

**Gevoegde zaken C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P en
C-137/07 P**

**Erste Group Bank AG, voorheen Erste Bank der österreichischen
Sparkassen AG, e.a.**

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen

„Hogere voorziening — Mededingingsregelingen — Vaststelling door Oostenrijkse
banken van rente over leningen en deposito's — ‚Lombardclub' — Ongunstige
beïnvloeding van handel tussen lidstaten — Berekening van geldboeten — Opvolging
van ondernemingen — Concrete weerslag op markt — Tenuitvoerlegging van
mededingingsregeling”

Conclusie van advocaat-generaal Y. Bot van 26 maart 2009. I - 8691

Arrest van het Hof (Tweede kamer) van 24 september 2009 I - 8821

Samenvatting van het arrest

1. *Mededinging — Mededingingsregelingen — Overeenkomsten tussen ondernemingen —
Ongunstige beïnvloeding van handel tussen lidstaten — Criteria — Beperkende praktijken
die gehele grondgebied van lidstaat bestrijken — Bestaan van sterk vermoeden van
ongunstige beïnvloeding*

(Art. 81, lid 1, EG)

2. *Mededinging — Mededingingsregelingen — Ongunstige beïnvloeding van handel tussen lidstaten — Beoordelingscriteria — Algemene mededingingsregeling die nagenoeg alle bankinstellingen van lidstaat en breed scala van financiële producten en diensten betreft (Art. 81, lid 1, EG)*
3. *Mededinging — Mededingingsregelingen — Afbakening van markt — Doel (Art. 81, lid 1, EG en 82 EG)*
4. *Mededinging — Gemeenschapsregels — Inbreuken — Toerekening — Rechtspersoon die onderneming exploiteerde ten tijde van inbreuk — Opheffing*
5. *Mededinging — Geldboeten — Bedrag — Vaststelling — Criteria — Zwaarte van inbreuk (Verordening nr. 17 van de Raad, art. 15, lid 2; mededeling 98/C 9/03 van de Commissie)*
6. *Mededinging — Geldboeten — Bedrag — Vaststelling — Criteria — Concrete weerslag op markt (Verordening nr. 17 van de Raad, art. 15, lid 2; mededeling 98/C 9/03 van de Commissie, punt 1 A, eerste alinea)*
7. *Mededinging — Geldboeten — Bedrag — Vaststelling — Criteria — Zwaarte van inbreuk — Horizontale prijsmededingingsregeling — Zeer zware inbreuk (Art. 81, lid 1, EG; mededeling 98/C 9/03 van de Commissie)*
8. *Mededinging — Geldboeten — Bedrag — Vaststelling — Indeling van betrokken ondernemingen in verschillende categorieën — Voorwaarden (Verordening nr. 17 van de Raad, art. 15, lid 2; mededeling 98/C 9/03 van de Commissie, punt 1 A, vierde en zesde alinea)*
9. *Mededinging — Geldboeten — Bedrag — Vaststelling — Indeling van betrokken ondernemingen in verschillende categorieën — Voorwaarden (Verordening nr. 17 van de Raad, art. 15, lid 2; mededeling 98/C 9/03 van de Commissie, punt 1 A)*
10. *Mededinging — Geldboeten — Bedrag — Vaststelling — Criteria — Verzachtende omstandigheden (Verordening nr. 17 van de Raad, art. 15, lid 2; mededeling 98/C 9/03 van de Commissie, punt 3)*

11. *Mededinging — Geldboeten — Bedrag — Vaststelling — Niet-oplegging of vermindering van geldboete in ruil voor medewerking van beschuldigde onderneming — Noodzaak van gedraging die vaststelling van inbreuk door Commissie heeft vergemakkelijkt*
(Verordening nr. 17 van de Raad, art. 15, lid 2; mededeling 96/C 207/04 van de Commissie)
12. *Hogere voorziening — Bevoegdheid van Hof — Arrest van Gerecht ter zake van vaststelling van geldboete op mededingingsgebied*
(Art. 81 EG; verordening nr. 17 van de Raad, art. 15)
13. *Gemeenschapsrecht — Beginselen — Rechten van verdediging — Eerbiediging in kader van administratieve procedures — Mededinging*
(Verordening nr. 17 van de Raad, art. 11, leden 2 en 5)
14. *Mededinging — Geldboeten — Bedrag — Vaststelling — Niet-oplegging of vermindering van geldboete in ruil voor medewerking van beschuldigde onderneming — Noodzaak van gedraging die vaststelling van inbreuk door Commissie heeft vergemakkelijkt*
(Verordening nr. 17 van de Raad, art. 15, lid 2; mededeling 96/C 207/04 van de Commissie)
15. *Mededinging — Administratieve procedure — Mededeling van punten van bezwaar — Rechtskarakter — Voorbereidende handeling*
(Verordening nr. 17 van de Raad)

1. Van een ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten kan slechts sprake zijn indien een besluit, overeenkomst of feitelijke gedraging op grond van een samenstel van feitelijke en juridische gegevens met een voldoende mate van waarschijnlijkheid doet verwachten dat deze al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, invloed op het handelsverkeer tussen lidstaten kan uitoefenen op zodanige wijze dat de totstandkoming van een gemeenschappelijke markt tussen lidstaten kan worden belemmerd. Die invloed mag voorts niet van slechts geringe betekenis zijn. De ongunstige beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer is in de regel dus het gevolg van een combinatie van verschillende factoren, die, elk afzonderlijk, niet per se beslissend hoeven te zijn.

Om uit te maken of een mededingingsregeling de handel tussen lidstaten merkbaar ongunstig beïnvloedt, moet deze worden onderzocht in haar economische en juridische context.

De omstandigheid dat een mededingingsregeling slechts de verhandeling van producten in één enkele lidstaat betreft, volstaat niet om uit te sluiten dat de handel tussen lidstaten ongunstig kan worden beïnvloed. Een mededingingsregeling die het gehele grondgebied van een lidstaat bestrijkt, heeft naar de aard ervan immers een versterking van de nationale drempelvorming tot gevolg, hetgeen de door het EG-Verdrag beoogde economische vervlechting door-

kruist. In geval van een dergelijke mededingingsregeling bestaat een sterk vermoeden van ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen lidstaten, die slechts kan worden ontzenuwd wanneer het onderzoek van de kenmerken van de afspraak en van de economische context waarin deze is geplaatst, het tegendeel aantoonst. De gemeenschapsrechter kan dus zonder omkering van de bewijslast, in het kader van de uitoefening van zijn bevoegdheid tot beoordeling van de feiten, vaststellen dat een dergelijk vermoeden niet is weerlegd.

3. De afbakening van de relevante markt speelt bij de toepassing van artikel 81 EG niet dezelfde rol als bij de toepassing van artikel 82 EG. Bijgevolg is de markt-afbakening niet relevant wanneer de Commissie tot de conclusie komt dat een overeenkomst de mededinging vervalst en het handelsverkeer tussen lidstaten merkbaar ongunstig kan beïnvloeden.

(cf. punt 60)

(cf. punten 36-39, 43)

2. Eén mededingingsregeling die het merendeel van de spelers in de financiële sector van een lidstaat en een breed scala van financiële producten en diensten betreft, die gebaseerd is op een algemeen plan om de prijsconcurrentie uit te schakelen en die in het kader van bijeenkomsten en van afzonderlijke, aan specifieke producten gewijde „gespreksronden” ten uitvoer is gelegd, vormt één enkele inbreuk die rechtvaardigt en vereist dat globaal wordt onderzocht of deze algemene mededingingsregeling het intracommunautaire handelsverkeer ongunstig kon beïnvloeden. Het is dus niet nodig voor elke gespreksronde afzonderlijk na te gaan of deze de handel tussen de lidstaten ongunstig kon beïnvloeden.
4. Wanneer een onderneming de mededingingsregels overtreedt, moet zij volgens het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid de verantwoordelijkheid daarvoor dragen.

Een entiteit die niet zelf de inbreuk heeft begaan, kan daarvoor niettemin worden bestraft, wanneer in de eerste plaats de entiteit die de inbreuk heeft begaan, rechtens heeft opgehouden te bestaan. Een juridische of organisatorische wijziging van een entiteit die een inbreuk op de mededingingsregels heeft begaan, heeft immers niet noodzakelijkerwijs tot gevolg dat een nieuwe onderneming wordt gecreëerd die bevrijd is van de aansprakelijkheid voor met het mededingingsrecht strijdige gedragingen van de voorgaande entiteit, indien beide entiteiten in economisch opzicht identiek zijn.

(cf. punten 55-56, 59)

Daarnaast kan het de mededinging versturende gedrag van een onderneming in de tweede plaats aan een andere onderneming worden toegerekend wanneer eerstgenoemde onderneming niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalde, maar in wezen de door de tweede onderneming verstrekte instructies volgde, in het bijzonder gelet op de economische en juridische banden die hen verenigden. Dat een dochteronderneming eigen rechtspersoonlijkheid heeft, volstaat dus niet om uit te sluiten dat haar gedrag aan de moederonderneming kan worden toegerekend.

Daarnaast moet worden benadrukt dat in een situatie waarin een onderneming die deelneemt aan een mededingingsregeling, een andere onderneming verwerft die ook aan de mededingingsregeling deelneemt, de eerste onderneming op het moment van de overdracht van de activiteiten van de tweede weet dat tegen deze onderneming een procedure wegens inbreuk op artikel 81 EG kan worden ingeleid en dat zij zich als rechtsopvolger van deze onderneming dus blootstelt aan de gevolgen van een dergelijke procedure op boetegebied.

(cf. punten 76-83)

De Commissie heeft in dat verband de keuze om de sanctie op te leggen aan de dochteronderneming die aan de inbreuk heeft deelgenomen, of aan de moederonderneming die haar in de in de beschikking bedoelde periode controleerde. Zij is niet verplicht om eerst na te gaan of is voldaan aan de voorwaarden waaronder de inbreuk kan worden toegerekend aan de moederonderneming van de onderneming die de inbreuk heeft gepleegd. De Commissie kan in beginsel immers niet gehouden zijn, dit na te gaan alvorens zij zich kan richten tot de onderneming die deze inbreuk heeft gepleegd, zelfs wanneer deze als juridische entiteit wijzigingen heeft ondergaan. Het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid verzet zich er niet tegen dat de Commissie eerst deze laatste wil beboeten, alvorens te onderzoeken of de inbreuk mogelijk aan de moederonderneming kan worden toegerekend. Anders zouden de onderzoeken van de Commissie aanzienlijk worden verzwaard doordat bij elk geval van opvolging in de controle over een onderneming zou moeten worden nagegaan in hoeverre haar handelingen aan de voormalige moederonderneming kunnen worden toegerekend.

5. Om het bedrag van de geldboete die wordt opgelegd wegens overtreding van de communautaire mededingingsregels vast te stellen, moet rekening worden gehouden met de duur en met alle factoren die van belang kunnen zijn voor de beoordeling van de zwaarte van de inbreuken. De zwaarte van de inbreuken moet worden bepaald met inachtneming van een groot aantal factoren, zoals de bijzondere omstandigheden van de zaak, de context ervan en de afschrikkende werking van de geldboeten, zonder dat er een dwingende of uitputtende lijst van verplicht in aanmerking te nemen criteria bestaat. Het staat aan het Gerecht om te toetsen hoe de Commissie haar beoordelingsvrijheid ten aanzien van die factoren heeft gebruikt. Het Gerecht spreekt zichzelf niet tegen door te oordelen dat de Commissie de zwaarte van de inbreuk globaal mag beoordelen aan de hand van alle relevante omstandigheden, waaronder factoren die niet uitdrukkelijk worden genoemd in de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectie-

velijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd, noch door te oordelen dat een horizontaal prijskartel dat betrekking heeft op een belangrijke economische sector, niet aan de kwalificatie zeer zwaar kan ontsnappen.

(cf. punten 90-93)

6. Door bij de beoordeling van de zwaarte van een inbreuk met het oog op de vaststelling van de hoogte van een geldboete, onder vermelding van vele voorbeelden van tenuitvoerlegging van de betrokken de mededinging beperkende overeenkomsten, op te merken dat een mededingingsregeling concrete gevolgen voor de markt heeft gehad en te preciseren dat zelfs als deze overeenkomsten niet altijd zijn nageleefd, dit niet volstaat om de vaststelling te weerleggen dat de afspraken zijn uitgevoerd en gevolgen voor de markt hebben gehad, beperkt de gemeenschapsrechter zich niet tot de vaststelling dat de mededingingsregeling is uitgevoerd. Hem kan dus niet worden verweten dat hij zich uitsluitend op het uitvoeren van het kartel heeft gebaseerd om een concrete weerslag van de inbreuk op de markt vast te stellen.

(cf. punten 116-118)

7. Een horizontaal prijskartel behoort tot de zeer ernstige inbreuken in de zin van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd, zelfs indien er geen andere beperkingen van de mede-

dinging, zoals marktafsluiting, zijn. Een dergelijk kartel in een zo belangrijke sector als de banksector, dat een breed gamma van producten omvat en waaraan de overgrote meerderheid van de marktdeelnemers deelnam, kan, ongeacht de context ervan, in beginsel niet aan de kwalificatie „zeer zwaar” ontsnappen.

(cf. punt 141)

8. In het kader van de vaststelling van de hoogte van de geldboeten die voor een overtreding van artikel 81 EG in de banksector worden opgelegd, betekent het feit dat de Commissie de markt-aandelen van de banken in de gedecentraliseerde sectoren in aanmerking heeft genomen voor de indeling in verschillende categorieën van de ondernemingen die de rol van centrale instelling binnen een bancaire groep hebben gespeeld, niet dat het inbreuk makend gedrag van deze eerste aan de centrale instellingen is toegerekend. Dit is een aanpak die beoogt te verzekeren dat de hoogte van de aan de centrale instellingen opgelegde geldboeten de ernst van hun eigen inbreuk makend gedrag treffend weergeeft. Om de ernst van dit gedrag te beoordelen moet overeenkomstig punt 1 A, vierde en zesde alinea, van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd, rekening worden gehouden met de daadwerkelijke economische macht van die instellingen om de mededinging te vervalsen, alsmede met het specifieke gewicht en derhalve met de daadwerkelijke invloed van hun inbreuk makende gedrag op de mededinging. Dit vereist dat de stabiele structurele

banden die de centrale instellingen onderhouden met de banken in de gedecentraliseerde sectoren, met name op het gebied van vertegenwoordiging en informatieuitwisseling, ook in aanmerking worden genomen, aangezien op grond van die banden de daadwerkelijke economische macht van deze vennootschappen, en dus hun vermogen om de mededinging schade te berokkenen, groter kan zijn dan die op basis van hun eigen marktaandeel. Als de marktaandelen van de gedecentraliseerde entiteiten niet in aanmerking zouden zijn genomen, zou het risico zijn gelopen dat de afschrikkende werking van de boete niet kon worden verzekerd. Een dergelijk criterium, dat betrekking heeft op de economische macht van de banken, onderscheidt zich van dat betreffende de frequentie van deelname aan de belangrijkste vergaderingen, dat de Commissie kan hanteren om te bepalen aan welke banken de eindbeschikking moet worden gericht.

(cf. punten 172-177, 214-215)

9. Wanneer zij de leden van een kartel in verschillende categorieën indeelt met het oog op de vaststelling van het uitgangsbetrag van de geldboete die wegens overtreding van de communautaire mededingingsregels wordt opgelegd, kan de Commissie ervan afzien om nauwkeurige drempels voor de verschillende categorieën vast te stellen en gebruik

maken van „richtwaarden” waarrond de marktaandelen van de in eenzelfde categorie ingedeelde ondernemingen liggen. De verschillen tussen die richtwaarden moeten samenhangend en objectief gerechtvaardigd zijn.

(cf. punten 189, 191)

10. Hoewel niet is uitgesloten dat onder bepaalde voorwaarden een nationaal rechtskader of een gedrag van de nationale autoriteiten een verzachtende omstandigheid kan vormen, kan de goedkeuring of het gedogen van een inbreuk door de nationale autoriteiten niet in aanmerking worden genomen wanneer de betrokken ondernemingen beschikken over de nodige middelen om zich nauwkeurige en correcte juridische adviezen te verschaffen.

(cf. punten 228, 230)

11. De Commissie beschikt over een beoordelingsvrijheid bij de vaststelling of de door de ondernemingen vrijwillig verstrekte inlichtingen of documenten haar taak hebben vergemakkelijkt, en of er aanleiding bestaat om met toepassing van titel D, punt 2, van de mededeling betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betref-

fende mededingingsregelingen, aan een onderneming een vermindering te verlenen. Een dergelijke beoordeling van de Commissie wordt door de rechter slechts beperkt getoetst.

(cf. punten 248-249)

12. De taak van het Hof in een hogere voorziening tegen een arrest van het Gerecht inzake geldboeten voor overtreding van de communautaire mededingingsregels is in de eerste plaats, erop toe te zien dat het Gerecht rechtens correct alle factoren in aanmerking heeft genomen die van belang zijn voor de beoordeling van de ernst van een bepaalde gedraging vanuit het oogpunt van de artikelen 81 EG en 82 EG en artikel 15 van verordening nr. 17, en in de tweede plaats na te gaan of het Gerecht rechtens genoegzaam heeft geantwoord op alle argumenten die de rekwirant heeft aangevoerd met het oog op nietigverklaring of verlaging van de geldboete. Wat daarentegen de omvang van de boetevermindering betreft, is het niet aan het Hof om zijn oordeel in de plaats te stellen van dat van het Gerecht, dat zich in het kader van de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht heeft uitgesproken.

Wanneer het Gerecht na onderzoek heeft vastgesteld dat de toegevoegde waarde van de door rekwirante in het kader van de mededeling betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen overgelegde documenten geen grotere boetevermindering rechtvaardigt, valt een dergelijke feitelijke beoordeling uitsluitend binnen de bevoegdheid van

het Gerecht. Het Hof mag zich in het stadium van de hogere voorziening niet in de plaats daarvan stellen.

Wanneer het Gerecht heeft vastgesteld dat een verzoekster haar standpunt dienstig naar voren heeft kunnen brengen doordat zij middelen strekkende tot verlaging van de geldboete heeft voorgedragen die betrekking hebben op onder meer de door de Commissie gedane constatering ten aanzien van de kwalificatie van de inbreuk, het bestaan van verzachtende omstandigheden en haar medewerking tijdens de procedure, hoeft het Hof in het kader van een hogere voorziening geen uitspraak te doen op de vraag of het Gerecht, alvorens zijn volledige rechtsmacht uit te oefenen, gehouden was om rekwirante in de gelegenheid te stellen haar opmerkingen over een eventuele wijziging van het bedrag van de geldboete kenbaar te maken.

(cf. punten 254-256, 328-330)

13. De eerbiediging van de rechten van de verdediging in elke procedure die tot de oplegging van sancties, met name geldboeten of dwangsommen, kan leiden, is een grondbeginsel van het gemeenschapsrecht dat zelfs in een administratieve procedure in acht moet worden genomen. Ofschoon de Commissie ter waarborging van de nuttige werking van artikel 11, leden 2 en 5, van verordening nr. 17 de onderneming kan verplichten om alle noodzakelijke inlichtingen te verstrekken over feiten waarvan zij eventueel kennis heeft, en om zo nodig de desbetreffende in haar bezit zijnde documenten over te leggen, ook wanneer deze

tegen haarzelf of tegen een andere onderneming bewijs kunnen opleveren van een gedraging die in strijd is met de mededingingsregels, mag zij, wanneer zij bij beschikking de mededeling van inlichtingen vraagt, geen afbreuk doen aan de rechten van verdediging van de onderneming. Dit geldt enkel wanneer de Commissie een „beschikking” in de zin van artikel 11, leden 2 en 5, van verordening nr. 17 heeft vastgesteld.

opgelegde geldboete rechtvaardigt, staat het daarentegen aan de ondernemingen die de beschikking van de Commissie in dat opzicht willen betwisten, om aan te tonen dat deze laatste zonder dergelijke door deze ondernemingen vrijwillig verstrekte inlichtingen niet in staat zou zijn geweest om de hoofdbestanddelen van de inbreuk te bewijzen en een boetebeschikking vast te stellen.

(cf. punten 270-273, 327)

(cf. punten 281, 283, 297, 305)

14. Een vermindering van de geldboete op grond van de mededeling betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen is slechts gerechtvaardigd indien de verstrekte inlichtingen, en meer algemeen het gedrag van de betrokken onderneming in dat verband, kunnen worden geacht daadwerkelijke medewerking harerzijds aan te tonen. Een onderneming die onvolledige en bevestigende informatie zonder „toegevoegde waarde” heeft verstrekt, kan dus niet op goede gronden stellen dat zij zich aldus heeft gedragen.
15. De mededeling van de punten van bezwaar is een procedureel, voorbereidend document dat, teneinde een doeltreffende uitoefening van de rechten van de verdediging te waarborgen, het voorwerp van de door de Commissie ingeleide administratieve procedure afbakt, en deze laatste aldus belet, in haar beschikking waarmee de procedure wordt afgesloten, andere bezwaren in aanmerking te nemen. Dit impliceert dat deze mededeling voorlopig is en door de Commissie bij haar latere beoordeling op basis van de door de partijen in hun antwoorden gemaakte opmerkingen en andere feitelijke vaststellingen kan worden gewijzigd. De Commissie moet immers rekening houden met het resultaat van de volledige administratieve procedure, hetzij om bezwaren die ongegrond blijken te zijn te laten vallen, hetzij om argumenten ter ondersteuning van de door haar gehandhaafde bezwaren zowel feitelijk als rechtens aan te passen of aan te vullen. De

Ofschoon de Commissie dient te motiveren waarom naar haar oordeel de door de ondernemingen in het kader van de mededeling inzake medewerking aangedragen elementen een bijdrage vormen die al dan niet een vermindering van de

mededeling van de punten van bezwaar belet de Commissie dus geenszins om haar standpunt te wijzigen ten gunste van de betrokken ondernemingen. Het is daarenboven niet uitgesloten dat ondernemingen na de mededeling van punten van bezwaar, en meer bepaald in hun antwoord op die mededeling, de Commissie beslissende informatie verstrekken die rechtvaardigt dat hun op grond van de mededeling betreffende het

niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen een boetevermindering wordt toegekend.

(cf. punten 310-313)