is niet verenigbaar met de door het Gerecht vastgestelde feiten en is daarom – bij gebrek aan een grief inzake een onjuiste opvatting van de feiten – niet relevant in de onderhavige hogere voorziening.

109 — Arrest T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punten 29 en 30); in dezelfde zin arresten Football Association Premier League e.a. (C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punt 135), Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punt 34) en CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punten 49-52 en 57 in fine).

110 — Arresten T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punt 38) en GlaxoSmithKline Services/Commissie (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, EU:C:2009:610, punt 63).

111 — Arrest T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punten 36-39).

112 — In dezelfde zin arresten Suiker Unie e.a./Commissie (40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, EU:C:1975:174, punt 173), Deere/Commissie (C-7/95 P, EU:C:1998:256, punt 86) en T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punt 32).

113 — Zie inzonderheid punten 17-20, 583-585 en 788 van het bestreden arrest alsook punten 51-57 van de considerans van de litigieuze beschikking.

218. Naar het Gerecht tevens heeft vastgesteld – overigens niet in de laatste plaats op basis van de verklaringen van Weichert zelf – waren de referentieprijzen relevant voor de betrokken markt.¹¹⁴ Inzonderheid konden aan de bedoelde referentieprijzen van de bananenimporteurs in het onderhavige geval ten minste marktsignalen, markttendensen of indicaties over de voorziene ontwikkeling van de bananenprijs worden ontleend; bovendien was de prijs bij bepaalde transacties op grond van contractueel overeengekomen prijsformules rechtstreeks aan de referentieprijzen gekoppeld.¹¹⁵

219. Ik vermeld hier nog bij dat het uit commercieel oogpunt niet bijzonder zinvol zou zijn om referentieprijzen vast te leggen en informatie over de verdere ontwikkeling ervan uit te wisselen met concurrenten, tenzij de eigen referentieprijzen en de over de referentieprijzen van de concurrentie verkregen informatie een rol spelen bij het bepalen van het toekomstige marktgedrag van de verschillende ondernemingen en de door hen daadwerkelijk gehanteerde prijzen.

220. Na een zeer uitvoerige behandeling van de concrete marktomstandigheden en de door Weichert aangevoerde argumenten heeft het Gerecht derhalve terecht geconcludeerd dat de uitwisseling van informatie tussen de betrokken ondernemingen een mededingingsbeperkende strekking had.¹¹⁶

221. Een dergelijke informatie-uitwisseling tussen concurrenten over factoren die relevant zijn voor de prijsvorming, staat namelijk haaks op de eis van zelfstandigheid, die kenmerkend is voor het marktgedrag van ondernemingen in een op effectieve mededinging gebaseerd marktstelsel.¹¹⁷ Een dergelijke uitwisseling zal dus – zonder dat dit verdere toelichting behoeft – op zichzelf volstaan om de mededinging in voldoende mate te verstoren en kan worden geacht naar zijn aard schadelijk te zijn voor de normale mededinging.¹¹⁸

222. Op dit punt verschilt de onderhavige zaak fundamenteel van de door Dole aangevoerde zaak *Asnef-Equifax*¹¹⁹, die betrekking had op het Spaanse systeem voor de uitwisseling van kredietinformatie. Want de uitwisseling van informatie over de kredietwaardigheid van kredietnemers, die in de zaak *Asnef-Equifax* aan de orde was, diende er in de eerste plaats toe de werking van de markt te verbeteren en gelijke mededingingsvoorwaarden voor alle kredietverstrekkers te scheppen, zonder dat de marktdeelnemers door hun concurrenten hierbij op enige wijze werden ingelicht over de condities die zij hun klanten zouden bieden. De hier in geding zijnde uitwisseling van informatie had hoofdzakelijk betrekking op de factoren die relevant waren voor de vaststelling van de te verwachten referentieprijzen en op prijstendensen, en werkte daarom omgekeerd: bij deze uitwisseling stelden de betrokken ondernemingen hun concurrenten – ten minste gedeeltelijk – op de hoogte van hun beoogde marktgedrag en van gevoelige gegevens in verband met hun prijsvooruitzichten. Overduidelijk is dat een dergelijke uitwisseling de mogelijkheid biedt onzekerheden van de betrokken onderneming ten aanzien van het voorgenomen gedrag weg te nemen en mededingingsvoorwaarden doet ontstaan die niet met de normale voorwaarden op de betreffende markt overeenkomen.

223. Tegen deze achtergrond moet de kritiek van Weichert betreffende de aard en de inhoud van de informatie-uitwisseling van de hand worden gewezen.

114 — Punten 450-562 van het bestreden arrest; zie daarnaast punten 850-852 van het arrest, die betrekking hebben op de eigen verklaringen van Weichert.

115 — Punten 21, 553 en 583 van het bestreden arrest alsook punt 115 van de considerans van de litigieuze beschikking.

116 — Zie inzonderheid punt 585 van het bestreden arrest.

117 — Zie met betrekking tot de eis van zelfstandigheid onder andere arresten *Suiker Unie e.a./Commissie* (40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, EU:C:1975:174, punt 173), *Deere/Commissie* (C-7/95 P, EU:C:1998:256, punten 86 en 87) en *T-Mobile Netherlands e.a.* (C-8/08, EU:C:2009:343, punten 32 en 33).

118 — Zie met betrekking tot deze criteria nogmaals het recente arrest *CB/Commissie* (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, met name punten 50 en 57).

119 — Arrest *Asnef-Equifax en Administración del Estado* (C-238/05, EU:C:2006:734).

– Frequentie en geregeld karakter van de informatie-uitwisseling

224. Een verder bezwaar van Weichert betreft de frequentie en het geregelde karakter van de informatie-uitwisseling met Dole. Weichert benadrukt dat er „slechts” ca. 20 tot en met 25 keer per jaar bilateraal voorafgaand prijsoverleg werd gevoerd, terwijl de referentieprijzen wekelijks werden bepaald. Bovendien werd „slechts zelden” over de „mogelijke toekomstige ontwikkeling van de referentieprijzen in het algemeen” gesproken.

225. Zelfs al lijkt moeilijk te ontkennen dat een informatie-uitwisseling die 20 à 25 keer per jaar plaatsvindt, gekenmerkt is door een indrukwekkende regelmatigheid en frequentie, biedt de onderhavige hogere voorziening, waarin alleen rechtsvragen aan de orde zijn, niet het juiste kader voor allerlei rekensommen, die uiteindelijk zou uitdraaien op een nieuwe beoordeling van de feiten.

226. Weinig steekhoudend is in dit verband ook het argument van Weichert dat weliswaar wekelijks referentieprijzen werden vastgelegd, maar dat niet elke week een informatie-uitwisseling over de bepalende factoren voor die prijzen plaatsvond. Want ook al mocht de bewering kloppen dat het ritme van de vastlegging van referentieprijzen niet helemaal synchroom liep met dat van de informatie-uitwisseling, doet dit niet af aan het feit dat er sprake is van een informatie-uitwisseling met mededingingsbeperkende strekking.

227. Anders dan Weichert lijkt te denken, is de vaststelling van het bestaan van een informatie-uitwisseling met mededingingsbeperkende strekking niet afhankelijk van de vraag of een frequente dan wel geregelde – of zelfs wekelijkse – uitwisseling van informatie tussen de betrokken ondernemingen kan worden aangetoond. Volgens de rechtspraak kan reeds op grond van een eenmalige informatie-uitwisseling een inbreuk worden vastgesteld en een geldboete worden opgelegd, als de betrokken ondernemingen na die informatie-uitwisseling op de markt actief zijn gebleven.¹²⁰

228. Het verwijt van Weichert dat het Gerecht de frequentie en het geregelde karakter van de informatie-uitwisseling met Dole niet zou hebben onderzocht, snijdt daarom geen hout.

c) Tussenconclusie

229. Al met al slaagt Weichert er met haar argumentatie niet in te weerleggen dat de in geding zijnde informatie-uitwisseling overeenkomstig de juridische kwalificatie door het Gerecht moet worden beschouwd als een bij artikel 81 EG verboden onderling afgestemde feitelijke gedraging met mededingingsbeperkende strekking. Bijgevolg kan ook het tweede middel van de incidentele hogere voorziening in zaak C-293/13 P niet slagen.

3. Samenvatting van de incidentele hogere voorziening in zaak C-293/13 P

230. Aangezien geen van de door Weichert aangevoerde middelen kan slagen, dient de incidentele hogere voorziening in zaak C-293/13 P te worden afgewezen.

120 — Arrest T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punten 58 en 59); zie tevens arresten Commissie/Anic Participazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, punt 121) en Hüls/Commissie (C-199/92 P, EU:C:1999:358, punt 162); zie daarnaast mijn conclusie in zaak T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:110, punten 97-107).

D – *Principale hogere voorziening van de Commissie in zaak C-294/13 P*

231. Ook de Commissie was overduidelijk niet tevreden met het bestreden arrest. Haar hogere voorziening in zaak C-294/13 P heeft betrekking op de vraag onder welke voorwaarden de medewerking van een onderneming met de Commissie in een administratieve procedure bij de berekening van de geldboete als verzachtende omstandigheid in aanmerking moet worden genomen.

1. Eerste middel: Beantwoording van verzoeken om inlichtingen van de Commissie als grond voor een verlaging van de boete

232. Met haar tweede middel komt de Commissie op tegen de punten 840 tot en met 853 van het bestreden arrest. In deze passage van het arrest stelt het Gerecht, onder meer op grond van de mededeling inzake medewerking van 2002, dat de gezamenlijk en hoofdelijk aan Del Monte en Weichert opgelegde geldboete moet worden verlaagd, als erkenning voor het feit dat Weichert in de administratieve procedure vrijwillig inlichtingen had verstrekt.¹²¹ De Commissie meent dat die verlaging ten onrechte wordt toegekend en redeneert in hoofdzaak dat Weichert slechts haar verplichting tot het beantwoorden van verzoeken om inlichtingen is nagekomen. Del Monte en Weichert brengen hiertegen in dat er geen sprake was van een dergelijke verplichting en dat Weichert vrijwillig inlichtingen had verstrekt.

233. Het lijkt erop dat de hardnekkige discussie tussen de partijen in het kader van dit eerste middel gedeeltelijk te wijten is aan een zekere begripsverwarring aangaande de concepten *vrijwilligheid*, *medewerking* en *het recht niet mee te werken aan de eigen veroordeling* in verband met de verstrekking van inlichtingen in de administratieve procedure. Deze begripsverwarring begint al in het bestreden arrest en duurt voort in de hogere voorziening van de Commissie.

234. Duidelijk is dat de Commissie bevoegd is om ondernemingen en ondernemersverenigingen te verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken ten behoeve van de opsporing van vermeende kartelinbreuken. De Commissie kan hiertoe naar eigen inzicht bepalen of zij inlichtingen inwint via een eenvoudig verzoek of bij beschikking (artikel 18, lid 1, van verordening nr. 1/2003).

235. Het verstrekken van inlichtingen is alleen verplicht wanneer de Commissie hierom bij beschikking vraagt, terwijl de beantwoording van een eenvoudig verzoek vrijwillig is.¹²² Deze lezing wordt bevestigd door de sancties voor niet-verstrekking van inlichtingen: zij gelden alleen voor inlichtingen die bij beschikking worden verlangd, maar niet voor eenvoudige verzoeken¹²³; alleen op het verstrekken van onjuiste of misleidende inlichtingen staat in beide gevallen een geldboete¹²⁴. Op deze wijze waarborgt verordening nr. 1/2003 het fragiele evenwicht tussen doeltreffende onderzoeken door de Commissie en een gepaste bescherming voor de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen.

236. Partijen zijn het erover eens dat Weichert in het onderhavige geval niet bij beschikking als bedoeld in artikel 18, lid 3, van verordening nr. 1/2003 tot het verstrekken van inlichtingen werd verplicht, maar slechts informeel, via een eenvoudig verzoek overeenkomstig artikel 18, lid 2, van die verordening door de Commissie werd opgeroepen inlichtingen te verschaffen.¹²⁵ Anders dan de Commissie lijkt te denken, staat hiermee vast dat Weichert met de beantwoording van het eenvoudig verzoek in de administratieve procedure niet een eventuele wettelijke verplichting is nagekomen, maar alle inlichtingen op *vrijwillige basis* heeft verstrekt.

121 — Zie inzonderheid punt 853 van het bestreden arrest.

122 — Arrest Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P en C-254/99 P, EU:C:2002:582, punt 279).

123 — Artikel 23, lid 1, onder b), en artikel 24, lid 1, onder d), van verordening nr. 1/2003.

124 — Artikel 23, lid 1, onder a) en b), van verordening nr. 1/2003.

125 — Punt 838 van het bestreden arrest en punt 46 van de considerans van de litigieuze beschikking.

237. Uit dit vrijwillige karakter volgt echter niet noodzakelijk of automatisch dat in casu de mededeling inzake medewerking van toepassing is.

238. Zelfs wanneer men ervan uitgaat dat de door Weichert verstrekte inlichtingen niet alleen, zoals het Gerecht heeft vastgesteld, vrijwillig waren, maar bovendien ook van bijzonder belang voor de administratieve procedure waren¹²⁶ en de Commissie in staat stelden de inbreuk gemakkelijker vast te stellen¹²⁷, kan hieruit nog niet worden opgemaakt of het om een echte *medewerking* met de Commissie ging waarvoor Weichert volgens de mededeling inzake medewerking diende te worden beloond met een verlaging van haar geldboete.

239. Er zij aan herinnerd dat een vermindering van de geldboete op grond van de mededeling inzake medewerking volgens de rechtspraak slechts gerechtvaardigd kan zijn indien de verstrekte informatie en meer algemeen het gedrag van de betrokken onderneming getuigen van een werkelijke medewerking van haar kant met de Commissie. Met andere woorden moet het gedrag van de betrokken onderneming gedurende de administratieve procedure blijken geven van een werkelijke geest van samenwerking.¹²⁸

240. Het zou verkeerd zijn om reeds van een geest van medewerking te spreken wanneer een onderneming naar behoren alle verzoeken om inlichtingen van de Commissie beantwoordt. Door enkel de concrete verzoeken van de Commissie te beantwoorden, ook al gaat het om juridisch niet bindende eenvoudige verzoeken, voldoet een onderneming slechts aan de eisen die in een administratieve procedure aan haar worden gesteld, overeenkomstig het normale gedrag van een redelijke partij bij de procedure.¹²⁹

241. Dat een onderneming in de administratieve procedure geen obstructie pleegt, wettigt nog geen beloning. Want daardoor belet de onderneming alleen dat zich bezwarende omstandigheden voordoen, op grond waarvan eventueel een verhoging van de aan haar opgelegde geldboete gerechtvaardigd is.¹³⁰ Uit het ontbreken van dergelijke bezwarende omstandigheden kan niet worden geconcludeerd dat er sprake is van verzachtende omstandigheden. Wie in het genot wil komen van verzachtende omstandigheden moet meer doen dan het normale gedrag aan de dag te leggen dat redelijkerwijs van elke partij bij de procedure kan worden verwacht. Hij moet op eigen initiatief volledig open kaart spelen.

242. Zoals de Commissie bovendien terecht belemtoont, strookt het in het geheel niet met de doelstelling van de clementieregeling zoals die is neergelegd in de mededeling inzake medewerking, wanneer alle karteldeelnemers automatisch in het genot van een boeteverlaging komen, zodra zij de Commissie op verzoek bewijsmateriaal of andere nuttige informatie met het oog op een inbreuk doen toekomen.

243. Anders zou de toepassing van de clementieregeling, die volgens de rechtspraak uitdrukkelijk tot uitzonderingsgevallen beperkt dient te blijven¹³¹, juist de regel worden, zodat het aantal toe te kennen boeteverlagingen een enorme vlucht zou nemen.

126 — Punt 852 van het bestreden arrest.

127 — Punt 855 van het bestreden arrest.

128 — Arresten Dansk Rørindustri e.a./Commissie (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, EU:C:2005:408, punten 395 en 396) en Schenker e.a. (C-681/11, EU:C:2013:404, punt 48).

129 — Zie in deze zin arrest AOI/Commissie (C-668/11 P, EU:C:2013:614, punt 78), waar echter mijn inziens ten onrechte wordt verwezen naar een in eerste veronderstelde *wettelijke verplichting* om eenvoudige verzoeken om inlichtingen te beantwoorden (zie arrest Agroexpansión/Commissie, T-38/05, EU:T:2011:585, punt 268).

130 — Zie met betrekking tot bezwarende omstandigheden punt 28, tweede streepje, van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van verordening nr. 1/2003 worden opgelegd (PB 2006, C 210, blz. 2, hierna: richtsnoeren van 2006).

131 — In dezelfde zin arrest Schenker e.a. (C-681/11, EU:C:2013:404, punt 49), dat evenwel betrekking heeft op de immuniteit en het achterwege blijven van een boete.

244. Indien de boeteverlaging ook zou openstaan voor ondernemingen die informatie en bewijsmiddelen achterhouden, totdat de Commissie er met concrete verzoeken om inlichtingen naar vraagt, zou de clementieregeling bovendien geen prikkels meer bieden. Voor de ondernemingen zou het dan om tactische redenen en vooral in economisch opzicht de moeite waard zijn om zich afwachtend en passief op te stellen, in plaats van onmiddellijk tot legale praktijken terug te keren en de Commissie zo snel en uitvoerig mogelijk informatie en bewijsmateriaal te verschaffen. De effectieve handhaving van de Europese mededingingsregels¹³², een van de hoofddoelstellingen van de Verdragen, zou daarmee allerminst zijn gebaat.

245. Dat een onderneming in de administratieve procedure niet voor zuiver afwachtend en passief gedrag mag worden beloond met verzachtende omstandigheden, blijkt eveneens uit een vergelijking met de richtsnoeren van 2006, waarin een actieve medewerking met de Commissie wordt verlangd.¹³³ Er zijn geen aanwijzingen voor dat de eisen betreffende de kwaliteit van door ondernemingen aan de Commissie verleende medewerking, binnen de werkingssfeer van de clementieregeling, zoals neergelegd in de mededeling inzake medewerking, lager zijn dan binnen de werkingssfeer van de algemene regels voor de berekening van geldboeten zoals vervat in de richtsnoeren van 2006.

246. Tegen deze achtergrond is een boeteverlaging zoals die waarin de mededeling inzake medewerking voorziet, alleen gerechtvaardigd wanneer een onderneming de Commissie op eigen initiatief inlichtingen verstrekt. Anders gezegd moet de aan de Commissie verleende medewerking *niet alleen vrijwillig, maar ook spontaan* zijn.¹³⁴

247. Bijgevolg heeft het Gerecht in de punten 840 tot en met 853 van het bestreden arrest ten onrechte aangenomen dat reeds de vrijwillige beantwoording van een eenvoudig verzoek om inlichtingen overeenkomstig artikel 18, lid 2, van verordening nr. 1/2003 een verlaging van de opgelegde geldboete in de zin van de punten 20 tot en met 23 van de mededeling inzake medewerking van 2002 rechtvaardigt.

248. Dat de contacten tussen Weichert en de Commissie niet bepaald door een geest van medewerking waren gekenmerkt, blijkt overigens niet alleen uit het feit dat de verstrekking van inlichtingen aan de Commissie geen spontaan karakter had, maar ook uit de vaststelling van het Gerecht dat Weichert tijdens de administratieve procedure iedere inbreuk is blijven ontkennen.¹³⁵ Elk van deze beide aspecten – het ontbreken van spontane informatieverstrekking enerzijds en de hardnekkige ontkenning anderzijds – sluit een toepassing van de punten 20 tot en met 23 van de mededeling inzake medewerking van 2002 strikt uit.

249. Het feit dat het Gerecht zich bij zijn motivering van de bij zijn arrest vastgestelde verlaging van de geldboete voor Del Monte en Weichert heeft gebaseerd op een onjuiste uitlegging van de mededeling inzake medewerking, heeft weliswaar niet dwingend de vernietiging van het bestreden arrest tot gevolg.¹³⁶ Er zij namelijk aan herinnerd dat in die mededeling enkel de toenmalige administratieve praktijk van de Commissie als mededingingsautoriteit haar weerslag heeft gevonden en dat de

132 — Zie met betrekking tot het belang van de mededingingsregels voor de interne markt arrest *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, punt 36), alsook – met betrekking tot de juridische situatie sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon – arresten *TeliaSonera* (C-52/09, EU:C:2011:83, punt 20) en *Commissie/Italië* (C-496/09, EU:C:2011:740, punt 60). De noodzaak van een doeltreffende handhaving van de artikelen 81 en 82 EG (thans artikel 101 en 102 VWEU) werd recentelijk bijvoorbeeld in den arresten *X BV* (C-429/07, EU:C:2009:359, punten 33-35), *VEBIC* (C-439/08, EU:C:2010:739, punt 59), *Pfleiderer* (C-360/09, EU:C:2011:389, punt 19) en *Schenker e.a.* (C-681/11, EU:C:2013:404, punt 46) benadrukt.

133 — Punt 29, vierde streepje, van de richtsnoeren van 2006.

134 — Alleen voor de volledigheid merk ik hier op dat ook in een antwoord op een verzoek om inlichtingen van de Commissie spontane antwoorden kunnen worden gegeven, voor zover deze verder gaan dan de daarin gestelde vragen of gewenste documentatie.

135 — Punt 855 van het bestreden arrest.

136 — In dezelfde zin arresten *Lestelle/Commissie* (C-30/91 P, EU:C:1992:252, punt 28), *FIAMM e.a./Raad en Commissie* (C-120/06 P en C-121/06 P, EU:C:2008:476, punt 187) en *MasterCard e.a./Commissie* (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punt 170).

Commissie met de publicatie ervan een zelfbinding heeft aanvaard, zonder dat aan deze mededeling rechtskracht is verleend.¹³⁷ Niets belet het Gerecht om in uitoefening van haar volledige rechtsmacht (artikel 261 VWEU juncto artikel 31 van verordening nr. 1/2003) andere maatstaven te hanteren en zo nodig genereuzere boeteverlagingen vast te stellen.¹³⁸

250. Het Hof ziet alleen op uitoefening van deze rechtsmacht door het Gerecht toe voor zover het om kennelijke onjuiste rechtsopvattingen gaat.¹³⁹ Van een dergelijke kennelijk onjuiste rechtsopvatting kan ten eerste worden uitgegaan wanneer het Gerecht de grenzen van zijn bevoegdheden krachtens artikel 261 VWEU heeft miskend¹⁴⁰, ten tweede wanneer het niet uitvoerig alle relevante elementen heeft onderzocht¹⁴¹, en ten derde wanneer het onjuiste juridische criteria heeft toegepast¹⁴², niet in de laatste plaats in het licht van de beginselen van gelijke behandeling¹⁴³ en evenredigheid¹⁴⁴.

251. De onderhavige zaak valt onder de tweede categorie: het Gerecht heeft in uitoefening van zijn rechtsmacht overeenkomstig artikel 261 VWEU niet alle relevante elementen uitvoerig onderzocht. Zo heeft het, zoals vermeld, enerzijds het verschil tussen enkel vrijwillige en spontane medewerking miskend¹⁴⁵. Anderzijds heeft het geen rekening gehouden met de nadelige gevolgen die een door een Unierechter ingevoerde praktijk van boeteverlagingen voor vrijwillige, maar niet-spontane medewerking, kan hebben voor de werking van de clementieregeling en – meer algemeen – de doeltreffende handhaving van de mededingingsregels¹⁴⁶.

252. Bijgevolg moet het eerste middel in hogere voorziening van de Commissie worden toegewezen.

2. Tweede middel: economische eenheid als voorwaarde voor de uitbreiding van verzachtende omstandigheden van dochteronderneming tot moedermaatschappij

253. De Commissie voert haar tweede middel slechts subsidiair aan voor het geval dat het eerste middel niet slaagt. Ofschoon ik hierboven heb voorgesteld om het eerste middel toe te wijzen¹⁴⁷, ga ik hieronder voor de volledigheid ook in op het tweede.

137 — Arresten Dansk Rørindustri e.a./Commissie (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P tot en met C-208/02 P en C-213/02 P, EU:C:2005:408, punten 209-211), KME e.a./Commissie (C-272/09 P, EU:C:2011:810, punt 100) en Ziegler/Commissie (C-439/11 P, EU:C:2013:513, punt 60).

138 — Het arrest ThyssenKrupp/Commissie (C-65/02 P en C-73/02 P, EU:C:2005:454, punten 51 en 54) kan aldus worden opgevat dat een verlaging van een geldboete reeds in aanmerking komt wanneer de betrokken onderneming zich ertoe heeft beperkt de kern van de tegen haar ingebrachte feiten waarop de Commissie haar punten van bezwaar had gebaseerd, niet te ontkennen. Evenwel zij erop gewezen dat het Hof met het arrest in die zaak slechts uitspraak heeft gedaan over de uitlegging van een voorloper van de mededeling inzake medewerking, maar niet over de vraag wat in het kader van de uitoefening van de overeenkomstig artikel 261 VWEU aan het Hof verleende volledige rechtsmacht redelijk geacht moet worden.

139 — Arrest Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punt 365).

140 — Zie dienaangaande mijn conclusies in de zaken Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissie (C-105/04 P, EU:C:2005:751, punt 137) en Schindler Holding e.a./Commissie (C-501/11 P, EU:C:2013:248, punt 190); in dezelfde zin arresten Schindler Holding e.a./Commissie (C-501/11 P, EU:C:2013:522, punten 155 en 156) en Kone e.a./Commissie (C-510/11 P, EU:C:2013:696, punten 40 en 42).

141 — Arresten Baustahlgewebe/Commissie (C-185/95 P, EU:C:1998:608, punt 128), Dansk Rørindustri e.a./Commissie (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, EU:C:2005:408, punten 244 en 303) en Papierfabrik August Koehler e.a./Commissie (C-322/07 P, C-327/07 P en C-338/07 P, EU:C:2009:500, punt 125).

142 — Arresten Baustahlgewebe/Commissie (C-185/95 P, EU:C:1998:608, punt 128), Dansk Rørindustri e.a./Commissie (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, EU:C:2005:408, punten 244 en 303) en Papierfabrik August Koehler e.a./Commissie (C-322/07 P, C-327/07 P en C-338/07 P, EU:C:2009:500, punt 125).

143 — Arresten Weig/Commissie (C-280/98 P, EU:C:2000:627, punten 63 en 68) en Sarrió/Commissie (C-291/98 P, EU:C:2000:631, punten 97 en 99).

144 — Arresten E.ON Energie/Commissie (C-89/11 P, EU:C:2012:738, punt 126) en Schindler Holding e.a./Commissie (C-501/11 P, EU:C:2013:522, punt 165).

145 — Zie hierboven, punten 237-241 en 246 van deze conclusie.

146 — Zie hierboven, punten 242-245 van deze conclusie.

147 — Zie hierboven, punt 252 van deze conclusie.

254. De Commissie verwijt het Gerecht een onjuiste rechtsopvatting en een gebrekkige motivering, daar het de aan Weichert voor haar medewerking aan de administratieve procedure toegekende verlaging van de geldboete ook voor Del Monte toepast, zonder te onderzoeken of Del Monte en Weichert nog tot een en dezelfde onderneming behoorden.

a) Ontvankelijkheid

255. Del Monte acht dit tweede middel van de Commissie niet-ontvankelijk, aangezien de Commissie noch in de litigieuze beschikking noch in de procedure in eerste aanleg ooit met het argument is gekomen, dat Del Monte en Weichert wat betreft de hoogte van de boete apart moeten worden beoordeeld.

256. Deze exceptie moet worden aanvaard.

257. De Commissie mag weliswaar geen nadeel ondervinden van het feit dat de litigieuze beschikking geen opmerkingen bevat over het onderhavige vraagstuk. De Commissie heeft in die beschikking namelijk zelf alleen boeteverlagingen vastgesteld die betrekking hebben op feiten uit het tijdvak van 2000 tot en met 2002. Daar de Commissie Del Monte en Weichert wat dit tijdvak betreft nog als één onderneming beschouwde, was het hier besproken probleem van geldboeten van uiteenlopende hoogte voor de respectievelijke vennootschappen niet aan de orde.

258. Evenwel had de Commissie haar argument uiterlijk in eerste aanleg kunnen en moeten aanvoeren. Voor het Gerecht had Del Monte om een verlaging van de geldboete verzocht als beloning voor de door Weichert aan de Commissie verleende medewerking in de administratieve procedure. In antwoord op dit middel kon de Commissie het argument aanvoeren dat Del Monte en Weichert na 2002, met name tijdens de administratieve procedure, niet langer één onderneming vormden en dat Del Monte derhalve niet mocht worden beloond voor de eventueel door Weichert aan de Commissie te verlenen medewerking.

259. In deze omstandigheden kan niet worden geredeneerd dat de Commissie in de onderhavige zaak een middel aanvoert dat uit het bestreden arrest zelf voortvloeit en daarom noodzakelijkerwijs ontvankelijk is.¹⁴⁸ Dit is des te meer het geval omdat het Gerecht volgens vaste rechtspraak¹⁴⁹ niet verplicht was om in uitoefening van zijn volledige rechtsmacht (artikel 261 VWEU juncto artikel 31 van verordening nr. 1/2003) het dossier ambtshalve volledig opnieuw te onderzoeken en zich daarbij te buigen over vraagstukken zoals die welke in casu door de Commissie zijn aangekaart.

260. Indien de Commissie thans in de gelegenheid zou worden gesteld om dat vraagstuk in de fase van de hogere voorziening voor het eerst op te werpen, zou het een geschil aanhangig mogen maken met een ruimere strekking dan het geschil waarvan het Gerecht kennis heeft genomen. Een dergelijk middel is in hogere voorziening niet-ontvankelijk.¹⁵⁰

b) Gegrondheid

261. Voor het geval dat het Hof het tweede middel van de Commissie toch ontvankelijk verklaart, voeg ik hieraan toe dat de door de Commissie aangevoerde grief in inhoudelijk gegrond is.

148 — Zie dienaangaande arresten *Commissie/Siemens Österreich e.a.* (C-231/11 P–C-233/11 P, EU:C:2014:256, punten 100-102) en *FLS Plast/Commissie* (C-243/12 P, EU:C:2014:2006, punt 48).

149 — Arresten *Chalkor/Commissie* (C-386/10 P, EU:C:2011:815, punt 66), *Kone e.a./Commissie* (C-510/11 P, EU:C:2013:696, punt 32) alsook *Telefónica en Telefónica de España/Commissie* (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punt 55).

150 — Arresten *Dansk Rørindustri e.a./Commissie* (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, EU:C:2005:408, punt 165), *Zweden/API en Commissie* (C-514/07 P, C-528/07 P en C-532/07 P, EU:C:2010:541, punt 126) en *Telefónica en Telefónica de España/Commissie* (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punt 99).

262. Zoals het Hof onlangs heeft vastgesteld kan de verlaging van een geldboete ter beloning van de door een karteldeelnemer in de administratieve procedure aan de Commissie verleende medewerking, niet worden uitgebreid tot een onderneming die gedurende de gehele of een bepaald tijdvak van de inbreukperiode deel heeft uitgemaakt van een door een onderneming gevormde economische eenheid, maar die daarvan niet langer deel uitmaakte op het moment waarop de bedoelde karteldeelnemer met de Commissie heeft samengewerkt.¹⁵¹

263. Anders dan Del Monte en Weichert lijken te denken, kan de hoofdelijke medeaansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor kartelinbreuken van een dochteronderneming waarover zij een beslissende invloed uitoefent, niet op een zuiver ondergeschikte verhouding berusten zoals in het geval van een garantstelling. Weliswaar noemt het Hof de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij „afgeleid en ondergeschikt” waar het gaat om het bestaan en de duur van een inbreuk¹⁵², maar verder bestaat er in het Unierecht geen algemeen beginsel volgens hetwelk aan een moedermaatschappij in geen geval een hogere geldboete zou kunnen worden opgelegd dan aan de dochteronderneming¹⁵³.

3. Samenvatting van de principale hogere voorziening in zaak C-294/13 P

264. Al met al slaagt de hogere voorziening van de Commissie in zaak C-294/13 P op grond van het eerste middel, wat tot vernietiging van punt 1 van het dictum van het bestreden arrest leidt (artikel 61, eerste alinea, eerste zin, van het Statuut van het Hof). Het tweede middel, waarmee weliswaar inhoudelijk juiste argumenten worden aangevoerd, maar dat niet aan de ontvankelijkheidsvoorwaarden voldoet, is in deze omstandigheden niet meer relevant.

E – Incidentele hogere voorzieningen van Weichert en Del Monte in zaak C-294/13 P: draagwijdte van het recht niet mee te werken aan de eigen veroordeling

265. De incidentele hogere voorzieningen van Weichert en Del Monte in zaak C-294/13 P zijn gericht tegen punt 839 van het bestreden arrest en stellen allebei hetzelfde vraagstuk aan de orde: volgens rekwirantes heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting doordat het niet is ingegaan op de vraag of de tot Weichert gerichte verzoeken om inlichtingen van de Commissie in overeenstemming waren met het recht om niet mee te werken aan de eigen veroordeling (*nemo tenetur se ipsum accusare*).¹⁵⁴

266. De rekwirantes in incidentele hogere voorziening voeren deze grief slechts aan voor het geval dat het Hof zich aansluit bij door de Commissie in haar principale hogere voorziening verdedigde stelling en ervan uitgaat dat Weichert wettelijk verplicht is om op eenvoudige verzoeken om inlichtingen in de zin van artikel 18, lid 2, van verordening nr. 1/2003 te antwoorden.

267. Zoals hierboven reeds uiteengezet¹⁵⁵, volstond de medewerking door Weichert in de administratieve procedure niet om als verzachtende omstandigheid te kunnen worden beschouwd en een verlaging van de geldboete overeenkomstig de mededeling inzake medewerking te wettigen. Los daarvan hadden de antwoorden van Weichert op de eenvoudige verzoeken om inlichtingen van de Commissie echter een *vrijwillig* karakter; bij gebrek aan een besluit krachtens artikel 18, lid 3, van

151 — Arrest FLS Plast/Commissie (C-243/12 P, EU:C:2014:2006, punt 85); in dezelfde zin reeds eerder arrest FLSmidth/Commissie (C-238/12 P, EU:C:2014:284, punt 85).

152 — Arrest Commissie/Tomkins (C-286/11 P, EU:C:2013:29, punten 38 en 39).

153 — Arrest FLS Plast/Commissie (C-243/12 P, EU:C:2014:2006, punt 107).

154 — Arresten Orkem/Commissie (374/87, EU:C:1989:387, punten 28-35), Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punten 62-65) en Commissie/SGL Carbon (C-301/04 P, EU:C:2006:432, punten 40-49).

155 — Zie ter zake mijn opmerkingen over het eerste middel van de Commissie in zaak C-294/13 P (punten 232-252 van deze conclusie).

verordening nr. 1/2003 was Weichert *niet verplicht* de Commissie de gewenste inlichtingen te verstrekken. Om die reden kon Weichert met de eenvoudige verzoeken om informatie van de Commissie uit aard der zaak niet worden verplicht om aan zijn eigen veroordeling mee te werken.¹⁵⁶

268. Derhalve zijn de beide incidentele hogere voorzieningen in zaak C-294/13 P zonder voorwerp, zodat zij zonder beslissing kunnen worden afgedaan.

V – Nieuwe berekening van de geldboete

269. Uit de bovenstaande uiteenzetting volgt dat alleen de hogere voorziening van de Commissie in zaak C-294/13 P slaagt. De door mij in antwoord op dit middel voorgestelde vernietiging van punt 1 van het bestreden arrest¹⁵⁷ heeft tot gevolg dat de hoogte van de geldboeten die bij artikel 2, onder c), van de litigieuze beschikking gezamenlijk en hoofdelijk aan Del Monte en Weichert zijn opgelegd, opnieuw moet worden vastgesteld

270. De partijen hadden in dezen in eerste aanleg en voor het Gerecht en ook in de onderhavige hogere voorziening de gelegenheid om hun standpunten over alle wezenlijke elementen uit te wisselen. Ook de feiten behoeven geen verdere toelichting. Derhalve is de zaak in staat van wijzen (artikel 61, eerste alinea, tweede zin, van het Statuut van het Hof).

271. In het kader van zijn evocatierecht beschikt het Hof over volledige rechtsmacht, zoals deze is vastgesteld in artikel 261 VWEU juncto artikel 31 van verordening (EG) nr. 1/2003. Het Hof kan het bedrag van de geldboete dus naar eigen inzicht opnieuw vaststellen.¹⁵⁸

272. Teneinde de geconstateerde onjuiste rechtsopvatting in het bestreden arrest te corrigeren, dient de verlaging van de geldboete met 10 % die het Gerecht aan Weichert heeft toegekend wegens haar medewerking aan de administratieve procedure¹⁵⁹, ongedaan te worden gemaakt.

273. Bovendien kan worden overwogen de geldboete te verhogen vanwege het feit dat Weichert de inbreuk tijdens de administratieve procedure steeds hardnekkig heeft ontkend.¹⁶⁰ In beginsel kan aan de volledige rechtsmacht ook deze mogelijkheid worden ontleend.¹⁶¹ Noch in eerste aanleg noch in hogere voorziening is er namelijk sprake van een verbod van *reformatio in peius*; evenmin is de Unierechter wat betreft de hoogte van de geldboete niet aan de vorderingen van de partijen gebonden, voor zover zij binnen het kader van het in hun beroep tot nietigverklaring en de hogere voorziening(en) bepaalde voorwerp van geding blijven.

274. Toch stel ik voor om in de onderhavige zaak af te zien van een boeteverhoging. Weichert heeft de inbreuk weliswaar hardnekkig ontkend, maar ook telkens naar behoren op de verzoeken van de Commissie om inlichtingen geantwoord. Gezien het vermoeden van onschuld en de rechten van verdediging staat het elke onderneming vrij de onrechtmatigheid van het gedrag dat haar ten laste wordt gelegd, te betwisten; op zichzelf rechtvaardigt een dergelijke betwisting geen bijzondere verzwarende van de op te leggen sanctie.

156 — Zie in deze zin arresten *Dalmine/Commissie* (C-407/04 P, EU:C:2007:53, punten 34 en 35) en *Erste Group Bank e.a./Commissie* (C-125/07 P, C-133/07 P en C-137/07 P, EU:C:2009:576, punten 271 en 272).

157 — Zie hierboven, punt 264 van deze conclusie.

158 — Zie dienaangaande de arresten *Commissie/Anic Participazioni* (C-49/92 P, EU:C:1999:356, punt 218) en *Commissie/Verhuizingen Coppens* (C-441/11 P, EU:C:2012:778, punt 79).

159 — Punt 856 van het bestreden arrest.

160 — Punt 855 van het bestreden arrest.

161 — Arrest *Groupe Danone/Commissie* (C-3/06 P, EU:C:2007:88, punt 61).

275. Ook de partijen hebben ter terechtzitting voor het Hof unaniem hetzelfde standpunt ingenomen. Met name heeft de Commissie bepleit de ontkenning van de inbreuk niet reeds op zichzelf als bezwarende omstandigheid te beschouwen.

276. Afgezien van de zojuist behandelde vraagstukken aangaande de passende beoordeling van het gedrag van ondernemingen in administratieve procedures, zie ik in casu voor het overige ook geen elementen die erop wijzen dat de aan Del Monte en Weichert opgelegde geldboetes onjuist zijn berekend of dat deze onevenredig of gewoonweg inadequaat zijn.

277. Gelet op alle omstandigheden van de onderhavige zaak, in het bijzonder de aard, de zwaarte en de duur van de inbreuk, lijkt een geldboete van 9,8 miljoen EUR in verhouding te staan tot de feiten en de inbreuk. Het blijft bij de hoofdelijke aansprakelijkheid van Del Monte en Weichert.

VI – Kosten

278. Wanneer de hogere voorziening gegrond is en het Hof zelf de zaak afdoet, beslist het Hof ten aanzien van de proceskosten (artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering).

279. Uit artikel 138, lid 1, juncto artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering volgt dat de in het ongelijk gestelde partij in de kosten wordt verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien Del Monte en Weichert in hun vorderingen – zij het in hun hogere voorzieningen, incidentele hogere voorzieningen of in de beantwoording van de hogere voorzieningen van andere partijen – in het ongelijk zijn gesteld, worden beide in hun eigen kosten verwezen in zaak C-293/13 P en zaak C-294/13 P alsook – en wel hoofdelijk – in de volledige kosten van de Commissie in beide zaken.¹⁶²

VII – Conclusie

280. Op grond van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

- 1) Punt 1 van het dictum van het arrest Fresh Del Monte Produce/Commissie (T-587/08, EU:T:2013:129) wordt vernietigd.
- 2) Het bedrag van de geldboete, door de Commissie op 15 oktober 2008 opgelegd bij artikel 2, onder c), van beschikking C(2008) 5955, wordt vastgesteld op 9 800 000 miljoen EUR.
- 3) De hogere voorziening en de incidentele hogere voorziening in zaak C-293/13 P worden afgewezen.
- 4) Op de twee incidentele hogere voorzieningen in zaak C-294/13 P hoeft niet meer te worden beslist.
- 5) Fresh Del Monte Produce, Inc. en Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert GmbH & Co. KG worden verwezen in hun eigen kosten in de zaken C-293/13 P en C-294/13 P. Bovendien worden deze vennootschappen hoofdelijk verwezen in de volledige kosten van de Europese Commissie in beide zaken.

¹⁶² — In dezelfde zin arrest D en Zweden/Raad (C-122/99 P en C-125/99 P, EU:C:2001:304, punt 65); in die zaak hadden D en het Koninkrijk Zweden eveneens apart hogere voorziening ingesteld en werden beide hoofdelijk verwezen in de kosten.