



# Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
M. WATHELET  
van 29 april 2014<sup>1</sup>

**Zaak C-580/12 P**

**Guardian Industries Corp.  
Guardian Europe Sàrl  
tegen**

**Europese Commissie**

„Hogere voorziening — Mededingingsregelingen — Markt voor vlakglas — Berekening van geldboete — Inaanmerkingneming van interne verkopen van ondernemingen — Redelijke termijn — Ontvankelijkheid van niet tijdig overgelegde stukken”

1. In de onderhavige hogere voorziening verzoeken Guardian Industries Corp. en Guardian Europe Sàrl (hierna samen: „Guardian” of „rekwirantes”) om vernietiging van het arrest Guardian Industries en Guardian Europe/Commissie van het Gerecht van de Europese Unie<sup>2</sup>. In dat arrest is hun beroep verworpen strekkende tot nietigverklaring van de beschikking van 28 november 2007 waarbij de Europese Commissie hun een geldboete ten belope van 148 miljoen EUR heeft opgelegd vanwege hun deelname aan een kartel op de markt voor vlakglas in het tijdvak van april 2004 tot februari 2005.<sup>3</sup>
2. Bij de berekening van de geldboete, het punt waar de wezenlijke vraag in dit beroep om draait, heeft de Commissie geen rekening gehouden met de „captive sales”, de interne verkopen van verticaal geïntegreerde ondernemingen. Guardian, dat enkel verkopen aan onafhankelijke derden heeft verricht, meent uit hoofde van het beginsel van non-discriminatie in aanmerking te komen voor verlaging van de haar opgelegde geldboete naar evenredigheid met het aandeel van de interne verkopen in het totale marktvolume. De andere belangrijke vraag in deze zaak betreft de redelijke termijn van de procedure voor het Gerecht, met name gelet op het feit dat tussen de sluiting van de schriftelijke procedure en het besluit om tot de mondelinge behandeling over te gaan niet minder dan drie jaar en vijf maanden zijn verstreken, zonder duidelijke reden en terwijl geen processtukken meer zijn neergelegd.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — T-82/08, EU:T:2012:494; hierna: „bestreden arrest”.

3 — C(2007) 5791 definitief inzake een procedure op grond van artikel 81 EG (thans artikel 101 VWEU) en artikel 53 EER-Overeenkomst (Zaak COMP/39.165 – Vlakglas), waarvan een samenvatting is gepubliceerd in PB 2008, C 127, blz. 9 (hierna: „litigieuze beschikking”). Ik zal de oude nummering van het Verdrag gebruiken in deze conclusie, aangezien de litigieuze beschikking is vastgesteld op basis van het EG-Verdrag.

## I – Voorgeschiedenis van het geding

3. De voorgeschiedenis van het geding en de litigieuze beschikking zijn in de punten 1 tot en met 10 van het bestreden arrest uiteengezet als volgt:

- „1 Verzoeksters, Guardian Industries Corp. en Guardian Europe Sàrl, maken deel uit van het concern Guardian, dat actief is op het gebied van de productie van vlakglas en autoglas. Guardian Industries is de vennootschap aan het hoofd van het concern Guardian en bezit indirect 100 % van het kapitaal van Guardian Europe.
- 2 Op 22 en 23 februari en 15 maart 2005 heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen onaangekondigd verificaties uitgevoerd, met name in de kantoren van Guardian Flachglas GmbH, Guardian Europe en Guardian Luxguard I SA.
- 3 Op 2 maart 2005 hebben Asahi Glass Co. Ltd en al haar dochterbedrijven, daaronder begrepen Glaverbel SA/NV, nadien AGC Flat Glass Europe SA/NV geworden (hierna: ‚Glaverbel’), een verzoek ingediend opdat zij immuniteit tegen geldboeten zouden verkrijgen of, in voorkomend geval, een verlaging van de geldboete, uit hoofde van de mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken (PB 2002, C 45, blz. 3).
- 4 Op 3 januari 2006 heeft de Commissie een procedure ingeleid uit hoofde van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] (PB 2003, L 1, blz. 1) en partijen daarvan op 6 maart 2006 in kennis gesteld.
- 5 Op 10 februari 2006 heeft de Commissie aan verschillende ondernemingen, waaronder verzoeksters, verzoeken om inlichtingen gezonden. Guardian Europe heeft hierop op 10 maart 2006 geantwoord.
- 6 Op 9 maart 2007 heeft de Commissie een mededeling van punten van bezwaar vastgesteld, die zij op 13 en 14 maart 2007 aan verschillende ondernemingen, waaronder verzoeksters, heeft gezonden.
7. Op 28 november 2007 heeft de Commissie [de litigieuze] beschikking [...] vastgesteld, [...] waarvan op 3 december 2007 kennis is gegeven aan verzoeksters.
- 8 De [litigieuze] beschikking is tevens gericht tot Asahi Glass, tot Glaverbel, alsmede tot Pilkington Deutschland AG, tot Pilkington Group Ltd, tot Pilkington Holding GmbH (hierna samen: ‚Pilkington’), tot Compagnie de Saint-Gobain SA en tot Saint-Gobain Glass France SA (hierna samen: ‚Saint-Gobain’).
- 9 In de [litigieuze] beschikking heeft de Commissie te kennen gegeven dat de adressaten ervan hadden deelgenomen aan één enkele en voortdurende inbreuk op artikel 81, lid 1, EG die het gehele grondgebied van de Europese Economische Ruimte (EER) bestreek en die bestond in de vaststelling van prijsverhogingen, minimumprijzen, prijsdoelstellingen, bevrozing van prijzen en andere handelsvoorwaarden voor de verkoop aan onafhankelijke klanten van vier categorieën in de bouwsector gebruikte vlakglasproducten, te weten floatglas, low-E-glas, gelaagd glas en onbewerkt spiegelglas, alsmede in de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie.
- 10 Verzoeksters zijn schuldig bevonden aan de inbreuk voor het tijdvak van 20 april 2004 tot 22 februari 2005 en hun is hoofdelijk een geldboete van 148 miljoen EUR opgelegd.”

4. Bij verzoekschrift van 12 februari 2008 heeft Guardian de litigieuze beschikking voor het Gerecht bestreden.

## II – Bestreden arrest

5. Tot staving van haar vorderingen tot gedeeltelijke nietigverklaring van de litigieuze beschikking heeft Guardian één middel aangevoerd, ontleend aan feitelijke onjuistheden met betrekking tot de duur van haar deelname aan het kartel en met betrekking tot de geografische omvang ervan. De vorderingen tot verlaging van de geldboete berustten op drie middelen. Het eerste had tot doel de consequenties te trekken uit het middel tot gedeeltelijke nietigverklaring. Met het tweede middel beriep Guardian zich op schending van het beginsel van non-discriminatie en van de motiveringsplicht. Het derde middel was ontleend aan een onjuiste beoordeling van de rol van Guardian in het kartel. Het Gerecht heeft het beroep in zijn geheel verworpen.

6. Allereerst heeft het Gerecht over de ontvankelijkheid van een door de Commissie op 10 februari 2012 overgelegde brief beslist als volgt:

„19 Ter terechtzitting hebben verzoeksters de ontvankelijkheid betwist van de brief van de Commissie van 10 februari 2012 op grond dat deze cijfers bevatte die hun niet eerder waren meegedeeld.

20 De Commissie meent dat deze brief, die een aanvulling vormt op haar antwoord van 23 januari 2012 op vragen die het Gerecht haar had toegezonden, ontvankelijk is.

21 Vastgesteld moet worden dat deze brief bij het Gerecht is ingekomen buiten de aan de Commissie toegekende termijn, maar dat deze niettemin op 10 februari 2012 aan verzoeksters is meegedeeld. Deze brief bevat opmerkingen over een door verzoeksters op 8 februari 2012 overgelegd document, alsmede een aanvulling op het antwoord van de Commissie op een vóór de terechtzitting te beantwoorden schriftelijke vraag van het Gerecht over de door verzoeksters voorgestelde methode voor de berekening van de geldboete in het geval van uitsluiting van de interne verkopen (captive sales). De Commissie heeft aldus gepreciseerd, ten eerste, dat de cijfers in tabel nr. 1 in de mededeling van punten van bezwaar niet alleen de interne verkoop betroffen, maar ook de verkoop van bepaalde categorieën glas die uiteindelijk niet in aanmerking zijn genomen in de [litigieuze] beschikking en, ten tweede, wat de verhouding tussen de totale verkoop van de kartelleden en hun interne verkoop was.

22 Gelet op de inhoud van deze brief en op het feit dat deze was toegezonden aan verzoeksters, die daarover ter terechtzitting dus hun opmerkingen hebben kunnen indienen, moet het betrokken document ontvankelijk worden verklaard en moet het door verzoeksters aangevoerde middel van niet-ontvankelijkheid worden afgewezen.”

7. De vorderingen tot nietigverklaring zijn afgewezen op de in de punten 28 tot en met 93 van het bestreden arrest uiteengezette gronden.

8. Wat de vorderingen tot verlaging van de geldboete betreft, luiden de punten 98 tot en met 107 van het bestreden arrest:

„98 Verzoeksters menen dat de Commissie, ten eerste, het beginsel van non-discriminatie heeft geschonden door de [...] verkoop binnen het concern uit te sluiten van de berekening van de geldboeten van de drie andere kartelleden en, ten tweede, haar motiveringsplicht met betrekking tot die berekeningen heeft geschonden.

- 99 Verzoeksters beklemtonen aldus dat zij bij het ontbreken van een motivering van de berekening van de geldboete van de drie andere kartellleden en gelet op de vertrouwelijkheid van de gebruikte gegevens, niet in staat zijn om voor elke deelnemer aan het kartel de respectieve aard en de waarde van de uitgesloten interne verkopen te bepalen. Het staat volgens hen derhalve aan het Gerecht om de uitsluiting van die verkopen te compenseren door een verlaging van de hun opgelegde geldboete in evenredigheid met de uitsluitingen van de markt voor vlakglas. Deze oplossing is verenigbaar met de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, sub a, van verordening nr. 1/2003 worden opgelegd (PB 2006, C 210, blz. 2; hierna: „richtsnoeren [van 2006]”) aangezien zij het relatieve aandeel van elke onderneming op de relevante markt op passende wijze tot uiting brengt en zij door het Gerecht reeds eerder is gekozen.
- 100 Verzoeksters preciseren dat de Commissie 1 miljard EUR aan interne verkopen heeft uitgesloten op een totaal marktvolume van 2,7 miljard EUR. Tot dit cijfer is gekomen door de totale omvang van de verkoop van vlakglas waar in de [litigieuze] beschikking van uit is gegaan, te weten 1,7 miljard EUR (punt 41 van de [litigieuze] beschikking), af te trekken van het totaalbedrag dat in de mededeling van punten van bezwaar was vastgesteld, te weten 2,7 miljard EUR (punt 41 van de [litigieuze] beschikking), en het vertegenwoordigt 37 % van het totale marktvolume, waarvan de waarde 2,7 miljard EUR is.
- 101 De Commissie betwist verzoeksters’ argumenten.
- 102 Volgens vaste rechtspraak is de omvang van de motiveringsplicht afhankelijk van de aard van de betrokken handeling en van de context waarin deze is vastgesteld. De motivering moet de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking doen komen, zodat enerzijds de rechter van de Europese Unie zijn toetsing kan verrichten en anderzijds de belanghebbenden kennis kunnen nemen van de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel om hun rechten te kunnen verdedigen en te kunnen nagaan of de beslissing gegrond is.
- 103 Het is niet noodzakelijk dat alle relevante gegevens, feitelijk of rechtens, in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij 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, doch ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen [...].
- 104 In het onderhavige geval meende de Commissie dat de mededingingsversturende overeenkomsten betrekking hadden op de verkoop van vlakglas aan onafhankelijke klanten (punt 377 van de [litigieuze] beschikking) en heeft zij deze verkopen dus gebruikt voor de berekening van het basisbedrag van de geldboeten (punt 41, tabel nr. 1, en punt 470 van de [litigieuze] beschikking). De Commissie heeft bijgevolg de verkopen van vlakglas dat bestemd was om te worden bewerkt door een afdeling van de onderneming of door een vennootschap binnen hetzelfde concern, uitgesloten van de berekening van de geldboete. Daar het bestaan van een mededingingsversturende gedraging enkel is aangetoond voor de verkopen aan onafhankelijke klanten, kan de Commissie niet worden verweten dat zij de interne verkopen van de verticaal geïntegreerde kartellleden van de berekening van de geldboete heeft uitgesloten. Voorts kan haar niet worden verweten dat zij de uitsluiting van deze verkopen van de berekening van de geldboete niet zou hebben gemotiveerd.
- 105 Zoals de Commissie aanvoert, is bovendien niet aangetoond dat de verticaal geïntegreerde kartellleden die de betrokken producten leverden aan de afdelingen van dezelfde onderneming of aan vennootschappen die deel uitmaakten van hetzelfde concern, een indirect voordeel zouden hebben gehad bij de toegekende prijsverhoging en evenmin dat de prijsverhoging op de upstreammarkt zou hebben geleid tot een concurrentievoordeel op de downstreammarkt van bewerkt vlakglas.

106 Wat ten slotte het argument betreft dat de Commissie het beginsel van non-discriminatie heeft geschonden door de interne verkopen uit te sluiten van de berekening van de geldboete, dient in herinnering te worden gebracht dat volgens vaste rechtspraak het beginsel van gelijke behandeling of non-discriminatie vereist dat vergelijkbare situaties niet verschillend worden behandeld en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is [...]. Aangezien de Commissie in het onderhavige geval heeft vastgesteld dat de mededingingsbeperkende regelingen enkel betrekking hadden op de aan onafhankelijke klanten in rekening gebrachte prijzen van vlakglas, heeft zij door de uitsluiting van de interne verkopen van de berekening van de geldboete in het geval van de verticaal geïntegreerde kartelleden, uitsluitend objectief verschillende situaties verschillend behandeld. Derhalve kan de Commissie niet worden verweten dat zij het beginsel van non-discriminatie heeft geschonden.

107 Bijgevolg dient het onderhavige middel in zijn geheel te worden afgewezen.”

### III – Hogere voorziening

9. Guardian en de Commissie hebben deelgenomen aan de schriftelijke procedure voor het Hof alsook aan de terechtzitting van 12 december 2013.

10. Alvorens in te gaan op de drie door Guardian aangevoerde middelen, moet ik terugkomen op het procesincident dat zich in de onderhavige zaak (na de eerste memoriewisseling) heeft voorgedaan. Ten aanzien van haar eerste middel heeft Guardian in wezen betoogd dat de Commissie in haar verweerschrift voor het eerst een bewijsstuk aangaande de gevolgen van het kartel voor de interne verkopen heeft ingebracht. Dit bewijsstuk behelsde een verklaring die tijdens de administratieve procedure door Saint-Gobain is afgelegd en in punt 37 van het antwoord van de Commissie wordt genoemd. Uit deze verklaring zou blijken dat de prijzen van de verkopen binnen de concerns werden afgestemd op de door het kartel vastgestelde prijzen, waarmee de tot dat moment door de Commissie verdedigde en door het Gerecht overgenomen stelling dat voor een dergelijke afstemming geen bewijs voorhanden was, werd ontkracht.

11. Het verzoek van Guardian om toestemming voor het indienen van een repliek op dit punt is afgewezen. Guardian heeft het Hof vervolgens verzocht om toestemming voor wijziging van de door haar ingestelde hogere voorziening in het licht van wat zij als een nieuw feit beschouwt. Ook dit verzoek is afgewezen.

12. Mijns inziens kunnen wij volstaan met vast te stellen dat hier geen nieuw feit aan de orde is, aangezien Guardian uiteraard reeds tijdens de administratieve procedure kennis heeft gehad (of in elk geval had kunnen hebben) van het document van Saint-Gobain met deze verklaring.

13. In haar eerste middel in hogere voorziening voert Guardian aan dat het Gerecht het beginsel van gelijke behandeling heeft geschonden door de niet-inaanmerkingneming, in de litigieuze beschikking, van de verkopen voor intern gebruik bij de berekening van de aan Asahi/Glaverbel, Pilkington en Saint-Gobain opgelegde geldboeten te handhaven. In haar tweede middel stelt Guardian dat het Gerecht door de op 10 februari 2012 ingekomen brief van de Commissie (hierna: „brief van 10 februari 2012”) ontvankelijk te verklaren, zijn Reglement voor de procesvoering en het beginsel van de eerbiediging van de rechten van de verdediging en dat van „equality of arms” heeft geschonden. In haar derde middel ten slotte betoogt Guardian dat de procedure voor het Gerecht onredelijk lang heeft geduurd, hetgeen een schending vormt van haar fundamentele recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn. Ik zal de eerste twee middelen samen behandelen.



## A – Eerste en tweede middel

14. Het eerste middel is ontleend aan de schending van het beginsel van gelijke behandeling. Het is gericht tegen de punten 104 tot en met 106 van het bestreden arrest.

### 1. Argumenten van partijen

15. Guardian betoogt in wezen dat het beginsel van gelijke behandeling volgens vaste rechtspraak vereist dat interne verkopen voor de berekening van de geldboete als vergelijkbaar met verkopen aan onafhankelijke derden worden beschouwd.<sup>4</sup> Zij benadrukt evenwel niet de rechtmatigheid van de uitsluiting van de interne verkopen voor de verticaal geïntegreerde ondernemingen te betwisten, doch de rechtmatigheid van de oplegging van een geldboete die niet naar evenredigheid is verlaagd.

16. De Commissie brengt hiertegen in dat het Gerecht in punt 105 van het bestreden arrest enkel een feitelijke constatering heeft gedaan door aan te geven – hetgeen door Guardian niet wordt bestreden<sup>5</sup> – dat niet bekend is of en in welke mate de verticaal geïntegreerde vlakglasproducenten op de downstreammarkt een concurrentievoordeel hebben genoten. Guardian heeft het bestaan van een dergelijk voordeel bovendien geenszins aangetoond, noch in eerste aanleg, noch in het kader van de onderhavige hogere voorziening (hetgeen hoe dan ook te laat zou zijn).

### 2. Beoordeling

#### a) Punten 104 en 105 van het bestreden arrest

17. De uitleg die de Commissie geeft aan punt 105 van het bestreden arrest kan mij niet overtuigen. Ik geef de inhoud ervan nogmaals weer: „Zoals de Commissie aanvoert, is bovendien niet aangetoond dat de verticaal geïntegreerde kartellenden die de betrokken producten leverden aan de afdelingen van dezelfde onderneming of aan vennootschappen die deel uitmaakten van hetzelfde concern, een indirect voordeel zouden hebben gehad bij de toegekende prijsverhoging en evenmin dat de prijsverhoging op de upstreammarkt zou hebben geleid tot een concurrentievoordeel op de downstreammarkt van bewerkt vlakglas.”

18. Ik merk op dat dit punt, ingeleid door de term „bovendien”, niet vermeldt door wie „niet aangetoond [is]” dat de verticaal geïntegreerde kartellenden indirect voordeel bij het kartel zouden hebben gehad.

19. De Commissie leidt dus ten onrechte uit dit punt 105 van het bestreden arrest af dat dit eventuele indirecte voordeel door Guardian aangetoond had moeten zijn.

20. Ik zou hieraan willen toevoegen dat het Gerecht in punt 104 van het bestreden arrest eveneens de passieve vorm heeft gebruikt om vast te stellen dat „het bestaan van een mededingingsverstoring gedraging enkel is aangetoond voor de verkopen aan onafhankelijke klanten”, welke bewering volgens Guardian wordt tegengesproken door punt 377 van de litigieuze beschikking, waarin wordt gesteld dat de „kartelafspraken betrekking hadden op de prijzen voor onafhankelijke derden” zonder dat de interne verkopen evenwel uitdrukkelijk worden uitgesloten.

4 — Arresten Europa Carton/Commissie, T-304/94, EU:T:1998:89, punt 117; KNP BT/Commissie, C-248/98 P, EU:C:2000:625, punt 62, gewezen in hogere voorziening tegen arrest KNP BT/Commissie, T-309/94, EU:T:1998:91; Lögstör Rör/Commissie, T-16/99, EU:T:2002:72, punt 360, en Tokai Carbon e.a./Commissie, T-71/03, T-74/03, T-87/03 en T-91/03, EU:T:2005:220, punt 260.

5 — Volgens de Commissie bestrijden rekwiranten in punt 33 van de hogere voorziening niet de *feitelijke* constatering van het Gerecht, doch voeren zij enkel aan dat dit een onjuiste *rechtsnorm* heeft toegepast om de relevantie van deze constatering te bepalen.

b) Regel dat verkopen voor intern gebruik worden meegeteld voor de omzet die als grondslag dient voor de berekening van de geldboete

21. Hoewel een inbreuk op artikel 81, lid 1, EG volgens de rechtspraak van het Hof zich niet kan uitstrekken tot de betrekkingen binnen een economische eenheid die door een groep vennootschappen wordt gevormd<sup>6</sup>, verplicht de rechtspraak van het Hof<sup>7</sup> mijns inziens tevens tot gelijkheid van behandeling van interne verkopen of „captive sales” en externe verkopen teneinde discriminatie tussen verticaal geïntegreerde en niet verticaal geïntegreerde ondernemingen te voorkomen.

22. De verplichting tot naleving van deze regel vloeit voort uit zowel de richtsnoeren van 1998<sup>8</sup> als die van 2006.

23. Wat het begrip „waarde van de verkopen” betreft, wordt in de punten 5 en 6 van de „[i]nleiding” van de richtsnoeren van 2006 het volgende uiteengezet: „Om [de in de inleiding genoemde] doelstellingen te bereiken dient de Commissie zich bij de vaststelling van de geldboeten, te baseren op de waarde van de verkochte goederen of diensten die met de inbreuk verband houden”, en: „De combinatie van de waarde van de verkopen in verband met de inbreuk en de duur van de inbreuk wordt derhalve als een *geschikte maatstaf beschouwd waarin zowel de economische impact van de inbreuk tot uiting komt als het relatieve gewicht van elke onderneming die aan de inbreuk heeft deelgenomen. De verwijzing naar deze factoren geeft een goede indicatie van de orde van grootte van de boete maar moet niet als basis voor een automatische, rekenkundige berekeningsmethode worden beschouwd*” (cursivering van mij).

24. Vervolgens wordt in het deel „Methode voor de vaststelling van de geldboeten”, onder „1) Basisbedrag van de boete” en „A. Vaststelling van de waarde van de verkopen”, in punt 13 het volgende bepaald: „Om het basisbedrag van de op te leggen boete vast te stellen zal de Commissie uitgaan van de waarde van de op de desbetreffende geografische markt in de EER *verkochte goederen of diensten van de onderneming die rechtstreeks of indirect* [<sup>9</sup>] *verband houden met de inbreuk. De Commissie zal over het algemeen gebruikmaken van de verkopen van de onderneming in het laatste volledige jaar waarin zij aan de inbreuk heeft deelgenomen (‘waarde van de verkopen’)*” (mijn cursivering).<sup>10</sup>

25. De constatering in punt 104 van het bestreden arrest dat de Commissie heeft geoordeeld dat de mededingingsverstorende overeenkomsten in kwestie betrekking hadden op de verkoop van vlakglas aan onafhankelijke klanten laat in dit verband buiten beschouwing dat de inaanmerkingneming van de interne verkopen voor de berekening van de geldboete losstaat van de vraag of het kartel uitdrukkelijk op onafhankelijke klanten gericht is of in meer algemene zin ook de verrekenningsprijzen binnen de aan het kartel deelnemende concerns bestrijkt.

6 — Zie met name arrest Viho/Commissie, C-73/95 P, EU:C:1996:405, punten 16 en 17.

7 — Arrest KNP BT/Commissie, EU:C:2000:625, punt 62.

8 — 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 (PB 1998, C 9, blz. 3; hierna: „richtsnoeren van 1998”).

9 — Een voetnoot in de richtsnoeren van 2006 verduidelijkt dat „[d]it [...] bijvoorbeeld het geval [is] voor horizontale prijsafspraken met betrekking tot een bepaald product, waar de prijs van dat product vervolgens dient als de basis voor de prijs van producten van een lagere of hogere kwaliteit”.

10 — Zie bijvoorbeeld de toelichting in de Broca, H., „The Commission revises its Guidelines for setting fines in antitrust cases”, *Competition Policy Newsletter* (officiële publicatie van DG Mededinging van de Commissie), nr. 3, najaar 2006, blz. 1: „by using a clearer reference to each undertaking’s ‚value of sales’, the 2006 Guidelines intend to reflect, even approximately and imperfectly, the economic importance of the infringement as a whole as well as the relative weight of each undertaking participating in the infringement. The 1998 Guidelines, based on a lump sum system, have often been critic[i]sed on that particular aspect, even though this criticism was largely misplaced. In fact, a number of tools corrected the obvious drawbacks of a pure lump sum system. For instance, the Commission fixed starting amounts below the 20 million euros threshold mentioned in the 1998 Guidelines for very serious infringements taking place on small markets; it also differentiated between undertakings on the basis of their respective size in the market concerned (the so-called ‚groupings’) [...]. If anything, the 1998 Guidelines rather reflected the insufficient level of fines imposed on ‚large’ infringements or on large players, something which the 2006 Guidelines will probably correct.”

i) Rechtspraak

26. Allereerst moet in herinnering worden gebracht dat de Commissie zich zelfs vóór de richtsnoeren van 1998 heeft gebaseerd op de totale omzet die in het laatste jaar van het kartel met het betrokken product is gerealiseerd.<sup>11</sup>

27. Vervolgens wijs ik erop dat het Hof na de inwerkingtreding van de richtsnoeren van 1998 heeft bevestigd dat de Commissie aldus te werk kon gaan door te oordelen<sup>12</sup> dat, „hoewel de richtsnoeren [van 1998] niet voorzien in de berekening van de geldboeten op basis van de totale of de relevante omzet, zij zich er niet tegen verzetten dat de Commissie bij de bepaling van de geldboete dergelijke omzetcijfers in aanmerking neemt om de algemene beginselen van het [recht van de Unie] in acht te nemen of wanneer de omstandigheden dit vereisen”.

28. Ik stel vast dat het in de zaken die ik hieronder zal behandelen altijd de verticaal geïntegreerde karteldeelnemer was die voor het Gerecht of het Hof opkwam tegen de praktijk van de Commissie om de verkopen voor intern gebruik op te nemen in de omzet die dient als grondslag voor het berekenen van de geldboete.

29. De arresten Europa Carton/Commissie (EU:T:1998:89), KNP BT/Commissie (EU:C:2000:625), KNP BT/Commissie (EU:T:1998:91) (alle drie aangaande het „kartonkartel”), Lögstör Rör/Commissie (EU:T:2002:72) (kartel inzake „voorgeïsoleerde buizen”) en Tokai Carbon e.a./Commissie (EU:T:2005:220) (kartel inzake „speciaal grafiet”) hebben met elkaar gemeen dat (i) verzoekster/rekwirante een verticaal geïntegreerde onderneming was, (ii) de verkopen voor intern gebruik door de Commissie in aanmerking waren genomen en (iii) verzoekster/rekwirante van mening was dat zij moesten worden uitgesloten.

30. Wat was het oordeel van het Gerecht of het Hof in elk van deze zaken?

31. In de zaak Europa Carton/Commissie (EU:T:1998:89) heeft het Gerecht voor recht verklaard dat er geen enkele bepaling was op grond waarvan het verboden was om voor de vaststelling van het bedrag van de geldboete rekening te houden met de waarde van de interne leveranties van een vennootschap. Deze zaak werd benaderd vanuit de vraag welk voordeel het kartel had opgeleverd. Verzoekster had de op basis van het kartel gehanteerde prijs niet op haar interne verkopen toegepast (punten 123 en 128 van het arrest).

32. In punt 62 van het arrest KNP BT/Commissie (EU:C:2000:625) heeft het Hof<sup>13</sup> punt 128 van het arrest van het Gerecht aangehaald en onderschreven dat, „[z]ou geen rekening worden gehouden met de waarde van de interne kartonleveranties van [Europa Carton], [...] de verticaal geïntegreerde ondernemingen [onvermijdelijk] op ongerechtvaardigde wijze [zouden] worden bevoordeeld. Het uit het kartel behaalde voordeel zou in een dergelijk geval eventueel niet in aanmerking worden genomen en de betrokken onderneming zou zich onttrekken aan een sanctie die evenredig is aan haar omvang op de markt van de producten waarop de inbreuk betrekking heeft.”

11 — Zie bijvoorbeeld de volgende doctrine: Castillo de la Torre, F., „The 2006 Guidelines on Fines: Reflections on the Commission’s Practice”, *World Competition*, 2011, jaargang 33, blz. 359 (voetnoot 37): „In the press release relating to the Cement cartel (IP/94/1108), the Commission stated: ‚calculation [of fines] is normally based on the Community turnover in the product concerned’. In *Cartonboard*, the Commission explained the method used: ‚fines of a basic level of 9 or 7.5 % of the turnover of each undertaking addressed by the decision on the Community cartonboard market in 1990 were imposed on the undertakings regarded as the „ringleaders” of the cartel and on the other undertakings respectively’ (Case T-348/94, *Enso Española v. Commission* [1998] ECR II-1875, para. 247). See also, the calculation of the fine in *Steel Beams*, in Case T-151/94, *British Steel v. Commission* [1999] ECR II-629, paras 598-605.”

12 — Zie arrest *Dansk Rørindustri e.a./Commissie*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, EU:C:2005:408, punt 209 en aldaar aangehaalde rechtspraak en punt 258. Zie ook onder andere arresten van het Gerecht *Schunk en Schunk Kohlenstoff-Technik/Commissie*, T-69/04, EU:T:2008:415, punten 176 en 177; *Tomra Systems e.a./Commissie*, T-155/06, EU:T:2010:370, punt 317, en *Ballast Nedam Infra/Commissie*, T-362/06, EU:T:2012:492, punt 122.

13 — Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Mischo in deze zaak (EU:C:2000:258), die door het Hof is gevolgd.



33. In de zaak KNP BT/Commissie (EU:T:1998:91) heeft het Gerecht vastgesteld dat „verzoekster geen enkel element [had] aangevoerd ten bewijze” dat de Commissie geen rekening had moeten houden met de verkopen voor intern gebruik (punt 112 van het arrest).

34. In de arresten Lögstör Rör/Commissie (EU:2002:72, punt 360) en Tokai Carbon e.a./Commissie (EU:T:2005:220, punt 260) tot slot heeft het Gerecht verwezen naar de arresten KNP BT/Commissie (EU:C:2000:625) en Europa Carton/Commissie (EU:T:1998:89).

## ii) Richtsnoeren van de Commissie

35. Zoals het Hof in zijn arrest KME Germany e.a./Commissie<sup>14</sup> in herinnering heeft gebracht, dit keer ten aanzien van de richtsnoeren van 2006, „[heeft de Commissie] [m]et het oog op transparantie [...] de richtsnoeren vastgesteld. Daarin geeft zij te kennen op welke basis zij een bepaalde omstandigheid van de inbreuk in aanmerking zal nemen en welke gevolgen daaraan zullen kunnen worden verbonden voor de hoogte van de boete”. Daarnaast heeft het Gerecht geoordeeld<sup>15</sup> dat, „[o]ok al is de methode ter berekening van het bedrag van de geldboeten zoals vervat in de richtsnoeren beslist niet de enige mogelijke methode, zij [...] wel voor een *coherente beschikkingspraktijk* op het gebied van de oplegging van geldboeten [kan] zorgen, die weer de *gelijke behandeling kan verzekeren* van de ondernemingen waaraan een sanctie is opgelegd wegens overtreding van de mededingingsregels” (cursivering van mij).

36. Dat het vraagstuk van het al dan niet opnemen van de interne verkopen in de omzet die als grondslag dient voor de berekening van de geldboete (en van de eventuele discriminatie tussen ondernemingen, afhankelijk van de vraag of zij al dan niet verticaal geïntegreerd zijn) in deze zaak aan de orde is, heeft stellig te maken met de onstandvastige toepassing door de Commissie van haar richtsnoeren van 2006 en meer bepaald van het begrip „waarde van de verkopen” in haar boetebeleid<sup>16</sup> (dat de interne verkopen soms wel en soms niet onder dit begrip rangschikt en aldus onvoorspelbaar dreigt te worden).

37. Ik gebruik de term „onstandvastig” omdat de Commissie, anders dan in de zaken die ik hieronder zal aanhalen, benadrukt in tal van andere zaken bij de berekening van de boete evenmin rekening te hebben gehouden met de interne verkopen.<sup>17</sup> Afgezien van het feit dat deze beslissingen nagenoeg onvermeld laten dat de interne verkopen voor de waarde van de verkopen van de verticaal geïntegreerde producenten buiten beschouwing zijn gelaten<sup>18</sup>, zijn zij van later datum dan de litigieuze beschikking. Met andere woorden, de praktijk van de Commissie is altijd geweest de interne verkopen op te nemen in de omzet die dient als grondslag voor de berekening van de boete, tot de litigieuze beschikking, waarin zij zonder motivering (zelfs zonder het te melden<sup>19</sup>) haar benadering radicaal heeft gewijzigd.

14 — C-389/10 P, EU:C:2011:86, punt 126.

15 — Arrest Groupe Danone/Commissie, T-38/02, EU:T:2005:367, punt 523.

16 — Zie in dit verband bijvoorbeeld het reeds aangehaalde doctrinestuk „The 2006 Guidelines on Fines: Reflections on the Commission’s Practice”, dat stelt dat de „autoglasbeschikking” „does not deviate from the 2006 Guidelines, but rather applies the concept of sales indirectly or directly related to the infringement to the case at hand”. Immers, „much depends on whether the concept of sales ‚relating’ to the infringement is narrowly or broadly construed” (Kerse, C. S., en Khan, N., *EU Antitrust Procedure*, 6e druk, Sweet & Maxwell, Londen, 2012, blz. 417). Voorts, wat de richtsnoeren van 2006 en het begrip waarde van de verkopen betreft: „[t]he adoption of this new calculation method has somewhat reduced the margin of discretion of the Commission which, in every case, has to take a reasoned position on the sales included in the calculation of the fines. The identification of the goods and services to which the infringement indirectly or directly relates when setting the fine is expected to be a bone of contention in many cases. In several decisions already adopted under the [2006] Fining Guidelines, the determination of the value of the undertaking’s sales of goods or services related to the infringement was highly debated [...] [It follows from the Commission’s practice] that, in order to determine the basic amount of the fine in cartel cases, the Commission need not provide proof of each occasion on which individual sales were affected by the cartel activities” (Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, uitg. Kluwer Law, 5e druk, blz. 1100).

17 — De Commissie citeert beschikking C(2009) 7601 definitief van 7 oktober 2009 in zaak COMP/39.129, Energietransformatoren, en besluit C(2011) 7436 definitief van 19 oktober 2011 in zaak COMP/39.605, Glas voor kathodestraalbuizen.

18 — Hetgeen geleet op de hieronder (in de punten 62-64 van deze conclusie) aangehaalde rechtspraak op zichzelf aanleiding geeft tot kritiek.

19 — Zie dienaangaande tevens punt 70 van deze conclusie.

38. De rechtspraak<sup>20</sup> verplicht evenwel tot een enkele uitlegging van de richtsnoeren, tenzij de Commissie in een specifiek geval alle redenen vermeldt die haar tot een andere uitlegging brengen. Vóór de „noviteit” van de litigieuze beschikking was de praktijk van de Commissie overigens ook in overeenstemming met de rechtspraak en de richtsnoeren.

39. In haar beschikking „Internationale verhuisdiensten”<sup>21</sup> benadrukt de Commissie „in de eerste plaats dat het gebruik van de woorden ‚goederen of diensten (...) die (...) verband houden met de inbreuk’ – in plaats van ‚de getroffen goederen of diensten’ – aangeeft dat dit punt van de richtsnoeren [...] niet ziet op de verkopen van goederen of diensten waarvoor een rechtstreeks bewijs voorhanden is dat deze door de inbreuk werden getroffen. Een dergelijke uitlegging van dit punt zou de Commissie trouwens verplichten om, wil zij het basisbedrag van de geldboete in kartelzaken kunnen bepalen, telkens de individuele verkopen die door het kartel werden getroffen, aan te tonen, terwijl de rechtspraak heeft uitgesloten dat bij de toepassing van artikel 81 [EG] rekening hoeft te worden gehouden met de concrete gevolgen van een overeenkomst wanneer blijkt dat deze tot voorwerp had de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt te verhinderen, te beperken of te vervalsen.”

40. De genoemde beschikking vervolgt aldus: „Ten tweede is de Commissie van oordeel dat de woorden ‚die verband houden met’ in punt 13 van de richtsnoeren [...] niet slaan op het woord ‚de verkopen’, maar eerder op de woorden ‚goederen en diensten’ uit datzelfde punt. Met andere woorden, dit punt dient als volgt te worden uitgelegd: nadat de Commissie heeft bepaald welke goederen of diensten rechtstreeks of indirect met de inbreuk verband houden, wordt de waarde van de verkopen van al deze goederen of diensten in aanmerking genomen bij het bepalen van het basisbedrag van de geldboete.”

41. In de doctrine worden de richtsnoeren van 2006 op dezelfde manier uitgelegd. Zoals D. Geradin opmerkt<sup>22</sup>, „betekent dit in de praktijk dat de Commissie niet hoeft aan te tonen hoe de inbreuk elke afzonderlijke verkoop heeft beïnvloed wanneer eenmaal is vastgesteld dat zij van invloed is geweest op een gehele categorie producten of diensten. De reden is dat de woorden ‚die (...) verband houden met de inbreuk’ zien op de ‚producten of diensten’ en niet op de ‚verkopen’”.

42. In dit zogeheten „kartel inzake internationale verhuisdiensten” waren de door de karteldeelnemers overeengekomen inbreukmakende praktijken niet op alle door hen op de betrokken markt gesloten contracten toegepast.

43. In het beroep tegen deze beschikking<sup>23</sup> heeft het Gerecht het argument verworpen dat voor de berekening van de relevante waarde van de verkopen van Team Relocations in de zin van punt 13 van de richtsnoeren van 2006 enkel rekening mocht worden gehouden met de waarde van de verkopen als gevolg van de verhuizingen die daadwerkelijk door de inbreukmakende praktijken waren beïnvloed, en niet met de totale omzet van Team Relocations op de Belgische markt van internationale verhuisdiensten.

44. Zo „verwijst de formulering van punt 13 van de richtsnoeren van 2006 naar de ‚verkochte goederen of diensten (...) die rechtstreeks of indirect verband houden met de inbreuk’ en niet naar de ‚door de inbreuk beïnvloede verkopen’. De formulering van punt 13 ziet dus op de verrichte verkopen op de relevante markt. Dit blijkt bovendien zeer duidelijk uit de Duitse versie van punt 6 van de

20 — Zie de hieronder (in de punten 62-64 van deze conclusie) aangehaalde rechtspraak.

21 — Beschikking C(2008) 926 definitief van de Commissie van 11 maart 2008 (Zaak COMP/38.543 – Internationale verhuisdiensten), punten 532 en 533.

22 — *The EU Competition Law Fining System: A Reassessment*, TILEC Discussion Paper, nr. 2011-052, Tilburg, TILEC (vrije vertaling).

23 — Arrest Team Relocations e.a./Commissie, T-204/08 en T-212/08, EU:T:2011:286, punten 60-68.

richtsnoeren van 2006, waarin sprake is van de ‚Umsatz auf den vom Verstoß betroffenen Märkten‘ (verkopen op de markten waarop de inbreuk betrekking heeft). A fortiori ziet punt 13 van de richtsnoeren van 2006 niet uitsluitend op de gevallen waarin de Commissie beschikt over bewijsstukken van de inbreuk” (punt 63 van dit arrest).

45. Punt 64 van hetzelfde arrest luidt: „Deze uitlegging wordt bevestigd door de doelstelling van de [...] mededingingsregels [van de Unie]. De door Team Relocations voorgestelde uitlegging zou immers betekenen dat voor de bepaling van het basisbedrag van de in kartelzaken op te leggen geldboeten de Commissie in elk concreet geval zou moeten aantonen welke individuele verkopen door het kartel werden beïnvloed. Een dergelijke verplichting werd nooit opgelegd door de rechterlijke instanties van de Unie en niets wijst erop dat de Commissie de bedoeling had om zichzelf een dergelijke verplichting op te leggen in de richtsnoeren van 2006.”

46. Voorts „is het in zaken betreffende mededingingsregelingen, die naar hun aard geheim zijn, onvermijdelijk dat bepaalde stukken waaruit manifestaties van de mededingingsbeperkende praktijken blijken, niet worden ontdekt [...]” (punt 65).

47. Volgens punt 66 van dit arrest ten slotte „blijkt uit vaste rechtspraak dat het gedeelte van de omzet dat betrekking heeft op de goederen in verband waarmee de inbreuk is gepleegd, een correcte aanwijzing kan vormen voor de omvang van de inbreuk op de betrokken markt<sup>[24]</sup>. In het bijzonder geeft de omzet die is behaald met de producten die het voorwerp uitmaakten van concurrentiebeperkende gedragingen, als objectieve maatstaf de schadelijkheid van deze gedragingen voor de normale mededinging correct weer<sup>[25]</sup>. Dit beginsel werd overgenomen in de richtsnoeren van 2006.”

48. Dit arrest is bevestigd door een arrest van het Hof<sup>26</sup>, waarvan punt 76 duidelijk stelt dat het begrip „waarde van de verkopen” niet enkel betrekking heeft op de „omzet gerealiseerd met verkopen waarvan is vastgesteld dat zij daadwerkelijk door [het kartel] beïnvloed zijn”.<sup>27</sup> Een dergelijke beperking zou volgens het Hof (punt 77) „bovendien tot gevolg hebben dat het economische belang van een door een bepaalde onderneming gepleegde inbreuk op kunstmatige wijze wordt geminimaliseerd, daar het enkele feit dat beperkt rechtstreeks bewijs van daadwerkelijk door het kartel beïnvloede verkopen is gevonden, zou resulteren in de oplegging van een geldboete die niet in verhouding staat tot de reikwijdte van het kartel in kwestie. Een dergelijke beloning voor heimelijke gedragingen zou tevens afbreuk doen aan de doelstelling van doeltreffende vervolging en bestraffing van inbreuken op artikel 81 EG en is derhalve niet toelaatbaar”. Mitsdien (aldus punt 78) „heeft het Gerecht in punt 62 van het bestreden arrest [...] terecht geoordeeld dat ‚uit [dit punt 13 van de richtsnoeren van 2006] niet [blijkt] dat voor de berekening van de relevante waarde van de verkopen enkel de waarde van de verkopen als gevolg van de daadwerkelijk door de inbreukmakende praktijken beïnvloede verhuizingen in aanmerking kan worden genomen’. Dienaangaande heeft het zich dus, zonder van een onjuiste rechtsopvatting blijk te geven, kunnen baseren op, in punt 64 van dit arrest, de doelstelling van de mededingingsregels van de Unie, in punt 65 van het arrest, de noodzaak rekening te houden met de

24 — Arrest *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, 100/80–103/80, EU:C:1983:158, punt 121.

25 — Arresten *British Steel/Commissie*, T-151/94, EU:T:1999:52, punt 643, en *Saint-Gobain Gyproc Belgium/Commissie*, T-50/03, EU:T:2008:252, punt 84. Het Gerecht heeft eveneens het „subsidiar” aangevoerde argument van Team Relocations verworpen dat de relevante waarde van de verkopen niet de omzet diende te omvatten die werd behaald met de verhuizingen van particulieren, dat wil zeggen die niet werden betaald door een derde, aangezien de inbreukmakende praktijken op deze verhuizingen niet waren toegepast.

26 — Arrest *Team Relocations e.a./Commissie*, C-444/11 P, EU:C:2013:464.

27 — Punt 76 luidt in zijn geheel als volgt: „Hieruit volgt dat punt 13 van de richtsnoeren [...] tot doel heeft als uitgangspunt voor de berekening van de aan een onderneming op te leggen geldboete een bedrag te nemen dat het economische belang van de inbreuk en het aandeel van deze onderneming daarin weerspiegelt. Dit betekent dat, zelfs al kan het begrip ‚waarde van de verkopen’ als bedoeld in punt 13 van de richtsnoeren [...] zeker niet dusdanig ruim opgevat worden dat het ook de verkopen van de onderneming in kwestie omvat die niet onder de reikwijdte van de toegerekende mededingingsregeling vallen, het evenwel strijdig zou zijn met het doel van deze bepaling indien dit begrip aldus zou worden uitgelegd dat het enkel ziet op de omzet gerealiseerd met verkopen waarvan is vastgesteld dat zij daadwerkelijk door dit kartel beïnvloed zijn.”

heimelijke aard van mededingingsregelingen, waardoor het in casu ‚daadwerkelijk onmogelijk [zou] zijn om elementen met betrekking tot elke beïnvloede verhuizing te vinden’, en, in punt 66 van hetzelfde arrest, de uit het reeds genoemde arrest *Musique Diffusion française e.a./Commissie* voortvloeiende rechtspraak”.<sup>28</sup>

49. In punt 28 van het arrest *SGL Carbon/Commissie* (C-564/08 P, EU:C:2009:703), inzake beschikking 2004/420/EG<sup>29</sup>, stelt het Hof vast dat „[u]it de litigieuze beschikking overigens [...] blijkt dat de verschillende omzetbedragen en percentages voor marktaandeel, inclusief het verbruik binnen de eigen onderneming, door de betrokken ondernemingen aan de Commissie waren meegedeeld”.

50. In punt 29 van dit arrest merkt het op dat „[g]elet op een en ander [...] de Commissie in de punten 291 tot en met 295 van de litigieuze beschikking er uitdrukkelijk melding van [heeft] gemaakt dat het verbruik binnen de eigen onderneming bij de berekeningen is meegeteld. Zo heeft zij in punt 292 van deze beschikking uiteengezet dat de waarde van het verbruik binnen de eigen onderneming bij de berekening van de omzetbedragen en marktaandelen in aanmerking genomen moet worden, daar verticaal geïntegreerde ondernemingen anders op ongerechtvaardigde wijze bevoordeeld zouden worden. Zonder inaanmerkingneming van deze waarde zou het werkelijke uit het kartel behaalde voordeel voor een dergelijke onderneming immers buiten beschouwing blijven, zodat de onderneming zich zou onttrekken aan een sanctie die evenredig is aan haar omvang op de markt van de producten waarop de inbreuk betrekking heeft.”

51. In punt 30 van dit arrest wijst het Hof dienaangaande op het volgende: „Dat de inaanmerkingneming van het verbruik binnen de eigen onderneming bij de beoordeling van de omzetbedragen en marktaandelen in een context zoals die van de onderhavige zaak relevant is, heeft het Hof erkend in zijn arrest [*KNP BT/Commissie*, EU:C:2000:625, punt 62], waaruit voortvloeit dat, zou geen rekening worden gehouden met de waarde van de interne leveringen, de verticaal geïntegreerde ondernemingen wat betreft de beoordeling van de door hen uit een kartel behaalde winst, zonder enige rechtvaardiging zouden worden bevoordeeld.”

52. Hieruit volgt dat de Commissie de interne verkopen heeft meegeteld zonder voor al deze verkopen een met de inbreuk verband houdend voordeel aan te tonen.

28 — Zie ook de punten 85-87 van het genoemde arrest van het Hof.

29 — Beschikking van de Commissie van 3 december 2003 inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] en artikel 53 EER-Overeenkomst (Zaak COMP/38.359 – Elektrische en mechanische koolstof- en grafietproducten) (PB 2004, L 125, blz. 45).



53. Een ander voorbeeld van deze praktijk van de Commissie is het besluit Liquid Crystal Displays (hierna: „lcd”) van 8 december 2010<sup>30</sup>, waarin eraan is herinnerd dat inaanmerkingneming van de verkopen voor intern gebruik bij de berekening van de „beïnvloede verkopen” volgens de richtsnoeren van 2006 noodzakelijk was om „discriminatie tussen verticaal geïntegreerde ondernemingen en niet verticaal geïntegreerde ondernemingen te vermijden”<sup>31</sup>. De Commissie heeft geoordeeld dat de verticaal geïntegreerde karteldeelnemers geen gunstiger behandeling moesten krijgen dan de andere deelnemers.

54. In het beroep tegen dit besluit heeft het Gerecht<sup>32</sup> geoordeeld dat onder andere het eerste middel, ontleend aan het feit dat de Commissie bij de berekening van het boetebedrag ten onrechte ook verzoeksters’ interne verkopen had meegeteld, niet kon slagen. Volgens het Gerecht volgt uit punt 13 van de richtsnoeren van 2006 niet dat voor de berekening van de relevante waarde van de verkopen ter vaststelling van de geldboete enkel rekening mag worden gehouden met de waarde van daadwerkelijk door de inbreukmakende praktijken beïnvloede verkooptransacties<sup>33</sup> (punt 65). De bewoordingen van deze bepaling hebben immers betrekking op de verkopen op de relevante markt, dat wil zeggen de markt waarop de inbreuk betrekking heeft. A fortiori ziet dit punt niet uitsluitend op de gevallen waarvoor de Commissie over bewijsstukken van de inbreuk beschikt (punt 66).

55. Het Gerecht merkt vervolgens op dat „[d]eze uitlegging wordt bevestigd door de doelstelling van de mededingingsregels van de Unie. De door verzoeksters voorgestelde uitlegging zou immers betekenen dat de Commissie voor de bepaling van het basisbedrag van de in kartelzaken op te leggen geldboeten in elk concreet geval zou moeten aantonen welke individuele verkopen door het kartel werden beïnvloed. Een dergelijke verplichting werd nooit opgelegd door de rechterlijke instanties van de Unie en niets wijst erop dat de Commissie de bedoeling had om zichzelf een dergelijke verplichting op te leggen in de richtsnoeren van 2006” (punt 67). „Wanneer een onder een kartel vallend product op de interne markt wordt verkocht, wordt de mededinging op die markt verstoord, en de Commissie moet daarmee rekening houden bij het berekenen van de geldboete die zij oplegt aan de onderneming die voordeel uit de verkoop heeft behaald. Dienaangaande moet worden benadrukt dat artikel 81 EG niet uitsluitend is bedoeld om de belangen van de concurrenten of van de consumenten te beschermen, maar om de structuur van de markt en daarmee de mededinging als zodanig veilig te stellen”<sup>34</sup> (punt 70). Hieruit volgt dat „in het midden kan blijven of LGE en Philips hun hogere prijzen hebben betaald vanwege het kartel en of zij deze eventuele meerprijs hebben doorberekend in de prijs van de eindproducten met de kartel-lcd’s die zij aan de Europese consument hebben verkocht” (punt 71).

30 — Besluit C(2010) 8761 definitief van de Commissie in zaak COMP/39.309, punt 382: „Though both Direct EEA Sales and Direct EEA Sales Through Transformed Products lead to the inclusion of – respectively – sales to related companies and intra-group sales for some of the parties, focusing on the first EEA sale of the product concerned by the infringement – whether transformed or not – to a company that is not part of the supplier undertaking ensures that no discrimination is made between vertically integrated companies and non-vertically integrated companies”; punt 383: „[...] As concerns Direct EEA Sales Through Transformed Products, the consumer harm inflicted by the cartel arrangements is clearly represented by the value of panels delivered within the transformed products to the final consumer in the EEA [...]”; en punt 394 tot slot: „[...] in general, as explained in recital 238 with reference to the Cartonboard case, it can be reasonably assumed that an implemented cartel had effects on direct sales through transformed products”. Het genoemde punt 238 luidt: „[...] As confirmed by the General Court in [Europa Carton/Commission], even if the higher price resulting from a cartel is not always or not in its entirety passed on to intra-group customers, the competitive advantage deriving from this positive discrimination does foreseeably influence competition on the market [...] Intra-group sales of LCD panels – in as far as they ended up into transformed products sold in the EEA – are therefore to be taken into account, just like intra-cartel sales in the EEA [...]”.

31 — (Vrije vertaling.) Dienaangaande kan worden opgemerkt dat de Commissie in haar beschikking C(2008) 3043 definitief van 25 juni 2008 inzake een procedure op grond van artikel 81 EG en artikel 53 EER-Overeenkomst (Zaak COMP/39.180 – Aluminiumfluoride) (die aanleiding heeft gegeven tot het arrest ICF/Commissie, T-406/08, EU:T:2013:322, en vervolgens tot zaak C-467/13 P, thans aanhangig) heeft geoordeeld dat de vraag of de verkopen voor intern gebruik voor de berekening van de waarde van de verkopen en de uiteindelijke geldboete in aanmerking waren genomen niet ter zake deed.

32 — Arrest LG Display en LG Display Taiwan/Commissie, T-128/11, EU:T:2014:88, punten 60 en volgende. Zie ook arrest InnoLux/Commissie, T-91/11, EU:T:2014:92.

33 — Zie in die zin het arrest Putters International/Commissie, T-211/08, EU:T:2011:289, punt 58.

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



56. Uitsluitend subsidiair stelt het Gerecht vast dat „uit het dossier [tevens] blijkt dat de verkopen van kartel-lcd's aan met de karteldeelnemers verbonden klanten voorwerp waren geweest van de kartelbesprekingen” (punten 73-89). Voorts is het Gerecht van oordeel dat niet bepalend is of de verkopen in kwestie plaatsvonden tegen prijzen die door het kartel waren beïnvloed, maar dat zij plaatsvonden op een markt die werd beïnvloed door het bestaan van een kartel waaraan verzoeksters deelnamen (punt 97).

57. In het kader van het besluit inzake het kartel „badkamersanitair”<sup>35</sup> was aangevoerd dat bepaalde speciale producten niet onder het kartel vielen en voor de waarde van de verkopen niet meegeteld moesten worden. De Commissie heeft deze stelling verworpen: zelfs indien de lijst van speciale prijzen („special price list”) op geen enkel moment, direct noch indirect, tijdens de prijsbesprekingen van de karteldeelnemers aan de orde zou zijn gekomen, waren de met deze lijst samenhangende verkopen door de inbreuk beïnvloed, omdat deze „speciale” prijzen naar alle waarschijnlijkheid waren vastgesteld aan de hand van de „standaard”-prijzen.<sup>36</sup>

58. In het beroep tegen dit besluit (T-373/10, T-374/10, T-382/10 en T-402/10<sup>37</sup>) heeft het Gerecht het vijfde middel, inzake het in aanmerking nemen van niet door de inbreuk beïnvloede verkopen bij de berekening van de geldboete, ongegrond verklaard. Het heeft geoordeeld dat „de Commissie conform punt 13 van de richtsnoeren van 2006 rekening heeft gehouden met alle verkopen van producten aan de groothandelaren, aangezien die alle direct of indirect door de inbreuk in kwestie werden beïnvloed. Het door verzoeksters aangevoerde argument dat de Commissie niet over een ruime beoordelingsmarge beschikt ten aanzien van het in aanmerking te nemen omzetcijfer, moet van de hand worden gewezen, aangezien de Commissie dienaangaande geen beoordelingsfout heeft begaan.”

59. Vermelding verdient verder nog het oordeel van het Gerecht ten aanzien van het kartel „industriële koperen buizen” in zaak T-127/04<sup>38</sup>, waarvan het arrest door het Hof is bevestigd in arrest C-272/09 P<sup>39</sup>. Het Gerecht is nagegaan of de Commissie bij de beoordeling van de omvang van de betrokken markt ten onrechte rekening had gehouden met de koperprijs. Verzoeksters beweerden in dit verband, ten eerste, dat de fabrikanten van industriële buizen geen controle hadden over de koperprijs omdat deze volgens de LME<sup>40</sup> werd vastgesteld en, ten tweede, dat de kopers van industriële buizen zelf beslisten tegen welke prijs het metaal werd gekocht. Verzoeksters benadrukten tevens dat de schommelingen in de prijs van het metaal geen enkele invloed hadden op hun winst. Volgens het Gerecht „is [er] echter geen enkele geldige reden om bij de berekening van de omzet op een betrokken markt bepaalde productiekosten uit te sluiten. Zoals de Commissie terecht heeft betoogd, bestaan er in alle industriële sectoren aan het eindproduct inherente kosten die de fabrikant niet kan beheersen, maar die toch een wezenlijk element van het geheel van zijn activiteiten vormen en dus niet van zijn omzet kunnen worden uitgesloten bij de bepaling van het basisbedrag van de geldboete.”<sup>[41]</sup> Dat de koperprijs een aanzienlijk deel van de eindprijs van industriële buizen is, of dat

35 — Beschikking C(2010) 4185 definitief van de Commissie van 23 juni 2010 inzake een procedure op grond van artikel [81 EG] en artikel 53 EER-Overeenkomst (Zaak COMP/39.092 — Badkamersanitair).

36 — Zie voor deze problematiek ook Kerse, C.S., en Khan, N., blz. 412-419.

37 — Arrest Villeroy & Boch Austria e.a./Commissie, EU:T:2013:455, punten 335 en volgende; bijvoorbeeld punt 342: „vastgesteld [moet worden] dat [verzoeksters] niet aantonen dat de coördinatie van de verkoopprijzen voor de groothandelaren volgens de brutoprijslijsten niet van invloed was op de vaststelling van de andere prijslijsten. Zoals de Commissie heeft opgemerkt in haar geschriften, zonder dat verzoeksters in dat verband een tegenargument of tegenbewijs aanvoeren, deden de brutoprijslijsten voor de verkopen van producten aan de groothandelaren, die voorwerp van coördinatie waren, dienst als referentieprijzen voor de fabrikanten van badkamersanitair wanneer zij aan de groothandelaren producten verkochten die niet bestemd waren voor het distributiecircuit in drie stadia.” Zie ook arresten Keramag Keramische Werke e.a./Commissie, T-379/10 en T-381/10, EU:T:2013:457; Rubinetteria Cital/Commissie, T-368/10, EU:T:2013:460 („Badkamersanitair”), en Parker ITR en Parker-Hannifin/Commissie, T-146/09, EU:T:2013:258 („Slangen voor maritieme toepassingen”).

38 — Arrest KME Germany e.a./Commissie, EU:T:2009:142, punten 89-91.

39 — Arrest KME Germany e.a./Commissie, EU:C:2011:810.

40 — London Metal Exchange (metaalbeurs van Londen).

41 — Het Gerecht verwijst hier naar zijn arrest Cimenteries CBR e.a./Commissie, T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95, EU:T:2000:77, punten 5030 en 5031.

het gevaar voor schommelingen in de koperprijs veel groter is dan voor andere grondstoffen, doet niet af aan deze conclusie.” Ik zou hieraan willen toevoegen, dat hoewel de geldboete in deze zaak onder vigeur van de richtsnoeren van 1998 is opgelegd, de benadering van het Gerecht relevant blijft voor de richtsnoeren van 2006, aangezien de geldboete is gebaseerd op de totale waarde van de betrokken markt.

60. Tot slot heeft de Commissie in haar beschikking in zaak COMP/39.125 („Autoglas”)<sup>42</sup> de voor de berekening van de geldboete relevante verkopen beperkt tot de verkopen van glasleveranciers aan autofabrikanten waarvoor rechtstreekse bewijzen van kartelactiviteit voorhanden waren. Dit punt was ook door Team Relocations aangevoerd in de zaak die heeft geleid tot het arrest Team Relocations e.a./Commissie, EU:T:2011:286. Het Gerecht heeft evenwel vastgesteld dat de Commissie in punt 663 van de beschikking „Autoglas” was uitgegaan van het beginsel dat het feit dat geen specifieke bewijzen voorhanden waren voor elke bespreking die betrekking had op „afnemers voor auto’s”, de vaststelling van de waarde van de verkopen niet beperkte tot louter de afnemers waarvoor rechtstreekse bewijzen bestonden, aangezien kartelregelingen naar hun aard geheime afspraken zijn en de bewijzen in de meeste gevallen, of zelfs in alle, onvolledig zullen blijven.<sup>43</sup> De Commissie heeft dit beginsel vervolgens weliswaar genuanceerd in de punten 664 tot en met 667 van deze beschikking, maar het Gerecht heeft vastgesteld dat zij dit uitsluitend heeft gedaan voor twee uitzonderlijke perioden in het begin en aan het einde van de inbreukperiode, omdat zij veronderstelde dat de autoglasleveranciers hun offertes in deze perioden uitsluitend hadden gewijzigd wanneer het bepaalde grote afnemers betrof. De benadering van de Commissie in deze beschikking was volgens het Gerecht dan ook niet in strijd met die welke in de beschikking „Internationale verhuisdiensten” was gevolgd.

61. Kon de Commissie evenwel geen goede redenen hebben om in de onderhavige zaak van haar richtsnoeren af te wijken?

62. In herinnering moet worden gebracht dat het Hof „[i]n beslissingen over interne maatregelen van de administratie [...]” reeds heeft geoordeeld<sup>44</sup> dat „deze weliswaar niet kunnen worden aangemerkt als een rechtsregel die de administratie hoe dan ook dient na te leven, maar wel een gedragsregel voor de te volgen praktijk vormen, waarvan de administratie in een concreet geval niet mag afwijken zonder opgaaf van redenen die verenigbaar zijn met het beginsel van gelijke behandeling. Dergelijke maatregelen vormen derhalve een handeling van algemene strekking, waarvan de betrokken ambtenaren en functionarissen de onwettigheid kunnen inroepen tot staving van een beroep tegen individuele besluiten die op basis van die maatregelen zijn vastgesteld.”

63. Het Hof heeft hieraan toegevoegd dat „[d]eze rechtspraak [...] te meer [geldt] voor gedragsregels die externe gevolgen beogen, zoals de richtsnoeren, die marktdeelnemers betreffen”. Bovendien, „[d]oor dergelijke gedragsregels vast te stellen en via de publicatie ervan te doen weten dat zij die voortaan zal toepassen op de desbetreffende gevallen, beperkt de betrokken instelling de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid. Zij kan niet van die regels afwijken zonder dat hieraan in voorkomend geval een sanctie wordt verbonden wegens schending van algemene rechtsbeginselen als het gelijkheids- of het vertrouwensbeginsel. Het is dus niet uitgesloten dat dergelijke gedragsregels met een algemene strekking onder bepaalde voorwaarden en naargelang van hun inhoud rechtsgevolgen kunnen sorteren.”<sup>45</sup>

42 — Beschikking C(2008) 6815 definitief van de Commissie van 12 november 2008, waarvan een samenvatting is gepubliceerd in het Publicatieblad van 25 juli 2009 (PB C 173, blz. 13).

43 — Punt 663: „the fact that specific evidence is not available for each and every discussion that took place on the respective car accounts within the overall arrangements does not limit the determination of the relevant value of sales to only those accounts for which such specific evidence is available [...]”.

44 — Zie arrest Dansk Rørindustri e.a./Commissie, EU:C:2005:408, punt 209 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie ook arresten Fuji Electric/Commissie, T-132/07, EU:T:2011:344, punt 235, en (voor de richtsnoeren van 2006) Denki Kagaku Kogyo en Denka Chemicals/Commissie, T-83/08, EU:T:2012:48, punt 107.

45 — Ibidem, punt 210 respectievelijk 211.

64. Bovendien mag de Commissie, zoals het Gerecht reeds heeft bevestigd<sup>46</sup>, „ofschon [zij] bij de vaststelling van het bedrag van elke geldboete over een zekere beoordelingsvrijheid beschikt en zij niet verplicht is een louter mathematische formule te hanteren<sup>47</sup>, [...] niet afwijken van de regels die zij zichzelf heeft opgelegd<sup>48</sup>. Aangezien de richtsnoeren een instrument vormen om, met inachtneming van de rechtsregels van hogere rang, de criteria te omschrijven die de Commissie bij het gebruik van haar beoordelingsvrijheid inzake de vaststelling van geldboeten voornemens is te hanteren, moet de Commissie bij de vaststelling van het bedrag van de geldboeten daadwerkelijk rekening houden met de richtsnoeren, met name met de punten die daarin dwingend zijn vastgesteld<sup>49</sup>].”

65. In casu is de Commissie niet alleen zonder opgaaf van redenen afgeweken van haar richtsnoeren en de uitlegging die zij daaraan zelf had gegeven, maar heeft zij haar argumentatie ten opzichte van bijvoorbeeld de zaak Europa Carton/Commissie (EU:T:1998:89) zelfs volledig omgekeerd!

66. In die zaak heeft de Commissie immers op geen enkel moment betoogd of verondersteld dat de door de kartelleden overeengekomen algemene prijsverhogingen daadwerkelijk op de interne verkopen binnen hun eigen ondernemingen waren toegepast. Integendeel, de Commissie heeft voor het Gerecht aangevoerd dat „verzoekster vouwkarton [had] verkocht [dat] [was] geproduceerd op basis van producten waarop de beschikking betrekking [had]. Aldus [had] zij een onrechtmatig concurrentievoordeel genoten, aangezien zij wel niet in ernst [had] willen beweren dat zij de interne transacties tegen de buitensporige prijzen van het kartel [had] gefactureerd. Bijgevolg [had] zij in een of andere vorm geprofiteerd van de verkoop van producten ten aanzien waarvan kartelafspraken [waren] gemaakt. Er [was] dan ook geen reden om geen rekening te houden met de zogenoemde ‚interne‘ omzetten. Zou verzoeksters standpunt worden aanvaard dan zouden geïntegreerde producenten een ongerechtvaardigd gunstiger behandeling genieten.” Bovendien was het „onjuist om te stellen, dat met de betrokken kartonproducten geen omzet [was] behaald, omdat zij voor de productie van vouwkarton [waren] gebruikt, [dat] op de markt [was] afgezet” (punten 117 en 118 van het arrest).

67. Het Gerecht heeft van zijn kant geoordeeld dat „verzoeksters fabrieken voor vouwkarton, en dus verzoekster zelf, van het kartel hebben geprofiteerd door karton uit eigen productie als grondstof te gebruiken. *Anders dan de concurrerende verwerkers behoefde verzoekster namelijk niet de kostenstijgingen te dragen die waren veroorzaakt door de onderling afgestemde prijsverhogingen*” (punt 127 van dit arrest; cursivering van mij).

68. Mijns inziens komt deze benadering overeen met de economische realiteit die ten grondslag lag aan het arrest van het Hof in de zaak KNP BT/Commissie (EU:C:2000:625, punt 62), in de zin dat verticaal geïntegreerde ondernemingen, zoals het Hof in dit arrest in wezen heeft erkend, downstream voordelen kunnen behalen uit upstream gehanteerde kartelprijzen.

69. Ik concludeer dat de Commissie het proces volledig heeft omgekeerd. Zij had de interne verkopen of „captive sales” in beginsel moeten opnemen in de omzetbedragen die de grondslag vormden voor de berekening van de geldboete, tenzij zij had aangetoond wegens uitzonderlijke of bijzondere omstandigheden reden te hebben dit niet te doen, maar in plaats daarvan heeft zij deze verkopen uitgesloten op grond dat niet was vastgesteld, of dat zijzelf (of Guardian?) niet had aangetoond, dat genoemde verkopen tot het door het kartel gecreëerde concurrentievoordeel hadden bijgedragen.

46 — Arrest Daiichi Pharmaceutical/Commissie, T-26/02, EU:T:2006:75, punt 49.

47 — Zie bijvoorbeeld arrest Martinelli/Commissie, T-150/89, EU:T:1995:70, punt 59.

48 — Zie naar analogie arrest Hercules Chemicals/Commissie, T-7/89, EU:T:1991:75, punt 53, in hogere voorziening bevestigd door het arrest Hercules Chemicals/Commissie, C-51/92 P, EU:C:1999:357.

49 — Arrest JFE Engineering e.a./Commissie, T-67/00, T-68/00, T-71/00 en T-78/00, EU:T:2004:221, punt 537.

70. Anders gezegd, de Commissie heeft, in weerwil van de rechtspraak van het Hof en het Gerecht en haar eigen, hierboven beschreven beschikkingspraktijk (en terwijl de gedachte achter de richtsnoeren van 2006 juist was de analyse op de relevante markt toe te spitsen), de interne verkopen uitgesloten zonder daarvoor enige grond aan te voeren.<sup>50</sup>

71. Hieruit volgt dat het Gerecht door het bevestigen van de litigieuze beschikking waarbij de interne verkopen zonder enige motivering van de omzet zijn uitgesloten, blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

c) Levert de uitsluiting van de interne verkopen, gelet op het feit dat slechts bepaalde deelnemers aan het kartel verticaal geïntegreerd waren, discriminatie van de niet verticaal geïntegreerde deelnemers op?

72. Niets belet de Commissie een reductiecoëfficiënt op de sanctie toe te passen indien zij dat met het oog op het evenredigheidsbeginsel gerechtvaardigd acht.

73. Daarbij heeft de Commissie evenwel andere algemene beginselen te respecteren, in casu het beginsel van gelijke behandeling, dat vereist dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is.<sup>51</sup> Wanneer nu de Commissie in de onderhavige zaak betoogt dat zij (met het uitsluiten van de verkopen voor intern gebruik) alle deelnemers aan het kartel op dezelfde wijze heeft behandeld, gaat zij eraan voorbij dat Guardian als enige van de vier karteldeelneemers niet verticaal geïntegreerd was.

74. De verlaging van de sanctie die de Commissie heeft toegepast door de verkopen voor intern gebruik uit te sluiten van de omzet die als grondslag dient voor de berekening van de boete heeft dus tot gevolg dat „de verticaal geïntegreerde ondernemingen op ongerechtvaardigde wijze worden bevoordeeld”.<sup>52</sup> Aldus zouden zij „zich [kunnen] onttrekken aan een sanctie die evenredig is aan [hun] omvang op de markt van de producten waarop de inbreuk betrekking heeft”.<sup>53</sup> De verticaal geïntegreerde ondernemingen krijgen zo immers een sanctie opgelegd die in relatieve waarde niet overeenkomt met hun vermogen om de mededinging te verstoren en dus om voordeel uit deze inbreuk te behalen.

75. Een dergelijke handelwijze leidt dan ook tot discriminatie van ondernemingen die niet verticaal geïntegreerd zijn, in casu Guardian.

50 — Vermelding verdient in dit verband dat de behandeling van de interne verkopen of „captive sales” in de administratieve procedure merkwaardigerwijs noch in de mededeling van punten van bezwaar, noch tijdens de hoorzitting aan de orde is gesteld – alsof er op dat moment vanuit werd gegaan dat de interne verkopen meegeteld moesten worden. Vermeldenswaard is voorts dat geen van de 541 punten die de litigieuze beschikking telt, ingaat op de vraag waarom de interne verkopen zijn uitgesloten; uitsluiting lijkt bij de berekening van de geldboete als een vanzelfsprekendheid te zijn beschouwd. Opgemerkt zij verder nog dat: i) de Commissie volgens Guardian op het allerlaatste moment haar standpunt over de verkopen voor intern gebruik heeft gewijzigd; en ii) volgens een door een functionaris van de Commissie gepubliceerd doctrinestuk („The 2006 Guidelines on Fines: Reflections on the Commission’s Practice”, reeds aangehaald, blz. 369 en voetnoot 56) „[t]here is no consolidated practice as regards ‘captive sales’, and it would appear that the Commission will assess the specific circumstances of the case in order to decide whether to take them into account or not [...] [the captive sales] were *finally* excluded in Flat Glass” (cursivering van mij).

51 — Zie bijvoorbeeld arrest Akzo Nobel Chemicals en Akros Chemicals/Commissie, C-550/07 P, EU:C:2010:512, punten 54 en 55 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

52 — Zie arrest KNP BT/Commissie, EU:C:2000:625, punt 62.

53 — Ibidem.



76. Ik stel vast dat Guardian blijkt de aan het Hof voorgelegde stukken de zwaarste sanctie opgelegd heeft gekregen, ofschoon zij van de vier producenten binnen de EER de kleinste is. Haar aandeel in de Europese productie van vlakglas bedraagt slechts 13 %, veel minder dan Saint-Gobain (25 %), Pilkington (24 %) en Glaverbel (20 %).<sup>54</sup> De wereldwijde omzet van het Guardian-concern bedroeg in 2004 3,878 miljard EUR; voor Saint-Gobain lag dit cijfer acht keer hoger (32,02 miljard EUR), voor Asahi/Glaverbel nagenoeg drie keer hoger, en voor Pilkington lag het – vóór de latere overname door Nippon Sheet Glass – op een vergelijkbaar niveau.<sup>55</sup>

77. Voorts stel ik vast dat de totale omvang van de relevante markt als gevolg van de uitsluiting van de interne verkopen daalde van 2,7 tot 1,7 miljard EUR, waardoor het relatieve aandeel van elke bij het kartel betrokken onderneming, een van de criteria van de richtsnoeren van 2006, wat de waarde van de verkopen betreft grote wijzigingen onderging.

78. Tot slot zie ik niet waarom, zoals in punt 106 van het bestreden arrest wordt gesteld, de situatie van de verticaal geïntegreerde ondernemingen objectief zou verschillen van die van de niet verticaal geïntegreerde ondernemingen omdat het kartel enkel betrekking had op prijzen die voor onafhankelijke klanten werden gehanteerd. Wat is immers de relevantie van het verschil in ondernemingsstructuur voor de berekening van de geldboete? Relevante factoren zijn in feite slechts de ernst en de duur van de inbreuk (zoals ook blijkt uit de bewoordingen van verordening nr. 1/2003<sup>56</sup>) en het relatieve aandeel op de relevante markt van de karteldeelnemers, aangezien zij de evenredigheid en de afschrikkende werking van de sanctie waarborgen.

79. Dienaangaande heeft de Commissie zich er ter terechtzitting over beklagd dat de verplichting om voor de berekening van de boete steeds met de verkopen voor intern gebruik rekening te houden leidt tot een forse verhoging van de geldboeten die aan verticaal geïntegreerde karteldeelnemers worden opgelegd. Ik zou willen volstaan met op te merken dat de hogere boetebedragen voor verticaal geïntegreerde ondernemingen voortvloeien uit de keuze van de wetgever van de Unie om bij de berekening van de geldboeten uit te gaan van het begrip „omzet” en niet van het begrip „bedrijfsresultaat” of „winst”.<sup>57</sup>

80. Uit het bovenstaande vloeit voort dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door niet te erkennen dat de adressaten van de litigieuze beschikking niet gelijk zijn behandeld. Derhalve dient het bestreden arrest te worden vernietigd.

d) Hoe kan aan deze discriminatie een einde worden gemaakt?

81. Overeenkomstig artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof kan het Hof in geval van vernietiging van de beslissing van het Gerecht de zaak zelf afdoen wanneer deze in staat van wijzen is, dan wel haar voor afdoening verwijzen naar het Gerecht. Naar mijn oordeel is het geding in staat van wijzen door het Hof.

54 — Zie „Pilkington and the Flat Glas Industrie 2006”, blz. 5, aangehaald in de litigieuze beschikking in voetnoot 36.

55 — In de mededeling van punten van bezwaar was aangegeven dat Guardian een marktaandeel had van 10-20 % (in werkelijkheid bedroeg het 15,7 %, uitgaande van een totaal marktvolume van 1,7 miljard EUR), maar dit aandeel loopt in de litigieuze beschikking op tot bijna 25 % vanwege de uitsluiting van de interne verkopen van de drie andere karteldeelnemers.

56 — Artikel 23, lid 3, bepaalt enkel: „Bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete wordt zowel met de ernst, als met de duur van de inbreuk rekening gehouden.” Uiteraard geldt voor het bedrag het plafond van 10 % van de totale omzet die de aan de inbreuk deelnemende onderneming in het voorafgaande boekjaar heeft behaald (artikel 23, lid 2, van deze verordening) (zie dienaangaande mijn conclusie van 12 februari 2014 in de zaak YKK e.a./Commissie, C-408/12 P, thans aanhangig).

57 — Met de aantekening dat de Commissie volgens de richtsnoeren van 2006 van de daarin vervatte regels kan afwijken, mits zij een en ander op passende wijze motiveert.



82. Guardian is de enige niet-geïntegreerde producent onder de adressaten van de litigieuze beschikking en dus de enige onderneming die geen baat heeft gehad bij de verlaging van de geldboeten als gevolg van de uitsluiting van de verkopen voor intern gebruik, waaruit de andere adressaten voordeel hebben behaald.

83. Uiteraard is het niet meer mogelijk de verkopen voor intern gebruik van de andere adressaten van de litigieuze beschikking alsnog in aanmerking te nemen en hun geldboeten te verhogen; zij hebben immers geen beroep ingesteld tegen de litigieuze beschikking, die voor hen definitief geworden is.<sup>58</sup>

84. Dient nog te worden vastgesteld of de discriminatie ongedaan kan worden gemaakt door de geldboete voor Guardian te verlagen naar evenredigheid van de totale vermindering die via de uitsluiting van de verkopen voor intern gebruik van de andere ondernemingen op de geldboeten van deze ondernemingen is toegepast.

85. De Commissie heeft zich ter terechtzitting voor het Hof tegen deze mogelijkheid verzet omdat, ten eerste, de geldboeten dan niet meer voor alle karteldeelnemers op dezelfde wijze zouden worden berekend en, ten tweede, de geldboete voor Guardian in het licht van de ernst van haar gedragingen niet meer afschrikkend genoeg zou zijn.

86. Ik ben het niet met de Commissie eens. Ik sluit me daarentegen aan bij de oplossing waarvoor het Gerecht in zijn arrest JFE Engineering/Commissie gekozen heeft.<sup>59</sup>

87. Het Gerecht heeft niet de aan de Europese fabrikanten opgelegde boeten verhoogd, maar de aan de Japanse fabrikanten opgelegde boeten verlaagd, ofschoon het had vastgesteld dat de Commissie de reikwijdte van de deelname van de Europese fabrikanten aan de inbreuk had onderschat. Het heeft afgezien van de (in casu logischer) oplossing om de geldboete van de ten onrechte bevoordeelde categorie te verhogen, omdat de Commissie eerst ter terechtzitting op de mogelijkheid van deze verhoging had gewezen en de belanghebbenden niet in de gelegenheid waren gesteld dienaangaande opmerkingen te maken. A fortiori kan van deze oplossing geen sprake zijn in de onderhavige zaak, waarin wijziging van de geldboete voor de karteldeelnemers buiten Guardian te enen male uitgesloten is.

88. Bovendien, dat het feit dat tot een ongelijke behandeling aanleiding heeft gegeven niet meer ongedaan kan worden gemaakt, betekent niet dat de rechten van het slachtoffer niet kunnen worden beschermd.

89. Zo geldt, bijvoorbeeld, in het ambtenarenrecht dat wanneer een proef in het kader van een algemeen vergelijkend onderzoek naar aanleiding van een beroep nietig wordt verklaard, de rechtspositie van de benadeelde kandidaten moet worden hersteld zonder dat het nodig is de gehele uitslag van het vergelijkende onderzoek ter discussie te stellen en het gerechtvaardigde vertrouwen van de winnaars te schaden.<sup>60</sup> In een dergelijke situatie is de rechter volgens de rechtspraak betreffende het ambtenarenrecht verplicht een billijke oplossing te zoeken. In de onderhavige zaak moet in dezelfde zin worden beslist.

58 — Opgemerkt zij dat indien de verkopen voor intern gebruik in de gehanteerde waarde van de verkopen waren opgenomen, het totale boetebedrag op ongeveer 759,9 miljoen EUR zou zijn gekomen, met een bijzonder hoge boete van ongeveer 335,4 miljoen EUR voor Saint-Gobain. Uit het antwoord van de Commissie op de vragen van het Gerecht kan worden opgemaakt dat een verhoging van het totale bedrag van de geldboeten voor de andere deelnemers op de datum van de vaststelling van de litigieuze beschikking „buitenproportioneel” zou zijn geweest, in het bijzonder voor een inbreuk van korte duur. Vermeldenswaard in dit verband is een andere boete voor Saint-Gobain, ten belope van 896 miljoen EUR, opgelegd in 2008 in de zaak Autoglas betreffende het „autoglaskartel”. Bij besluit van 28 februari 2013 heeft de Commissie deze boete vanwege een rekenfout tot 880 miljoen EUR verlaagd (de boete voor Pilkington werd tot 357 miljoen EUR teruggebracht). Zie ook arrest Saint Gobain Glass France e.a./Commissie, T56/09 en T-73/09, EU:T:2014:160.

59 — EU:2004:221, punten 566-579.

60 — Zie bijvoorbeeld arrest Commissie/Albani e.a., C-242/90 P, EU:C:1993:284, punten 13-17.

e) Voorlopige conclusie

90. Mitsdien ben ik wat betreft het beëindigen van de discriminatie van oordeel dat het aan het Hof staat de uitsluiting van de verkopen voor intern gebruik te compenseren door de aan Guardian opgelegde geldboete te verlagen naar rato van de interne verkopen op de relevante markt. Deze oplossing is trouwens in lijn met de richtsnoeren van 2006, aangezien zij het mogelijk maakt het relatieve aandeel van de onderneming op de betrokken markt op passende wijze tot uiting te brengen, en zij is door het Gerecht in zijn rechtspraak reeds toegepast<sup>61</sup>.

91. Alvorens hier nader op in te gaan, moet ik evenwel het tweede middel van Guardian onderzoeken, dat (indirect) betrekking heeft op het in verband met deze verlaging toe te passen percentage.

92. Het tweede middel is gericht tegen de punten 21 en 22 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht de brief van 10 februari 2012 ontvankelijk heeft verklaard.

93. Guardian herinnert eraan dat het verweerschrift van de Commissie voor het Gerecht niet inging op de vraag hoe de ongelijke behandeling bij de boeteberekening ongedaan kon worden gemaakt. Het Gerecht heeft de Commissie op 19 december 2011 en op 10 januari 2012 vragen doen toekomen met het verzoek zich over deze kwestie uit te spreken. In haar antwoord van 23 januari 2012 heeft de Commissie enkel aangegeven dat een geldboete die bijna 40 % lager zou uitvallen niet afschrikkend genoeg zou zijn.

94. Op 16 januari 2012 heeft Guardian het Gerecht om toestemming verzocht voor het overleggen van bepaalde stukken tot staving van haar argumenten voor verlaging van de geldboete. De Commissie heeft zich bij schrijven van 31 januari 2012 tegen dit verzoek gekeerd op grond dat bewijsaanbiedingen die met vertraging worden gedaan de rechten van de verdediging schaden.

95. Na hiertoe toestemming van het Gerecht te hebben verkregen, heeft Guardian op 8 februari 2012, dat wil zeggen binnen de aangegeven termijn, een nieuw stuk neergelegd.

96. Op 10 februari 2012, de laatste werkdag vóór de terechtzitting van 13 februari 2012, heeft de Commissie het Gerecht een brief doen toekomen met een uiteenzetting van haar standpunt over de eventuele verlaging van de geldboete. Volgens Guardian bevatte deze brief nieuwe elementen die in het procesdossier niet voorkwamen.

97. Hoewel deze brief buiten de gestelde termijnen is ingekomen, heeft het Gerecht deze in punt 22 van het bestreden arrest ontvankelijk verklaard, gelet op, ten eerste, „de inhoud” van de brief en, ten tweede, „het feit dat deze was toegezonden aan verzoeksters, die daarover ter terechtzitting dus hun opmerkingen [hadden] kunnen indienen [...]”.

98. Volgens de Commissie is het tweede middel ongegrond, aangezien niets het Gerecht belet een te laat ingekomen antwoord te aanvaarden overeenkomstig artikel 11, lid 2, van de instructies voor de griffier van het Gerecht.<sup>62</sup> Bovendien kan het Gerecht uit hoofde van zijn volledige rechtsmacht rekening houden met niet tijdig overgelegde feitelijke gegevens, mits het beginsel van hoor en wederhoor wordt toegepast. Dat is in casu gebeurd, daar Guardian ter terechtzitting inhoudelijk op de brief van 10 februari 2012 heeft kunnen reageren. Dat zij ervoor gekozen heeft dit niet te doen, doet hieraan niet af.

61 — Arrest JFE Engineering/Commissie, EU:T:2004:221 (zie de punten 86 en volgende van deze conclusie).

62 — Zie arrest Vega Rodríguez/Commissie, T-285/02 en T-395/02, EU:T:2004:324, punt 24.

99. De Commissie voegt hieraan toe dat zij met de brief die zij op 10 februari 2012 aan het Gerecht heeft gezonden zo snel mogelijk schriftelijk op de brief van Guardian van 8 februari 2012 heeft willen reageren en zich ertoe had kunnen beperken haar opmerkingen daarover ter terechtzitting in te dienen.

100. Mijns inziens kon het Gerecht niet tot aanvaardbaarheid van de brief in kwestie besluiten door de ontvankelijkheid van een niet tijdig voorgelegd stuk afhankelijk te stellen van de aard van de inhoud daarvan. Het is logisch waarom: het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht en de instructies voor zijn griffier (inzonderheid artikel 11) omschrijven nauwgezet de voorwaarden waaronder bewijzen ingediend of bewijsaanbiedingen gedaan kunnen worden. Bovendien geeft het Gerecht wat betreft de inhoud van de brief, waarnaar punt 22 van het bestreden arrest verwijst, geen enkele motivering waaruit de rechtvaardigingsgronden kunnen worden afgeleid voor het ontvankelijk verklaren van bewijsstukken die in strijd met de regels voor de procesvoering kort voor de terechtzitting zijn ingediend.

101. Waar de Commissie aanvoert dat de president van het Gerecht bij wijze van uitzondering een termijn kan verlengen, kan worden volstaan met op te merken dat de Commissie in de onderhavige zaak reeds een verlenging had verkregen<sup>63</sup> en heeft nagelaten nogmaals om verlenging te verzoeken en zich aldus in de gelegenheid te stellen de niet tijdige indiening van het stuk in kwestie te rechtvaardigen.<sup>64</sup> Volgens artikel 11, lid 3, tweede alinea, van de instructies voor de griffier van het Gerecht moeten verzoeken om termijnverlenging worden gemotiveerd en tijdig vóór afloop van de gestelde termijn worden ingediend, en kan een dergelijke termijn slechts om uitzonderlijke redenen meer dan eenmaal worden verlengd.<sup>65</sup> Het argument dat een tweede verlenging „impliciet” kon zijn verleend kan derhalve niet slagen.

102. De Commissie moest weten dat het haar niet toegestaan was (i) in antwoord op een door Guardian vanaf het begin van de procedure, vier jaar eerder, aangevoerd argument; (ii) op het laatste moment, kort voor de terechtzitting<sup>66</sup>; (iii) na de gestelde termijn en dus te laat; (iv) zonder voorafgaand overleg met het Gerecht over de rechtmatigheid van haar handelwijze en dus zonder toestemming; (v) en zonder verklaring voor de late aanvulling op haar antwoord van 23 januari 2012, een document met feiten- en cijfermateriaal aan het dossier toe te voegen. Het argument dat de Commissie de brief na de indiening bij het Gerecht aan Guardian heeft toegezonden, doet aan het bovenstaande niet af.

103. Ik ben dan ook van oordeel dat de brief van de Commissie niet-ontvankelijk was en dat het Gerecht door deze te aanvaarden blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het Hof dient de brief derhalve uit het dossier te verwijderen en geen rekening te houden met de inhoud ervan.

104. Zoals Guardian heeft opgemerkt, heeft de Commissie 1 miljard EUR aan verkopen voor intern gebruik uitgesloten, op een totaal marktvolume van 2,7 miljard EUR. Dit cijfer is het verschil tussen de totale omvang van de verkoop van vlakglas waarvan in de litigieuze beschikking is uitgegaan, te weten 1,7 miljard EUR (punt 41 van de litigieuze beschikking) en het totaalbedrag dat in de mededeling van punten van bezwaar was vastgesteld, te weten 2,7 miljard EUR<sup>67</sup>. Het vertegenwoordigt dus 37 % van het totale marktvolume waarvan in eerste instantie was uitgegaan.

63 — In de brief van 6 januari 2012 heeft het Gerecht trouwens opgemerkt dat „[i]n principle, no further extension of this time-limit will be granted”.

64 — Volgens artikel 11, lid 3, van de instructies voor de griffier van het Gerecht moeten verzoeken om termijnverlenging worden gemotiveerd en tijdig worden ingediend.

65 — Artikel 11, lid 2, van deze instructies (waarop de Commissie meent zich te kunnen baseren) bepaalt bovendien: „Processtukken die bij de griffie binnenkomen na afloop van de voor de indiening ervan bepaalde termijn, kunnen slechts met toestemming van de president worden geaccepteerd” (cursivering van mij).

66 — Ik deel het standpunt van Guardian dat het „equality of arms”-beginsel en het beginsel van hoor en wederhoor vereisen dat ter terechtzitting in principe enkel de dossierelementen aan de orde komen waarover schriftelijk discussie heeft kunnen plaatsvinden. De enkele mogelijkheid ter terechtzitting over niet tijdig overgelegde stukken te worden gehoord, volstaat niet om de rechten van de verdediging te eerbiedigen (zie arrest AstraZeneca/Commissie, T-321/05, EU:T:2010:266, punt 27).

67 — Zie punt 100 van het bestreden arrest.

105. Bijgevolg moet de geldboete voor Guardian met 37 % worden verlaagd en worden vastgesteld op 93 240 000 EUR in plaats van op 148 000 000 EUR.

## B – Derde middel

106. Guardian betoogt in wezen dat de duur van de procedure voor het Gerecht in casu een schending inhoudt van haar fundamentele recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn als bedoeld in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”).

107. De Commissie was aanvankelijk van mening dat dit middel niet-ontvankelijk was, maar heeft ter terechtzitting haar excepties van niet-ontvankelijkheid ingetrokken gezien de arresten in de zaken Gascogne en anderen<sup>68</sup>. Ten gronde betwist de Commissie het betoog van Guardian. Zij bestrijdt dat de onderhavige zaak voor Guardian spoedeisend was en dat de vertraging bij het Gerecht haar schade heeft kunnen berokkenen, aangezien haar beroep is verworpen. De Commissie is van oordeel dat een verlaging van de geldboete door het Hof in de onderhavige zaak een symbolisch karakter moet hebben of zeer beperkt moet zijn.

### 1. Analyse

#### a) Inleiding

108. Allereerst moet artikel 47, tweede alinea, van het Handvest in herinnering worden gebracht, dat bepaalt dat „[e]nieder [...] recht [heeft] op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld”. Zoals het Hof herhaaldelijk heeft verklaard, „heeft dit artikel betrekking op het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming”.<sup>69</sup> Op die grond is dit recht, waarvan het bestaan als algemeen beginsel van het Unierecht reeds is bevestigd vóór de inwerkingtreding van het Handvest, van toepassing in het kader van een beroep in rechte tegen een besluit of beschikking van de Commissie.<sup>70</sup>

109. Zoals het EHRM in herinnering heeft gebracht, „moeten zaken krachtens artikel 6 [lid 1, EVRM] [immers] binnen een ‚redelijke termijn’ worden behandeld; het Verdrag onderstreept daarmee het belang van een *rechtspleging zonder vertragingen die afbreuk zouden kunnen doen aan de doeltreffendheid en geloofwaardigheid ervan*” (cursivering van mij).<sup>71</sup>

110. Het juiste mechanisme ter verhelping van een schending door het Gerecht van het beginsel van de redelijke termijn in een zaak als de onderhavige is mijns inziens – om redenen van proceseconomie maar ook om een rechtstreeks en effectief rechtsmiddel te waarborgen – dat de geldboete wordt verlaagd en niet dat partijen zelf een schadevordering instellen bij het Gerecht, dat per definitie was tekortgeschoten in de naleving van dit beginsel doordat het niet in staat was geweest binnen een redelijke termijn te beslissen.

68 — Arresten Gascogne Sack Deutschland/Commissie, C-40/12 P, EU:C:2013:768; Kendrion/Commissie, C-50/12 P, EU:C:2013:771, en Groupe Gascogne/Commissie, C-58/12 P, EU:C:2013:770; hierna: „zaken Gascogne en anderen”.

69 — Zie met name arrest Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland/Commissie, C-385/07 P, EU:C:2009:456, punt 179 en aldaar aangehaalde rechtspraak (hierna: „arrest Der Grüne Punkt”). Het Hof heeft meermaals vastgesteld dat het recht op een eerlijk proces zoals voortvloeiend uit met name artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM”) een fundamenteel recht is dat de Europese Unie krachtens artikel 6, lid 2, EU als algemeen beginsel eerbiedigt (zie onder andere arrest Legris Industries/Commissie, C-289/11 P, EU:C:2012:270, punt 36).

70 — Zie met name arrest Der Grüne Punkt, punt 178 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie bijvoorbeeld EHRM, Erkner en Hofauer v Oostenrijk, 23 april 1987, nr. 9616/81, § 66.

71 — Zie EHRM, H. v Frankrijk, 24 oktober 1989, serie A nr. 162, § 58.

111. Het is immers paradoxaal dat genoegdoening voor een buitensporige duur van de procedure in rechte enkel mogelijk is door het verplicht instellen van een andere voorziening in rechte, die onvermijdelijk opnieuw kosten (zowel voor de partijen als voor de samenleving) meebrengt en veel tijd in beslag neemt.

112. Voorts heeft advocaat-generaal Léger in punt 67 van zijn conclusie in de zaak *Baustahlgewebe/Commissie*<sup>72</sup> het volgende opgemerkt: „Zonder ook hier te willen vooruitlopen op de vraag, of de termijn waarbinnen het Gerecht tot zijn uitspraak kwam, onredelijk was, en in hoeverre het Gerecht daarvoor in casu verantwoordelijk zou kunnen worden gehouden, [is] het ondenkbaar [...] dat een rechterlijke instantie wordt belast met de taak, zich uit te spreken over de onrechtmatigheid of onwettigheid van haar eigen gedrag. Het lijkt geen twijfel, dat zulks in strijd zou zijn met het onpartijdigheidsbeginsel van artikel 6, lid 1, EVRM. Die strijdigheid kan volgens mij moeilijk worden vermeden door middel van een verwijzing van de zaak naar een andere formatie, aangezien het, zoals EHRM heeft verklaard, mogelijk is dat de wijziging van de samenstelling van een rechterlijke instantie niet volstaat om de indruk van partijdigheid die zou ontstaan indien deze instantie over zichzelf zou oordelen, weg te nemen [...]”.

113. Dit was ook de mening van advocaat-generaal Kokott in haar conclusies in de zaken *Solvay/Commissie*.<sup>73</sup>

114. Het was tevens de benadering die het Hof heeft gevolgd in het arrest *Baustahlgewebe/Commissie*.<sup>74</sup> Volgens advocaat-generaal Kokott waarborgt een dergelijke benadering „[d]e doeltreffende handhaving van het mededingingsrecht [...] door het feit dat de vaststelling van de inbreuk en de verplichting van de betrokken onderneming tot beëindiging ervan blijft bestaan [...]. Ten opzichte van de andere marktdeelnemers blijft het bij de afschrikkende werking van de oorspronkelijk door de Commissie respectievelijk het Gerecht vastgestelde geldboete. Dat deze gezien de feiten gerechtvaardigd was, wordt door [deze benadering] niet in twijfel getrokken. [Zij] houdt alleen maar in dat de oorspronkelijke geldboete als het ware wordt verrekend met het bedrag dat als genoegdoening voor de buitensporig lange procedure wordt beschouwd [...]” (punt 332).

115. Hieraan voegde zij toe dat het Hof „[m]et het oog op de proceseconomie en de behoefte aan een rechtstreekse en doeltreffende voorziening in rechte voor de betrokken onderneming [...] waar mogelijk – dus in gevallen waarin een geldboete is opgelegd – de weg [zou] moeten blijven volgen die het in het arrest *Baustahlgewebe* is ingeslagen” (punt 331).

116. Voorts heeft de vaststelling door de rechter van een onredelijke termijn<sup>75</sup> in strafzaken in bepaalde nationale rechtsorden rechtstreekse gevolgen voor de strafmaat.

117. In een recent door de Grote kamer gewezen arrest (*Groupe Gascogne/Commissie*, EU:C:2013:770), heeft het Hof zich evenwel duidelijk uitgesproken voor de andere oplossing: het heeft verklaard dat een verzoek tot bestraffing van een schending van het redelijketermijnbeginsel niet kan worden voorgelegd in het kader van een hogere voorziening (punt 84) en onder verwijzing naar artikel 47 van het Handvest – zonder artikel 6, lid 1, EVRM te noemen – geoordeeld dat een dergelijke schending door een rechterlijke instantie van de Unie enkel hersteld kan worden via een beroep tot schadevergoeding bij het Gerecht (punt 83), dat bevoegd is om zich uit te spreken over vorderingen uit niet-contractuele aansprakelijkheid die tegen de Unie worden ingesteld.

72 — Conclusie C-185/95 P, EU:C:1998:37.

73 — Conclusies C-109/10 P, EU:C:2011:256, punten 325-332, en C-110/10 P, EU:C:2011:257, punten 166-173.

74 — EU:C:1998:608.

75 — Zie voor de vraag welk tijdsbestek als „redelijk” kan worden beschouwd (zulks in relatie tot artikel 6 EVRM en de rechtspraak van het EHRM) met name de conclusie van advocaat-generaal Widdershoven bij de Raad van State (Nederland) van 23 oktober 2013, te vinden op de site: <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RVS:2013:1586>.



118. Het Hof was in het arrest *Der Grüne Punkt* (EU:C:2009:456) weliswaar reeds tot een gelijklopend oordeel gekomen, maar ofschoon de Commissie misbruik van machtspositie had vastgesteld, was in dat dossier, anders dan in de zaken *Gascogne* en anderen, geen enkele geldboete opgelegd.

119. Ik meen dat geoordeeld moet worden dat het Hof met dit arrest *Groupe Gascogne/Commissie* (EU:C:2013:770) duidelijk afstand heeft genomen van de benadering waarbij de geldboete wordt verlaagd ter verhelping van een schending van het beginsel van de redelijke termijn. Daarop zal ik mijn betoog in de onderhavige zaak dan ook moeten baseren. Tegelijkertijd zal ik enkele andere aspecten van het arrest *Groupe Gascogne/Commissie* belichten die eveneens bepalend zijn voor mijn argumentatie.

120. Ten eerste heeft het Hof geoordeeld dat wanneer er geen aanwijzingen zijn dat de te lange duur van de procedure de uitkomst van het geding kan hebben beïnvloed, de niet-inachtneming van een redelijke procestermijn geen grond voor vernietiging van het in hogere voorziening bestreden arrest kan zijn. Aangezien de betrokken ondernemingen het Hof geen enkele aanwijzing hadden gegeven waaruit kon blijken dat de niet-inachtneming van een redelijke procestermijn door het Gerecht invloed had kunnen hebben op de uitkomst van de daarbij aanhangige gedingen, heeft het Hof de verzoeken van de ondernemingen tot vernietiging van het bestreden arrest afgewezen.

121. Ten tweede wijst het Hof, zoals ik hierboven heb eerder uiteengezet, het Gerecht aan als enige rechterlijke instantie die bevoegd is te beslissen over een schending van het beginsel van de redelijke termijn. De regel is voortaan volstrekt duidelijk: „een verzoek dat strekt tot herstel van de schade als gevolg van de niet-inachtneming van een redelijke procestermijn door het Gerecht, [kan] niet rechtstreeks aan het Hof [...] worden voorgelegd in het kader van een hogere voorziening, maar [moet] bij het Gerecht zelf [...] worden ingediend” (punt 84 van het arrest *Groupe Gascogne/Commissie*, EU:C:2013:770). Het Hof somt vervolgens de criteria op aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of het Gerecht het beginsel van de redelijke termijn in acht heeft genomen (punten 85-87) en verklaart in punt 88 tot slot dat „het *tevens* aan het Gerecht [zal] staan om aan de hand van het daartoe overgelegde bewijs te beoordelen of zich schade heeft voorgedaan en of er een causaal verband is tussen die schade en de buitensporig lange duur van de litigieuze gerechtelijke procedure” (cursivering van mij). Uit het gebruik van het bijwoord „tevens” zou moeten volgen dat de beoordeling van de in de voorgaande punten genoemde criteria de bevoegdheid is van dezelfde rechterlijke instantie die in het begin en aan het einde van de redenering wordt genoemd, het Gerecht. Op grond van deze lezing van het arrest *Groupe Gascogne/Commissie* (EU:C:2013:770) zou het derde middel van *Guardian* niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. Toch is ook een andere lezing van het arrest mogelijk, aangezien het Hof, enigszins paradoxaal weliswaar, zelf beslist over de vraag of al dan niet sprake is geweest van schending van het genoemde beginsel door vast te stellen dat sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van het recht van de Unie. Het is tot deze slotsom gekomen door te oordelen dat noch de complexiteit van het geding, noch het gedrag van partijen, noch procesincidenten de duur van de procedure voor het Gerecht konden rechtvaardigen.

122. Tezamen genomen lijken de uiteenzettingen van het Hof aangaande de schending van het redelijketermijnbeginsel in het arrest *Groupe Gascogne/Commissie* (EU:C:2013:770) dus te impliceren dat het Gerecht van de drie voorwaarden voor het vaststellen van niet-contractuele aansprakelijkheid van de Europese Unie, te weten het bestaan van een rechtsregel van de Unie die ertoe strekt particulieren te beschermen (hetgeen het geval is met het beginsel van een redelijke termijn), een voldoende gekwalificeerde schending van deze regel en het bestaan van een causaal verband tussen deze schending en geleden schade, enkel laatstgenoemd element zou moeten onderzoeken, met onder andere een beoordeling van deze schade.

123. Indien het Hof de eerste lezing van het arrest *Groupe Gascogne/Commissie* (EU:C:2013:770), waaruit niet-ontvankelijkheid van het derde middel zou moeten voortvloeien, uitsluit en zich in de onderhavige zaak bedient van de methode die het in de zaak *Groupe Gascogne/Commissie* heeft toegepast, zou het zich moeten uitspreken over de vraag of het beginsel van een redelijke termijn al dan niet geschonden is.

b) Het onderhavige geding

124. Om deze vraag in de onderhavige zaak te onderzoeken, zal ik me baseren op de arresten in de zaken *Baustahlgewebe/Commissie* (EU:C:1998:608) en *Gascogne* en anderen, waarin de Commissie een schending van het beginsel van een redelijke termijn heeft vastgesteld.

125. In het arrest *Baustahlgewebe/Commissie* (EU:C:1998:608, punt 29) heeft het Hof de criteria opgesomd aan de hand waarvan de totale duur van een procedure en met name de onverklaarde tijdvakken van inactiviteit moeten worden beoordeeld, namelijk het „stellige belang” voor de betrokkene, de complexiteit van de zaak en het eventuele vertraginggedrag van de rekwirant.

126. In deze zaak had de procedure voor het Gerecht in totaal vijf jaar en zes maanden geduurd. Het Hof heeft gewezen op de onverklaarde en volgens haar ongerechtvaardigde duur van twee perioden van stilzitten, te weten de twee jaar en acht maanden tussen het einde van de schriftelijke procedure en de opening van de mondelinge behandeling, en de 22 maanden tussen het einde van deze mondelinge behandeling en de uitspraak van het arrest van het Gerecht (punten 45 en 46).

127. In de zaken *Gascogne* en anderen heeft de procedure voor het Gerecht in totaal vijf jaar en negen maanden in beslag genomen. Het Hof heeft geoordeeld dat deze duur „niet [kon] worden gerechtvaardigd door enige omstandigheid die [was] toe te schrijven aan de zaak [...]” (punt 91).

128. Volgens het Hof kon geen enkele omstandigheid van de zaak, „zoals de complexiteit ervan, het gedrag van partijen of procesincidenten” (punt 92), rechtvaardigen dat drie jaar en tien maanden waren verstreken tussen het einde van de schriftelijke procedure en de opening van de mondelinge behandeling.

129. Wanneer ik deze criteria toepas op de onderhavige zaak, kan ik niet anders dan tot dezelfde slotsom komen, zulks op basis van de volgende constatering.

130. Eerst en vooral zijn op een totale duur van bijna vier jaar en zeven maanden ruim drie jaar en vijf maanden<sup>76</sup> verstreken tussen de sluiting van de schriftelijke procedure en het besluit van het Gerecht tot opening van de mondelinge behandeling over te gaan, zonder duidelijke reden en terwijl geen processtukken meer zijn neergelegd.<sup>77</sup> Dit tijdsverloop valt niet te verklaren door de specifieke omstandigheden van de zaak, zoals de complexiteit ervan, het gedrag van Guardian of procesincidenten.

<sup>76</sup> — De vervanging van kamerpresident E. Moavero Milanesi door rechter H. Kanninen met ingang van 25 november 2011 is geen relevante omstandigheid, aangezien zij drie jaar en vier maanden na de sluiting van de schriftelijke procedure heeft plaatsgevonden en omdat, zoals advocaat-generaal Kokott in haar conclusie in de zaak *Solvay/Commissie* (EU:C:2011:256, punt 343) heeft opgemerkt, „[h]et [...] vanzelf [spreekt] dat interne organisatieproblemen van het Gerecht, bijvoorbeeld in verband met de regelmatige vervanging van rechters of het feit dat rechters verhinderd zijn, niet in het nadeel van de justitiabelen mogen spelen”. Zie in dezelfde zin haar conclusie in de zaak *Solvay/Commissie*, EU:C:2011:257, punt 184.

<sup>77</sup> — Guardian betoogt in wezen dat het tijdsverloop van drie jaar en vijf maanden tussen de sluiting van de schriftelijke procedure en het besluit tot opening van de mondelinge behandeling over te gaan niet verenigbaar is met het stilzitten van het Gerecht wat het feiten- en bewijsmiddelenonderzoek betreft, blijkend uit het ontbreken van schriftelijke vragen over de in geding zijnde feitelijke punten. Ik zou hieraan willen toevoegen dat genoemd tijdsverloop eveneens tegengesteld is aan de manier waarop het Gerecht de kwestie van de verkopen voor intern gebruik heeft behandeld, welke voorwerp is van het eerste middel van Guardian: zonder in te gaan op of zelfs maar melding te maken van de rechtspraak ter zake van het Hof (KNP BT/Commissie, EU:C:2000:625) waarvan het in het bestreden arrest afwijkt, terwijl Guardian zich daar toch op had beroepen.

i) Complexiteit van het geding

131. De onderhavige zaak kan niet als ingewikkeld worden gekwalificeerd, aangezien de argumenten van Guardian berusten op aantekeningen betreffende enkele contacten tussen deelnemers aan een kartel dat iets meer dan een jaar en een maand heeft bestaan.<sup>78</sup> Al deze documenten waren in het Engels, de procestaal, opgesteld.<sup>79</sup>

132. Ofschoon het Hof in het arrest *Baustahlgewebe/Commissie* (EU:C:1998:608) heeft vastgesteld dat de procedure „een grondig onderzoek van vrij volumineuze documenten [...] vereiste”, heeft het geoordeeld dat de zaak niet dermate ingewikkeld was dat daardoor de lange duur van de procedure kon worden gerechtvaardigd.

133. In de zaken *Gascogne* en anderen was de beschikking van de Commissie gericht tot 25 adressaten (en waren er bijna evenveel betrokken ondernemingen), waarvan er 15 een beroep tot nietigverklaring bij het Gerecht hebben ingesteld. In de onderhavige zaak had de litigieuze beschikking slechts negen adressaten (en vier betrokken ondernemingen, namelijk Guardian, Asahi/Glaverbel, Pilkington en Saint-Gobain), en heeft Guardian als enige beroep bij het Gerecht ingesteld.<sup>80</sup>

134. De zaak *Baustahlgewebe/Commissie* betrof een beschikking die was gericht tot veertien producenten (waarvan er elf beroep hadden ingesteld, in drie verschillende talen) en die aanleiding had gegeven tot twee volledige memoriewisselingen.<sup>81</sup> Niettemin wist het Gerecht in deze zaak negen maanden eerder dan in de onderhavige zaak een terechtzitting te organiseren!

135. Bovendien kenmerkten de door Guardian aangevoerde middelen zich niet door een bijzonder hoge moeilijkheidsgraad. Tot staving van haar vorderingen tot gedeeltelijke nietigverklaring van de litigieuze beschikking heeft Guardian slechts één middel aangevoerd, ontleend aan feitelijke onjuistheden met betrekking tot de duur van haar deelname aan het kartel en met betrekking tot de geografische omvang ervan. De vorderingen tot verlaging van de geldboete berustten op slechts drie middelen. Het eerste had tot doel de consequenties uit het middel tot gedeeltelijke nietigverklaring te trekken. Met het tweede middel beriep Guardian zich op schending van het beginsel van non-discriminatie en van de motiveringsplicht. Het derde middel was ontleend aan een onjuiste beoordeling van de rol van Guardian in het kartel.

ii) Procesincidenten

136. Zoals in de zaken *Gascogne* en anderen is de procedure in de onderhavige zaak niet onderbroken of vertraagd als gevolg van de vaststelling van enige maatregel tot organisatie van de procesgang door het Gerecht.

78 — Volgens Guardian steunden haar argumenten op aantekeningen die enkel „drie contacten met concurrenten en twee verklaringen van ondernemingen, en twee of drie bijeenkomsten” betroffen.

79 — In de onderhavige zaak heeft het Gerecht zich slechts over een klein aantal bijlagen behoeven te buigen, voornamelijk aantekeningen betreffende drie contacten tussen de concurrenten (in totaal 17 pagina's) en beknopte uittreksels uit twee verklaringen van ondernemingen. Al deze documenten waren opgesteld in de procestaal (het Engels, een taal die vrijwel iedereen spreekt, in tegenstelling tot, bijvoorbeeld, het Slowaaks of Maltees).

80 — Derhalve behoefde het Gerecht zich niet te buigen over kwesties aangaande „verknochtheid” die in parallele beroepen aan de orde kunnen zijn en eveneens gevolgen kunnen hebben voor de duur van de procedure (zie bijvoorbeeld arrest *ICI/Commissie*, T-214/06, EU:T:2012:275, punt 314).

81 — EU:C:1998:608, punten 35 en 47.

iii) Stellig belang voor Guardian en haar gedrag tijdens de procedure

137. Guardian had groot belang bij de zaak. De geldboete van 148 miljoen EUR die haar was opgelegd (tegen 9,9 miljoen EUR in de zaak die heeft geleid tot het arrest *Groupe Gascogne/Commissie*, EU:C:2013:770) vertegenwoordigde 4 % van haar totale omzet. Voorts heeft Guardian de rechtsgang op geen enkele wijze verstoord of vertraagd. Zij heeft een inleidend verzoekschrift ingediend dat slechts 49 pagina's telde en afgezien van de tweede serie schriftelijke stukken (een zeldzaamheid in zaken betreffende het mededingingsrecht).<sup>82</sup>

138. Bovendien heeft Guardian het Gerecht er op eigen initiatief driemaal aan herinnerd dat het nog geen datum voor de terechtzitting had vastgesteld, daarbij steeds nadrukkelijk verwijzend naar het aanzienlijke tijdsverloop sinds de sluiting van de schriftelijke procedure<sup>83</sup>, en aangegeven dat de mondelinge behandeling vier maanden na de terechtzitting merkwaaardigerwijs nog niet gesloten was, terwijl het Gerecht geen enkel verzoek tot partijen had gericht.

139. Tot slot heeft het Gerecht partijen geen enkele schriftelijke vraag doen toekomen waardoor het openen van de mondelinge behandeling vertraagd zou kunnen zijn; het heeft enkel ter terechtzitting een vraag over de feiten van het geding gesteld. Voorts lijkt het erop dat het Gerecht geen enkel initiatief heeft genomen om de procedure in de periode van kennelijke inactiviteit van drie jaar en vijf maanden te versnellen. Gelet op het bovenstaande concludeer ik dat de procedure bij het Gerecht in de onderhavige zaak schending van artikel 47, tweede alinea, van het Handvest oplevert, daar de vereisten rond de inachtneming van de redelijke procestermijn niet zijn nageleefd, hetgeen een voldoende gekwalificeerde schending vormt van een rechtsregel die ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen.<sup>84</sup>

140. Zoals blijkt uit het arrest *Groupe Gascogne/Commissie* (EU:C:2013:770) en voor zover Guardian meent dat de financiële problemen waarop zij zich in haar hogere voorziening beroept in causaal verband staan tot de niet-naleving door het Gerecht van het beginsel van de redelijke procestermijn<sup>85</sup>, staat het haar vrij dit aan te voeren in het kader van een beroep bij het Gerecht krachtens de artikelen 235 EG en 288, tweede alinea, EG (thans de artikelen 268 VWEU en 340, tweede alinea, VWEU).<sup>86</sup>

141. Dienaangaande blijkt uit de genoemde rechtspraak van het Hof dat het „aan het Gerecht [zal] staan om aan de hand van het daartoe overgelegde bewijs te beoordelen of zich schade heeft voorgedaan en of er een causaal verband is tussen die schade en de buitensporig lange duur van de litigieuze gerechtelijke procedure” (punt 88 van dit arrest).

142. Op die grond „[staat] het, in het kader van een beroep tot schadevergoeding wegens schending van artikel 47, tweede alinea, van het Handvest dat wordt ingesteld omdat het Gerecht de vereisten rond de inachtneming van de redelijke procestermijn niet in acht heeft genomen, krachtens artikel 340, tweede alinea, VWEU aan het Gerecht [...] om de in de rechtsorden van de lidstaten toepasselijke algemene beginselen voor beroepen gebaseerd op vergelijkbare schendingen in acht te

82 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak *Solvay/Commissie*, EU:C:2011:256, punt 340. Zie in dezelfde zin haar conclusie in de zaak *Solvay/Commissie*, EU:C:2011:257, punt 181.

83 — In dit verband heeft Guardian bij de president van het Gerecht zelfs een formeel verzoek om behandeling bij voorrang ingediend.

84 — Arrest *Bergaderm en Goupil/Commissie*, C-352/98 P, EU:C:2000:361, punt 42.

85 — Guardian beroept zich op schade voortvloeiend uit: a) winstderving als gevolg van de voorlopige betaling van de geldboete ten belope van 111 miljoen EUR en b) de kosten voor het stellen van een bankgarantie voor het resterende deel (30 000 EUR per maand) en verzoekt het Hof de geldboete aanzienlijk te verlagen ter genoegdoening van de schending van de redelijke termijn, door Guardian geraamd op 25 % van de geldelijke boete, vóór een eventuele vermindering overeenkomstig het eerste middel.

86 — Zie de conclusie in de zaak *Groupe Gascogne/Commissie*, C-58/12 P, EU:C:2013:360, punt 148. Ik onderschrijf de analyse van advocaat-generaal Sharpston, die in punt 149 van deze conclusie ten aanzien van „het feit dat [...] aanleiding heeft gegeven” tot de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie uit het oogpunt van artikel 46 van het Statuut van het Hof van Justitie preciseerd dat dit feit de vaststelling door het Hof moet zijn dat sprake is geweest van schending van de redelijke termijn voor het Gerecht. Bijgevolg zou de verjaringstermijn van vijf jaar voor het instellen van een schadevordering ingaan op de datum van het arrest van het Hof.

nemen. Met name moet het Gerecht in die context nagaan of kan worden vastgesteld of zich niet alleen materiële schade heeft voorgedaan, maar ook immateriële schade die een partij mogelijk als gevolg van de termijnoverschrijding heeft geleden, die in voorkomend geval passend moet worden hersteld” (punt 89 van voornoemd arrest).

143. Tot slot „staat [het] dus aan het Gerecht, dat krachtens artikel 256, lid 1, VWEU bevoegd is, om zich over dergelijke schadevergoedingen uit te spreken, zulks in een andere formatie dan die welke kennis heeft genomen van het geschil dat heeft geleid tot de procedure waarvan de duur wordt bekritiseerd, onder toepassing van de in de punten 85 tot en met 89 [van het arrest Groupe Gascogne/Commissie] genoemde criteria” (punt 90).

#### IV – Kosten

144. Krachtens artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof beslist het Hof, wanneer de hogere voorziening gegrond is en het Hof zelf de zaak afdoet, ten aanzien van de proceskosten. Ingevolge artikel 138, lid 3, van dit Reglement, dat krachtens artikel 184, lid 1, daarvan van overeenkomstige toepassing is op de procedure in hogere voorziening, draagt elk van de partijen haar eigen kosten indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld.

145. Wat de onderhavige hogere voorziening betreft, moet de Commissie, die in het ongelijk is gesteld, worden verwezen in de kosten van Guardian. Aangezien Guardian en de Commissie in het kader van de procedure in eerste aanleg elk gedeeltelijk in het ongelijk zijn gesteld, dient evenwel te worden beslist dat elk haar eigen kosten in verband met deze procedure zal dragen.

#### V – Conclusie

146. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

- In zijn arrest Guardian Industries en Guardian Europe/Commissie (T-82/08, EU:T:2012:494) heeft het Gerecht van de Europese Unie blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de brief van de Europese Commissie van 10 februari 2012 ontvankelijk te verklaren, terwijl deze te laat was overgelegd; deze brief wordt niet-ontvankelijk verklaard en uit het dossier verwijderd;
- Genoemd arrest wordt vernietigd, aangezien het Gerecht door het bevestigen van de beschikking van de Commissie waarbij de verkopen voor intern gebruik zijn uitgesloten van de berekening van de aan de andere adressaten van de beschikking opgelegde geldboeten, hetgeen discriminatie ten nadele van rekwirantes heeft opgeleverd, blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting;
- Bijgevolg wordt de aan rekwirantes opgelegde geldboete met 37 % verlaagd en vastgesteld op 93 240 000 EUR in plaats van op 148 000 000 EUR;
- Het Gerecht heeft verzuimd de zaak binnen een redelijke termijn af te doen;
- Elke partij draagt haar eigen kosten in verband met de procedure in eerste aanleg en alle kosten van de onderhavige procedure blijven ten laste van de Commissie.