



## Jurisprudentie

### CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

J. KOKOTT

van 13 december 2012<sup>1</sup>

### Zaak C-439/11 P

**Ziegler SA**

**tegen**

**Europese Commissie**

„Hogere voorziening — Mededinging — Kartels — Artikel 81, lid 1, EG en artikel 53, lid 1, EER — Rechtsgevolgen richtsnoeren Commissie — Merkbare beïnvloeding van handel tussen lidstaten — Vaststelling van geldboeten — Doeltreffende rechterlijke bescherming — Recht op eerlijk proces — Objectieve onpartijdigheid Commissie — Beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie — ‚Verhuiskartel‘ — Belgische markt van internationale verhuisdiensten”

### I – Inleiding

1. De onderhavige zaak biedt het Hof de gelegenheid zijn rechtspraak betreffende de rechtsgevolgen van de vele richtsnoeren die de Europese Commissie in haar hoedanigheid van mededingingsautoriteit van de Europese Unie vaststelt, nader uit te werken. In casu gaat de aandacht vooral uit naar de „richtsnoeren betreffende het begrip ‚beïnvloeding van de handel‘”<sup>2</sup> van 2004 en de in 2006 gepubliceerde „richtsnoeren voor de berekening van geldboeten”.<sup>3</sup>

2. Aan de orde zijn bovendien een aantal grondrechtelijke problemen in verband met de oplegging van geldboetes door de Commissie in kartelzaken, die keer op keer onderwerp van discussie zijn. Dit betreft enerzijds de berekening van de geldboete en anderzijds de problematiek van de objectieve onpartijdigheid van de Commissie, die in deze gevallen optreedt als onderzoeks- en beslissende instantie tegelijk.

3. Deze rechtsvragen rijzen in verband met een „verhuiskartel” dat de Commissie enkele jaren geleden op de Belgische markt van internationale verhuisdiensten heeft ontdekt en waarvoor zij geldboetes heeft opgelegd bij een beschikking van 11 maart 2008 (hierna ook: „litigieuze beschikking”).<sup>4</sup> Naast negen andere ondernemingen of ondernemingsgroepen legde zij een geldboete op aan Ziegler SA (hierna: „Ziegler” of „rekwirante”) wegens deelneming aan dit verhuiskartel.

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende het begrip „beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB 2004, C 101, blz. 81; hierna: „richtsnoeren van 2004”).

3 — Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, sub a, van verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd (PB 2006, C 210, blz. 2; hierna: „richtsnoeren van 2006”).

4 — Beschikking van de Commissie van 11 maart 2008 in een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (Zaak COMP/38.543 – Internationale verhuisdiensten), kennisgeving geschied onder nummer C(2008) 926 def., samengevat in PB 2009, C 188, blz. 16; de volledige tekst van deze beschikking kan alleen in een niet-vertrouwelijke Franse versie op de website van de Commissie, directoraat-generaal Mededinging (<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/index.html>), worden geraadpleegd.

4. Nadat Zieglers beroep tot nietigverklaring van die beschikking door het Gerecht in eerste aanleg bij arrest van 16 juni 2011<sup>5</sup> (hierna ook: „arrest van het Gerecht” of „bestreden arrest”) was afgewezen, stelde Ziegler de onderhavige hogere voorziening in bij het Hof. Interessant is evenwel dat ook de Commissie het niet eens is met wezenlijke delen van de motivering van het bestreden arrest en het Hof verzoekt het arrest, zij het met verbetering van de motivering, in stand te laten. Derhalve dient het Hof thans ook te beoordelen of en in hoeverre een dergelijke substitutie van gronden mogelijk is.

5. Het Hof zal zich binnenkort in het kader van de overige nog aanhangige hogere voorzieningen die in verband met het verhuiskartel zijn ingesteld, nog over een aantal andere rechtsvragen moeten buigen.<sup>6</sup>

## II – Achtergrond van het geding

6. Ziegler is een in Brussel (België) gevestigde familieonderneming die toebehoort aan natuurlijke personen die allen nakomelingen van de stichters van de onderneming zijn, en aan twee holdings, die eveneens verbonden zijn aan de familie Ziegler.<sup>7</sup> Zieglers activiteiten bestaan voor een belangrijk deel uit verhuisdiensten, die tot december 2003 door een divisie van de onderneming zelf werden uitgevoerd. Sinds december 2003 worden ze uitgevoerd door een specifieke, tot de Ziegler-groep behorende vennootschap, Ziegler Relocation SA (eerst Euro Time).<sup>8</sup>

7. Op de markt van internationale verhuisdiensten in België bestond volgens het onderzoek van de Commissie van 1984 tot en met 2003 een kartel, waaraan tien verhuisondernemingen<sup>9</sup> in verschillende tijdvakken<sup>10</sup> en in meer of mindere mate hebben deelgenomen.

8. In de litigieuze beschikking stelde de Commissie vast dat voormeld kartel een kartel in de vorm van één enkele voortgezette inbreuk was<sup>11</sup>, dat op in totaal drie soorten afspraken berustte<sup>12</sup>:

- *prijsafspraken* tussen de deelnemende verhuisondernemingen, waarbij onderlinge afspraken werden gemaakt over de vergoedingen voor de ten behoeve van de klanten verrichte diensten;
- afspraken betreffende een systeem van financiële compensatie (*commissies*) voor afgewezen of niet-ingediende offertes, op grond waarvan de concurrenten van de onderneming die de opdracht voor een internationale verhuizing had gekregen, een zekere financiële vergoeding ontvingen, ongeacht of zij zelf al dan niet een offerte voor de opdracht hadden ingediend; die commissies werden zonder dat de klant hiervan weet had doorberekend in de eindprijs van de verhuisdiensten;
- afspraken over de verdeling van de markt door middel van een systeem van fictieve bestekken (*schaduwbestekken*), die de klant of de persoon die wenste te verhuizen, ontving van een verhuisonderneming die niet voornemens was de verhuizing uit te voeren; daartoe liet telkens één onderneming haar concurrenten weten welke prijs, verzekeringspremie en opslagkosten zij voor de fictieve prestatie moesten factureren.

5 — Arrest van het Gerecht van 16 juni 2011, Ziegler/Commissie (T-199/08, Jurispr. blz. II-3507).

6 — Zie in dit verband zaken Gosselin Group/Commissie (C-429/11 P), Commissie/Stichting Administratiekantoort Portielje en Gosselin Group (C-440/11 P) en Team Relocations e.a./Commissie (C-444/11 P). Op 24 mei 2012 heb ik ook conclusie genomen in de zaak Commissie/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P) en op 29 november 2012 in de zaak Commissie/Stichting Administratiekantoort Portielje en Gosselin Group (C-440/11 P). In de zaak Commissie/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P) heeft het Hof arrest gewezen op 6 december 2012.

7 — Punt 3 van het bestreden arrest.

8 — Punt 2 van het bestreden arrest.

9 — Allied Arthur Pierre, Compas, Coppens, Gosselin, Interdean, Mozer, Putters, Team Relocations, Transworld en Ziegler (zie bijvoorbeeld punt 345 van de litigieuze beschikking).

10 — De duur van die tijdvakken varieerde van drie maanden tot meer dan 18 jaar.

11 — Zie met name de punten 307, 314 en 345 van de litigieuze beschikking.

12 — Zie punt 121 van de litigieuze beschikking en de punten 10 en 13-15 van het bestreden arrest.

9. Terwijl de afspraken inzake commissies en schaduwbestekken tijdens de volledige duur van het kartel (van 1984 tot 2003) waren toegepast, kon niet worden aangetoond dat de prijsafspraken in de periode na mei 1990 nog waren uitgevoerd.<sup>13</sup>

10. Op basis van de door haar vastgestelde feiten kwam de Commissie in de litigieuze beschikking tot de conclusie dat de deelnemende ondernemingen inbreuk hadden gemaakt op artikel 81, lid 1, EG en artikel 53, lid 1, EER-Overeenkomst, doordat zij in verschillende perioden „rechtstreeks en indirect de prijzen voor internationale verhuisdiensten in België hebben vastgesteld, [...] een deel van de markt onderling verdeeld hebben en [...] de procedure voor de indiening van offertes gemanipuleerd hebben”.<sup>14</sup>

11. Van de litigieuze beschikking werd kennis gegeven aan in totaal 31 rechtspersonen, waaraan de Commissie bovendien voor de inbreuk – ten dele individueel en ten dele hoofdelijk – geldboeten van verschillende hoogte<sup>15</sup> oplegde. Voor de berekening van de hoogte van de geldboeten maakte de Commissie in de litigieuze beschikking gebruik van de in haar richtsnoeren van 2006 toegelichte methode.

12. Volgens de vaststellingen van de Commissie in artikel 1, sub j, van de litigieuze beschikking was Ziegler in de periode van 4 oktober 1984 tot en met 8 september 2003 bij het kartel betrokken, dat wil zeggen tijdens de gehele duur ervan. Hiervoor werd aan de onderneming in artikel 2, sub l, van de litigieuze beschikking een geldboete ter hoogte van 9,2 miljoen EUR opgelegd, zonder dat werd voorzien in hoofdelijke aansprakelijkheid.

13. Tegen de litigieuze beschikking stelden verscheidene adressaten beroep tot nietigverklaring in bij het Gerecht.<sup>16</sup>

14. Het door Ziegler op 3 juni 2008 ingestelde beroep is door het Gerecht op 16 juni 2011 verworpen bij het bestreden arrest, waarin Ziegler werd verwezen in de kosten.<sup>17</sup>

### III – Procedure voor het Hof

15. Bij akte van 25 augustus 2011 heeft Ziegler de onderhavige hogere voorziening ingesteld. Zij verzoekt het Hof:

- die hogere voorziening ontvankelijk en gegrond te verklaren;
- het arrest van het Gerecht te vernietigen en het hieraan ten grondslag liggende geding zelf af te doen;
- het door haar in eerste aanleg gevorderde toe te wijzen en derhalve de litigieuze beschikking nietig te verklaren, subsidiair, de haar in die beschikking opgelegde geldboete nietig te verklaren, of, uiterst subsidiair, de geldboete aanzienlijk te verlagen;

13 — Zie punten 123-153 van de litigieuze beschikking.

14 — Artikel 1 van de litigieuze beschikking.

15 — De afzonderlijke geldboeten varieerden tussen 1 500 EUR en 9 200 000 EUR.

16 — Zie in dit verband naast het bestreden arrest vier andere arresten van het Gerecht van 16 juni 2011 in de zaken Team Relocations e.a./Commissie (T-204/08 en T-212/08, Jurispr. blz. II-3569), Gosselin Group en Stichting Administratiekantoor Portielje/Commissie (T-208/08 en T-209/08, Jurispr. blz. II-3639), Verhuizingen Coppens/Commissie (T-210/08, Jurispr. blz. II-3713) en Putters International/Commissie (T-211/08, Jurispr. blz. II-3729).

17 — Ook een verzoek van Ziegler om opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 2 van de litigieuze beschikking en om opschorting van de verplichting om een bankgarantie te stellen, werd afgewezen; zie beschikking van de president van het Gerecht van 15 januari 2009, Ziegler/Commissie (T-199/08 R), en beschikking van de president van het Hof van 30 april 2010, Ziegler/Commissie [C-113/09 P(R)].

— de Commissie te verwijzen in de kosten van beide instanties.

16. De Commissie verzoekt het Hof van haar kant:

- de hogere voorziening, met gedeeltelijke vervanging van de motivering van het Gerecht, af te wijzen;
- subsidiair, het beroep tot nietigverklaring te verwerpen, en
- rekwirante te verwijzen in de kosten.

17. De hogere voorziening is voor het Hof schriftelijk en, op 24 oktober 2012, mondeling behandeld.

#### **IV – Beoordeling**

18. De hogere voorziening van Ziegler stoelt op vier middelen, die betrekking hebben op verschillende rechtsvragen betreffende de merkbare beïnvloeding van de handel tussen lidstaten, de berekening van de hoogte van de geldboete en het beginsel van onpartijdigheid van de Commissie.

##### *A – Preliminare vragen*

19. Alvorens de door Ziegler aangevoerde middelen inhoudelijk te behandelen, wil ik aandacht besteden aan twee preliminaire vragen waarvan de ene betrekking heeft op de ontvankelijkheid van delen van de argumentatie van de Commissie, en de andere op de ontvankelijkheid van bepaalde aspecten van de argumentatie van Ziegler.

1. Ontvankelijkheid van het verzoek van de Commissie om gedeeltelijke vervanging van de motivering van het arrest

20. In het kader van het eerste en het tweede middel verzoekt de Commissie het Hof om het bestreden arrest in stand te laten, doch met gedeeltelijke vervanging van de gronden ervan. De Commissie stelt in het kader van het eerste middel met name dat de door het Gerecht aangenomen verplichting tot afbakening van de markt niet bestaat. In het kader van het tweede middel betwist zij onder meer dat de richtsnoeren van 2006 hebben geleid tot een algemene aanscherping van de eisen die worden gesteld aan de motivering van boetebeschikkingen.

21. Ziegler acht dat verzoek niet-ontvankelijk omdat de argumentatie van de Commissie onnauwkeurig is en zij bovendien geen procesbelang heeft.

22. Wat het eerste bezwaar van Ziegler betreft, wil ik volstaan met erop te wijzen dat uit de memorie van antwoord voldoende duidelijk blijkt welke delen van de motivering van het bestreden arrest volgens de Commissie moeten worden vervangen en welke motivering zij in plaats van degene waarvoor het Gerecht heeft gekozen, juist acht. In tegenstelling tot de opvatting van Ziegler behoefde de Commissie in dat verband geen concrete formulering voor te stellen.

23. Aangaande het tweede bezwaar wijs ik erop dat het Hof inderdaad reeds een aantal verzoeken van de Commissie om vervanging van gronden niet-ontvankelijk heeft verklaard omdat het haar aan procesbelang ontbrak.<sup>18</sup> Het procesbelangvereiste, dat in dit verband zowel voor geprivilegieerde als voor niet-geprivilegieerde rekwiranten geldt<sup>19</sup>, veronderstelt dat de uitslag van de hogere voorziening in het voordeel van de rekwirant kan zijn.<sup>20</sup>

24. Die rechtspraak inzake de niet-ontvankelijkheid van verzoeken om vervanging van de gronden van een arrest heeft echter alleen maar betrekking op gevallen waarin de Commissie ofwel zelf hogere voorziening of incidenteel hogere voorziening instelt<sup>21</sup> ofwel het Hof verzoekt om correctie van vermeende onjuiste rechtsopvattingen in de motivering van het Gerecht, alhoewel die geen voorwerp van de hogere voorziening zijn.<sup>22</sup>

25. Hiervan is in de onderhavige context geen sprake: de Commissie heeft geen (incidentele) hogere voorziening ingesteld en is in haar schriftelijke en mondelinge opmerkingen voor het Hof – afgezien van een uitzondering waarop ik nog zal ingaan<sup>23</sup> – ook niet verder gegaan dan het voorwerp van de door Ziegler ingestelde hogere voorziening. De Commissie heeft zich in wezen ertoe beperkt het arrest van het Gerecht te verdedigen, in het bijzonder tegen de door Ziegler gestelde onjuiste rechtsopvattingen. In het kader van dat voorwerp van het geschil heeft zij gesuggereerd de motivering gedeeltelijk te wijzigen, met handhaving van het dictum.

26. Onder dergelijke omstandigheden is een wijziging van de motivering in hogere voorziening volgens vaste rechtspraak toegestaan<sup>24</sup>, los van de vraag of het Hof hiertoe op eigen initiatief besluit of naar aanleiding van een „verzoek” of „suggestie” van een van de partijen. Het Hof kan niet verplicht zijn alleen de argumenten in aanmerking te nemen die de partijen tot staving van hun aanspraken hebben aangevoerd, aangezien het zich anders in voorkomend geval gedwongen zou zien zijn beslissing op onjuiste juridische overwegingen te baseren.<sup>25</sup> Door de vervanging van een juridisch onjuiste motivering van het bestreden arrest kan het Hof overeenkomstig het beginsel van de proceseconomie voldoen aan zijn taak om de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van de Verdragen te waarborgen (artikel 19, lid 1, tweede volzin, VEU).

18 — Arresten van 6 oktober 2009, GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, Jurispr. blz. I-9291, punten 23-26), en 21 december 2011, Iride, voorheen Azienda Mediterranea Gas e Acqua/Commissie (C-329/09 P, punten 48-51).

19 — Arrest GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a. (aangehaald in voetnoot 18, punten 23-26) en arrest van 21 december 2011, Frankrijk/People's Mojahedin Organization of Iran (C-27/09 P, Jurispr. blz. I-13427, punten 43-50).

20 — Arresten van 19 oktober 1995, Rendo e.a./Commissie (C-19/93 P, Jurispr. blz. I-3319, punt 13, laatste volzin), en 14 september 2010, Akzo Nobel Chemicals en Akros Chemicals/Commissie e.a. („Akzo en Akros”, C-550/07 P, Jurispr. blz. I-8301, punten 22 en 23), en arresten GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a. (aangehaald in voetnoot 18, punt 23) en Frankrijk/People's Mojahedin Organization of Iran (aangehaald in voetnoot 19, punt 43).

21 — Arrest GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a. (aangehaald in voetnoot 18, punt 15).

22 — Arrest Iride/Commissie (aangehaald in voetnoot 18, punt 48).

23 — Zie punt 27 van deze conclusie.

24 — Arresten van 9 juni 2011, Comitato „Venezia vuole vivere” e.a./Commissie (C-71/09 P, C-73/09 P en C-76/09 P, Jurispr. blz. I-4727, punt 118), en Diputación Foral de Vizcaya e.a./Commissie (C-465/09 P–C-470/09 P, punt 171); in dezelfde zin arresten van 9 juni 1992, Lestelle/Commissie (C-30/91 P, Jurispr. blz. I-3755, punten 27 en 28), 30 september 2003, Biret International/Raad (C-93/02 P, Jurispr. blz. I-10497, punten 59-65), en 9 september 2008, FIAMM e.a./Raad en Commissie (C-120/06 P en C-121/06 P, Jurispr. blz. I-6513, met name punt 187).

25 — In die zin beschikking van 27 september 2004, UER/M6 e.a. (C-470/02 P, punt 69), en arrest van 21 september 2010, Zweden e.a./API en Commissie (C-514/07 P, C-528/07 P en C-532/07 P, Jurispr. blz. I-8533, punt 65).



27. Alleen de argumentatie van de Commissie betreffende de drempelwaarde van 40 miljoen EUR moet anders worden beoordeeld. Het gedeelte van het bestreden arrest waarin het Gerecht op die problematiek ingaat<sup>26</sup>, wordt door Ziegler in hogere voorziening namelijk *niet* aan de orde gesteld.<sup>27</sup> Dat betekent dat de Commissie ook niet kan aandringen op een wijziging van de motivering in dat gedeelte van het arrest.

28. Afgezien van die uitzondering zijn de verzoeken van de Commissie om wijziging van de motivering van het arrest echter ontvankelijk. Op de gegrondheid ervan zal ik later ingaan in het kader van de beoordeling van de afzonderlijke middelen van Ziegler.

29. Indien individuele passages van de motivering van het bestreden arrest inderdaad moeten worden vervangen, dan leidt dit in tegenstelling tot de opvatting van de Commissie niet tot niet-ontvankelijkheid, maar tot ongegrondheid van de hogere voorziening<sup>28</sup>, aangezien Zieglers middelen tegen het bestreden arrest dan ondeugdelijk worden.<sup>29</sup>

2. Klacht van de Commissie, dat Ziegler in de administratieve procedure het bestaan van een merkbare beïnvloeding van de handel niet heeft ontkend

30. In haar memories benadrukt de Commissie herhaaldelijk dat Ziegler in de administratieve procedure geen twijfels heeft geuit omtrent het bestaan van een merkbare beïnvloeding van de handel tussen lidstaten, maar een desbetreffende grief pas in de gerechtelijke procedure heeft aangevoerd.

31. Het lijkt geen twijfel dat een dergelijke benadering vanuit het oogpunt van de proceseconomie uiterst betreurenswaardig is. Juridisch gezien valt hierop echter niets aan te merken. Het Unierecht kent namelijk geen regel volgens welke alle grieven die in het kader van een kartelrechtelijke administratieve procedure niet zijn aangevoerd, zijn verwerkt.<sup>30</sup> De grief van Ziegler betreffende de merkbare beïnvloeding van de handel is derhalve ontvankelijk.

## B – Inhoudelijke beoordeling van de hogere voorziening

32. De litigieuze beschikking is vastgesteld vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon. Dat houdt in dat voor de juridische beoordeling ervan nog de bepalingen van de Europese Verdragen in de versie van het Verdrag van Nice relevant zijn, met name het in artikel 81, lid 1, EG neergelegde kartelverbod en de in artikel 253 EG geformuleerde motiveringsplicht. De thans volgende opmerkingen kunnen echter zonder meer ook gelden voor artikel 101, lid 1, VWEU en artikel 296, tweede alinea, VWEU.

### 1. Merkbare beïnvloeding van de handel tussen lidstaten (eerste middel)

33. Zieglers eerste middel heeft betrekking op de punten 64 tot en met 74 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht ingaat op de vraag of het verhuiskartel de handel tussen lidstaten negatief kon beïnvloeden.

26 — Punten 56-63 van het bestreden arrest.

27 — Rekwirende komt op tegen de onmiddellijk hierop volgende overwegingen van het bestreden arrest, namelijk de punten 64-74, die geen betrekking hebben op de drempelwaarde van 40 miljoen EUR, maar op de drempelwaarde van een marktaandeel van 5 % (zie het eerste middel).

28 — Arresten van 30 september 2003, Eurocoton e.a./Raad (C-76/01 P, Jurispr. blz. I-10091, punt 52); 6 november 2008, Griekenland/Commissie (C-203/07 P, Jurispr. blz. I-8161, punten 42 en 43), en 29 september 2011, Arkema/Commissie (C-520/09 P, Jurispr. blz. I-8901, punt 31).

29 — Arrest van 18 maart 1993, Parlement/Frederiksen (C-35/92 P, Jurispr. blz. I-991, punt 31), en arresten FIAMM e.a./Raad en Commissie (aangehaald in voetnoot 24, punten 187-189) en Frankrijk/People's Mojahedin Organization of Iran (aangehaald in voetnoot 19, punt 79).

30 — Arrest van 1 juli 2010, Knauf Gips/Commissie (C-407/08 P, Jurispr. blz. I-6371, punten 89-91).

34. Artikel 81, lid 1, EG verbiedt mededingingsverstorende overeenkomsten tussen ondernemingen namelijk alleen wanneer deze „de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden”. Deze voorwaarde is bedoeld om de werkingssfeer van het nationale mededingingsrecht af te bakenen ten opzichte van dat van het mededingingsrecht van de Unie.<sup>31</sup>

35. Volgens vaste rechtspraak mag de daadwerkelijke of potentiële invloed van een overeenkomst op de handel tussen lidstaten „niet slechts van geringe betekenis” („niet onbeduidend”) zijn<sup>32</sup>, hetgeen impliceert dat een eventuele beïnvloeding van de handel „merkbaar” moet zijn.<sup>33</sup>

36. In haar richtsnoeren van 2004 heeft de Commissie in het licht van de rechtspraak van de Unierechters bepaalde criteria vastgelegd voor de beoordeling of een overeenkomst tussen ondernemingen de handel tussen lidstaten merkbaar kan beïnvloeden. Tot deze criteria behoort niet in de laatste plaats ook een drempelwaarde van 5 % voor het gemeenschappelijke marktaandeel van de betrokken ondernemingen in de door de overeenkomst geraakte markten<sup>34</sup> (hierna ook: „5 %-criterium”).

37. Bij de uitlegging en toepassing van dat 5 %-criterium heeft het Gerecht volgens Ziegler in verschillende opzichten blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

a) Noodzaak van afbakening van de relevante markt vóór toepassing van het 5 %-criterium (eerste onderdeel van het eerste middel)

38. Rekwirante verwijt het Gerecht in het kader van het eerste onderdeel van het eerste middel primair, dat het de Commissie ten onrechte heeft „vrijgesteld” van de verplichting tot afbakening van de markt bij het 5 %-criterium.

39. Achtergrond van deze grief zijn de overwegingen van het Gerecht in de punten 66 tot en met 72 van het bestreden arrest. Daarin neemt het Gerecht als uitgangspunt dat voor de berekening van een marktaandeel logischerwijs eerst de markt moet worden afgebakend en dat de Commissie zich in punt 55 van haar richtsnoeren van 2004 juist tot een dergelijke marktafbakening heeft verplicht bij het 5 %-criterium.<sup>35</sup> Vervolgens stelt het Gerecht vast dat de Commissie niet aan die verplichting heeft voldaan omdat zij de markt niet heeft afgebakend<sup>36</sup>, maar niettemin in de omstandigheden van het onderhavige geval „rechtens genoegzaam heeft aangetoond”<sup>37</sup> dat de drempelwaarde van 5 % was overschreden. Doorslaggevend voor die gevolgtrekking van het Gerecht was zijn oordeel dat de Commissie „een voldoende uitvoerige beschrijving van de betrokken sector, het aanbod, de vraag en de geografische omvang daaronder begrepen, [heeft] gegeven”<sup>38</sup> en derhalve bij uitzondering het 5 %-criterium mocht toepassen zonder expliciete afbakening van de markt in de zin van haar richtsnoeren van 2004.<sup>39</sup>

31 — Arresten van 13 juli 1966, Consten en Grundig/Commissie (56/64 en 58/64, Jurispr. blz. 450); 6 maart 1974, Commercial Solvents/Commissie (6/73 en 7/73, Jurispr. blz. 223, punt 31), 25 oktober 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Jurispr. blz. I-8089, punt 47), en 23 november 2006, Asnef-Equifax en Administración del Estado (C-238/05, Jurispr. blz. I-11125, punt 33).

32 — Arrest van 21 januari 1999, Bagnasco e.a. (C-215/96 en C-216/96, Jurispr. blz. I-135, punt 60); arresten Ambulanz Glöckner (aangehaald in voetnoot 31, punt 48) en Asnef-Equifax en Administración del Estado (aangehaald in voetnoot 31, punt 34), en arresten van 1 juli 2008, MOTOE (C-49/07, Jurispr. blz. I-4863, punt 39), en 24 september 2009, Erste Group Bank e.a./Commissie (C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P en C-137/07 P, Jurispr. blz. I-8681, punt 36).

33 — Arresten Asnef-Equifax en Administración del Estado (aangehaald in voetnoot 31, punt 35) en Erste Group Bank e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 32, punten 37, 46 en 66).

34 — Punt 52, sub a, en punt 53 van de richtsnoeren van 2004.

35 — Punten 66 en 67 van het bestreden arrest.

36 — Punt 68 van het bestreden arrest.

37 — Punt 69 van het bestreden arrest.

38 — Punt 70 van het bestreden arrest.

39 — Punt 72 van het bestreden arrest.

40. Ziegler stelt dat het bestreden arrest in dit opzicht niet voldoende gemotiveerd is en dat de redenering in elk geval tegenstrijdig en inhoudelijk onjuist is .

41. Ik zal om te beginnen aandacht besteden aan de motiveringsklacht (deel i, hieronder), vervolgens aan de juridische eisen die gelden met betrekking tot een afbakening van de markt in verband met het 5 %-criterium (deel ii, hieronder) en tot besluit kort ingaan op de door Ziegler gestelde inhoudelijke gebreken bij de afbakening van de markt (zie deel iii, hieronder).

i) Gebrekkige en tegenstrijdige motivering

42. Ziegler stelt om te beginnen dat het Gerecht op geen enkele wijze heeft gemotiveerd waarom het de Commissie heeft „vrijgesteld” van de verplichting om de markt af te bakenen bij het 5 %-criterium. Rekwirante acht de motivering in elk geval tegenstrijdig.

43. Anders dan de Commissie meent, heeft deze grief zelfstandige betekenis naast de inhoudelijke grieven van rekwirante betreffende de marktafbakening. Want los van de vraag of het Gerecht *inhoudelijk* de juiste dan wel te hoge eisen heeft gesteld met betrekking tot de afbakening van de markt, moet het zijn arrest *in formeel opzicht* naar behoren motiveren. Het dient aan te geven welke redenen in zijn ogen doorslaggevend waren voor de uitspraak in eerste aanleg.

44. De verplichting van het Gerecht om zijn arresten te motiveren, vloeit voort uit artikel 36 juncto artikel 53, eerste alinea, van het Statuut van het Hof. Volgens vaste rechtspraak moet de motivering van het arrest de redenering van het Gerecht duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking brengen, zodat de belanghebbenden kennis kunnen nemen van de gronden voor de genomen beslissing en het Hof zijn rechterlijke controle kan uitoefenen.<sup>40</sup> Bovendien mag de motivering van een arrest van het Gerecht niet innerlijk tegenstrijdig zijn.<sup>41</sup>

45. Op het eerste gezicht lijkt het inderdaad erop dat het Gerecht in casu verstrikt is geraakt in aanzienlijke tegenstrijdigheden. Enerzijds oordeelt het namelijk dat met betrekking tot de toepassing van het 5 %-criterium in de litigieuze beschikking een afbakening van de markt ontbreekt<sup>42</sup>, anderzijds stelt het vast dat de Commissie, door uit te gaan van de „internationale verhuisdiensten in België”, „de betrokken sector, het aanbod, de vraag en de geografische omvang daaronder begrepen” voldoende uitvoerig heeft beschreven.<sup>43</sup> Bovendien acht het Gerecht een afbakening van de markt met het oog op de toepassing van het 5 %-criterium weliswaar verplicht, maar is het tegelijkertijd van mening dat de Commissie in het onderhavige geval dat 5 %-criterium mocht toepassen „zonder de markt expliciet af te bakenen”.<sup>44</sup>

46. Bij nader inzien heeft het Gerecht zich hier echter alleen maar onbeholpen uitgedrukt. Uit de globale context van de relevante passage blijkt namelijk voldoende duidelijk dat de Commissie de betrokken markt in de litigieuze beschikking wel degelijk heeft beschreven („de internationale verhuisdiensten in België”) en dat het Gerecht die beschrijving als toereikend beschouwt om te kunnen worden gelijkgesteld met een echte marktafbakening en als grondslag te kunnen dienen voor de toepassing van het 5 %-criterium. Bij welwillende lezing zijn de opmerkingen van het Gerecht betreffende deze problematiek dus in tegenstelling tot de eerste indruk niet tegenstrijdig.

40 — Arresten van 14 mei 1998, Raad/De Nil en Impens (C-259/96 P, Jurispr. blz. I-2915, punten 32 en 33); 2 april 2009, France Télécom/Commissie (C-202/07 P, Jurispr. blz. I-2369, punt 29), en 14 oktober 2010, Deutsche Telekom/Commissie (C-280/08 P, Jurispr. blz. I-9555, punt 136).

41 — Voorbeelden van gevallen waarin het Hof de motivering van het Gerecht heeft getoetst op tegenstrijdigheden, zijn bijvoorbeeld te vinden in de arresten van 8 juli 1999, Commissie/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Jurispr. blz. I-4125, punt 202), en 13 maart 2012, Melli Bank/Raad (C-380/09 P, punt 41); zie bovendien arrest van 16 december 2008, Masdar (UK)/Commissie (C-47/07 P, Jurispr. blz. I-9761, punt 76).

42 — Punt 68 van het bestreden arrest.

43 — Punt 70 van het bestreden arrest.

44 — Punt 72 van het bestreden arrest.



47. Uit de redenering van het Gerecht volgt overigens ook voldoende duidelijk waarom het Gerecht bij uitzondering van mening was dat de vaststellingen van de Commissie betreffende het 5 %-criterium niet „terzijde moeten worden geschoven”. Al met al was het Gerecht namelijk van oordeel dat de beschrijving van de relevante sector in de litigieuze beschikking alle voor de toepassing van dat criterium vereiste informatie bevatte en dus dezelfde waarde had als de door het Gerecht eigenlijk noodzakelijk geachte afbakening van de markt.

48. De grief inzake gebrekkige en tegenstrijdige motivering van het arrest dient derhalve te worden afgewezen.

ii) De juridische eisen betreffende de afbakening van de markt

49. Rekwrante stelt verder dat de litigieuze beschikking, anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, geen nauwkeurige definitie bevat van de betrokken diensten en de relevante markt, aangezien een loutere beschrijving van een „sector” („de internationale verhuisdiensten in België”) niet gelijkwaardig is met een volwaardige afbakening van de relevante markt.

50. Om te beginnen wil ik erop wijzen dat voor de voorwaarde van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten in de zin van artikel 81, lid 1, EG lang niet in elk geval een afbakening van de markt hoeft te worden verricht. Dat de handel tussen lidstaten ongunstig wordt beïnvloed, kan namelijk ook worden aangetoond zonder dat de markt wordt afgebakend, bijvoorbeeld wanneer er aanwijzingen zijn dat ondernemingen door een bepaalde gedraging beogen de export naar of de import vanuit andere lidstaten op aanzienlijke schaal te belemmeren.<sup>45</sup>

51. Indien een mededingingsautoriteit of rechter echter specifiek gebruikmaakt van het 5 %-criterium om de merkbaarheid van de beïnvloeding van de handel in de zin van de voorwaarde van artikel 81, lid 1, EG aan te tonen, is een voorafgaande afbakening van de relevante markt echter absoluut noodzakelijk omdat anders de marktaandelen niet kunnen worden vastgesteld. In zoverre merkt het Gerecht terecht op dat „de berekening van een marktaandeel logischerwijs de voorafgaande afbakening van deze markt impliceert”.<sup>46</sup>

52. Zoals de Commissie terecht benadrukt, hoeft de beschrijving van de relevante markt met het oog op de toepassing van het 5 %-criterium echter niet per se even nauwkeurig te zijn als een marktafbakening die ertoe dient het gedrag van ondernemingen op mededingingsvlak te beoordelen. De juridische eisen die gelden met betrekking tot de afbakening van de markt kunnen integendeel qua striktheid variëren al naargelang van het met die afbakening nagestreefde doel. Normaliter dient een marktafbakening des te nauwkeuriger te zijn naarmate de economische verbanden complexer en de ter beoordeling ervan noodzakelijke analyses omvangrijker zijn. Hierbij kan worden gedacht aan de vaststelling van het bestaan van of van misbruik van een marktbeheersende positie in de zin van artikel 82 EG (thans artikel 102 VWEU) of aan prognoses over de toekomstige ontwikkeling van de markt in het kader van bepaalde procedures op het gebied van fusiecontroles.

53. Rekwrante meent dus ten onrechte dat onder afbakening van de markt altijd hetzelfde moet worden begrepen en dat de Commissie in het onderhavige geval met het oog op de toepassing van het 5 %-criterium de markt even nauwkeurig had moeten beschrijven als in een andere context gebruikelijk is.

<sup>45</sup> — Punt 25 van de richtsnoeren van 2004.

<sup>46</sup> — Punt 66 van het bestreden arrest.

54. Mijns inziens kon het Gerecht zonder schending van het recht oordelen dat de verwijzing van de Commissie naar de „sector van de internationale verhuisdiensten in België”, die alle verhuisdiensten naar of vanuit België omvat, ongeacht of de opdrachten ervoor worden verstrekt door particulieren, ondernemingen of overheidsdiensten<sup>47</sup>, de feiten van de zaak voldoende nauwkeurig afbaken om het 5 %-criterium te kunnen toepassen.<sup>48</sup>

55. Uit de richtsnoeren van 2004 kunnen voor de onderhavige zaak – in tegenstelling tot de opvatting van Ziegler – evenmin strengere eisen met betrekking tot de afbakening van de markt worden afgeleid.

56. Nu zijn de richtsnoeren van 2004, anders dan de Commissie meent, meer dan alleen maar een codificatie van de vaste rechtspraak betreffende de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten. In die richtsnoeren geeft de Commissie namelijk een toelichting op haar „methode [...] voor de toepassing van het begrip ‚beïnvloeding van de handel’”<sup>49</sup> en kondigt zij aan onder bepaalde omstandigheden geen procedure tegen ondernemingen te zullen inleiden en geen geldboeten te zullen opleggen.<sup>50</sup> Met de publicatie van die richtsnoeren heeft de Commissie zichzelf een verplichting opgelegd waaraan zij zich dient te houden bij de uitoefening van haar bevoegdheid op het vlak van de beoordeling van economische feiten in verband met de beïnvloeding van de handel tussen lidstaten.<sup>51</sup> Zonder geldige reden mag zij dus geen andere methode dan die van de richtsnoeren van 2004 toepassen wanneer zij onderzoekt of de gedraging van een onderneming in de zin van de artikelen 81 EG en 82 EG (artikelen 101 VWEU en 102 VWEU) de handel tussen lidstaten merkbaar kan beïnvloeden.

57. Inhoudelijk beperken de richtsnoeren van 2004 zich echter tot de vrij summiere vaststelling dat om het 5 %-criterium toe te passen, de relevante markt moet „worden afgebakend”.<sup>52</sup> Over de vraag die in casu aan de orde is, namelijk hoe nauwkeurig die afbakening dient te zijn, zwijgen de richtsnoeren van 2004.

58. Zelfs de bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt, waarnaar in de richtsnoeren van 2004 wordt verwezen<sup>53</sup>, biedt in dit opzicht, anders dan Ziegler meent, geen verder uitsluitel. Ook die bekendmaking sluit namelijk niet uit dat de afbakening van de relevante markten al naargelang van het mededingingsprobleem dat aan de orde is, meer of minder nauwkeurig kan zijn. Sterker nog, zij erkent zelf dat de bepaling van de relevante markt nauw verband houdt met de nagestreefde doelstellingen<sup>54</sup> en tot uiteenlopende resultaten kan leiden, „afhankelijk van de aard van de onderzochte mededingingskwestie”.<sup>55</sup> De bekendmaking biedt dus voldoende ruimte voor een pragmatische, aan de omstandigheden van het individuele geval aangepaste aanpak van de afbakening van de markt.

59. In een naar verhouding eenvoudig liggende zaak als de onderhavige zou het vereiste van een doeltreffend en economisch bestuurshandelen overigens fundamenteel worden aangetast indien de Commissie voor de afbakening van de markt met het oog op de toepassing van het 5 %-criterium meer moeite zou moeten doen dan strikt noodzakelijk is.

47 — Punt 11 van het bestreden arrest en punt 2 van de litigieuze beschikking.

48 — Punt 70 van het bestreden arrest.

49 — Punt 3 van de richtsnoeren van 2004.

50 — Punt 50, laatste en op één na laatste volzin van de richtsnoeren van 2004.

51 — In die zin arresten van 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie („Dansk Rørindustri”, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punt 211), en 21 september 2006, JCB Service/Commissie (C-167/04 P, Jurispr. blz. I-8935, punten 207 en 208); arrest Arkema/Commissie (aangehaald in voetnoot 28, punt 88), en arrest van 8 december 2011, KME e.a./Commissie (C-272/09 P, Jurispr. blz. I-12789, punt 100); in diezelfde zin, met betrekking tot staatssteun, bijvoorbeeld arrest van 5 oktober 2000, Duitsland/Commissie (C-288/96, Jurispr. blz. I-8237, punt 62); zie voorts – buiten het mededingingsrecht – arrest van 1 december 1983, Blomfield/Commissie (190/82, Jurispr. blz. 3981, punt 20).

52 — Punt 55 van de richtsnoeren van 2004.

53 — Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (PB 1997, C 372, blz. 5), aangehaald in voetnoot 41 van de richtsnoeren van 2004.

54 — Punt 10 van de bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt.

55 — Punt 12 van de bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt.

60. Samenvattend stel ik derhalve vast dat de grieven van Ziegler betreffende de aan de marktafbakening te stellen juridische eisen moeten worden afgewezen.

iii) Vermeende inhoudelijke gebreken bij de afbakening van de markt

61. Rekwirante stelt ten slotte dat de door het Gerecht in casu aanvaarde beschrijving van de betrokken diensten en markt („de internationale verhuisdiensten in België”) inhoudelijk onjuist is, zowel wat de afbakening van de feitelijk relevante markt als wat de bepaling van de geografisch relevante markt betreft.

62. Met deze grief komt Ziegler met name op tegen punt 71 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht oordeelt „dat de Commissie mocht vaststellen dat de relevante diensten de internationale verhuisdiensten in België waren” en dat de aldus beschreven markt „door de Commissie terecht werd aangeduid als de relevante markt”.

63. Rekwirante baseert haar kritiek op dat deel van het arrest vooral op overwegingen inzake de verwisselbaarheid van internationale verhuisdiensten, waarbij zij opmerkingen maakt betreffende zowel de aanbod- als de vraagkant.

64. Rekwirante ziet echter kennelijk over het hoofd dat de vraag hoe vraag en aanbod zich op een bepaalde markt tot elkaar verhouden en of de verhuisdiensten waar het in concreto om gaat, onderling verwisselbaar zijn, geen rechtsvraag maar een feitelijke vraag is die – behoudens onjuiste opvatting van het bewijs, hetgeen in casu niet wordt gesteld – in hogere voorziening niet vatbaar is voor toetsing door het Hof.<sup>56</sup>

65. De kritiek van Ziegler op de bestreden oordelen van het Gerecht over de afbakening van de markt moet dan ook niet-ontvankelijk worden verklaard.

66. Al met al kan het eerste onderdeel van het eerste middel dus niet worden aanvaard.

b) Bewijs van overschrijding van de 5 %-drempel in het onderhavige geval (tweede onderdeel van het eerste middel)

67. Subsidiair stelt Ziegler in het tweede onderdeel van het eerste middel dat het Gerecht zijn motiveringsplicht en het beginsel van hoor en wederhoor heeft geschonden door vast te stellen dat het gecumuleerde marktaandeel van de karteldeelnemers in casu „ruim boven de drempel van 5 %” lag.

68. De kritiek van rekwirante is met name gericht tegen de laatste twee volzinnen van punt 71 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht vaststelt „dat de omvang van de markt minstens 435 miljoen EUR zou moeten zijn om de drempel van 5 % niet te bereiken” en hieraan toevoegt: „Een dergelijke afmeting van de betrokken markt kan enkel worden behaald indien wordt uitgegaan van een veel ruimere markt dan de markt van de internationale verhuisdiensten in België, die evenwel door de Commissie terecht werd aangeduid als de relevante markt.”

<sup>56</sup> — Beschikking van 17 september 1996, San Marco/Commissie (C-19/95 P, Jurispr. blz. I-4435, punt 39), en arresten van 1 juni 1994, Commissie/Brazzelli Lualdi e.a. (C-136/92 P, Jurispr. blz. I-1981, punt 49), en 29 september 2011, Elf Aquitaine/Commissie (C-521/09 P, Jurispr. blz. I-8947, punt 68); arrest Comitato „Venezia vuole vivere”/Commissie (aangehaald in voetnoot 24, punt 149), en arrest van 19 juli 2012, Alliance One International en Standard Commercial Tobacco/Commissie en Commissie/Alliance One International e.a. („AOI”, C-628/10 P en C-14/11 P, punt 85).

69. Rekwirante maakt bezwaar tegen de vaststelling van het Gerecht dat alleen een veel ruimere markt dan die van de „internationale verhuisdiensten in België” een omvang van 435 miljoen EUR zou kunnen bereiken. Zij acht die vaststelling volledig ongegrond en is bovendien van opvatting dat de hieraan ten grondslag liggende beoordelingen niet het onderwerp zijn geweest van een contradictoir debat met partijen.

70. Beide grieven houden geen steek.

71. Wat vanzelfsprekend is, behoeft geen nadere uitleg, en dat geldt ook voor de litigieuze passage van het arrest: het spreekt vanzelf dat slechts van lagere marktaandeelen van de karteldeelnemers kan worden uitgegaan indien – op basis van de voor de betrokken ondernemingen bepaalde omzetten – een duidelijk ruimer marktvolume wordt verondersteld. De berekening van het Gerecht, dat de relevante markt een omvang van 435 miljoen EUR zou moeten hebben om voor het marktaandeel van de karteldeelnemers in plaats van op een tweecijferige percentage (volgens de vaststellingen van het Gerecht lag het bij bijna 30 %<sup>57</sup>) onder de 5 % uit te komen, behoeft derhalve in de motivering niet nader te worden toegelicht.

72. En het cijfermateriaal dat ten grondslag ligt aan de berekeningen van het Gerecht is, in tegenstelling tot wat Ziegler beweert, wel degelijk met de partijen besproken. De cijfers zijn afkomstig uit het schriftelijke antwoord van de Commissie op vragen van het Gerecht in het geding in eerste aanleg<sup>58</sup>, en Ziegler had hierop te allen tijde kunnen reageren. Uit het bestreden arrest volgt zelfs dat het Gerecht Ziegler ter terechtzitting uitdrukkelijk vragen ter zake heeft gesteld.<sup>59</sup>

73. Rekwirante stelt in dit verband ten onrechte dat het cijfermateriaal van de Commissie onbetrouwbaar is. Alhoewel het Gerecht elders in het bestreden arrest een beoordelingsfout van de Commissie heeft vastgesteld die gevolgen had voor de berekening van het marktvolume<sup>60</sup>, kan hieruit niet zonder meer worden afgeleid dat de cijfers van de Commissie in het algemeen onbruikbaar zijn.

74. In elk geval is de juistheid en de betrouwbaarheid van de gegevens van de Commissie een zaak van waardering van de feiten en het bewijs, die als zodanig – behoudens onjuiste opvatting – in hogere voorziening niet vatbaar zijn voor toetsing door het Hof.<sup>61</sup> Aangezien Ziegler geen onjuiste voorstelling van feiten of bewijs stelt, dient zij de door het Gerecht in het bestreden arrest gegeven beoordeling van de feiten en het bewijs te aanvaarden.

75. Uit het voorgaande volgt dat ook het tweede onderdeel van het eerste middel niet kan slagen.

57 — Punt 71, derde volzin, van het bestreden arrest.

58 — In punt 15 van de memorie van de Commissie van 22 maart 2010 wordt de totale omvang van de markt van internationale verhuisdiensten in België becijferd op 67,5 miljoen EUR, indien de door de verhuisondernemingen in hun hoedanigheid van onderaannemers behaalde omzetten buiten beschouwing worden gelaten.

59 — Zie punt 71 van het bestreden arrest: „Ten derde heeft verzoekster in antwoord op de vragen van het Gerecht zelf ter terechtzitting vastgesteld [...]”.

60 — In punt 71 van het bestreden arrest stelt het Gerecht de cijfers van de Commissie over de omvang van de markt uitdrukkelijk bij vanwege de dubbele inaanmerkingneming van in onderaanneming verrichte verhuisdiensten.

61 — Zie de in voetnoot 56 aangehaalde rechtspraak.

c) De vraag of de overschrijding van de 5 %-drempel volstaat om een merkbare beïnvloeding van de handel aan te nemen (derde onderdeel van het eerste middel)

76. Met het derde onderdeel van het eerste middel, dat eveneens subsidiair wordt aangevoerd, maakt Ziegler specifiek bezwaar tegen punt 73 van het bestreden arrest, dat als volgt luidt:

„Ten slotte heeft de Commissie terecht opgemerkt dat het in het kader van het positieve vermoeden van punt 53 van de richtsnoeren van 2004 volstaat dat is voldaan aan een van de twee alternatieve voorwaarden om het merkbare karakter van de beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten aan te tonen.”

77. Volgens rekwirante heeft het Gerecht in dat deel van het arrest blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omdat het alleen op grond van het feit dat het gecumuleerde marktaandeel van de karteldeelnemers de drempelwaarde van 5 % overschreed, tot de conclusie is gekomen dat er sprake was van een merkbare beïnvloeding van de handel tussen lidstaten. Dit is in de ogen van Ziegler zowel onverenigbaar met de rechtspraak als met punt 53 van de richtsnoeren van 2004.

78. Het is een feit dat het vraagstuk van de beïnvloeding van de handel tussen lidstaten moet worden beoordeeld met inaanmerkingneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval. Het is namelijk vaste rechtspraak dat een overeenkomst tussen ondernemingen, om de handel tussen lidstaten ongunstig te kunnen beïnvloeden, op grond van een aantal objectieve feitelijke en juridische gegevens met een voldoende mate van waarschijnlijkheid moet doen verwachten dat zij, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, invloed op het handelsverkeer tussen lidstaten kan uitoefenen op zodanige wijze dat de verwezenlijking van de doelstellingen van een gemeenschappelijke markt tussen lidstaten wordt geschaad.<sup>62</sup>

79. De ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten is in de regel het gevolg van verscheidene factoren, die, elk afzonderlijk, niet per se beslissend behoeven te zijn.<sup>63</sup> Dit sluit uiteraard niet uit dat in het concrete geval uit de totaliteit van de in aanmerking te nemen juridische en feitelijke omstandigheden een bepaald aspect – in het bijzonder een duidelijk groter marktaandeel dan de drempelwaarde van 5 % – doorslaggevend blijkt te zijn en op zich reeds met voldoende waarschijnlijkheid op een merkbare beïnvloeding van de handel tussen lidstaten duidt.<sup>64</sup>

80. In casu kan echter in het midden blijven of het feit dat aan het 5 %-criterium is voldaan, op zich al de veronderstelling kon dragen dat een risico van merkbare beïnvloeding van de handel tussen lidstaten bestond. De Commissie onderstreept namelijk terecht dat het verhuiskartel nog door twee andere aspecten werd gekenmerkt op basis waarvan het Gerecht – ook los van de overschrijding van de 5 %-drempel – mocht concluderen dat de handel merkbaar werd beïnvloed.

62 — Arresten van 9 juli 1969, Völk (5/69, Jurispr. blz. 295, punt 5); 6 mei 1971, Cadillon (1/71, Jurispr. blz. 351, punt 6), en 11 juli 1985, Remia e.a./Commissie (42/84, Jurispr. blz. 2545, punt 22), en arresten Bagnasco e.a. (aangehaald in voetnoot 32, punt 47), Asnef-Equifax en Administración del Estado (aangehaald in voetnoot 31, punt 34) en Erste Group Bank e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 32, punt 36).

63 — Arrest van 15 december 1994, DLG (C-250/92, Jurispr. blz. I-5641, punt 54), en arresten Bagnasco e.a. (aangehaald in voetnoot 32, punt 47), Asnef-Equifax en Administración del Estado (aangehaald in voetnoot 31, punt 35) en Erste Group Bank e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 32, punt 37).

64 — In die zin arresten van 1 februari 1978, Miller International Schallplatten/Commissie (19/77, Jurispr. blz. 131, punt 9), en 25 oktober 1983, AEG-Telefunken/Commissie (107/82, Jurispr. blz. 3151, punten 56-58); in het arrest van 7 juni 1983, Musique Diffusion française e.a./Commissie (100/80-103/80, Jurispr. blz. 1825, punt 86 juncto punt 82), werden zelfs marktaandelen van minder dan 5 % als voldoende beschouwd voor een merkbare beïnvloeding van de handel.



81. Enerzijds had het verhuiskartel volgens de vaststellingen van het Gerecht betrekking op alle internationale verhuisdiensten naar en vanuit België, dat wil zeggen alle internationale verhuizingen met België als punt van oorsprong of van bestemming. Dat betekent dat het gehele grondgebied van een lidstaat door het kartel werd bestreken. Een dergelijk kartel heeft reeds naar zijn aard een versterking van de nationale drempelvorming tot gevolg, hetgeen de door de Verdragen beoogde economische vervlechting doorkruist.<sup>65</sup>

82. Anderzijds richtte het verhuiskartel, waarbij belangrijke verhuisondernemingen binnen en buiten België waren betrokken<sup>66</sup>, zich vooral op internationale verhuizingen naar en vanuit België, zodat het reeds naar zijn aard juist de grensoverschrijdende handel tussen lidstaten in aanzienlijke mate moest beïnvloeden.<sup>67</sup>

83. Het Gerecht was zich terdege bewust van die twee bijkomende aspecten toen het in casu het 5 %-criterium behandelde.<sup>68</sup> Daarom kan het Gerecht ook niet worden verweten dat het zijn conclusie dat er sprake was van merkbare beïnvloeding van de handel, alleen gebaseerd zou hebben op de overschrijding van de drempelwaarde van 5 %, alhoewel die indruk bij geïsoleerde en oppervlakkige lezing van het litigieuze punt 73 zou kunnen ontstaan.

84. Al met al kan het Gerecht niet worden verweten dat het de juridische eisen verbonden aan de voorwaarde van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten in de zin van artikel 81, lid 1, EG niet zou hebben onderkend.

85. Ook uit punt 53 van de richtsnoeren van 2004, waarmee de Commissie zich heeft gebonden wat de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid betreft, kan niets anders worden afgeleid.<sup>69</sup> Volgens die bepaling kan de overschrijding van de 5 %-drempel op zich slechts dan het vermoeden van een merkbare beïnvloeding van de handel binnen de Unie rechtvaardigen wanneer de betrokken overeenkomst bovendien *naar zijn aard* de handel tussen lidstaten kan beïnvloeden. Aan die bijkomende voorwaarde is echter zonder enige twijfel voldaan bij een harde kernbeperking als het onderhavige kartel, dat volgens de vaststelling van het Gerecht ook nog eens betrekking had op *internationale*, dat wil zeggen grensoverschrijdende verhuisdiensten.

86. Dit betekent dat er ook geen sprake is van schending van punt 53 van de richtsnoeren van 2004.

87. Ik stel derhalve vast dat het derde onderdeel van het eerste middel ongegrond is, zodat het eerste middel in zijn geheel moet worden afgewezen.

## 2. Motivering van de hoogte van de geldboete (tweede middel)

88. Met haar tweede middel komt Ziegler op tegen de punten 88 tot en met 94 van het bestreden arrest. Zij verwijt het Gerecht te lage eisen te hebben gesteld aan de motivering van de litigieuze beschikking op het punt van de berekening van de geldboete. Hierdoor heeft het Gerecht haars inziens in strijd gehandeld met de eisen die gelden ten aanzien van de motivering van handelingen

65 — Arrest van 17 oktober 1972, Vereniging van Cementhandelaren/Commissie (8/72, Jurispr. blz. 977, punt 29), en arresten Remia e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 62, punt 22, laatste gedeelte), Asnef-Equifax en Administración del Estado (aangehaald in voetnoot 31, punt 37) en Erste Group Bank e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 32, punt 38).

66 — De adressaten van de boetebeschikking zijn deels binnen, deels buiten België gevestigd (zie artikel 4 van de litigieuze beschikking).

67 — In diezelfde zin, met betrekking tot de activiteiten van reisbureaus, arrest van 1 oktober 1987, Vlaamse Reisbureaus (311/85, Jurispr. blz. 3801, punt 18).

68 — Zie in dit verband de overwegingen van het Gerecht betreffende de door het verhuiskartel bestreken diensten in punt 11 en de „beschrijving van de relevante sector” in de punten 70 en 71 van het bestreden arrest, die rechtstreeks voorafgaan aan het hier betwiste punt 73.

69 — Zie punt 56 van deze conclusie.

van de Unie enerzijds en het grondrecht op een eerlijk proces anderzijds (zie deel a, hieronder). Subsidiair voert rekwirante aan dat het Gerecht „het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie” heeft geschonden en zijn eigen arrest ontoereikend heeft gemotiveerd (zie deel b, hieronder).

89. Achtergrond van deze grieven is de bij de richtsnoeren van 2006 ingevoerde nieuwe praktijk van de Commissie om het basisbedrag voor kartelrechtelijke geldboeten, evenals een eventuele, als afschrikking bedoelde verhoging ervan (hierna: „afschrikingsfactor”), te berekenen naar een percentage van de omzet<sup>70</sup> van elke betrokken onderneming. Al naargelang van de zwaarte van de inbreuk schommelt het percentage ter vaststelling van het basisbedrag van de geldboete tussen 0 % en 30 % van de omzet<sup>71</sup>, terwijl voor de berekening van de afschrikingsfactor wordt uitgegaan van een bandbreedte tussen 15 % en 25 % van de omzet.<sup>72</sup>

90. Deze wijze van berekening van geldboeten brengt volgens het Gerecht met zich dat aan de motivering van boetebeschikkingen hogere eisen moeten worden gesteld. Het wijst erop dat de Commissie zich in beginsel niet ertoe kan beperken een inbreuk naar zwaarte in te delen in een bepaalde categorie (in casu bijvoorbeeld: „zeer zwaar”) zonder nader toe te lichten hoe zij in het concrete geval het percentage van de omzet heeft bepaald op basis waarvan vervolgens het basisbedrag van de geldboete en de afschrikingsfactor wordt berekend.<sup>73</sup>

91. Niettemin heeft het Gerecht in het onderhavige geval aanvaard dat de Commissie een aandeel van de omzet van 17 % *zonder nadere toelichting* als berekeningsgrondslag voor de geldboete heeft gekozen en dit alleen met het „zeer zware” karakter van de inbreuk heeft gemotiveerd.<sup>74</sup> Een dergelijke motivering kan volgens het Gerecht „toereikend zijn wanneer de Commissie een aandeel toepast dat zeer dicht ligt bij de ondergrens van de marge die is voorzien voor de zwaarste beperkingen, hetgeen overigens zeer gunstig is voor verzoekster. In dit geval is een aanvullende motivering, die verder gaat dan de motivering die inherent is aan de richtsnoeren, immers niet nodig. Indien de Commissie daarentegen een hoger aandeel had willen toepassen, had zij een omstandigere motivering moeten verstrekken.”<sup>75</sup>

92. Deze vaststellingen liggen ten grondslag aan het verwijt van Ziegler dat het Gerecht weliswaar theoretisch heeft erkend dat er hogere eisen aan de motivering van de berekening van geldboeten moeten worden gesteld, maar de Commissie hieraan in het concrete geval niet heeft gehouden en haar als het ware heeft „vrijgesteld” van haar motiveringsplicht.

a) Onrechtmatige „vrijstelling” van de motiveringsplicht (eerste onderdeel van het tweede middel)

93. In het kader van het tweede middel verwijt Ziegler het Gerecht met name de juridische eisen met betrekking tot de motivering van de berekening van geldboeten in kartelbeschikkingen niet juist te hebben beoordeeld. Dit geldt haars inziens enerzijds voor de eisen voortvloeiend uit de primairrechtelijke verplichting tot motivering van handelingen van de Unie in verband met de criteria die voortvloeien uit de richtsnoeren van 2006, en anderzijds voor de vereisten die voortvloeien uit het grondrecht op een eerlijk proces.

70 — Op welke wijze de omzet precies moet worden bepaald, is aangegeven in punten 13-18 van de richtsnoeren van 2006.

71 — Punt 19 van de richtsnoeren van 2006.

72 — Punt 25 van de richtsnoeren van 2006.

73 — Punt 92 juncto punt 91 van het bestreden arrest; aangaande de afschrikingsfactor, zie bovendien punt 94 van dat arrest.

74 — Punten 543 en 556 van de litigieuze beschikking en punten 93 en 94 van het bestreden arrest.

75 — Punt 93 van het bestreden arrest.

i) De motiveringsplicht van artikel 253 EG (thans artikel 296, tweede alinea, VWEU)

94. Wat de motiveringsplicht voor handelingen van de Unie betreft, verwijst Ziegler naar artikel 296 VWEU. Eigenlijk is hier echter nog artikel 253 EG<sup>76</sup> van toepassing, alhoewel dit met betrekking tot de motivering van handelingen van de Unie – voor zover in casu relevant – niet voorziet in andere juridische voorwaarden dan artikel 296, tweede alinea, VWEU.

95. Volgens vaste rechtspraak moet de door artikel 253 EG vereiste motivering beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking brengen, zodat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen.<sup>77</sup>

96. Zoals het Hof heeft benadrukt, is de verplichting tot motivering van handelingen van de Unie bijzonder belangrijk wanneer deze betrekking hebben op de vastlegging van de hoogte van kartelrechtelijke geldboeten. In dat opzicht moet de Commissie onder meer aangeven hoe zij de in aanmerking te nemen factoren heeft gewogen en beoordeeld.<sup>78</sup>

97. In tegenstelling tot de kennelijke opvatting van Ziegler betekent dit echter geenszins dat de intensiteit van de motivering van de boetebeschikkingen van de Commissie altijd gelijk zou moeten zijn. Evenmin kan uit de richtsnoeren van 2006 een algemene en principiële aanscherping van de motiveringseisen betreffende de berekening van geldboeten worden afgeleid, waarvan het Gerecht de Commissie in het onderhavige geval zou hebben „vrijgesteld”.

98. Ook met betrekking tot geldboeten in kartelprocedures geldt nog steeds dat de aan de motivering te stellen eisen moeten worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij met name rekening moet worden gehouden met de inhoud van de handeling, de aard van de redengeving en het belang dat de adressaten van de handeling of andere personen die daardoor rechtstreeks en individueel worden geraakt, bij een verklaring kunnen hebben.<sup>79</sup>

99. Bovendien volgt uit de rechtspraak ook dat een beschikking van de Commissie die in de lijn ligt van een constante beslissingspraktijk summier mag worden gemotiveerd, bijvoorbeeld door verwijzing naar bedoelde praktijk.<sup>80</sup> Dit geldt ook wanneer de beschikking wordt vastgesteld in een context die de betrokkenen goed kennen.<sup>81</sup> Het is niet noodzakelijk dat alle relevante feitelijke en juridische gegevens in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de beoordeling van de vraag of de motivering van een handeling aan de vereisten van artikel 253 EG voldoet, niet alleen acht moet worden geslagen op de bewoordingen ervan, maar ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen.<sup>82</sup>

76 — Zie punt 32 van deze conclusie.

77 — Arresten van 4 juli 1963, Duitsland/Commissie (24/62, Jurispr. blz. 143, 155); 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France (C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 63), en 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, Jurispr. blz. I-4951, punt 166), en arrest AOI (aangehaald in voetnoot 56, punt 72); in dezelfde zin ook arresten van 20 maart 1957, Geitling/Hoge Autoriteit (2/56, Jurispr. blz. 11, 37), en 26 november 1975, Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique e.a./Commissie („Papiers peints”, 73/74, Jurispr. blz. 1491, punt 30).

78 — Arrest KME e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 51, punt 101), en arresten van 8 december 2011, Chalkor/Commissie (C-386/10 P, Jurispr. blz. I-13085, punt 61) en KME Germany e.a./Commissie (C-389/10 P, Jurispr. blz. I-13125, punt 128).

79 — Arresten Deutsche Telekom/Commissie (aangehaald in voetnoot 40, punt 131) en Elf Aquitaine/Commissie (aangehaald in voetnoot 56, punt 150).

80 — Arrest Papiers peints (aangehaald in voetnoot 77, punt 31); arrest van 11 december 2008, Commissie/Département du Loiret (C-295/07 P, Jurispr. blz. I-9363, punt 44), en arrest Elf Aquitaine/Commissie (aangehaald in voetnoot 56, punt 155).

81 — Arresten van 26 juni 2012, Polen/Commissie (C-335/09 P, punt 152), en 15 november 2012, Raad/Bamba (C-471/11 P, punt 54).

82 — Arresten Commissie/Sytraval en Brink's France (aangehaald in voetnoot 77, punt 63), Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala (aangehaald in voetnoot 77, punten 166 en 178), Deutsche Telekom/Commissie (aangehaald in voetnoot 40, punt 131) en Elf Aquitaine/Commissie (aangehaald in voetnoot 56, punt 150).

100. Uitgaande van die maatstaf heeft het Gerecht in casu terecht geoordeeld dat de litigieuze beschikking op het punt van de berekening van het basisbedrag van de boete en de afschrikkingsfactor voldoende was gemotiveerd.

101. De litigieuze beschikking ligt in de lijn van de nieuwe bestuurspraktijk van de Commissie, die wat kartelprocedures betreft inzichtelijk wordt gemaakt door de richtsnoeren van 2006. Die richtsnoeren bevatten reeds tal van toelichtingen, die door de Commissie in de litigieuze beschikking niet behoefden te worden herhaald. Zo bepalen de richtsnoeren met name dat „[h]orizontale overeenkomsten inzake prijzen, de verdeling van markten en de beperking van de productie” – met andere woorden hardekernbeperkingen – „streng [moeten] worden bestraft”. Volgens de richtsnoeren zal het basisbedrag voor dergelijke inbreuken doorgaans aan de bovenkant van een schaal tussen 0 % en 30 % van de omzet liggen, terwijl ook nog een afschrikkingsfactor van 15 % à 25 % van de omzet wordt toegepast.<sup>83</sup>

102. Het in casu relevante verhuiskartel, dat ertoe strekte de prijsvorming te beïnvloeden en opdrachten onder de karteldeelnemers te verdelen, behoort als „zeer zware inbreuk” ongetwijfeld thuis in voornoemde categorie en diende derhalve volgens de richtsnoeren van 2006 te worden bestraft met een geldboete bestaande in een basisbedrag aan de bovenkant van de schaal van 0 % tot 30 % van de omzet, plus een afschrikkingsfactor van 15 % tot 25 % van de omzet.

103. Dat het door de Commissie uiteindelijk vastgelegde basisbedrag van 17 % van de omzet binnen de bovenste helft van de schaal van 0 % tot 30 % ligt, is duidelijk en hoeft niet nader te worden toegelicht. Men zou zich hooguit kunnen afvragen of een aandeel van de omzet van 17 % werkelijk aan de bovenkant van de schaal ligt in de zin van de richtsnoeren van 2006<sup>84</sup>, of dat het mogelijkserwijs als te laag moet worden beschouwd. In dit opzicht bestaat echter kennelijk geen gerechtvaardigd belang van Ziegler bij een nadere motivering, aangezien een naar verhouding lager percentage voor haar gunstiger is dan een hoger.<sup>85</sup> Dit geldt eveneens voor de door de Commissie toegepaste afschrikkingsfactor van 17 % van de omzet, aangezien ook die factor, gezien de daarvoor aangegeven schaal tussen 15 % en 25 % van de omzet<sup>86</sup>, niet bijzonder hoog is.

104. Nu is het natuurlijk denkbaar dat bij de berekening van het basisbedrag van de geldboete in een kartelzaak wegens de bijzondere omstandigheden van een concreet geval wordt uitgegaan van een lager aandeel van de omzet dan in de richtsnoeren van 2006 is vastgelegd. In die mogelijkheid voorzien de richtsnoeren uitdrukkelijk, niet in het minst door de formulering „doorgaans”.<sup>87</sup> In tegenstelling tot de opvatting van Ziegler kan hieruit evenwel geen algemene aanscherping van de aan de motivering van boetebeschikkingen gestelde eisen worden afgeleid. De Commissie hoeft in de motivering van haar boetebeschikking integendeel slechts dan op de bijzondere omstandigheden van het concrete geval in te gaan, wanneer zij inderdaad van dergelijke omstandigheden op de hoogte is. Voor zover een onderneming van haar kant kennis heeft van omstandigheden die zouden kunnen rechtvaardigen dat bij de berekening van de geldboete wordt uitgegaan van een lager aandeel van de omzet dan in de richtsnoeren wordt genoemd, is het aan haar de Commissie daarop te wijzen. Ziegler heeft echter, voor zover bekend, niet gesteld dat zij specifiek met betrekking tot de berekening van het basisbedrag van de geldboete of de afschrikkingsfactor concreet op dergelijke omstandigheden heeft gewezen.

83 — Punten 23 en 25 juncto punten 21 en 22 van de richtsnoeren van 2006.

84 — Zie nogmaals punt 23 van de richtsnoeren van 2006.

85 — Aangaande het criterium van het gerechtvaardigd belang bij de motivering van handelingen van de Unie, zie punt 98 van deze conclusie.

86 — Zie nogmaals punt 25 van de richtsnoeren van 2006.

87 — Zie punt 23, tweede volzin, van de richtsnoeren van 2006.

105. Tot slot moeten de juridische eisen die aan de motivering van boetebeschikkingen worden gesteld, strenger zijn naarmate de betrokken zaak ingewikkelder is en naarmate het aandeel van de omzet dat de Commissie bij de berekening van het basisbedrag en de afschrikkingsfactor ten grondslag legt, hoger is.<sup>88</sup> Het motiveringsvereiste impliceert dat de door de Commissie te geven toelichting uitvoeriger dient te zijn naarmate de opgelegde sanctie verder gaat dan de in de richtsnoeren vastgelegde minimumnormen. In dezelfde mate wordt het namelijk ook voor de betrokken ondernemingen steeds belangrijker te weten waarom de Commissie heeft besloten tot eventueel bijzonder strenge maatregelen. Daarvan is in het onderhavige geval echter geen sprake; de zaak ligt niet bijzonder ingewikkeld en de Commissie is bij de berekening van het basisbedrag uitgegaan van een naar verhouding laag aandeel van de omzet.

106. Al met al heeft het Gerecht de bij de toetsing van de motivering van de litigieuze beschikking te stellen juridische eisen dus juist toegepast. Het verwijt van schending van de motiveringsplicht is dan ook ongegrond.

ii) Grondrecht op een eerlijk proces

107. Naast schending van de algemene motiveringsplicht stelt Ziegler voorts schending van het grondrecht op een eerlijk proces en verwijst in dit verband naar artikel 6 EVRM<sup>89</sup> en naar artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

108. Om te beginnen is onbetwist dat Ziegler een dergelijke schending in eerste aanleg niet heeft gesteld. Anders dan Ziegler meent, gaat het daarbij ook niet alleen om een loutere aanvulling of verdere ontwikkeling van de door haar in eerste aanleg geuite kritiek op de motivering van de litigieuze beschikking, maar om een niet-ontvankelijk nieuw middel, gebaseerd op schending van volledig andere bepalingen. Dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens inmiddels mogelijkwerijs een aantal nieuwe arresten betreffende artikel 6 EVRM heeft gewezen, heeft geen zodanige wijziging van de feitelijke of de rechtssituatie tot gevolg, dat dit het aanvoeren van een nieuw middel op zich zou kunnen rechtvaardigen. En in hogere voorziening kan een dergelijk nieuw middel al helemaal niet inhoudelijk door het Hof worden behandeld<sup>90</sup> (artikel 42, tweede alinea, juncto artikel 118 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van 19 juni 1991).<sup>91</sup>

109. Maar zelfs indien het argument van Ziegler betreffende het grondrecht op een eerlijk proces ontvankelijk zou zijn, is het in elk geval ongegrond.

110. Het lijkt geen twijfel dat er een verband bestaat tussen de verplichting tot motivering van handelingen van de Unie en het grondrecht op een eerlijk proces. Slechts wanneer de betrokkene naar behoren wordt geïnformeerd over de redenen die ten grondslag liggen aan een maatregel, kan hij immers beoordelen of het zinvol is hiertegen op te komen en kunnen de bevoegde rechters adequaat toetsen of de maatregel rechtmatig is.

111. Maar zoals ik reeds heb uiteengezet<sup>92</sup>, was in casu voldaan aan de eisen van een adequate motivering van de litigieuze beschikking. In combinatie met de richtsnoeren van 2006 waren de redenen voor de vaststelling van de hoogte van de geldboete duidelijk en konden in een eerlijke gerechtelijke procedure zonder meer worden getoetst.

88 — Zie in die zin ook punt 92 van het bestreden arrest.

89 — Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (ondertekend te Rome op 4 november 1950).

90 — Arresten Dansk Rørindustri (aangehaald in voetnoot 51, punten 88 en 89), France Télécom/Commissie (aangehaald in voetnoot 40, punt 60) en AOI (aangehaald in voetnoot 56, punt 111).

91 — Aangezien het verzoekschrift in hogere voorziening vóór 1 november 2012 is ingediend, dient de ontvankelijkheid ervan te worden beoordeeld volgens het Reglement voor de procesvoering van het Hof van 19 juni 1991.

92 — Zie punten 94-106 van deze conclusie.



112. Het verwijt van rekwirante ten slotte, dat het Gerecht zijn volledige rechtsmacht niet naar behoren heeft uitgeoefend door een motivering als die van de litigieuze beschikking te aanvaarden, is in het geheel niet onderbouwd. Ziegler heeft op geen enkele wijze aangegeven in hoeverre het Gerecht de litigieuze beschikking grondiger had moeten toetsen. Met name heeft zij niets gesteld waaruit zou blijken dat vooral de motivering van de door de Commissie in casu verrichte berekening van de geldboete een grondige rechterlijke toetsing van de litigieuze beschikking in feitelijk en juridisch opzicht onmogelijk had gemaakt of ook maar had bemoeilijkt.

113. Samenvattend stel ik vast dat het middel van Ziegler betreffende het recht op een eerlijk proces niet-ontvankelijk en in elk geval ongegrond is.

b) De subsidiaire grief: schending van het beginsel van gelijke behandeling en van de plicht van het Gerecht om zijn arresten te motiveren (tweede onderdeel van het tweede middel)

114. Rekwirante voert subsidiair aan dat de „vrijstelling” van de motiveringsplicht die de Commissie in het arrest zou zijn verleend, in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie en bovendien niet toereikend is gemotiveerd.

i) Beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie

115. Het beginsel van gelijke behandeling – ook wel aangeduid als het „beginsel van gelijke behandeling of non-discriminatie”<sup>93</sup> – is een algemeen rechtsbeginsel van de Unie, dat in de artikelen 20 en 21 van het Handvest van de grondrechten is vastgelegd.<sup>94</sup> Het belang ervan in verband met de oplegging van geldboeten in kartelzaken is door het Hof reeds meerdere malen benadrukt.<sup>95</sup>

116. De door rekwirante gestelde schending van dit beginsel zou erin bestaan dat het Gerecht op ongerechtvaardigde wijze gevallen als het onderhavige, waarin de geldboete is berekend op basis van een omzetaandeel van 17 %, gelijkstelt met andere gevallen waarin zou kunnen worden uitgegaan van een omzetaandeel van 15 %.

117. Deze argumentatie van Ziegler is uitermate vaag en lijkt gebaseerd op een puur hypothetische vergelijking met een volledig theoretische en niet nader gespecificeerde situatie waarin de Commissie bij de berekening van de geldboete niet – zoals in casu – zou kunnen uitgaan van een omzetaandeel van 17 %, maar van een omzetaandeel van 15 %.

118. Gezien de onnauwkeurigheid van de argumentatie van rekwirante betwijfel ik ten eerste dat deze grief überhaupt ontvankelijk is.<sup>96</sup>

119. In elk geval is zij echter ongegrond.

93 — Zie bijvoorbeeld arrest van 12 september 2006, *Eman en Sevinger* (C-300/04, Jurispr. blz. I-8055, punt 57).

94 — Arrest *Akzo en Akros* (aangehaald in voetnoot 20, punt 54).

95 — Arresten van 16 november 2000, *Weig/Commissie* (C-280/98 P, Jurispr. blz. I-9757, punten 63-68) en *Sarrió/Commissie* (C-291/98 P, Jurispr. blz. I-9991, punten 97-100); arrest *Dansk Rørindustri* (aangehaald in voetnoot 51, punt 304) en recentelijk arrest *AOI* (aangehaald in voetnoot 56, punt 58); zie bovendien de punten 48-53 van mijn conclusie van 12 januari 2012 in de zaak *AOI*.

96 — Aangaande de juridische eisen die gelden met betrekking tot de nauwkeurigheid van de argumentatie van rekwiranten in hogere voorziening, zie bijvoorbeeld arrest *France Télécom/Commissie* (aangehaald in voetnoot 40, punt 55) en arresten van 11 september 2007, *Lindorfer/Raad* (C-227/04 P, Jurispr. blz. I-6767, punten 82-84), en 24 maart 2011, *ISD Polska e.a./Commissie* (C-369/09 P, Jurispr. blz. I-2011, punt 66).

120. De berekening van de geldboete is geen mechanisch proces waarbij voor ieder kartel als het ware bij voorbaat mathematisch precies kan worden bepaald welk percentage van de omzet bij de berekening van het basisbedrag van de boete en de afschrikkingsfactor ten grondslag wordt gelegd. Het zou ook geen goede zaak zijn wanneer de hoogte van de sanctie reeds tot achter de komma kan worden voorspeld, aangezien de karteldeelnemers dan wel erg gemakkelijk vooraf zouden kunnen berekenen welk „prijskaartje” aan hun onrechtmatige gedrag hangt.

121. Wanneer de Commissie in haar hoedanigheid van mededingingsautoriteit geldboeten oplegt aan bij een kartel betrokken ondernemingen, moet zij derhalve een zekere armslag hebben bij de bepaling van het aandeel van de omzet op basis waarvan de hoogte van de geldboete wordt berekend.<sup>97</sup> Dat dit omzetaandeel in het onderhavige geval op 17 % en in een andere kartelzaak wellicht op 15 % is gesteld, ligt in de aard van dergelijke boeteberekeningen. Hieraan kan niet worden getornd met een beroep op het beginsel van gelijke behandeling zolang de Commissie zich bij haar bevoegdheidsuitoefening beweegt binnen de grenzen die zij zichzelf in de richtsnoeren van 2006 heeft opgelegd.<sup>98</sup>

122. Als tegenwicht voor deze beoordelingsvrijheid van de Commissie bij de bepaling van het aandeel van de omzet waarop zij de berekening van een geldboete baseert, zijn haar boetebeschikkingen onderworpen aan de volledige rechtsmacht van de rechters van de Unie (artikel 261 VWEU juncto artikel 31 van verordening nr. 1/2003).<sup>99</sup> In het door Ziegler gegeven hypothetische geval zou het Gerecht dus, mocht het een omzetaandeel van 15 % adequater of rechtvaardiger achten, dat percentage in plaats van het door de Commissie gekozen percentage van 17 % kunnen toepassen en de opgelegde geldboete naar verhouding kunnen verlagen.

123. Tegen deze achtergrond moet de aan het beginsel van gelijke behandeling ontleende grief van Ziegler worden afgewezen.

ii) Eisen aan de motivering van het bestreden arrest

124. Ziegler stelt bovendien dat het Gerecht zijn verplichting tot motivering van het arrest in eerste aanleg heeft geschonden. Het motiveringsgebrek zou erin bestaan dat het Gerecht de Commissie in casu heeft toegestaan de afschrikkingsfactor louter en alleen op basis van de „zeer zware” aard van de inbreuk vast te stellen op 17 % van de omzet. Dit zou neerkomen op een door het Gerecht niet nader gemotiveerde afwijking van punt 25 van de richtsnoeren van 2006, dat bepaalt dat „een aantal factoren” in aanmerking wordt genomen.

125. De verplichting van het Gerecht om zijn arresten te motiveren, volgt uit artikel 36 juncto artikel 53, eerste alinea, van het Statuut van het Hof. Zoals ik reeds heb benadrukt, moet de motivering van het arrest de redenering van het Gerecht duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking brengen, zodat de belanghebbenden kennis kunnen nemen van de gronden voor de genomen beslissing en het Hof zijn rechterlijke controle kan uitoefenen.<sup>100</sup>

97 — Aangaande de armslag van de Commissie bij de berekening van kartelrechtelijke geldboeten, zie algemeen arresten van 29 juni 2006, SGL Carbon/Commissie (C-308/04 P, Jurispr. blz. I-5977, punt 46); 25 januari 2007, Dalmine/Commissie (C-407/04 P, Jurispr. blz. I-829, punt 133), en 10 mei 2007, SGL Carbon/Commissie (C-328/05 P, Jurispr. blz. I-3921, punt 43).

98 — Zie in die zin arrest JCB Service/Commissie (aangehaald in voetnoot 51, punt 205), en arresten van 3 september 2009, Prym en Prym Consumer/Commissie (C-534/07 P, Jurispr. blz. I-7415, punt 98), en 19 april 2012, Tomra Systems e.a./Commissie (C-549/10 P, punten 104-108).

99 — Zie bij wijze van aanvulling, arresten KME e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 51, punten 103 en 106), Chalkor/Commissie (aangehaald in voetnoot 78, punten 63 en 67) en KME Germany e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 78, punten 130 en 133).

100 — Zie punt 44 en voetnoot 40 van deze conclusie.

126. In het onderhavige geval heeft het Gerecht wel degelijk uiteengezet waarom het de vaststelling van de afschrikkingsfactor op 17 % van de omzet rechtmatig achtte: het heeft verwezen naar zijn rechtstreeks daaraan voorafgaande overwegingen over de berekening van het basisbedrag van de geldboete en die verwijzing gemotiveerd met het feit dat enerzijds „de ondergrens van de marge dezelfde is” voor de berekening van beide factoren, en anderzijds ook de Commissie voor beide berekeningen dezelfde redenen aanvoert door middel van een interne verwijzing binnen de considerans van de bestreden beschikking.<sup>101</sup>

127. Dat betekent dat de redenering van het Gerecht ten aanzien van deze problematiek in het bestreden arrest duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking komt. Ziegler mag het dan inhoudelijk niet eens zijn met de opvatting van het Gerecht, dat feit alleen betekent nog niet dat de motivering van het bestreden arrest gebrekkig zou zijn.<sup>102</sup>

128. De grief inzake gebrekkige motivering van het bestreden arrest is derhalve ongegrond.

129. Slechts terzijde wil ik erop wijzen dat de rechtsopvatting van Ziegler met betrekking tot de punten 22 en 25 van de richtsnoeren van 2006 ook inhoudelijk weinig overtuigend zijn. De hierin neergelegde algemene uitspraak van de Commissie dat zij bij de vastlegging van de afschrikkingsfactor „rekening houdt met een aantal factoren”, is niet meer dan een algemene toelichting op haar bestuurspraktijk en betekent niet per se dat de Commissie in elk afzonderlijk geval rekening moet houden met al die factoren en haar beschikking ter zake grondig zou moeten motiveren. Welke factoren relevant zijn en om hoeveel factoren het gaat, is veeleer afhankelijk van het concrete geval. Voor zover bekend heeft Ziegler in het onderhavige geval geen concrete informatie verstrekt waaruit zou blijken dat de Commissie bij de bepaling van het basisbedrag van de geldboete, met inbegrip van de afschrikkingsfactor, nog andere eventueel relevante factoren buiten beschouwing zou hebben gelaten.

130. Al met al is het tweede middel dus ten dele niet-ontvankelijk en ten dele ongegrond.

### 3. „Objectieve onpartijdigheid” van de Commissie (derde middel)

131. Met haar derde middel komt Ziegler op tegen de punten 103 tot en met 107 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht zich buigt over de door rekwirante betwijfelde onpartijdigheid van de Commissie. Ziegler stelt dat het Gerecht zijn arrest in dat opzicht niet naar behoren heeft gemotiveerd en bovendien het grondrecht op een eerlijk proces en op behoorlijk bestuur heeft geschonden.

132. Achtergrond van deze grief is dat de Commissie van mening is ook zelf de dupe te zijn geworden van het verhuiskartel. Onder deze omstandigheden had zij volgens Ziegler niet zelf een beslissing over dat kartel mogen nemen, omdat zij dan slachtoffer en rechter tegelijk is.

133. Rekwirante is dus van mening dat in de bijzondere omstandigheden van de onderhavige zaak afbreuk is gedaan aan de onpartijdigheid van de Commissie. Dit betekent evenwel niet dat zij in het algemeen kritiek heeft op het in de Unie bestaande stelsel van handhaving van het kartelrecht, met inbegrip van de institutionele rol van de Commissie als mededingingsautoriteit.

<sup>101</sup> — Punt 94 van het bestreden arrest.

<sup>102</sup> — Arresten van 7 juni 2007, Wunenburger/Commissie (C-362/05 P, Jurispr. blz. I-4333, punt 80), en 20 mei 2010, Gogos/Commissie (C-583/08 P, Jurispr. blz. I-4469, punt 35).

a) Motiveringsgebrek van het bestreden arrest (eerste onderdeel van het derde middel)

134. Ziegler verwijt het Gerecht om te beginnen, niet te zijn ingegaan op haar grief betreffende de objectieve onpartijdigheid van de Commissie. Volgens rekwirante is het Gerecht in zijn arrest alleen ingegaan op het vereiste van subjectieve onpartijdigheid, maar niet op dat van objectieve onpartijdigheid. Daarom is het bestreden arrest haars inziens niet afdoende gemotiveerd.

135. Vaststaat dat rekwirante in wezen schending van de motiveringsplicht voor arresten in eerste aanleg stelt (artikel 36 juncto artikel 53, eerste alinea, van het Statuut van het Hof), aangezien zij van mening is dat het Gerecht niet is ingegaan op een door haar in eerste aanleg aangevoerd middel.<sup>103</sup> In hogere voorziening heeft het toezicht van het Hof met name tot doel, na te gaan of het Gerecht rehtens voldoende is ingegaan op alle door de rekwirant aangevoerde argumenten.<sup>104</sup>

136. In casu is het Gerecht in de punten 103 tot en met 107 van het bestreden arrest – zij het summier – ingegaan op de door Zieglers argumenten betreffende partijdigheid van de Commissie en uiteengezet waarom het dat middel van Ziegler verwerpt.

137. Ik geef toe dat het Gerecht daarbij geen duidelijk onderscheid heeft gemaakt tussen objectieve en subjectieve partijdigheid. Dit is zonder meer betreuenswaardig. De inhoudelijke juistheid van de redenering in het bestreden arrest – in casu ten aanzien van de vraag of aan de objectieve onpartijdigheid dezelfde eisen moeten worden gesteld als aan de subjectieve – heeft echter niets te maken met de op het Gerecht rustende motiveringsplicht, maar is een kwestie van materieel recht.<sup>105</sup> Dat het Gerecht inhoudelijk tot een andere conclusie is gekomen dan rekwirante, betekent op zich niet dat het bestreden arrest een motiveringsgebrek vertoont.<sup>106</sup>

138. Ik stel derhalve vast dat het eerste onderdeel van het derde middel ongegrond is.

b) Grondrecht op een eerlijk proces en grondrecht op behoorlijk bestuur (tweede onderdeel van het derde middel)

139. Ziegler stelt bovendien schending van haar grondrechten op een eerlijk proces en op behoorlijk bestuur. Die schending zou erin bestaan dat de Commissie in casu „rechter in eigen zaak” was. Ter onderbouwing van haar stelling verwijst rekwirante naar artikel 6 EVRM en de artikelen 47 en 41 van het Handvest van de grondrechten.

140. De Commissie is geen rechterlijke instantie in de zin van artikel 6 EVRM en artikel 47 van het Handvest van de grondrechten.<sup>107</sup> In haar hoedanigheid van mededingingsautoriteit van de Europese Unie dient zij echter het recht op behoorlijk bestuur te eerbiedigen, dat in artikel 41 van het Handvest als grondrecht van de Unie is verankerd<sup>108</sup> en inhoudt dat iedereen er recht op heeft, dat zijn zaak door de instellingen, organen of andere instanties van de Unie *onpartijdig* wordt behandeld.

103 — Arresten van 1 oktober 1991, Vidrányi/Commissie (C-283/90 P, Jurispr. blz. I-4339, punt 29), en 17 december 1992, Moritz/Commissie (C-68/91 P, Jurispr. blz. I-6849, punten 37-39), en arrest Gogos/Commissie (aangehaald in voetnoot 102, punt 29).

104 — Arrest France Télécom/Commissie (aangehaald in voetnoot 40, punt 41).

105 — Zie in dit verband mijn opmerkingen bij het tweede onderdeel van het derde middel (punten 139-150 van deze conclusie).

106 — Arresten Wunenburger/Commissie (aangehaald in voetnoot 102, punt 80) en Gogos/Commissie (aangehaald in voetnoot 102, punt 35).

107 — Arrest van 29 oktober 1980, van Landewyck e.a./Commissie (209/78-215/78 en 218/78, Jurispr. blz. 3125, punt 81), en arrest Musique Diffusion française e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 64, punt 7); in dezelfde zin bovendien recentelijk EHRM, arrest van 27 september 2011, Menarini Diagnostics/Italië (zaak nr. 43509/08, nog niet gepubliceerd in het *Recueil des arrêts et décisions*, §§ 58 en 59, met betrekking tot de Italiaanse mededingingsautoriteit, de Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato).

108 — Dat in kartelrechtelijke administratieve procedures voor de Commissie niet artikel 47, maar artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van toepassing is, volgt ook uit de arresten van 25 oktober 2011, Solvay/Commissie (C-109/10 P, Jurispr. blz. I-10329, punt 53, laatste volzin) en Solvay/Commissie (C-110/10 P, Jurispr. blz. I-10439, punt 48, laatste volzin).

141. Dit onpartijdigheidsvereiste omvat twee aspecten: *subjectieve onpartijdigheid*, hetgeen betekent dat geen personeelslid van de betrokken instantie op enigerlei wijze blijk mag geven van partijdigheid of persoonlijke vooringenomenheid, en *objectieve onpartijdigheid*, hetgeen betekent dat er voldoende waarborgen moeten bestaan om elke gerechtvaardigde twijfel omtrent de vooringenomenheid van de betrokken instantie uit te sluiten.<sup>109</sup>

142. In het hier relevante middel gaat het alleen om het tweede aspect, dat wil zeggen het vereiste van objectieve onpartijdigheid. Ziegler beweert dat de Commissie bij de behandeling van de onderhavige zaak niet objectief onpartijdig kon zij omdat zij zelf een van de belangrijkste slachtoffers van het verhuiskartel was en omdat personeelsleden van de Commissie „schaduwbestekken” zouden hebben aangevraagd (sic!).<sup>110</sup> Dit zou het Gerecht in het bestreden arrest niet hebben onderkend.

143. Voor de onderhavige hogere voorziening kan echter in het midden blijven of het Gerecht de litigieuze beschikking in het geval van schending van het vereiste van objectieve onpartijdigheid nietig had moeten verklaren wegens onbevoegdheid – zoals Ziegler stelt – dan wel wegens schending van het recht op behoorlijk bestuur. In casu is er namelijk geen enkele aanwijzing dat het Gerecht een eventuele aantasting van de objectieve onpartijdigheid van de Commissie over het hoofd zou kunnen hebben gezien.

144. In het bijzonder kan een gebrek aan objectieve onpartijdigheid van de Commissie niet alleen erin bestaan dat zij een kartel vervolgt en bestraft dat de financiële belangen van de Europese Unie heeft geschaad.<sup>111</sup> De Commissie bevindt zich in dat opzicht in dezelfde situatie als instanties van de centrale overheid die bijvoorbeeld belastingfraudeurs of -ontduikers vervolgen, of gemeentelijke instanties die optreden tegen parkeerzondaars. Ziegler stelt weliswaar dat de Commissie in tegenstelling tot de genoemde gemeentelijke instanties of instanties van de centrale overheid een veel groter eigen belang heeft als instelling van de Unie en werkgeefster van de bij de verhuizingen betrokken personeelsleden, maar zij weet dit argument op geen enkele wijze te onderbouwen.<sup>112</sup>

145. Uiteindelijk is vanuit het oogpunt van de objectieve onpartijdigheid echter doorslaggevend dat binnen de betrokken instantie de nodige maatregelen worden genomen om in de ogen van de rechtssubjecten iedere schijn van vooringenomenheid te vermijden. Hiertoe moet in het bijzonder worden gewaarborgd dat een inbreuk niet door de dienst wordt vervolgd en bestraft die door de gevolgen van die inbreuk wordt getroffen.

109 — In die zin – met betrekking tot de onpartijdigheid van rechters – arrest van 19 februari 2009, Gorostiaga Atxalandabaso/Parlement (C-308/07 P, Jurispr. blz. I-1059, punt 46), en beschikking van 15 december 2011, Altner/Commissie (C-411/11 P, punt 15); zie bovendien beschikking van het EHRM van 27 augustus 2002, Didier/Frankrijk (zaak nr. 58188/00, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-VII, § 2).

110 — In de procestaal: „[...] des fonctionnaires de la Commission étaient impliqués en tant que demandeurs de devis de complaisance fournis par les entreprises de déménagement concernées [...]”.

111 — In diezelfde zin conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón van 26 juni 2012 in de zaak Otis e.a. (C-199/11, punten 56-71), die een soortgelijke problematiek aan de orde stelt vanuit het oogpunt van een door de Commissie tegen karteldeelnemers aangespannen civiele procedure. Het Hof heeft de partijen in het onderhavige geding ter terechtzitting op 24 oktober 2012 de gelegenheid geboden hun standpunt ten aanzien van die conclusie toe te lichten.

112 — In dit verband wil ik erop wijzen dat punt 598 van de litigieuze beschikking door rekwirante niet juist wordt aangehaald. Anders dan Ziegler meent, heeft de Commissie zich in dat punt geenszins gepresenteerd als een van de belangrijkste slachtoffers van het verhuiskartel. Zij stelt integendeel veel algemener dat Belgische en internationale overheidsinstanties kennelijk tot de belangrijkste slachtoffers van de praktijk van schaduwbestekken behoren. Dit geldt ook voor het verweerschrift van de Commissie in eerste aanleg, naar punt 1 waarvan Ziegler verwijst. Ook daar wordt alleen maar algemeen opgemerkt dat tot de natuurlijke personen om wier verhuizingen het ging, personeelsleden van de Europese instellingen, met inbegrip van de Commissie, behoorden.



146. Noch uit de stukken, noch uit de mondelinge opmerkingen van de partijen voor het Hof valt concreet op te maken dat de Commissie in het onderhavige geval niet de nodige maatregelen ter zake zou hebben genomen. Zo zijn binnen de Commissie twee verschillende en volledig van elkaar onafhankelijke diensten verantwoordelijk voor verhuizingen en de vervolging van overtredingen van de mededingingsregels. Alhoewel beide diensten vanzelfsprekend onder de beslissingsbevoegdheid van alle Commissieleden gezamenlijk vallen<sup>113</sup>, ressorteren zij onder de verantwoordelijkheid van verschillende Commissieleden.<sup>114</sup>

147. Ook in dat opzicht geeft de situatie binnen het organogram van de Europese instellingen in wezen geen ander beeld te zien dan die binnen een gemeente, waarvan alle diensten – zowel die welke verantwoordelijk zijn voor de gemeentebegroting als die welke zich bezighouden met de vervolging van parkeerzondaars – onder de bevoegdheid van een gezamenlijke, politiek benoemde leiding zoals de burgemeester, de gemeenteraad of het college van wethouders vallen. Dit geldt ook voor overheidsinstanties die verantwoordelijk zijn voor de vervolging en bestraffing van belastingfraude of -ontduiking; zij maken in wezen – ook al zijn zij materieel gezien onafhankelijk – deel uit van dezelfde organisatiestructuur van de overheid als de diensten die belast zijn met het beheer van de staatsbegroting. Louter op grond van dat feit kunnen nog geen vraagtekens worden geplaatst bij hun objectieve onpartijdigheid.<sup>115</sup>

148. Tot slot moet het argument van Ziegler dat personeelsleden van de Commissie „schaduwbestekken” zouden hebben aangevraagd, van de hand worden gewezen. Enerzijds heeft het Hof geen enkele aanwijzing dat personeelsleden van de Commissie bij verhuisondernemingen bestekken hebben aangevraagd, wetende of zelfs alleen maar vermoedende dat het hierbij om schaduwbestekken ging. Zelfs op vragen ter zake die ter terechtzitting werden gesteld, heeft Ziegler niet meer dan uiterst algemeen en vaag weten te antwoorden. Anderzijds is in het geding niet gebleken dat de personeelsleden van de Commissie die die bestekken behandeld hebben, ook belast waren met de vervolging en bestraffing van het verhuiskartel.

149. De effectieve toepassing van de mededingingsregels van de Verdragen, één van de kerntaken van de Commissie, zou op losse schroeven komen te staan indien die instelling haar bevoegdheid tot vervolging en bestraffing van inbreuken automatisch zou verliezen zodra de financiële belangen van de Unie of haar personeelsleden ook maar bij benadering in het geding zijn. En de onderhavige zaak illustreert maar al te goed dat dit handhavingsprobleem – in tegenstelling tot de opvatting van Ziegler – ook niet adequaat zou kunnen worden opgelost door één of meer nationale mededingingsautoriteiten in plaats van de Commissie in te schakelen, aangezien ook nationale instanties het slachtoffer van de betrokken kartels kunnen zijn.<sup>116</sup>

150. Al met al kan het Gerecht dus niet serieus worden verweten dat het de eisen heeft miskend die wat de onderhavige zaak betreft voortvloeien uit de beginselen van een eerlijk proces en behoorlijk bestuur.

113 — Artikel 1 van het Reglement van orde van de Commissie (zie ook artikel 17, lid 6, sub b, VEU).

114 — Artikel 217, lid 2, EG (thans artikel 17, lid 6, sub b, VEU en artikel 248 VWEU).

115 — Zie ook arrest van 6 november 2012, Otis e.a. (C-199/11, punt 64); in soortgelijke zin reeds conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón in die zaak (aangehaald in voetnoot 111, met name punt 41).

116 — Zie in dit verband nogmaals punt 598 van de litigieuze beschikking, waarin de Commissie vaststelt dat Belgische en internationale overheidsinstanties kennelijk tot de belangrijkste slachtoffers van de praktijk van schaduwbestekken behoren.

151. Dit te meer aangezien de Commissie als bestuurlijke instantie niet aan dezelfde strenge eisen behoeft te voldoen als een onafhankelijke rechterlijke instantie in de zin van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten. De handelingen van de Commissie, met inbegrip van haar kartelrechtelijke boetebeschikkingen, vallen veeleer van hun kant onder het onafhankelijke toezicht van de Unierechters.<sup>117</sup> Dat betekent dat de Commissie in een geval als het onderhavige, anders dan Ziegler kennelijk meent<sup>118</sup>, juist niet aanklager en rechter tegelijk is.

c) Tussenconclusie

152. Aangezien dus ook het tweede onderdeel van het derde middel ongegrond is, moet dit middel in zijn geheel worden afgewezen.

4. Beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie (vierde middel)

153. Met haar vierde en laatste middel komt Ziegler op tegen de punten 165 tot en met 172 van het bestreden arrest. In dat deel van het arrest buigt het Gerecht zich over de vraag of de economische problemen van Ziegler bij de vaststelling van de litigieuze beschikking tot een verlaging van de opgelegde geldboete zouden hebben moeten leiden en of de Commissie Ziegler in dat opzicht slechter heeft behandeld dan Interdean NV, een andere onderneming die betrokken was bij het verhuiskartel.

154. Rekwirante verwijt het Gerecht bij de toetsing van de litigieuze beschikking het „algemene beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie” te hebben miskend. De ongelijke behandeling die het Gerecht over het hoofd zou hebben gezien, bestaat er volgens Ziegler in dat de geldboete van Interdean in de administratieve procedure op basis van punt 37 van de richtsnoeren van 2006 met 70 % is verlaagd, terwijl de situatie van Ziegler nog niet eens in het licht van voornoemde bepaling onder de loep is genomen, alhoewel zij naar eigen zeggen eveneens met economische problemen te kampen had.

155. Zoals ik reeds heb uiteengezet<sup>119</sup>, is het beginsel van gelijke behandeling een in de artikelen 20 en 21 van het Handvest van de grondrechten verankerd algemeen rechtsbeginsel van de Unie, dat van groot belang is bij de oplegging van geldboeten in kartelzaken. Dit beginsel houdt in dat, behoudens objectieve rechtvaardiging, vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk mogen worden behandeld.<sup>120</sup>

117 — Aangaande de ontbrekende hoedanigheid van rechterlijke instantie van de Commissie, zie de in voetnoot 107 aangehaalde rechtspraak; aangaande het rechterlijke toezicht op de handelingen van de Commissie, zie met name arresten KME e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 51, punten 102-106), Chalkor/Commissie (aangehaald in voetnoot 78, punten 62-67), KME Germany e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 78, punten 129-133) en Otis e.a. (aangehaald in voetnoot 115, punten 59-64).

118 — Ziegler baseert haar schriftelijke en mondelinge opmerkingen betreffende het derde middel onder meer op het arrest van het EHRM van 15 december 2005, Kyprianou/Cyprus (zaak nr. 73797/01, *Recueil des arrêts et décisions* 2005-XIII, § 127), waarin wordt vastgesteld dat de verwarring van de rollen van verzoeker, getuige, aanklager en rechter gegronde twijfel kunnen doen rijzen aan de onpartijdigheid van een rechterlijke instantie („[...] la confusion des rôles entre plaignant, témoin, procureur et juge peut à l'évidence susciter des craintes objectivement justifiées quant à la conformité de la procédure au principe établi en vertu duquel nul ne peut être juge en sa propre cause et, en conséquence, quant à l'impartialité du tribunal [...]”).

119 — Zie punt 115 van deze conclusie.

120 — Arresten van 10 januari 2006, IATA en ELFAA (C-344/04, Jurispr. blz. I-403, punt 95), en 16 december 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine e.a. („Arcelor”, C-127/07, Jurispr. blz. I-9895, punt 23), en arrest Akzo en Akros (aangehaald in voetnoot 20, punt 54).

156. De vergelijkbaarheid van verschillende situaties moet met name worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden waardoor ze worden gekenmerkt. Deze omstandigheden moeten worden bepaald en beoordeeld in het licht van onder meer het voorwerp en het doel van de Uniehandeling die het betrokken onderscheid invoert.<sup>121</sup> Bovendien moet rekening worden gehouden met de beginselen en doelstellingen van het gebied waaronder de betrokken handeling valt.<sup>122</sup>

157. In casu stelt Ziegler dat het Gerecht haar situatie specifiek vanuit het oogpunt van het financiële onvermogen als vergelijkbaar met die van Interdean had moeten beschouwen, en die omstandigheid in het kader van punt 37 van de richtsnoeren van 2006 in aanmerking had moeten nemen.

158. Derhalve moet worden onderzocht of een geringe draagkracht – gesteld dat hiervan sprake is – op zich genomen al een vergelijkbaarheid van de situatie van twee ondernemingen voor de beginselen en de doelstellingen van punt 37 van de richtsnoeren van 2006 kan impliceren.

159. Ik wil erop wijzen dat punt 37 van de richtsnoeren van 2006 de Commissie de mogelijkheid biedt om de geldboete op grond van de „bijzondere kenmerken” van de individuele zaak anders te berekenen dan volgens de algemene methode die in die richtsnoeren is vastgelegd. De toepassing van punt 37 kan dus zowel een verhoging als een verlaging van de volgens de algemene methode berekende geldboete tot gevolg hebben.

160. Voor het geval van een verlaging van de geldboete is volgens de regeling van punt 37 van de richtsnoeren van 2006 echter – anders dan volgens die van punt 35 – niet in eerste instantie relevant of de betrokken onderneming in een bepaalde sociale en economische context niet of althans slechts met moeite in staat is te betalen. De twee genoemde bepalingen van de richtsnoeren van 2006 zijn veeleer afhankelijk van uiteenlopende voorwaarden en streven niet hetzelfde doel na. Indien men beide bepalingen zodanig zou uitleggen en toepassen dat zij in wezen dezelfde inhoud hebben, zou punt 37 naast punt 35 overbodig zijn als grondslag voor een uitzonderlijke verlaging van geldboeten.

161. Zelfs wanneer Ziegler op het tijdstip van vaststelling van de litigieuze beschikking dus slechts met moeite of helemaal niet in staat was te betalen in de zin van punt 35 van de richtsnoeren van 2006, zou dit feit op zich genomen vanuit het oogpunt van punt 37 van die richtsnoeren niet doorslaggevend zijn geweest voor de vergelijkbaarheid van Zieglers situatie met die van Interdean.

162. Het onvermogen van een onderneming om te betalen kan weliswaar ook in het kader van punt 37 van de richtsnoeren van 2006 een zekere rol spelen bij de beoordeling van de bijzondere omstandigheden van een gegeven zaak – hier: de bijzondere financiële omstandigheden. De drempel voor de toekenning van een verlaging van de geldboete volgens punt 37 moet dan echter veel hoger liggen dan in het kader van punt 35. Met andere woorden, bijzondere financiële omstandigheden kunnen in het kader van punt 37 van de richtsnoeren van 2006 slechts in aanmerking worden genomen wanneer de draagkracht van de betrokken onderneming buitengewoon sterk is aangetast.

163. Anders valt te vrezen dat de strenge voorwaarden voor een verlaging van de geldboete wegens onvermogen te betalen in de zin van punt 35 worden omzeild door gebruik te maken van het veel ruimer geformuleerde punt 37. Dat brengt wederom het ernstige risico met zich dat het absolute uitzonderingskarakter van boeteverlagingen dat ten grondslag ligt aan punt 35<sup>123</sup>, door toepassing van punt 37 van de richtsnoeren van 2006 wordt uitgehold.

121 — Arrest Arcelor (aangehaald in voetnoot 120, punten 25 en 26), en arresten van 1 maart 2011, Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop e.a. (C-236/09, Jurispr. blz. I-773, punt 29); 17 maart 2011, AJD Tuna (C-221/09, Jurispr. blz. I-1655, punt 93), en 12 mei 2011, Luxemburg/Parlement en Raad (C-176/09, Jurispr. blz. I-3727, punt 32).

122 — Arresten Arcelor (aangehaald in voetnoot 120, punt 26) en Luxemburg/Parlement en Raad (aangehaald in voetnoot 121, punt 32).

123 — Zie de aanhef van punt 35 van de richtsnoeren van 2006: „In uitzonderlijke omstandigheden [...]”.

164. Derhalve heeft het Gerecht wat de toepassing van punt 37 van de richtsnoeren van 2006 betreft terecht gekeken naar de gevolgen van de volgens de algemene methode vastgestelde geldboeten voor de draagkracht van Ziegler en Interdean in verhouding tot hun respectieve jaaromzet.<sup>124</sup> Want in tegenstelling tot de kennelijke opvatting van rekwirante kan niet iedere aantasting van de draagkracht van een onderneming aanleiding zijn voor een verlaging van de geldboete volgens punt 37 van die richtsnoeren, ook al kan de omvang van die verlaging verschillen. Veeleer mogen bijzondere financiële omstandigheden volgens die bepaling uitsluitend in aanmerking worden genomen in geval van een buitengewoon sterke aantasting van de draagkracht van een onderneming, die duidelijk verder gaat dan het (loutere) onvermogen te betalen in de zin van punt 35.

165. In de onderhavige zaak staat vast dat Ziegler – anders dan Interdean – noch in de administratieve procedure noch in het geding in eerste aanleg omstandigheden heeft aangevoerd die ook maar zouden doen vermoeden dat er in haar geval naast de gestelde aantasting van haar vermogen te betalen (punt 35 van de richtsnoeren van 2006) sprake zou kunnen zijn van bijzondere financiële omstandigheden die een verlaging van de geldboete zouden hebben gerechtvaardigd (punt 37 van die richtsnoeren). De bewijslast van het bestaan van dergelijke omstandigheden ligt bij de partij die hierop een beroep doet. Niets belette Ziegler adequate gegevens ter zake te verstrekken, te meer daar de noodzakelijke informatie primair uit de sfeer van die onderneming zelf had moeten komen.

166. Aangezien Ziegler geen adequate gegevens heeft voorgelegd op basis waarvan kan worden geconcludeerd dat er sprake was van bijzondere kenmerken in de zin van punt 37 van de richtsnoeren van 2006, kon het Gerecht zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting oordelen dat Ziegler en Interdean zich niet in een vergelijkbare situatie bevonden en dat er dus geen sprake was van schending van het beginsel van gelijke behandeling.

167. Al met al stel ik dus vast dat ook het vierde middel ongegrond is.

### *C – Tussenconclusie*

168. Aangezien geen van de door Ziegler aangevoerde middelen slaagt, dient de hogere voorziening in haar geheel te worden afgewezen.

### **V – Kosten**

169. Wordt de hogere voorziening, zoals ik in overweging geef, afgewezen, dan beslist het Hof over de proceskosten (artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van 25 september 2012), waarbij de details geregeld zijn in de artikelen 137 tot met 146 juncto artikel 184, lid 1, van dit Reglement.<sup>125</sup>

170. Uit artikel 138, lid 1, juncto artikel 184, lid 1, 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 Ziegler in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vorderingen van de Commissie in de kosten worden verwezen.

<sup>124</sup> — Punt 171 van het bestreden arrest.

<sup>125</sup> — Overeenkomstig het algemene beginsel dat nieuwe procesregels geacht worden te gelden voor alle bij hun inwerkingtreding aanhangige gedingen (vaste rechtspraak, zie bijvoorbeeld arrest van 12 november 1981, *Meridionale Industria Salumi e.a.*, 212/80-217/80, Jurispr. blz. 2735, punt 9), geldt voor de kostenbeschikking in het onderhavige geval het Reglement voor de procesvoering van het Hof van 25 september 2012, dat op 1 november 2012 in werking is getreden (in die zin arrest Commissie/Verhuizingen Coppens, aangehaald in voetnoot 6, punten 83-85). Inhoudelijk bestaat er echter geen onderscheid met artikel 69, lid 2, junctis de artikelen 118 en 122, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van 19 juni 1991.

## **VI – Conclusie**

171. In het licht van het voorgaande geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

- „1) De hogere voorziening wordt afgewezen.
- 2) Ziegler SA wordt verwezen in de kosten.”