

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

C. STIX-HACKL

van 21 oktober 2003¹

I — Inleiding

1. In de onderhavige zaak moet het arrest van het Gerecht van eerste aanleg (hierna: „Gerecht”) in de gevoegde zaken T-202/98, T-204/98 en T-207/98² (hierna: „bestreden arrest”) worden onderzocht.
2. Achtergrond is de procedure die tot het bestreden arrest heeft geleid en waarin de suikerproducenten en suikerhandelaren in het Verenigd Koninkrijk (met uitzondering van Noord-Ierland) overtreding van de mededingingsregels wordt verweten. Voor de situatie op de Britse markten van kleinhandels- en industriesuiker tijdens de betrokken periode verwijs ik naar het bestreden arrest.
3. Op 14 oktober 1998 gaf de Commissie beschikking 1999/210/EG betreffende een procedure krachtens artikel 85 van het EG-Verdrag (hierna: „beschikking”)³. British Sugar plc, Tate & Lyle plc, Napier Brown & Company Ltd, en James Budgett Sugars Ltd waren de geadresseerden van de beschikking, waarin werd vastgesteld dat zij inbreuk hadden gepleegd op artikel 85, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 1 EG) door deelname aan een overeenkomst en/of een onderling afgestemde feitelijke gedraging die tot doel had de mededinging op de Britse markten voor kleinhandels- en industriesuiker door coördinatie van hun prijsbeleid te beperken.
4. In de beschikking verwijt de Commissie British Sugar, rekwirante in deze hogere voorziening (hierna: „rekwirante”), tussen 20 juni 1986 en 2 juli 1990 haar prijsbeleid te hebben gecoördineerd door de andere adressaten in kennis te stellen van de door haar nagestreefde prijsverhogingen voor suiker. De aan rekwirante in de beschikking opgelegde geldboete bedraagt 39,6 miljoen ECU.
5. Drie van de vier adressaten van de beschikking, waaronder rekwirante, heb-

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — Tate & Lyle c.a./Commissie, Jurispr. blz. II-2035.

3 — PB L 76, blz.1.

ben beroep bij het Gerecht ingesteld. Het beroep van rekwirante werd verworpen en zij werd verwezen in de kosten.

A — *het arrest van het Gerecht van eerste aanleg te vernietigen;*

6. Rekwirante heeft op 21 september 2001 bij de griffie van het Hof hogere voorziening tegen dat arrest ingesteld.

B — *de litigieuze beschikking geheel of, subsidiair, gedeeltelijk nietig te verklaren;*

II — *Conclusies en middelen in hogere voorziening*

C — *de artikelen 3 en 4 van de litigieuze beschikking nietig te verklaren of de geldboete te verlagen, en*

7. In hogere voorziening concludeert rekwirante dat het het Hof behage vast te stellen:

c) de Commissie te verwijzen in de kosten van rekwirante in deze hogere voorziening en in zaak T-204/98, met inbegrip van die van de kortgedingprocedure.

a) dat de overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging de handel tussen de lidstaten niet ongunstig kon beïnvloeden,

De Commissie concludeert dat het het Hof behage:

b) subsidiair, dat de opgelegde geldboete onevenredig is,

d) de hogere voorziening gedeeltelijk niet-ontvankelijk te verklaren en voor het overige af te wijzen of, subsidiair, geheel af te wijzen, en

alsmede

e) rekwirante te verwijzen in de kosten van de Commissie in deze hogere voorziening.

8. Tot staving van de hogere voorziening voert rekwirante twee middelen aan. In het *eerste* middel stelt zij dat het Gerecht bij de uitlegging van artikel 85, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 1, EG) blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting van het begrip ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten. In het *tweede* middel voert zij aan dat het Gerecht bij de beoordeling van de geldboete heeft miskend dat deze boete onevenredig is en dat bij de vaststelling ervan de structuur van de Britse suikermarkt niet voldoende in aanmerking is genomen.

III — Beoordeling

Het eerste middel in hogere voorziening: ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten (artikel 85, lid 1, EG-Verdrag, thans artikel 81, lid 1, EG)

A — Argumenten van partijen

9. *Rekwirante* keert zich om te beginnen tegen punt 80 e.v. van het bestreden arrest

waarin het Gerecht met verwijzing naar de vaste rechtspraak⁴ motiveert waarom de verweten onderling afgestemde feitelijke gedraging de handel tussen lidstaten ongunstig kon beïnvloeden (artikel 85, lid 1, EG-Verdrag, thans artikel 81, lid 1, EG), hoewel het bij deze gedraging enkel ging om coördinatie van het prijsbeleid op de Britse suikermarkt.

10. Volgens rekwirante heeft het Gerecht de desbetreffende rechtspraak⁵ met betrekking tot de potentieel ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten verkeerd uitgelegd en rechtens onjuist op de onderhavige zaak toegepast.

11. Meer in het bijzonder voert rekwirante aan dat het Gerecht in punt 81 van het bestreden arrest een beroep doet op omstandigheden buiten de onderling afgestemde feitelijke gedraging zelf. Het Gerecht baseert zich namelijk enkel op het plan van rekwirante en van Tate & Lyle om de invoer op de nationale markt te beperken.

⁴ — Arresten Hof van 9 juli 1969, Völk (5/69, Jurispr. blz. 295); 29 oktober 1980, Van Landewijck e.a./Commissie (209/78–215/78 en 218/78, Jurispr. blz. 3125); 31 maart 1993, Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie (C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 en C-125/85–C-129/85, Jurispr. blz. I-1307), en 11 juli 1989, Belasco e.a./Commissie (246/86, Jurispr. blz. 2117); arresten Gerecht van 22 oktober 1997, SCK en FNK/Commissie (T-213/95 en T-18/96, Jurispr. blz. II-1739); 8 oktober 1996, Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie (T-24/93–T-26/93 en T-28/93, Jurispr. blz. II-1201); 21 februari 1995, SPO e.a./Commissie (T-29/92, Jurispr. blz. II-289), en 17 december 1991, Hercules Chemicals/Commissie (T-7/89, Jurispr. blz. II-1711).

⁵ — Arrest Hof van 26 november 1975, Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique e.a./Commissie (73/74, Jurispr. blz. 1491).

Dit plan hield echter geen verband met de verweten overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Bovendien kon het plan van Tate & Lyle niet in de zaak van rekwirante worden betrokken ten bewijze van een potentieel ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten, omdat het op geheel andere redenen berustte dan haar eigen plan. Overigens is onomstreden dat op het relevante tijdstip suiker is ingevoerd, wat het Gerecht in punt 80 van het bestreden arrest zelf heeft vastgesteld. Het staat dus vast, dat het door het Gerecht genoemde algemene plan om de invoer van suiker te voorkomen in geen enkel verband stond met de verweten onderling afgestemde feitelijke gedraging.

12. Verder stelt rekwirante met verwijzing naar de rechtspraak van het Hof en het Gerecht⁶, dat het Gerecht in punt 83 e.v. van het bestreden arrest over het hoofd heeft gezien dat de potentieel ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten „merkbaar” moet zijn. Een slechts speculatieve, fictieve of zwakke mogelijkheid van merkbare gevolgen is niet voldoende.

13. Rekwirante keert zich voorts tegen het feit dat het Gerecht in het bestreden arrest

de markt van kleinhandelssuiker en de markt van industriesuiker als één gemeenschappelijke invoermarkt heeft beschouwd ter motivering van zijn oordeel dat de gelaakte onderling afgestemde feitelijke gedraging de handel tussen lidstaten potentieel ongunstig beïnvloedde. Daarmee heeft het Gerecht het recht geschonden, omdat het buiten beschouwing heeft gelaten dat er op de Britse markt van verpakte kleinhandelssuiker om praktische redenen (bijvoorbeeld transportkosten, etikettering en verpakking) vrijwel geen invoer plaatsvindt.

14. De *Commissie* is van mening dat in het arrest zonder schending van het recht is geconstateerd dat er sprake was van een potentieel ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten.

15. Volgens de *Commissie* volgt uit de rechtspraak⁷ dat in het geval van overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de gehele nationale markt bestrijken, bij de beoordeling van potentieel ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden. Dus kan rekening worden gehouden met feiten die buiten de overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen staan, en het is ook niet van belang waaruit de deelname van elk van de betrokken ondernemingen bestond of welke plannen zij in dit verband heeft gehad.⁸

6 — Arresten Hof van 25 november 1971, *Béguelin Import* (22/71 Jurispr. blz. 949); 21 januari 1999, *Bagnasco e.a./Commissie* (C-215/96 en C-216/96, Jurispr. blz. I-135); 31 mei 1971, *Hugin/Commissie* (22/78, Jurispr. blz. 1869); arrest Gerecht van 15 september 1998, *European Night Services e.a./Commissie* (T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, Jurispr. blz. II-3141).

7 — Arresten Hof van 28 februari 1984, *Ford/Commissie* (228/82 en 229/82, Jurispr. blz. 1129); 30 juni 1966, *Société Technique Minière* (56/65, Jurispr. blz. 392); en arresten *Bagnasco e.a.* (aangehaald in voetnoot 6); en *Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie* (aangehaald in voetnoot 4).

8 — Arrest Gerecht van 10 maart 1992, *Montedipe/Commissie* (T-14/89, Jurispr. blz. II-1155).

16. In punt 80 e.v. van het bestreden arrest is naar behoren vastgesteld dat is voldaan aan de in de vaste rechtspraak gestelde voorwaarden voor een potentieel ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten, want alle omstandigheden van de mededingingsbeperkende onderling afgestemde feitelijke gedraging (territoriale omvang; marktpositie van de deelnemers; principiële ontvankelijkheid van de markt voor invoer; algemeen plan van de deelnemers om invoer te voorkomen) zijn erbij betrokken.

17. Met betrekking tot het algemene plan van rekwirante en van Tate & Lyle om de invoer van suiker te voorkomen, wijst de Commissie erop dat het volgens 's Hofs rechtspraak⁹ niet noodzakelijk is dat de onderling afgestemde feitelijke gedraging tot doel heeft om de handel tussen lidstaten ongunstig te beïnvloeden. Het volstaat wanneer een dergelijke ongunstige beïnvloeding als gevolg van een onderling afgestemde feitelijke gedraging mogelijk lijkt. Zoals het Hof in het arrest *Belasco*¹⁰ heeft vastgesteld, is dat het geval bij een prijskartel dat de gehele nationale markt bestrijkt, want de leden ervan kunnen hun marktaandeel slechts behouden wanneer zij zich wapenen tegen concurrentie uit andere lidstaten.

18. Met betrekking tot de merkbaarheid van de ongunstige beïnvloeding van de

handel tussen lidstaten is de Commissie van mening, dat rekwirante het bestreden arrest verkeerd heeft begrepen. Het Gerecht heeft weliswaar niet in het aangevochten punt 84 van dat arrest, maar wel in punt 78, in overeenstemming met 's Hofs rechtspraak¹¹, vastgesteld dat bij een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging die het gehele gebied van een lidstaat bestrijkt en dus de afscherming van de nationale markt versterkt, een vermoeden bestaat dat de potentieel ongunstige beïnvloeding ook merkbaar is.¹² Voor de merkbaarheid bestaat geen drempelwaarde. In het algemeen kan volgens de Commissie worden gezegd dat hoe geringer de handel tussen lidstaten, des te sterker is het vermoeden dat de potentiële ongunstige beïnvloeding ervan ook merkbaar is.¹³

19. Tegenover het bezwaar van rekwirante dat de markt van kleinhandelsuiker en de markt van industriesuiker als één gemeenschappelijke markt zijn beschouwd, stelt de Commissie dat ook bij een gescheiden onderzoek het oordeel over de merkbaarheid van de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten niet anders zou zijn geweest. Aan de voorwaarden (principiële ontvankelijkheid voor invoer, marktaandeel van betrokkenen van omstreeks 90 %) was namelijk ook bij elk van de genoemde deelmarkten voldaan.

11 — Arrest *Bagnasco e.a.* (aangehaald in voetnoot 6).

12 — Arresten Hof van 28 mei 1998, *Decre/Commissie (C-7/95 P)*, Jurispr. blz. I-3111, en 18 juni 1998, *Commissie/Italië (C-35/96)*, Jurispr. blz. I-3851).

13 — Arrest *SPO e.a./Commissie* (aangehaald in voetnoot 4).

9 — Arrest *Société Technique Minière* (aangehaald in voetnoot 7).

10 — Aangehaald in voetnoot 4.

B — *Beoordeling*

20. Het eerste middel betreft de uitlegging van het begrip „potentieel ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten” in de zin van artikel 85, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 1, EG). Het stelt de vraag aan de orde of het Gerecht terecht heeft aangenomen dat a) de gelaakte onderling afgestemde feitelijke gedraging de handel tussen lidstaten potentieel ongunstig kon beïnvloeden, en b) deze beïnvloeding merkbaar kon zijn geweest.

C — *Potentieel ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten*

21. Het Gerecht is in punt 79 van het bestreden arrest uitgegaan van de „vaste rechtspraak”, volgens welke „het feit dat een mededingingsregeling alleen de verhandeling van producten in één enkele lidstaat betreft, als zodanig niet [uitsluit] dat de handel tussen lidstaten ongunstig kan worden beïnvloed. De leden van een nationaal prijskartel kunnen hun marktaandeel op een voor importen ontvankelijke markt slechts behouden door zich te wapenen tegen concurrentie uit het buitenland.”

22. Volgens mij valt per saldo niets in te brengen tegen het standpunt van het Gerecht, dat er in casu sprake was van

een potentieel ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten. Wel lijkt mij de motivering in de gegeven vorm nogal beknopt en daarom niet onmiddellijk overtuigend.

23. Het Gerecht heeft zich in punt 79 e.v. van het bestreden arrest enerzijds met een beroep op het arrest van het Hof in de zaak *Belasco*¹⁴ gebaseerd op de algemene uitspraak, dat „[...] leden van een nationaal prijskartel [...] hun marktaandeel op een voor importen ontvankelijke markt slechts [kunnen] behouden door zich te wapenen tegen de concurrentie uit het buitenland”, en anderzijds op het algemene plan van enkele van de betrokken ondernemingen om de invoer van suiker te voorkomen.

24. Mijns inziens is deze motivering niet onmiddellijk overtuigend omdat, waar het de potentieel ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten betreft, een algemeen onderscheid moet worden gemaakt tussen prijskartels en marktverdelingskartels.

25. Prijskartels dienen gewoonlijk ter handhaving van bijzonder hoge prijzen en zullen in beginsel dus eerder importen aantrekken of versterken dan ongunstig beïnvloeden. Daarom wordt in de rechtspraak ook slechts ten aanzien van marktverdelingskartels aangenomen dat zij de

¹⁴ — Aangehaald in voetnoot 4.

betrokken markten tegen concurrenten uit andere lidstaten afschermen en de handel tussen lidstaten dus zonder meer beïnvloeden.¹⁵ Ten aanzien van prijskartels wordt potentieel ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten door het Hof echter slechts aangenomen, wanneer er flankerende maatregelen zijn of wanneer dergelijke maatregelen ten minste waarschijnlijk zijn.¹⁶ In bepaalde gevallen, waarin dergelijke maatregelen ontbraken, heeft het Hof zich bijvoorbeeld ook erop gebaseerd dat sommige van de onder het prijskartel vallende diensten een internationaal karakter hadden¹⁷ (diensten van douane-expediteurs of accountants), of dat de leden van dat kartel ondernemingen waren die „op deze markt [...] werkzaam waren op de gehele gemeenschappelijke markt”.¹⁸

bestaan ook geen aanknopingspunten voor andere bijzonderheden, bijvoorbeeld van het product of van de deelnemende ondernemingen, die op een potentieel ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten wezen. In dit verband heeft het Gerecht zich slechts geconcentreerd op het feit dat rekwirante en Tate & Lyle „vooral het niveau van de invoer wilden beperken”.

26. Bij het onderhavige prijskartel op de Britse suikermarkt was blijkens de beschikking enkel sprake van de gelaakte informatieverschaffing. Er waren dus geen flankerende maatregelen ter bescherming van het kartel, en evenmin is gesteld dat dergelijke maatregelen in de één of andere vorm noodzakelijk of waarschijnlijk waren. Er

27. Rekwirante keert zich daartegen door te betwijfelen of er tussen haar anti-invoerbeleid en haar deelname aan het prijskartel een causaal verband bestond. Ik deel de mening van rekwirante althans in zoverre, dat de veronderstelling van het Gerecht als generalisatie economisch gezien niet dwingend is.

28. Zoals reeds gezegd, streeft een nationaal prijskartel in beginsel naar handhaving van bijzonder hoge binnenlandse prijzen. Een prijskartel met het doel om invoer te voorkomen, streeft er echter naar om de binnenlandse prijzen op het daarvoor noodzakelijke lage prijsniveau te handhaven. Zoals in punt 81 van het bestreden arrest tot uitdrukking komt, is het Gerecht kennelijk van mening dat het in het onderhavige geval om een prijskartel moet zijn gegaan, dat gelijktijdig *zowel* het normale belang van de leden bij zo hoog mogelijke prijzen *alsook* het belang van rekwirante en van

15 — Arresten Hof van 17 juli 1997, *Ferriere Nord/Commissie* (C-219/95 P, Jurispr. blz. I-4411), en 11 juli 1985, *Remia e.a./Commissie* (42/84, Jurispr. blz. 2545).

16 — Arresten Hof van 17 oktober 1972, *Vereeniging van Cementhandelaren/Commissie* (8/72, Jurispr. blz. 977), en *arresten Groupement de papiers peints de Belgique e.a./Commissie* (aangehaald in voetnoot 5) en *Belasco e.a./Commissie* (aangehaald in voetnoot 4).

17 — Arrest Commissie/Italië (aangehaald in voetnoot 12) — *douane-expediteurs* —, en arrest van 19 februari 2002, *Wouters e.a.* (C-309/97, Jurispr. blz. I-1577) — *accountants*.

18 — Arrest *Deere/Commissie* (aangehaald in voetnoot 12, punt 119).

Tate & Lyle bij zo laag mogelijke prijzen moest dienen. Het Gerecht gaat daarop echter niet dieper in.

29. Zou in het onderhavige geval sprake zijn geweest van concrete prijsovereenkomsten, dan had de Commissie en daarna het Gerecht aan de hand van het concrete niveau van de prijzen relatief gemakkelijk kunnen vaststellen voor welk gemeenschappelijk prijsbeleid een dergelijke overeenkomst had gediend: de overeenkomst zou hebben gediend ofwel ter verzekering van de *hoogste* op de binnenlandse markt bereikbare prijzen — in welk geval potentieel ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten waarschijnlijk had moeten worden ontkend — ofwel ter verzekering van de *hoogst mogelijke* prijzen (d.w.z. prijzen die weliswaar hoger dan de marktprijs waren geweest, maar tegelijkertijd laag genoeg om de invoerbepijking niet in gevaar te brengen) — in welk geval de potentieel ongunstige beïnvloeding had moeten worden erkend.

30. Zoals het Gerecht in het bestreden arrest constateert, was er in het onderhavige geval echter geen sprake van een overeenkomst tot vaststelling van een bepaald prijsniveau. Rekwirante had haar concurrenten slechts tamelijk gedetailleerd ingelicht over haar prijzen op de Britse suikermarkt.

31. Een informatiebeleid van deze aard is stellig geschikt om een zo hoog mogelijk gemeenschappelijk prijspeil te handhaven,

dat wil zeggen hoge binnenlandse prijzen met inachtneming van de anti-invoer-prijzdrempel. Het Gerecht heeft dus in dit bijzondere geval van een prijskartel in de vorm van een eenzijdig prijsinformatiebeleid per saldo terecht — misschien iets te beknopt — vastgesteld dat het feit dat rekwirante „vooral het niveau van de invoer wilde beperken”, de omstandigheid was die haar informatiebeleid maakte tot een onderling afgestemde feitelijke gedraging die de handel tussen lidstaten ongunstig kon beïnvloeden.

32. Het eerste middel, waarin het Gerecht wordt verweten ten onrechte te hebben aangenomen dat de gelaakte onderling afgestemde feitelijke gedraging de handel tussen lidstaten ongunstig kon beïnvloeden, is dus *ongegrond* en moet worden afgewezen

D — *De merkbaarheid van de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten*

33. Het Gerecht heeft zich in punt 84 van het bestreden arrest gebaseerd op zijn eigen rechtspraak¹⁹ volgens welke „de Commis-

¹⁹ — Arrest Hercules Chemicals/Commissie (aangehaald in voetnoot 4, punt 279).

sie niet gehouden is aan te tonen dat een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging het handelsverkeer tussen lidstaten merkbaar beïnvloedt. Artikel 85, lid 1, van het Verdrag eist immers alleen, dat de concurrentiebeperkende overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden”. In punt 85 van het bestreden arrest trekt het Gerecht daaruit rechtstreeks de conclusie, dat „de Commissie zich terecht op het standpunt (heeft) gesteld, dat de gelaakte mededingingsregeling het intracommunautair handelsverkeer kon beïnvloeden”. Het Gerecht motiveert in punt 85 van het bestreden arrest dus niet waarom de *potentiële* beïnvloeding van de handel tussen lidstaten in het onderhavige geval *merkbaar kon zijn geweest*.

34. Niettemin ben ik van mening dat het Gerecht, gelet op de argumenten van rekwirante en met inachtneming van de vaste rechtspraak, rechtens een juist oordeel heeft geveld.

35. Het Gerecht heeft in punt 84 van het bestreden arrest met een beroep op de daarin aangehaalde rechtspraak van het Hof terecht vastgesteld, dat niet behoeft te worden bewezen dat een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging de handel tussen lidstaten *daadwerkelijk merkbaar ongunstig heeft beïnvloed*. Bewijs van daadwerkelijk ongunstige beïnvloeding is bij het begrip „potentieel ongunstige beïnvloeding” logisch ook onmogelijk.

36. Dit doet echter in beginsel niets af aan de noodzaak, te motiveren in hoeverre de betrokken potentieel ongunstige beïnvloeding althans *naar haar aard merkbaar kan zijn*. Deze motivering heeft het Gerecht niet gegeven. In punt 83 e.v. beperkt het zich ertoe rekwirantes argument te weerleggen, dat er sprake moet zijn van werkelijk merkbare ongunstige beïnvloeding.

37. Uit punt 75 van het bestreden arrest, waarin de door rekwirante voor het Gerecht aangevoerde argumenten worden vermeld, valt echter niet af te leiden of zij in de procedure voor het Gerecht inderdaad heeft verklaard dat de gelaakte onderling afgestemde feitelijke gedraging als zodanig de handel tussen lidstaten niet merkbaar kon beïnvloeden. Rekwirante heeft zich voor het Gerecht dus blijkbaar beperkt tot de kritiek, dat in de beschikking wordt aangenomen dat er ook daadwerkelijk sprake van merkbare ongunstige beïnvloeding is geweest.

38. Rekwirantes argumenten in deze procedure bevatten dus met betrekking tot de potentieel merkbare ongunstige beïnvloeding een nieuw gezichtspunt dat in de procedure voor het Gerecht niet naar voren is gebracht. Het middel is daarmee volgens artikel 113, lid 2, van het Reglement voor procesvoering *niet-ontvankelijk*²⁰.

20 — Arrest Hof van 17 mei 2001, IECC/Commissie (C-450/98 P, Jurispr. blz. I-3947, punt 36).

E — *Samenvatting*

39. Het *eerste* middel in hogere voorziening, waarmee rekwirante het Gerecht verwijt het begrip potentieel ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten in de zin artikel 85, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 1, EG) onjuist te hebben uitgelegd door ten onrechte te hebben aangenomen dat de gelaakte onderling afgestemde feitelijke gedraging de handel tussen lidstaten ongunstig kon beïnvloeden en dat deze ongunstige beïnvloeding merkbaar kon zijn geweest, is dus gedeeltelijk *niet-ontvankelijk* en voor het overige *ongegegrond*. Het eerste middel moet dus worden afgewezen.

1) Het tweede middel in hogere voorziening: evenredigheid van de geldboete en inaanmerkingneming van de marktstructuur bij de beoordeling van de hoogte van de geldboete

a) Voornaamste argumenten van partijen

40. Rekwirante komt op tegen punt 98 e.v. van het bestreden arrest, waarin het Gerecht haars inziens voorbijgaat aan het feit dat de Commissie bij het bepalen van de hoogte van de geldboete in de eerste plaats het evenredigheidsbeginsel en in de tweede plaats de bijzondere structuur van de Britse suikermarkt heeft miskend.

41. Met betrekking tot de miskening van het evenredigheidsbeginsel bij het bepalen van de hoogte van de geldboete voert rekwirante het volgende aan:

In verband met de kwalificatie van de inbreuk als „zwaar”, heeft het Gerecht verzuimd er rekening mee te houden dat concrete afspraken over minimumprijzen niet waren bewezen en dat de gelaakte onderling afgestemde feitelijke gedraging de prijzen of de handel tussen lidstaten niet daadwerkelijk heeft beïnvloed. Het Gerecht heeft zich in punt 103 van het bestreden arrest beperkt tot de vaststelling, dat de Commissie met deze aspecten reeds rekening had gehouden door de inbreuk te kwalificeren als „zwaar” in plaats van als „zeer zwaar”.

Voorts heeft het Gerecht in punt 106 van het bestreden arrest blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door met betrekking tot de duur van de inbreuk buiten beschouwing te laten dat deze geen gevolgen heeft gehad. Volgens de richtsnoeren dient de verhoging voor inbreuken van lange duur bij de vaststelling van het basisbedrag van de boete aanzienlijk meer te bedragen „teneinde beperkingen van de concurrentie die de consument op duurzame wijze *schade hebben berokkend, daadwerkelijk te bestraffen*”.²¹ Wanneer echter, zoals in casu, dergelijke gevolgen

21 — Cursivering van mij.

ontbreken, kan ook geen verhoging voor de duur van de inbreuk worden opgelegd.

43. De *Commissie* is van mening dat het tweede middel in hogere voorziening niet-ontvankelijk of, subsidiair, ongegrond is.

Ten slotte is laakt rekwirante dat de geldboete in de beschikking wegens verzwarende omstandigheden in totaal met 75 % werd verhoogd, wat het Gerecht in punt 108 e.v. van het bestreden arrest heeft genegeerd. Een verhoging wegens verzwarende omstandigheden, die tot een geldboete van in totaal 39,6 miljoen ECU heeft geleid, moet haars inziens buitengewoon onevenredig worden geacht, omdat geen van de in punt 108 van het arrest genoemde omstandigheden zich in haar geval heeft voorgedaan.

44. Met betrekking tot dit middel voert de Commissie het volgende aan:

Rekwirante betwist slechts enkele van de gronden waarop het Gerecht de hoogte van de boete heeft bekrachtigd, en verlangt op basis daarvan dat het Hof de zaak volledig opnieuw onderzoekt. Daarmee zou het Hof zijn oordeel van de feiten in de plaats stellen van dat van het Gerecht, wat, zoals reeds vastgesteld in het arrest *Baustahlgewebe/Commissie*²³, in hogere voorziening niet is toegestaan.

42. Met betrekking tot de miskennis van de structuur van de Britse suikermarkt bij de beoordeling van de geldboete betoogt rekwirante dat het Gerecht in punt 113 van het bestreden arrest heeft aangenomen, dat het gewraakte informatiebeleid de mededinging kon beperken, die wegens de bijzondere structuur van de Britse suikermarkt toch al gering was. Daaruit leidt zij af dat het Gerecht, ondanks het door het Hof in het arrest *Suiker Unie e.a./Commissie*²² ingenomen mildere standpunt, de bijzondere structuur van de Britse suikermarkt in het onderhavige geval dus niet in aanmerking heeft genomen.

45. Mocht het Hof van oordeel zijn dat het tweede middel ontvankelijk is, dan voert de Commissie over de gegrondheid ervan het volgende aan:

Met betrekking tot de zwaarte van de inbreuk moet de beschikking in het licht

22 — Arrest Hof van 16 december 1975 (40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, *Jurispr.* blz. 1663).

23 — Arrest Hof van 17 december 1998 (C-185/95 P, *Jurispr.* blz. I-8417).

van de richtsnoeren worden gelezen. Rekwirantes rol als aanstichtster van de inbreuk is niet reeds meegewogen onder het aspect „zwaarte” bij de berekening van het basisbedrag, maar pas onder het aspect „verzwarende omstandigheid” als een factor voor de verhoging ervan. Dit heeft het Gerecht in punt 100 e.v. van het bestreden arrest goed begrepen en terecht bekrachtigd. Overigens zijn de richtsnoeren in het algemeen niet als wetstekst opgesteld en bevatten zij geen precieze tarieven voor geldboetes.

Met betrekking tot de duur van de inbreuk stelt de Commissie dat de duur en de zwaarte van een inbreuk in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17²⁴ worden beschouwd als onafhankelijke criteria bij de vaststelling van de geldboete. De duur van de inbreuk kan dus eveneens in aanmerking worden genomen wanneer de inbreuk geen werkelijke invloed op de mededinging heeft gehad.

Met betrekking tot het algemene verwijt van onevenredigheid van de hoogte van de geldboete heeft rekwirante volgens de Commissie ter zake niets anders aangevoerd dan wat zij reeds ten aanzien van de verschillende door haar bestreden aspecten (zoals bijvoorbeeld de zwaarte en de duur) naar voren heeft gebracht.

24 — Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag (PB 13, blz. 204).

46. Met betrekking tot het in aanmerking nemen van de bijzondere structuur van de Britse suikermarkt voert de Commissie aan dat het Gerecht het arrest Suiker Unie e.a./Commissie²⁵ juist heeft uitgelegd, want het Hof heeft in dit arrest duidelijk verklaard dat een prijskartel op de suikermarkt van een lidstaat anders moet worden beoordeeld dan een marktverdelingskartel, waarom het in die zaak ging.

b) Beoordeling

47. Het tweede middel in hogere voorziening is niet-ontvankelijk. De Commissie beroept zich daarvoor terecht op de vaste rechtspraak.

48. Het Hof en het Gerecht hebben bij herhaling beslist dat „de zwaarte van de inbreuken moet worden vastgesteld met inachtneming van een groot aantal factoren, zoals onder meer de bijzondere omstandigheden van de zaak, de context daarvan en de afschrikkende werking van geldboetes, zonder dat een dwingende of uitputtende lijst van verplicht in aanmerking te nemen criteria is opgesteld”.²⁶ Bovendien beschikt de Commissie bij de vaststelling van de hoogte van elke geld-

25 — Aangehaald in voetnoot 22.

26 — Beschikking Hof van 25 maart 1996, SPO e.a./Commissie (C-137/95 P, Jurispr. blz. I-1611, punt 54); arresten Hof van 16 november 2000, Sarrid/Commissie (C 291/98 P, Jurispr. blz. I-9991) en 15 oktober 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-252/99 P en C-254/99 P, Jurispr. blz. I-8375); arrest Gerecht van 6 april 1995, Martinelli/Commissie (T-150/89, Jurispr. blz. II-1165).

boete over een discretionaire bevoegdheid en is zij niet verplicht in dat verband een precieze mathematische formule toe te passen.

49. In het arrest *Baustahlgewebe/Commissie*²⁷ heeft het Hof verklaard:

„Allereerst zij eraan herinnerd, dat enkel het Gerecht bevoegd is om na te gaan, hoe de Commissie in elk afzonderlijk geval de zwaarte van de onrechtmatige gedragingen heeft beoordeeld. In hogere voorziening dient het Hof na te gaan, of het Gerecht op een juridisch correcte wijze alle wezenlijke factoren in aanmerking heeft genomen om de ernst van een bepaalde gedraging aan de artikelen 85 van het Verdrag en 15 van verordening nr. 17 te toetsen, en of het rechtens genoegzaam antwoord heeft gegeven op alle door rekwirante aangevoerde argumenten die strekken tot intrekking of verlaging van de geldboete [...]

Met betrekking tot de gestelde onevenredigheid van de geldboete moet worden opgemerkt, dat het niet aan het Hof staat om, wanneer het zich in het kader van een hogere voorziening uitsprekt over rechts-

vragen, uit billijkheidsoverwegingen zijn oordeel in de plaats te stellen van dat van het Gerecht, dat zich in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht heeft uitgesproken over het bedrag van de geldboetes die ondernemingen wegens schending van het gemeenschapsrecht opgelegd hebben gekregen [...]. Deze grief is dus niet-ontvankelijk voor zover zij strekt tot een algeheel heronderzoek van de geldboeten [...].”

50. In deze procedure heeft rekwirante niets aangevoerd op grond waarvan kan worden aangenomen dat het Gerecht niet juridisch correct rekening met alle factoren heeft gehouden. Het Gerecht is in het bijzonder in het door rekwirante aangevochten punt 113 van het bestreden arrest nader ingegaan op het arrest van het Hof in de zaak *Suiker Unie*, waarbij het op de verschillen met de feiten van de onderhavige zaak heeft geattendeerd en deze verschillen vervolgens rechtens juist heeft beoordeeld.

51. Verder heeft rekwirante ook niet gesteld, dat het Gerecht in het bestreden arrest niet alle in de procedure voor het Gerecht aangevoerde argumenten voor een eventuele verlaging van de geldboete heeft behandeld. In het bijzonder is het Gerecht in punt 106 van het bestreden arrest ingegaan op rekwirantes argument, dat rekening moet worden gehouden met het feit dat de verweten gedraging geen invloed op de markt heeft gehad.

²⁷ — Aangehaald in voetnoot 23 (punten 128 e.v.).

52. Aangezien het tweede middel in hogere voorziening dus in zijn geheel niet-ontvankelijk is, behoeft ook niet verder op de gegrondheid ervan te worden ingegaan.

c) Samenvatting

53. Het *tweede* middel in hogere voorziening, waarmee rekwirante het Gerecht verwijt te zijn voorbijgegaan aan het feit dat de Commissie bij het bepalen van de hoogte van de geldboete in de eerste plaats het evenredigheidsbeginsel en in de tweede plaats de bijzondere structuur van de Britse suikermarkt heeft miskend, moet dus *niet-ontvankelijk* worden verklaard.

2. De ontvankelijkheid van de hogere voorziening met betrekking tot de vordering tot volledige of gedeeltelijke nietigverklaring van de beschikking

54. De *Commissie* is van mening, dat het verzoek in hogere voorziening niet-ontvankelijk is voorzover het ertoe strekt, de beschikking „in haar geheel” of „de artikelen 3 en 4 ervan” nietig te verklaren. Zoals het Hof in het arrest *Commissie/Assi-Domän Kraft Products e.a.*²⁸ heeft vastgesteld, kan het Hof in het kader van een

beroep tot nietigverklaring krachtens artikel 173 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 230 EG) enkel oordelen over de onderdelen van een beschikking die de adressaat betreffen. Het verzoek in hogere voorziening moet dus niet-ontvankelijk worden verklaard voorzover het niet rekwirante zelf betreft, maar de andere adressaten van de beschikking.

55. De door de Commissie bedoelde onderdelen van het tweede deel van de van het petitum zijn in eerste instantie gericht op toepassing van artikel 61, eerste alinea, tweede zin, van het Statuut van het Hof, op grond waarvan het Hof de zaak zelf kan afdoen. Onverminderd andere overwegingen, moet daarvoor echter zijn voldaan aan de voorwaarde dat de hogere voorziening gegrond is (artikel 61, eerste alinea, eerste zin, van het Statuut).

56. Zoals reeds gezegd, moet de hogere voorziening, gelet op de aangevoerde midde-len, echter volledig worden afgewezen. Of de hogere voorziening niet-ontvankelijk is voorzover strekkend tot nietigverklaring van de beschikking „in haar geheel” of „de artikelen 3 en 4 ervan”, kan dus onbesproken blijven²⁹.

28 — Arrest Hof van 14 september 1999 (C-310/97 P, Jurispr. blz. I-5363, punt 53).

29 — Over het algemeen zouden echter soortgelijke overwegingen moeten gelden als in punt 53 van het arrest *Commissie/Assi-Domän Kraft Products e.a.* (aangehaald in voetnoot 28).

IV — Conclusie

57. Op grond van het voorgaande geef ik het Hof in overweging

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