



# Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
M. WATHELET  
van 21 februari 2018<sup>1</sup>

**Zaak C-123/16 P**

**Orange Polska SA  
tegen**

**Europese Commissie**

„Hogere voorziening – Mededinging – Misbruik van machtspositie – Poolse telecommunicatiemarkt – Legitiem belang om een reeds beëindigde inbreuk vast te stellen, terwijl een geldboete is opgelegd – Berekening van de geldboete – Ernst – Inaanmerkingneming van de gevolgen van de inbreuk – Verzachtende omstandigheden”

1. Met deze hogere voorziening verzoekt Orange Polska S.A. (hierna: „Orange”) om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 17 december 2015, Orange Polska/Commissie (T-486/11, EU:T:2015:1002; hierna: „bestreden arrest”), houdende afwijzing van haar verzoek om, primair, nietigverklaring van besluit C(2011) 4378 definitief van de Commissie<sup>2</sup> en, subsidiair, nietigverklaring of verlaging van de haar bij dit besluit opgelegde geldboete.

## **I. Voorgeschiedenis van het geding en litigieus besluit**

2. Wat de onderhavige hogere voorziening betreft kan worden volstaan met het onderstaande, aangezien een meer volledige weergave te vinden is in de punten 1 tot en met 34 van het bestreden arrest.

3. Telekomunikacja Polska S.A. is een telecommunicatieonderneming die in 1991 in Polen is opgericht na de privatisering van een traditioneel staatsmonopolie. Nadat zij op 7 november 2013 de vennootschappen Orange Polska sp. z o.o. en Polska Telefonia Komórkowa sp. z o.o. heeft overgenomen, is zij Orange geworden.<sup>3</sup>

4. De Europese Commissie heeft vastgesteld dat Orange de enige wholesale-leverancier van breedbandtoegang en ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk was en dat gedurende de door het litigieuze besluit bestreken periode haar marktaandeel op de retailmarkt groot waren.

<sup>1</sup> Oorspronkelijke taal: Frans.

<sup>2</sup> Besluit van 22 juni 2011 inzake een procedure op grond van artikel 102 VWEU (zaak COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska) (hierna: „litigieus besluit”).

<sup>3</sup> Hoewel het litigieuze besluit zich richt tot Telekomunikacja Polska en haar omzetting in Orange heeft plaatsgevonden na de sluiting van de schriftelijke fase van de procedure bij het Gerecht, wordt ten behoeve van de hogere voorziening en eenvoudigheidshalve in deze conclusie enkel naar Orange verwezen.

5. Verder heeft de Commissie geconstateerd dat het ten tijde van de feiten in Polen van toepassing zijnde regelgevingskader de exploitant – die door de nationale regelgevende instantie<sup>4</sup> was geïdentificeerd als de exploitant met een aanmerkelijke marktmacht op de markt van de levering van vaste openbare telefoonnetwerken, in casu Orange – verplichtte om de nieuwe marktdeelnemers – de zogenoemde „alternatieve operatoren” (hierna: „AO”) – ontbundelde toegang tot haar aansluitnetwerk en tot gerelateerde diensten aan te bieden tegen transparante, billijke, niet-discriminerende voorwaarden die ten minste even gunstig waren als de voorwaarden in een referentieofferte, opgesteld door de geïdentificeerde exploitant en vastgesteld na een procedure voor de UKE. Sinds 2005 is de UKE herhaaldelijk tussenbeide gekomen om tekortkomingen van Orange in de nakoming van door de regelgeving opgelegde verplichtingen te herstellen.

6. Op 22 oktober 2009 heeft Orange een memorandum van overeenstemming getekend met de UKE (hierna: „overeenkomst met de UKE”), uit hoofde waarvan zij er vrijwillig mee heeft ingestemd om de verplichtingen na te komen die voor haar voortvloeien uit de regelgeving, overeenkomsten te sluiten met de AO over de voorwaarden voor toegang in overeenstemming met de toepasselijke referentieoffertes, en te investeren in de modernisering van haar breedbandnetwerk.

7. In artikel 1 van het litigieuze besluit komt de Commissie tot de slotsom dat Orange door de AO de toegang tot haar wholesale-breedbandproducten te weigeren één enkele en voortdurende inbreuk op artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie had begaan, welke inbreuk is gestart op 3 augustus 2005, toen de eerste onderhandelingen tussen Orange en een AO over toegang tot het netwerk van Orange op basis van de referentieofferte voor *Local Loop Unbundling*-toegang (LLU) waren begonnen, en die minstens heeft geduurd tot 22 oktober 2009, toen de overeenkomst met de UKE werd getekend.

8. De Commissie heeft Orange bestraft door haar, zoals uit artikel 2 van het litigieuze besluit blijkt, een geldboete op te leggen van 127 554 194 EUR, berekend volgens de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die worden opgelegd uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van verordening nr. (EG) 1/2003<sup>5</sup>] (PB 2006, C 210, blz. 2; hierna: „richtsnoeren”). Bij deze berekening heeft zij het basisbedrag van de geldboete bepaald door 10% van de gemiddelde waarde van de door Orange gerealiseerde verkopen op de betrokken markten te nemen en het aldus verkregen getal te vermenigvuldigen met een factor 4,2, overeenkomend met de duur van de inbreuk, en heeft zij besloten het basisbedrag van de geldboete niet aan te passen naar aanleiding van verzwarende of verzachtende omstandigheden. Niettemin heeft zij de geldboeten die de UKE aan Orange wegens schending van haar uit de regelgeving voortvloeiende verplichtingen had opgelegd, daarvan afgetrokken.

## II. Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest

9. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 2 september 2011, heeft Orange beroep ingesteld strekkende tot, primair, nietigverklaring van het litigieuze besluit en, subsidiair, nietigverklaring of verlaging van de haar bij dit besluit opgelegde geldboete.

<sup>4</sup> De vroegere instantie is met ingang van 16 januari 2006 vervangen door de Urząd Komunikacji Elektronicznej (autoriteit elektronische communicatie, Polen; hierna: „UKE”).

<sup>5</sup> Verordening van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [101 VWEU] en [102 VWEU] (PB 2003, L 1, blz. 1).

10. De Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji [Poolse kamer voor informatie- en telecommunicatietechnologie (PIIT)], die naar eigen zeggen een vereniging van ondernemingen in de Poolse telecommunicatiesector is, is in de procedure voor het Gerecht opgetreden als interveniënte aan de zijde van Orange. De European Competitive Telecommunications Association (ECTA), die zich presenteert als het vertegenwoordigend orgaan van de marktdeelnemers in de Europese communicatiesector, is in de procedure voor het Gerecht opgetreden als interveniënte aan de zijde van de Commissie.

11. Tot staving van haar beroep heeft Orange vijf middelen aangevoerd. Na al deze middelen ongegrond te hebben verklaard en tot de slotsom te zijn gekomen dat geen enkel element een herziening van de geldboete rechtvaardigde, heeft het Gerecht dit beroep in zijn geheel verworpen.

### III. Hogere voorziening

12. Ter ondersteuning van haar hogere voorziening voert Orange drie middelen aan.

#### ***A. Eerste middel: onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de verplichting van de Commissie een legitiem belang aan te tonen om een besluit te geven houdende vaststelling van een reeds beëindigde inbreuk***

##### *1. Samenvatting van de argumenten van partijen*

13. Orange merkt om te beginnen op, dat vaststaat dat de Commissie in het litigieuze besluit geen legitiem belang bij de vaststelling van de betrokken inbreuk heeft aangetoond, en voorts dat deze inbreuk bijna achttien maanden vóór de vaststelling van het litigieuze besluit was beëindigd. De inbreuk zou dus in het verleden zijn begaan. Door in punt 76 van het bestreden arrest te verklaren dat het, overeenkomstig artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1/2003, aan de Commissie staat om aan te tonen dat zij een legitiem belang heeft bij de vaststelling van een inbreuk wanneer deze inbreuk is beëindigd en de Commissie tegelijkertijd geen geldboete oplegt, zou het Gerecht te verstaan hebben gegeven dat het ging om de enige omstandigheid waaronder de Commissie een dergelijk belang zou moeten aantonen. In die zin zou deze verklaring kunnen worden aangemerkt als een onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging van deze bepaling. Punt 77 van hetzelfde arrest, waarin het Gerecht verder de verplichting van de Commissie om een dergelijk legitiem belang aan te tonen zou hebben beperkt tot uitsluitend die situaties waarin haar bevoegdheid om geldboeten op te leggen is verjaard, zou ook onjuist zijn.

14. Dienaangaande betoogt Orange allereerst dat de bewoordingen van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1/2003 ondubbelzinnig zijn. Hieruit zou niet kunnen worden afgeleid dat wanneer een geldboete kan worden opgelegd het niet nodig is om een legitiem belang aan te tonen bij de vaststelling van de betrokken inbreuk die verband houdt met een reeds beëindigde gedraging. Bovendien zou enkel deze bepaling de Commissie de bevoegdheid verlenen om een inbreuk op de artikelen 101 of 102 VWEU vast te stellen. Uit zowel overweging 11 van verordening nr. 1/2003 als de voorbereidende werkzaamheden voor deze verordening en de administratieve praktijk van de Commissie zou blijken dat de verplichting van de Commissie om een legitiem belang bij de vaststelling van een reeds beëindigde inbreuk aan te tonen, losstaat van de oplegging van een geldboete.

15. Voorts zou er geen enkele reden zijn om de bepalingen van artikel 7 van verordening nr. 1/2003 te laten afhangen van de bevoegdheid van de Commissie om geldboeten op te leggen. Voor de bevoegdheid van de Commissie om een inbreuk vast te stellen geldt namelijk geen enkele verjaringstermijn en deze bevoegdheid wordt haar verleend door een ander deel van verordening nr. 1/2003 dan dat waarbij de Commissie de bevoegdheid tot het opleggen van geldboeten wordt verleend.

16. Tot slot zou de omstandigheid dat, gelet op artikel 16 van verordening nr. 1/2003, de vaststelling door de Commissie van een reeds beëindigde inbreuk in het kader van schadevergoedingsacties tot de aansprakelijkheid van de betrokken onderneming zou leiden en de omstandigheid dat een dergelijke vaststelling deze laatste schade kan berokkenen, zelfs wanneer geen geldboete is opgelegd, rekening houdend met de schorsing van de verjaringstermijn als bedoeld in artikel 10, lid 4, richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad<sup>6</sup>, rechtvaardigen dat de Commissie in haar besluit dient uiteen te zetten waarom zij een legitiem belang heeft bij de vervolging van een in het verleden begane inbreuk die door de onderneming reeds vrijwillig is beëindigd.

17. In casu zou het bestreden arrest dus moeten worden vernietigd en het litigieuze besluit nietig moeten worden verklaard, aangezien de Commissie hierin geen legitiem belang zou hebben aangetoond, wat de vaststelling van een in het verleden door Orange begane inbreuk betreft.

18. De Commissie betoogt in wezen dat het betoog van Orange kant noch wal raakt, aangezien het erop neer zou komen dat de bevoegdheid van de Commissie om geldboeten op te leggen enkel zou gelden voor lopende inbreuken en dat, in alle andere gevallen, onder andere wanneer een geldboete wordt opgelegd voor een reeds beëindigde inbreuk, wat het leeuwendeel van de besluiten van de Commissie zou uitmaken, zij geen besluit zou kunnen vaststellen zonder een legitiem belang daarbij aan te tonen.

19. In casu zou de Commissie Orange een geldboete hebben opgelegd wegens één enkele en voortdurende inbreuk op artikel 102 VWEU die heeft geduurd van 3 augustus 2005 tot ten minste 22 oktober 2009. Aangezien de oplegging van een geldboete volstaat om de vaststelling van een inbreuk aan te tonen, was de Commissie niet gehouden te bewijzen dat zij een legitiem belang bij deze vaststelling had. Bijgevolg is het eerste middel van de hogere voorziening volgens de Commissie ongegrond.

20. Bovendien is de Commissie van mening dat dit eerste middel enkel ziet op punt 77 van het bestreden arrest, aangezien Orange punt 76 goedkeurt. Dit laatste punt alsook de motivering van het Gerecht in de punten 74 en 75 van het bestreden arrest zou volstaan als onderbouwing van de in de punten 78 en 79 van dit arrest geformuleerde overwegingen waarmee het Gerecht het voor hem aangevoerde middel heeft verworpen. Het eerste middel van de hogere voorziening, dat uitsluitend tegen punt 77 is gericht, zou dus geen doel dienen. Het in de memorie van repliek aangevoerde argument dat dit eerste middel in werkelijkheid de punten 74 tot en met 80 van het bestreden arrest beoogt, zou niet-ontvankelijk zijn omdat het te laat naar voren is gebracht.

21. De PIIT dient met betrekking tot het eerste middel geen opmerkingen in.

22. De ECTA betoogt in wezen dat de bevoegdheid van de Commissie om geldboeten op te leggen, ongeacht of de inbreuk al dan niet is beëindigd, is gebaseerd op artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 en dat, afgezien van de verplichting om opzet of nalatigheid aan te tonen, dit voorschrift deze bevoegdheid aan geen enkele andere voorwaarde onderwerpt. Artikel 7, lid 1, van deze verordening zou verkeerd zijn aangevoerd door Orange.

<sup>6</sup> Richtlijn van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (PB 2014, L 349, blz. 1).

## 2. Beoordeling

### a) Inleidende opmerkingen

23. Met haar eerste middel verwijt Orange het Gerecht blijk te hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1/2003 door niet van de Commissie te eisen een legitiem belang aan te tonen bij de vaststelling van een besluit waarbij een inbreuk wordt vastgesteld, ongeacht of wel of niet een geldboete is opgelegd.

24. Artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1/2003 bepaalt dat „[w]anneer de Commissie, [...], een inbreuk op artikel [101] of artikel [102 VWEU] van het Verdrag vaststelt, [...] zij bij beschikking de betrokken ondernemingen [...] [kan] gelasten een einde aan de vastgestelde inbreuk te maken. [...] De Commissie kan ook een reeds beëindigde inbreuk vaststellen, indien zij hierbij een legitiem belang heeft.”

25. Het Gerecht heeft in punt 76 van het bestreden arrest uit de bewoordingen van deze bepaling en uit een uittreksel van de toelichting bij het voorstel dat in de vaststelling van deze verordening is uitgemond, afgeleid „dat het aan de Commissie staat aan te tonen dat zij een legitiem belang heeft bij de vaststelling van een inbreuk wanneer deze inbreuk is beëindigd en de Commissie tegelijkertijd geen geldboete oplegt”.

26. Voorts heeft het Gerecht in punt 77 van dit arrest overwogen dat deze slotsom overeenstemt met zijn rechtspraak met betrekking tot het bestaan van een verband tussen de verplichting van de Commissie om een legitiem belang bij de vaststelling van een inbreuk aan te tonen en de verjaring van haar bevoegdheid om geldboeten op te leggen. Bijgevolg heeft het Gerecht, in de punten 78 tot en met 80 van het bestreden arrest de grieven van Orange strekkende tot nietigverklaring van het litigieuze besluit verworpen.

### b) Betoog van de Commissie dat het middel niet ter zake doet

27. De argumenten die de Commissie dienaangaande aanvoert (zoals deze in punt 20 van deze conclusie zijn uiteengezet), kunnen niet worden aanvaard.

28. Orange haalt weliswaar enkel uitdrukkelijk de punten 76 en 77 van het bestreden arrest aan en komt als zodanig niet tegen de inhoud van punt 76 op, maar dit neemt niet weg dat het betoog van Orange in wezen inhoudt dat uit een gecombineerde lezing van deze twee punten volgt dat het Gerecht heeft geoordeeld dat de enige gevallen waarin de Commissie gehouden is om een legitiem belang aan te tonen om een inbreuk op het mededingingsrecht van de Unie vast te stellen, die gevallen zijn waarin deze inbreuk is beëindigd en tegelijkertijd de Commissie geen geldboete oplegt, in het bijzonder op grond dat haar bevoegdheid om een geldboete op te leggen verjaard is, en dat het Gerecht doordat het een dergelijke beperking heeft vastgesteld, artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1/2003 verkeerd heeft uitgelegd.

29. Hoe dan ook vormen de punten 76 en 77 de kern van de redenering van het Gerecht, hetgeen betekent dat wanneer deze punten mank gaan wegens die beweerde fout, de eraan verbonden gevolgtrekkingen automatisch ongeldig moeten zijn.

30. Bijgevolg is dit eerste middel niet irrelevant.



c) De vraag of het eerste middel gegrond is

31. Een uitlegging die uitgaat van de bewoordingen, de algemene opzet en de doelstelling van de relevante bepalingen van verordening nr. 1/2003 leidt evenwel tot de slotsom dat dit middel ongegrond is.

32. Krachtens verordening nr. 1/2003 – dat wil zeggen met name artikel 7, lid 1, en artikel 23 ervan –, heeft de Commissie, in geval van substantiële schendingen van de regels van de Unie op het gebied van de mededinging, de bevoegdheid om geldboeten op te leggen en tegelijkertijd de beëindiging van de inbreuk te gelasten. Deze bevoegdheden weerspiegelen de taken van de Commissie om ervoor te zorgen dat de mededingingsregels worden nageleefd. Bij de uitoefening van deze taken is de Commissie niet gehouden om dienaangaande enig „legitiem belang” aan te tonen.

33. Het is duidelijk dat voor het opleggen van geldboeten en het gelasten van de beëindiging van een inbreuk is vereist dat eerst een inbreuk wordt vastgesteld, hetgeen Orange niet lijkt te betwisten. Zoals de Commissie opmerkt, is zij niet alleen bevoegd om een inbreuk vast te stellen maar is zij daartoe zelfs gehouden, teneinde te kunnen gelasten dat deze wordt beëindigd of om een geldboete te kunnen opleggen.

34. Ten eerste bepaalt artikel 7 van verordening nr. 1/2003 ondubbelzinnig dat enkel „[w]anneer de Commissie, [...], een inbreuk [...] vaststelt”, zij bij een besluit de beëindiging van de vastgestelde inbreuk kan gelasten.

35. Ten tweede kan de Commissie overeenkomstig artikel 23, lid 2, van die verordening geldboeten opleggen aan ondernemingen en ondernemersverenigingen wanneer deze opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk maken op artikel 101, lid 1, of artikel 102 VWEU.

36. Het is juist dat artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1/2003 onduidelijk kan lijken, aangezien hieruit niet uitdrukkelijk volgt dat de Commissie, wanneer zij een geldboete oplegt, een besluit vaststelt waarbij een reeds beëindigde inbreuk wordt geconstateerd zonder specifiek een legitiem belang hierbij te hoeven aantonen.

37. Mijns inziens onderbouwt overweging 11 van deze verordening evenwel het standpunt van het Gerecht en de Commissie. In deze overweging valt te lezen dat „[z]odra een rechtmatig belang aanwezig is, [de Commissie] ook een [besluit] tot vaststelling van een inbreuk [moet] kunnen geven wanneer die inbreuk reeds beëindigd is, *zelfs zonder een geldboete op te leggen*” (cursivering van mij).

38. Zoals de Commissie uiteenzet volgt overweging 11 de structuur van artikel 7, lid 1, van deze verordening en bevestigt zij dat de laatste volzin van deze bepaling voorziet in een specifieke bevoegdheid die vergezeld gaat van een bijzondere voorwaarde. Zij verwijst eerst naar de besluiten die de beëindiging van een nog voortdurende inbreuk bevelen. Overweging 11 zegt verder dat – bovenop deze bevoegdheid („ook”) – de Commissie een besluit van declaratieve aard (dat wil zeggen zonder een geldboete) tot vaststelling van een inbreuk kan vaststellen wanneer die inbreuk reeds beëindigd is, mits daarvoor een rechtmatig belang bestaat. De formuleringen „zelfs zonder een geldboete op te leggen” en „ook” impliceren dat de bevoegdheid van de Commissie om een reeds beëindigde inbreuk vast te stellen en deze vaststelling vergezeld te doen gaan van een geldboete reeds bestaat, en niet aan een andere specifieke voorwaarde is onderworpen.

39. De toelichting bij het voorstel dat tot de vaststelling van verordening nr. 1/2003 heeft geleid (reeds aangehaald in punt 75 van het bestreden arrest), biedt nog uitdrukkelijker steun aan de opvatting van het Gerecht.

40. Wat het voorgestelde artikel 7 betreft wordt er daarin op gewezen dat een van de verschillen ten opzichte van artikel 3 van verordening nr. 17<sup>7</sup> ligt in het feit dat „wordt verduidelijkt [...] dat de bevoegdheid van de Commissie om bij [besluit] een inbreuk vast te stellen, niet beperkt is tot gevallen waarin zij de beëindiging van een inbreuk beveelt of een geldboete oplegt, maar zich ook uitstrekt tot inbreuken die zijn beëindigd en zij geen geldboete oplegt”, waarbij dienaangaande wordt gepreciseerd dat „[i]n overeenstemming met de rechtspraak van het Hof van Justitie [...<sup>8</sup>] [...] de Commissie evenwel slechts bevoegd [is] om onder dergelijke omstandigheden een inbreukbes[luit] te geven, indien zij hierbij een gewettigd belang heeft”.

41. Uit de rechtspraak (betreffende verordening nr. 17) volgt dat de bevoegdheid van de Commissie om boeten op te leggen geenszins wordt aangetast door de omstandigheid dat de inbreukopleverende gedragingen en de mogelijkheid dat deze schadelijke gevolgen hebben, hebben opgehouden te bestaan.<sup>9</sup>

42. Het is eveneens vaste rechtspraak dat „[d]e bevoegdheid [van de Commissie] tot het geven van [...] [besluiten] [die de ondernemingen tot beëindiging van de vastgestelde inbreuk kunnen dwingen alsmede in geval van overtreding geldboeten en dwangsommen kunnen opleggen] [...] noodzakelijkerwijs die tot vaststelling van de betrokken inbreuk [omvat]”.<sup>10</sup>

43. Dat is rechtens gedeeltelijk anders wanneer geen geldboete is opgelegd en de inbreuk reeds is beëindigd (in dat geval is er geen enkele grondslag die een dergelijk bevel tot beëindiging van de inbreuk rechtvaardigt). Ik ben van mening dat wanneer geen sprake is van de oplegging van een geldboete of een bevel tot beëindiging van de inbreuk, de vaststelling van een inbreuk een declaratief karakter verkrijgt en dus niet kan dienen als noodzakelijke voorwaarde voor de uitoefening van de handhavingsvoorwaarden door de Commissie.

44. Enkel in deze omstandigheden (dat wil zeggen wanneer geen geldboete is opgelegd en de inbreuk beëindigd is) is de Commissie gehouden om een legitiem belang aan te tonen dat haar besluit waarbij wordt vastgesteld dat een inbreuk is gepleegd, niettemin rechtvaardigt.

45. Het Gerecht heeft reeds terecht verklaard dat uitsluitend wanneer de Commissie geen geldboete oplegt<sup>11</sup> haar bevoegdheid tot het geven van een besluit waarbij een reeds beëindigde inbreuk wordt vastgesteld, afhangt van het bewijs van een gewettigd belang om dit te doen.<sup>12</sup> Wanneer, a contrario, zoals in casu, de Commissie de bevoegdheid heeft om een geldboete op te leggen en deze ook oplegt, dan is zij niet gehouden om een specifiek legitiem belang bij de vaststelling van de inbreuk aan te tonen. De oplegging van een geldboete volstaat ter rechtvaardiging van de noodzaak van vaststelling van de inbreuk.

46. Uit het voorgaande volgt dat de Commissie, wanneer zij een geldboete oplegt, *noodzakelijkerwijs* de bevoegdheid heeft om de inbreuk vast te stellen, ook al is die reeds beëindigd. Bovendien zal de onderneming vaak de gelaakte gedraging hebben beëindigd na tussenkomst van de Commissie, vóórdat deze laatste een besluit heeft gegeven.

7 Verordening nr. 17 van de Raad van 21 februari 1962: Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [101 en 102 VWEU] (PB 1962, 13, blz. 204).

8 Arrest van 2 maart 1983, GVL/Commissie (7/82, EU:C:1983:52).

9 Zie in die zin arrest van 15 juli 1970, ACF Chemiefarma/Commissie (41/69, EU:C:1970:71, punten 171-175).

10 Zie arrest van 2 maart 1983, GVL/Commissie (7/82, EU:C:1983:52, punten 22 en 23). Zie ook arrest van 6 oktober 2005, Sumitomo Chemical en Sumika Fine Chemicals/Commissie (T-22/02 en T-23/02, EU:T:2005:349, punten 61 en 131).

11 Ongeacht wat de reden hiervoor is, met name omdat de verjaringstermijn van vijf jaar is verstreken of omdat de Commissie van mening is dat de betrokken gedraging niet rechtvaardigt dat een geldboete wordt opgelegd.

12 Arresten van 6 oktober 2005, Sumitomo Chemical en Sumika Fine Chemicals/Commissie (T-22/02 en T-23/02, EU:T:2005:349, punten 131 en 132), en 16 november 2006, Peróxidos Orgánicos/Commissie (T-120/04, EU:T:2006:350, punt 18).

47. Daarbij zij evenwel aangetekend dat het Gerecht had moeten oordelen dat de toepassing van artikel 23, lid 2, onder a), van verordening nr. 1/2003 voldoende was om te rechtvaardigen dat de Commissie de betrokken inbreuk vaststelde, ook al was die reeds beëindigd, en het bijgevolg het middel van Orange had moeten verwerpen om een andere dan de door hem verstrekte reden. Wanneer namelijk geen sprake is van een bevel tot beëindiging, is het overbodig om artikel 7 als rechtsgrondslag aan te halen.

48. Zoals de ECTA opmerkt, heeft de bevoegdheid van de Commissie om geldboeten op te leggen, ongeacht of de inbreuk wel of niet is beëindigd, als rechtsgrondslag duidelijk artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003. Afgezien van de verplichting om opzet of nalatigheid van Orange aan te tonen, is dit voorschrift namelijk ruim geformuleerd en maakt het de bevoegdheid van de Commissie om geldboeten op te leggen niet afhankelijk van enige andere voorwaarde.

49. Hieruit volgt dat, ondanks de hiervoor aangewezen vergissing van het Gerecht, het eerste middel ongegrond moet worden verklaard.

***B. Tweede middel: onjuiste rechtsopvatting en verkeerde opvatting van de gegevens van het dossier bij de beoordeling door de Commissie van de impact van de inbreuk voor de berekening van de hoogte van de boete***

*1. Samenvatting van de argumenten van partijen*

50. Orange is van mening dat het Gerecht het litigieuze besluit verkeerd heeft begrepen. De misvatting zou om te beginnen de werkelijke impact van de inbreuk betreffen. Uit overweging 902 van het litigieuze besluit zou namelijk volgen dat de Commissie zich op deze werkelijke impact heeft gebaseerd om de hoogte van de boete te berekenen, hetgeen zij voor het Gerecht zelfs zou hebben bevestigd door te erkennen dat de formulering van deze overweging, voor zover zij betrekking had op de werkelijke impact van de inbreuk, een „materiële fout” betrof. In punt 169 van het bestreden arrest zou het Gerecht evenwel hebben geoordeeld dat deze overweging enkel kon worden gelezen „als algemene en abstracte verwijzing naar de aard van de inbreuk”.

51. De lezing van het Gerecht zou voorbijgaan aan de duidelijke betekenis van de bewoordingen van deze overweging, welke specifiek betrekking hebben op de impact op de mededinging als gevolg van de concrete gedraging van Orange op de markt. In punt 182 van het bestreden arrest refereert het Gerecht overigens naar gebeurtenissen die zich daadwerkelijk hebben voltrokken door te verwijzen naar onder meer overweging 902 van het litigieuze besluit, terwijl het tegelijkertijd in punt 169 heeft geweigerd te erkennen dat in het litigieuze besluit de daadwerkelijke invloed in aanmerking is genomen.

52. Voorts heeft het Gerecht, door ervan uit te gaan dat de Commissie de gedragingen slechts op „algemene en abstracte” wijze zou hebben gezien, het litigieuze besluit volgens Orange hoe dan ook verkeerd opgevat wat de waarschijnlijke gevolgen van de inbreuk betreft. Vast staat namelijk dat de Commissie, in overweging 902 van het litigieuze besluit, op zijn minst rekening heeft gehouden met de waarschijnlijke gevolgen ervan voor de berekening van de geldboete, hetgeen zij in haar memories voor het Gerecht trouwens heeft toegegeven. Het Gerecht heeft niettemin ten onrechte geoordeeld dat de inaanmerkingneming van de aard van de inbreuk niet impliceert dat rekening wordt gehouden met de waarschijnlijke gevolgen ervan. De waarschijnlijke gevolgen van de gedraging zijn, net als de daadwerkelijke invloed, belangrijke indicatoren voor de aard van de inbreuk en, bijgevolg, de ernst ervan, die niet op abstracte wijze kan worden beoordeeld. Daarom was het Gerecht gehouden te onderzoeken of de vaststelling van deze waarschijnlijke gevolgen wel of niet gerechtvaardigd was. Orange voegt hieraan toe dat, aangezien het Gerecht het litigieuze besluit dus niet correct heeft onderzocht, zijn analyse van de evenredigheid van de geldboete gebaseerd is op een vertekend beeld.



53. Een andere fout van het Gerecht betreft schending van het beginsel van de doeltreffende rechterlijke bescherming, aangezien het niet zou hebben onderzocht of de impact van de inbreuk door de Commissie naar behoren is vastgesteld. Daarom verzoekt Orange het Hof zijn volledige rechtsmacht uit te oefenen, teneinde de hoogte van de geldboete te verlagen wegens het ontbreken van concrete elementen die de vaststelling van een daadwerkelijke invloed schragen.

54. In elk geval zou het Gerecht zich ten onrechte hebben onthouden van de rechterlijke controle die het ter zake van het bewijs voor de waarschijnlijke gevolgen van de inbreuk had moeten uitoefenen.

55. De Commissie betoogt dat dit tweede middel niet-ontvankelijk is, aangezien Orange het Hof verzoekt om een nieuwe beoordeling van de feiten. Dit middel zou evenmin beantwoorden aan de criteria van de rechtspraak ten aanzien van een onjuiste opvatting en hoe dan ook ongegrond en alsook irrelevant zijn.

56. Om te beginnen merkt de Commissie op dat Orange enkel opkomt tegen de punten 169 tot en met 173 van het bestreden arrest, maar niet tegen de punten 162, 163, 166 en 167 ervan, volgens welke de richtsnoeren (van 2006) niet voorschrijven dat de Commissie bij de berekening van de geldboete rekening houdt met de concrete weerslag van de inbreuk op de markt, noch tegen de punten 176 tot en met 187, waarin het Gerecht de evenredigheid van de geldboete zou hebben onderzocht. Aangezien deze punten volstaan ter onderbouwing van de beslissing van het Gerecht zou het betoog van Orange geen hout snijden.

57. Wat betreft de beweerde onjuiste opvatting van het litigieuze besluit is de Commissie van mening dat de laatste volzin van punt 169 van het bestreden arrest moet worden gelezen in samenhang met de voorafgaande en volgende punten betreffende de aard van de inbreuk, de geografische reikwijdte ervan, de marktaandeelen van Orange, de tenuitvoerlegging van de inbreuk, de bedoeling van Orange om concurrenten te weren en het feit dat Orange zich ervan bewust was dat haar gedrag onrechtmatig was, alsmede met de overwegingen in het deel van het litigieuze besluit dat over de berekening van de geldboete gaat. Overeenkomstig de rechtspraak kon de Commissie legitiem enkel van deze elementen uitgaan om tot de slotsom te komen dat een factor voor de ernst van de inbreuk van 10 % van de waarde van de betrokken verkopen passend was. Verder zou de laatste volzin van overweging 902 in algemene en abstracte termen zijn geformuleerd, aangezien het hierin gaat om het feit dat de intrinsieke mogelijkheid van het misbruik van Orange een negatieve weerslag op de mededinging en dus op de consumenten kon hebben. In het licht hiervan houdt de beweerde tegenstelling tussen enerzijds de punten 169 tot en met 171 en anderzijds punt 182 geen stand.

58. Bovendien miskent het betoog van Orange het onderscheid tussen de waarschijnlijke gevolgen van misbruik en de concrete impact ervan op de markt. De gedragingen van Orange waren reëel en hun grote impact uit het oogpunt van de mededinging werd vastgesteld in de punten 124 en volgende van het bestreden arrest, die door Orange niet worden betwist.

59. Een verhoging van de prijzen alsook een vermindering van de keuze en het aantal innovatieve producten kunnen als voorbeeld gelden van het type negatieve gevolgen dat inherent is aan het onrechtmatige uitsluitingsgedrag zoals hetwelk Orange wordt verweten, en laatstgenoemde zou niet hebben weersproken dat haar gedragingen de uitsluiting van concurrenten tot gevolg konden hebben.

60. Voorts kan een onrechtmatige gedraging die concurrenten kan uitsluiten en die daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd, logischerwijs enkel neerkomen op een verstoring van de mededinging, en dus de consumenten benadelen. De vaststelling van het Gerecht in punt 169 van het bestreden arrest met betrekking tot de laatste betwiste volzin van overweging 902 van het litigieuze besluit geeft dan ook geen blijk van een onjuiste opvatting. De vraag of deze laatste volzin een schrijffout bevatte, was niet relevant, aangezien het Gerecht terecht heeft geoordeeld dat de Commissie de berekening van de geldboete in het litigieuze besluit niet had gebaseerd op de daadwerkelijke impact van de inbreuk.

61. Het deel van het betoog van Orange dat betrekking heeft op het feit dat de Commissie in het litigieuze besluit beweerdelijk de waarschijnlijke gevolgen van de inbreuk in aanmerking heeft genomen bij het onderzoek van de aard van de inbreuk, is volgens deze laatste eveneens ongegrond. De Commissie heeft enkel subsidiair, voor het geval dat het Gerecht zou oordelen dat dergelijke effecten in aanmerking waren genomen – quod non – opgemerkt dat het dan om waarschijnlijke en niet om reële gevolgen ging. Onder verwijzing naar de punten 11, 112 en 166 tot en met 170 van het bestreden arrest is de Commissie van mening dat het Gerecht – zonder blijk te geven van een onjuiste opvatting van het litigieuze besluit – in punt 171 heeft geoordeeld dat de Commissie bij de beoordeling van de ernst van de onrechtmatige gedraging van Orange geen rekening heeft gehouden met de waarschijnlijke gevolgen ervan, om de geldboete te berekenen. De in punt 169 van het bestreden arrest verrichte vaststelling is op zich juist, gelet op de overwegingen van het litigieuze besluit.

62. Het betoog aangaande de beweerde onjuiste rechtsopvattingen en de schending van het beginsel van een doeltreffende rechterlijke bescherming inzake de beoordeling van de door Orange overgelegde bewijselementen dient, wat de daadwerkelijke invloed betreft, te worden afgewezen, aangezien het Gerecht in het bestreden arrest terecht tot de slotsom is gekomen dat hiermee bij de bepaling van de geldboete geen rekening is gehouden. Orange heeft voor het Gerecht de omvang van de waarschijnlijke gevolgen niet betwist. De dienaangaande in hogere voorziening aangevoerde argumenten zijn niet-ontvankelijk, aangezien deze betrekking zouden hebben op feitelijke gegevens zonder dat wordt gesteld dat die gegevens onjuist zijn opgevat. Deze argumenten zijn tevens ongegrond: aangezien het Gerecht terecht had vastgesteld dat de Commissie niet specifiek was uitgegaan van de waarschijnlijke gevolgen om de ernst van de inbreuk te bepalen, was het niet gehouden om zich over de door Orange overgelegde gegevens uit te spreken.

63. Voor het geval dat het Hof, anders dan het Gerecht, van oordeel is dat de impact van de inbreuk bij de bepaling van de geldboete in aanmerking is genomen, betoogt de Commissie dat het litigieuze besluit in zijn geheel moet worden gehandhaafd. De concrete weerslag van een inbreuk op de markt moet worden geacht in voldoende mate te zijn aangetoond wanneer de Commissie in staat is concrete en geloofwaardige aanwijzingen te geven waaruit met redelijke waarschijnlijkheid blijkt dat de inbreuk gevolgen heeft voor de markt. In het onderhavige geval zou de Commissie zich in punt X.4.4 van het litigieuze besluit dat bewijs hebben geleverd. Voorts zouden de argumenten die in hogere voorziening worden aangevoerd ten bewijze van de fouten die de Commissie bij de vaststelling van de waarschijnlijke gevolgen van de inbreuk zou hebben gemaakt, niet ter zake doen, aangezien deze de vraag betreffen of sprake is van daadwerkelijke invloed.

64. De PIIT schaart zich achter het betoog van Orange. Zij is met name van mening dat de Commissie wezenlijke fouten heeft gemaakt bij haar beoordeling van de impact van de inbreuk door niet naar behoren rekening te houden met de regelgevende en historische context van het breedbandinternet in Polen, hetgeen haar analyse van de ernst van de inbreuk zou hebben vervalst. Het Gerecht heeft nagelaten deze fouten te bestraffen.

65. De ECTA is van mening dat het Gerecht het litigieuze besluit niet onjuist heeft opgevat en haar betoog is hetzelfde als dat van de Commissie.

## 2. Beoordeling

66. Het deel van het litigieuze besluit waarvan Orange stelt dat het onjuist is opgevat, is de laatste volzin van overweging 902 ervan, welke te vinden is in het deel van dit besluit dat gewijd is aan de bepaling van het basisbedrag van de geldboete, preciezer gezegd in de onderafdeling waarin de Commissie de aard van de inbreuk beoordeelt ter bepaling van de ernst ervan.

67. Deze overweging luidt als volgt: „Zoals is beschreven in overweging VIII.1 is het gedrag van [Orange] een van de gedragingen die tot doel hebben de mededinging op de retailmarkt uit te schakelen of, ten minste, te bewerkstelligen dat nieuwe marktpartijen enkel met vertraging de markt kunnen betreden. Zoals in overweging 892 is gemeld, was [Orange] zich er bovendien van bewust dat haar gedrag onrechtmatig was. Dat heeft een negatieve weerslag op de mededinging en de consument, die hogere prijzen moet betalen, minder keuze heeft en het moet stellen met minder innovatieve producten.”

68. Ik begrijp niet waarom het Gerecht niet heeft aanvaard dat de Commissie in die volzin naar de impact van de inbreuk op de markt verwees, overwegende, in het bijzonder, dat zij haar vaststelling van het misbruik had gebaseerd op de waarschijnlijke gevolgen voor de mededinging en de consumenten, waaraan zij niet minder dan 60 overwegingen van het litigieuze besluit heeft gewijd.

69. Bovendien vind ik de door het Gerecht in punt 170 van het bestreden arrest verstrekte reden om een dergelijke uitlegging, namelijk het feit dat deze laatste volzin geen verwijzing naar dit deel van het litigieuze besluit bevatte<sup>13</sup>, uit te sluiten, bijzonder zwak en niet overtuigend.

70. Dit gezegd hebbende, ben ik van mening dat de voornaamste onjuiste rechtsopvatting met schending van het beginsel van een doeltreffende rechterlijke bescherming waarvan het Gerecht in het bestreden arrest blijk heeft gegeven, de weigering betreft om na te gaan of de impact van de inbreuk door de Commissie naar behoren is vastgesteld, of om zelfs maar de argumenten van Orange dienaangaande te onderzoeken. Aangezien Orange betoogde dat de Commissie zich had gebaseerd op de daadwerkelijke, of zelfs waarschijnlijke, gevolgen van de inbreuk voor de berekening van de geldboete, had het Gerecht deze argumenten moeten onderzoeken (en niet deze eenvoudigweg als „niet ter zake dienend” moeten afdoen) en moeten nagaan of het litigieuze besluit concrete, geloofwaardige en voldoende aanwijzingen voor deze gevolgen bevatte, hetgeen het duidelijk niet heeft gedaan.

71. Dat geldt des te meer nu Orange voor het Gerecht elementen heeft aangevoerd die ertoe strekten aan te tonen dat de benadering van de Commissie onjuist was. Deze elementen, die Orange in hogere voorziening opnieuw gedetailleerd heeft beschreven, zijn door het Gerecht niet in aanmerking genomen.

72. Inmiddels is op 6 september 2017 door de Grote kamer van het Hof het arrest Intel Corporation/Commissie (C-413/14 P, EU:C:2017:632) gewezen. Omdat dit arrest voor de onderhavige zaak van belang is, verdient het mijns inziens een nadere beschouwing.

73. Samengevat is het arrest Intel Corporation/Commissie (C-413/14 P, EU:C:2017:632) gewezen op hogere voorziening tegen het arrest waarin het Gerecht had geoordeeld dat voorwaardelijke kortingen en andere beperkingen die tot uitsluiting leidden, misbruik van machtspositie opleverden en in strijd waren met artikel 102 VWEU. Het Hof heeft het arrest van het Gerecht vernietigd op grond dat het Gerecht niet op de juiste wijze had stilgestaan bij de vraag of de betrokken getrouwheidskortingen de concurrentie konden beperken (hierna: „concurrentiebeperkend vermogen”). Het Hof was van oordeel dat de analyse van het concurrentiebeperkend vermogen had moeten plaatsvinden in het licht van alle omstandigheden, inclusief een onderzoek van alle op het tegendeel wijzende argumenten en feitelijke elementen die door de vervolgte onderneming waren aangevoerd ter betwisting van het eindoordeel van de Commissie.

<sup>13</sup> Te weten dat deel waarin de Commissie haar opmerkingen met betrekking tot de waarschijnlijke gevolgen van de inbreuk heeft gemaakt.

74. Na in punt 137 van dit arrest zijn rechtspraak (arrest van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie, 85/76, EU:C:1979:36, punt 89) te hebben aangehaald, verklaart het Hof in punt 138 evenwel dat „[d]ie rechtspraak [...] [moet] worden verduidelijkt wanneer de betrokken onderneming tijdens de administratieve procedure, onder overlegging van bewijs, betoogt dat haar gedrag de mededinging niet kon beperken en met name niet de verweten uitsluitingseffecten kon hebben” (cursivering van mij).

75. In dat geval is, volgens het volgende punt (139), „de Commissie niet alleen ertoe gehouden de omvang van de machtspositie van de onderneming op de relevante markt en de marktdekking van de betwiste praktijk alsook de duur, de hoogte en de voorwaarden en de modaliteiten voor het verlenen van de betrokken kortingen te onderzoeken, maar is zij ook verplicht na te gaan of er sprake is van een strategie die erop gericht is minstens even efficiënte concurrenten uit te sluiten (zie naar analogie arrest van 27 maart 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punt 29)”.

76. Mijns inziens gaat het geenszins om een vereiste dat uitsluitend procedureel van aard is.

77. Volgens punt 133 van dat arrest „zij eraan herinnerd dat artikel 102 VWEU geenszins tot doel heeft om een onderneming te beletten om door eigen verdienste de machtspositie op een markt te verwerven. Deze bepaling heeft evenmin tot doel om ervoor te zorgen dat minder efficiënte concurrenten dan de onderneming met een machtspositie op de markt aanwezig blijven (zie met name arrest van 27 maart 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punt 21 en aldaar aangehaalde rechtspraak)”.<sup>14</sup>

78. Hoe dan ook en voor zover dit de onderhavige hogere voorziening betreft, ben ik van mening dat met betrekking tot een besluit waarbij de Commissie misbruik vaststelt en nagaat in hoeverre de gedraging een concurrent kan uitsluiten dan wel op enige andere wijze de mededinging en de consumenten negatief kan beïnvloeden of raken, het Gerecht zich noodzakelijkerwijs moet buigen over alle argumenten van verzoeker die ertoe strekken vraagtekens te plaatsen bij de geldigheid van de vaststellingen van de Commissie met betrekking tot het vermogen van de betrokken gedraging om de concurrentie te belemmeren.

79. Met andere woorden, de beginselen die het Hof in het arrest Intel Corporation/Commissie (C-413/14 P, EU:C:2017:632) heeft geformuleerd voor de beoordeling van het „concurrentiebeperkend vermogen” van een gedraging die misbruik oplevert, zijn niet alleen relevant wanneer het gaat om de betwisting van de vaststelling ten gronde van een inbreuk (de zaak die tot dat arrest heeft geleid), maar ook wanneer het gaat om de beoordeling van de aard en de ernst van de inbreuk ter bepaling van de hoogte van de geldboete (zoals de onderhavige hogere voorziening).

80. Anders dan de Commissie betoogt, is het arrest Intel Corporation/Commissie (C-413/14 P, EU:C:2017:632) dus, naar analogie, van toepassing op de berekening van het basisbedrag van de geldboete volgens artikel 23, lid 3, van verordening nr. 1/2003.

81. Uit de rechtsleer kan namelijk worden opgemaakt dat terwijl in zaken die afspraken tussen ondernemingen („kartels”) betreffen de Commissie niet verplicht is om bij de berekening van de geldboete rekening te houden met de weerslag of de gevolgen van de inbreuk, een andere benadering vereist is in geval van misbruik van een machtspositie, aangezien hierbij niet van eenvoudige *rules of thumb*<sup>15</sup> of van een „algemene en abstracte” aanpak (punt 169 van het bestreden arrest) kan worden uitgegaan.

<sup>14</sup> Zie ook Coates, K., *The Intel CJ Ruling: More Than A Nudge Towards Economic Analysis*, Competition Policy International, oktober 2017, blz. 4.

<sup>15</sup> Zie Lianos, I. en Geradin, D., *Handbook on European Competition Law – Enforcement and Procedure*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, blz. 359. Zie ook Al-Ameen, A., *Antitrust Fines-Seeking Justice*, *Competition Law Review*, 2010, nr. 7, blz. 83 en 88.



82. De Commissie beschikt weliswaar over een ruime beoordelingsmarge bij de bepaling van geldboeten<sup>16</sup>, maar deze beoordelingsmarge kan niet onbeperkt zijn. Bepaalde beginselen moeten in aanmerking worden genomen bij deze bepaling, met name het beginsel van gelijke behandeling en het evenredigheidsbeginsel, omdat een te ruime beoordelingsmarge anders tot rechtsonzekerheid leidt. Het evenredigheidsbeginsel vormt immers een belangrijke beperking van de beoordelingsmarge die de Commissie bij de vaststelling van de geldboeten heeft.

83. In zijn conclusie in de zaak *Dansk Rørindustri e.a./Commissie* (C-189/02 P, EU:C:2004:415, punten 129, 130 en 132) had advocaat-generaal Tizzano reeds gewezen op de noodzaak om bepaalde risico's te voorkomen. Ik haal hieruit twee passages aan: „Ik wil er [...] de aandacht op vestigen dat de berekeningsmethode van de Commissie, zoals uit de voorgaande bespreking [van deze zaak] blijkt, een zeker risico wat de billijkheid van het systeem betreft, met zich brengt” (punt 129), en „Het lijkt mij namelijk niet volledig te stroken met de vereisten van individualisering en differentiëring van de ‚straf’ – twee kernbeginselen van elk sanctiesysteem, zowel op strafrechtelijk als op administratiefrechtelijk gebied – dat in de onderhavige zaken een deel van de berekeningen *in wezen van formele en abstracte aard is en dus in het eindbedrag van de geldboete [hier zij gewezen op de ‚algemene en abstracte’ benadering waarnaar is verwezen in punt 169 van het bestreden arrest] niet concreet doorwerkt*. Evenmin kan men ontkennen dat, om dezelfde reden, het door de richtsnoeren nagestreefde doel van een grotere doorzichtigheid niet volledig dreigt te kunnen worden verwezenlijkt” (punt 130, cursivering van mij). De advocaat-generaal voegt hieraan toe dat hij betwijfelt of de geldboeten aldus stroken met de algemene vereisten van redelijkheid en billijkheid van de straf (punt 133).

84. Bovendien moet de beoordelingsmarge die de Commissie met betrekking tot geldboeten heeft, worden toegepast binnen de grenzen (en volgens de vereisten) van verordening nr. 1/2003, en met name artikel 23, lid 3, ervan, ingevolge waarvan „bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete [...] zowel met *de ernst*, als met de duur van de inbreuk *rekening [wordt] gehouden*” (cursivering van mij), *ongeacht of het gaat om het verhogen of verlagen van de boete* (en zulks in tegenstelling tot de richtsnoeren van 2006 die de impact van de inbreuk enkel voor het verhogen van de boete in aanmerking nemen).<sup>17</sup>

85. Deze aspecten kunnen slechts van geval tot geval worden beoordeeld door alle omstandigheden van de specifieke zaak in aanmerking te nemen en niet enkel op basis van een „algemene en abstracte” benadering (punt 169 van het bestreden arrest).<sup>18</sup>

16 Zie onder meer arrest van 20 maart 2002, LR AF 1998/Commissie (T-23/99, EU:T:2002:75, punt 231).

17 Zie punt 31 van de richtsnoeren („[d]e Commissie zal tevens rekening houden met de noodzaak de strafmaat te verzwaren om ervoor te zorgen dat de boete hoger uitvalt dan het bedrag van de onrechtmatig, dankzij de inbreuk gemaakte winst, wanneer de raming daarvan objectief mogelijk is”). De benadering die ik bepleit komt overeen met die van de arresten van 20 juni 1978, *Tepea/Commissie* (28/77, EU:C:1978:133, punten 66 en 67); 11 maart 1999, *Thyssen Stahl/Commissie* (T-141/94, EU:T:1999:48, punt 646); 9 juli 2009, *Peugeot en Peugeot Nederland/Commissie* (T-450/05, EU:T:2009:262, punten 301-305 en 328-329); 1 juli 2010, *AstraZeneca/Commissie* (T-321/05, EU:T:2010:266, punt 905), en, wat het onderzoek van verzachtende omstandigheden betreft, arresten van 6 april 1995, *Martinelli/Commissie* (T-150/89, EU:T:1995:70, punt 60), en 11 maart 1999, *Cockerill-Sambre/Commissie* (T-138/94, EU:T:1999:47, punt 572).

18 De benadering die ik bepleit wordt reeds toegepast in de rechtspraak en de praktijk van bepaalde lidstaten. Zie dienaangaande een belangrijk vonnis van de Britse rechterlijke instantie voor mededingingsrecht (Competition Appeal Tribunal, Verenigd Koninkrijk) in de zaak „Construction Bid Rigging” [zaak nr. 1114-1119-1127-1129-1132-1133/1/1/09 (2011) CAT 3, punt 102]; zie ook het voorstel voor nieuwe richtsnoeren voor de berekening van geldboeten van de mededingingsautoriteit van het Verenigd Koninkrijk waarin bij de bepaling van de bedragen van de geldboete de gevolgen van de inbreuk in aanmerking worden genomen (<https://www.gov.uk/government/consultations/ca98-penalties-guidance>). Als bron van inspiratie kunnen mutatis mutandis de beginselen dienen die worden toegepast in het strafrecht, waar de impact, of zelfs het ontbreken daarvan, een belangrijke rol speelt (zie bijvoorbeeld „Guideline – Overarching Principles: Seriousness” van de Britse Sentencing Guidelines Council, 2004, blz. 3-4). Zie ook Lianos en Geradin, op. cit., blz. 359 en 360.



86. Het voorgaande wordt bevestigd door het arrest Intel Corporation/Commissie (C-413/14 P, EU:C:2017:632) aangezien, ten eerste, misbruik van machtspositie, als bedoeld in artikel 102 VWEU, niet *in abstracto* kan worden vastgesteld, ten tweede, een grondig onderzoek van alle omstandigheden van de zaak noodzakelijk is (punt 142 van dit arrest) en, ten derde, zoals advocaat-generaal Wahl in punt 118 van zijn conclusie aangeeft<sup>19</sup>, misbruik van machtspositie „*waarschijnlijkheid*” vereist; „*de loutere theoretische mogelijkheid* van een uitsluitingseffect [...] om te kunnen spreken van misbruik van machtspositie, zoals de Commissie lijkt te suggereren” volstaat daartoe niet.

87. De door het Hof in het arrest Intel Corporation/Commissie (C-413/14 P, EU:C:2017:632) ontwikkelde redenering, die betrekking had op de inbreuk zelf, zou op overeenkomstige wijze moeten worden toegepast op de analyse van de aard en de ernst van de inbreuk met het oog op de bepaling van de boete.

88. In casu heeft Orange concrete argumenten aangevoerd om te verduidelijken waarom de aard en de ernst van de betrokken gedraging de hoogte van de geldboete niet rechtvaardigen.

89. De *aard* – en bijgevolg ook de *ernst* – van de inbreuk hangen grotendeels af van de mate waarin Orange ertoe neigt de mededinging op de retailmarkt voor breedbandtoegang in Polen uit te schakelen, en bijgevolg de concurrentie te schaden en de consumenten te benadelen.

90. Orange wijst erop dat de Commissie in het litigieuze besluit met haar beoordeling van de reële of waarschijnlijke invloed van de inbreuk het door haar gestelde nadeel slechts in beperkte mate heeft onderzocht. In de loop van de schriftelijke procedure heeft Orange bewijselementen overgelegd en argumenten aangevoerd waaruit volgens haar de belangrijkste fouten van de Commissie bij de beoordeling van de schadelijke gevolgen blijken.

91. Hieruit volgt – zoals in het arrest Intel Corporation/Commissie (C-413/14 P, EU:C:2017:632) wordt bevestigd – dat het Gerecht zich niet meer op het standpunt kon stellen dat het mocht voorbijgaan aan de argumenten van verzoekster en zich in casu had moeten buigen over alle door Orange aangedragen bewijzen en de argumenten waarmee deze vraagtekens plaatste bij de geldigheid van de eindconclusies van de Commissie betreffende het vermogen van de betrokken gedraging om de concurrentie in Polen nadelig te beïnvloeden.

92. In het bestreden arrest heeft het Gerecht echter geweigerd aandacht te besteden aan de middelen van Orange die waren ontleend aan een onjuiste beoordeling door de Commissie van de daadwerkelijke of waarschijnlijke invloed van de inbreuk van verzoekster dan wel het feit dat deze beoordeling geen specifieke, geloofwaardige en voldoende elementen bevatte ter rechtvaardiging van met name het gebruik van de drempel van 10 % voor de berekening van het basisbedrag van de geldboete.

93. Het Gerecht heeft de argumenten van Orange verworpen, overwegende dat de Commissie *noch* de daadwerkelijke invloed, *noch* de waarschijnlijke gevolgen van de inbreuk in aanmerking had genomen en dat zij enkel op „algemene en abstracte” wijze naar de aard van de inbreuk had verwezen waar zij had geoordeeld dat de gedraging een negatieve weerslag kon hebben op de mededinging en de consument (zie het bestreden arrest, punt 169), waarbij het Gerecht genoegen heeft genomen met een dergelijke onzekere, onnauwkeurige en hypothetische aanpak.

94. Het Gerecht is op basis hiervan tot de slotsom gekomen dat het zich niet hoefde te buigen over de argumenten van verzoekster betreffende de fouten die de Commissie zou hebben gemaakt bij de beoordeling van de daadwerkelijke en waarschijnlijke gevolgen van de inbreuk voor de mededinging, omdat deze argumenten „niet ter zake dienend” waren (bestreden arrest, punt 173).

<sup>19</sup> Conclusie van advocaat-generaal in zaak Intel Corporation/Commissie (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punt 118).

95. Ik vind het (net als Orange) opvallend dat de Commissie, in de punten 25 en 26 van haar dupliek, het oordeel van het Gerecht in punt 169 van het bestreden arrest steunt door te stellen dat „[h]et dus juist is dat het gedrag van Orange een negatieve weerslag kon hebben op de mededinging en de consument. [...] In een geval als het onderhavige zijn *concurrentiebeperkende effecten – die op zijn minst waarschijnlijk zijn – inherent*. [...] [M]isbruik dat concurrenten kan uitsluiten en dat ten uitvoer wordt gelegd *kan de mededinging enkel vervalsen* en hierdoor nadelig zijn voor de consumenten” (cursivering van mij).

96. Hieruit blijkt de formalistische aanpak van de Commissie om zich veeleer op basis van gevolgtrekkingen en veronderstellingen en niet via verwijzingen naar bewijzen van de gevolgen te bevrijden van de bewijslast, zonder enige naar behoren gemotiveerde weerlegging van hiertegen ingaande toelichtingen van de vervolgte partij te verstrekken.

97. Door de benadering van de Commissie te onderschrijven, heeft het Gerecht om te beginnen niet geverifieerd of de feiten die de Commissie had aangevoerd om tot de slotsom te komen dat de inbreuk nadelig kon zijn voor de concurrentie, op de juiste wijze waren uiteengezet, en voorts evenmin of de Commissie de omvang en de waarschijnlijke nadelige gevolgen verkeerd had ingeschat en of de aan deze feiten verbonden juridische gevolgen juist waren.

98. Deze abstracte benadering druist in tegen de vereisten inzake het bewijs die reeds in herinnering zijn gebracht door advocaat-generaal Wahl in zijn conclusie in de zaak Intel Corporation/Commissie (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punten 114-121) en die ik alleen maar kan delen: „een loutere hypothetische of theoretische mogelijkheid [van gedragingen die de mededinging kunnen beperken] [...] volstaat [niet]” en „[h]et doel van de beoordeling van de mogelijkheid van mededingingsbeperking is om vast te stellen of de gelaakte gedragingen *naar alle waarschijnlijkheid* een mededingingsverstoring uitsluitingseffect hebben” en „[er] moet [...]van worden uitgegaan dat de beoordeling van de mogelijkheid van mededingingsbeperking door gedragingen waarop een vermoeden van onrechtmatigheid rust, ertoe strekt vast te stellen dat, *alle omstandigheden in aanmerking genomen, die gedragingen niet slechts een ambivalente uitwerking hebben op de markt [...], maar inderdaad de vermoede mededingingsbeperkende gevolgen hebben*” (cursivering van mij).

99. In dezelfde gedachtegang deel ik het standpunt van advocaat-generaal Mazák in de zaak Deutsche Telekom/Commissie (C-280/08 P, EU:C:2010:212, punt 64) en de zaak TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2010:483, punten 39 en 40)<sup>20</sup>, dat soortgelijke vereisten omvat.

100. Ik denk (evenals Orange) dat de benadering van het Gerecht in het bestreden arrest ook onvereenigbaar is met het oordeel van het Hof, in de punten 138-146 van het arrest Intel Corporation/Commissie (C-413/14 P, EU:C:2017:632), dat de Commissie en, op zijn beurt, het Gerecht „*alle argumenten van de verzoekende partij [dient] te onderzoeken waarmee de gegrondheid wordt betwist van de vaststellingen van de Commissie met betrekking tot de mogelijkheid van uitsluiting door het betrokken [misbruik]*” (cursivering van mij).<sup>21</sup>

20 Zie ook de zaak Meo – Serviços de Comunicações e Multimédia (C-525/16), thans aanhangig, en de reeds beschikbare conclusie van advocaat-generaal Wahl in die zaak (EU:C:2017:1020).

21 Zoals blijkt uit de rechtsleer (Venit, J. S., The judgement of the European Court of Justice in Intel v Commission: a procedural answer to a substantive question?, *European Competition Journal*, blz. 11): „The Court’s ruling, which decisively rejects the position advocated by the Commission and supported by the General Court, establishes that, whether or not the rebate is conditioned on exclusivity, facts do matter in competition cases and that it would be a grave error not to consider all the relevant facts, at least in cases where there is a plausible claim, based on these facts, that the dominant firm’s conduct may not have been capable of foreclosing its rivals. [...] *the Court came down squarely against the Commission and the General Court by rejecting the ‘facts are irrelevant approach’ at least where the defendant, with supporting evidence, submits that its conduct was not capable of producing the alleged foreclosure effects*” en „*the General Court is required to examine all of the defendant’s arguments concerning the application of the test*” (cursivering van mij).

101. De aanpak van het Gerecht in het bestreden arrest komt dus overeen met die welke door het Hof is bekritiseerd in het arrest Intel Corporation/Commissie (C-413/14 P, EU:C:2017:632) (alook door advocaat-generaal Wahl in zijn conclusie in die zaak) – zoals dit reeds eerder het geval was in de zaak in eerste aanleg die heeft geleid tot het arrest van 10 juli 2014, Telefónica en Telefónica de España/Commissie (C-295/12 P, EU:C:2014:2062) en waar ik vraagtekens bij heb geplaatst in mijn conclusie in die zaak (C-295/12 P, EU:C:2013:619).

102. Deze benadering van het Gerecht gaat ook in tegen punt 20 van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten van 2006 waarin wordt bepaald dat „[d]e ernst van de inbreuk [...] per geval [wordt] beoordeeld, waarbij rekening wordt gehouden met alle relevante omstandigheden”.<sup>22</sup>

103. De weigering van het Gerecht om de door Orange overgelegde bewijselementen en aangevoerde argumenten volledig en gedetailleerd te onderzoeken komt tevens neer op het ontbreken van een passend en volledig onderzoek van de wettigheid van het litigieuze besluit als bedoeld in artikel 263 VWEU.<sup>23</sup>

104. Bovendien heeft het Gerecht het criterium van de evenredigheid van de geldboete ten aanzien de aard – en dus de ernst – van de inbreuk onjuist toegepast, waardoor Orange een doeltreffende rechterlijke bescherming is onthouden.

105. Een geldboete kan immers niet als evenredig worden beschouwd wanneer de in het litigieuze besluit omschreven bepalende elementen ervan (vooral wanneer het gaat om de aard – en dus de ernst – van de inbreuk) niet naar behoren zijn onderzocht<sup>24</sup> door het Gerecht, dat zich niet mag beperken tot een beoordeling van de verenigbaarheid van die boete met de richtsnoeren en zelf de gepastheid van de betrokken sanctie moet onderzoeken.<sup>25</sup>

106. In het arrest Intel Corporation/Commissie (C-413/14 P, EU:C:2017:632) heeft het Hof zeer duidelijk eraan herinnerd dat zelfs een gedraging die, wat de concurrentie betreft, twijfels doet rijzen *niet als zodanig kan worden veroordeeld*.

107. Dit gezegd zijnde, is het mogelijk dat de Commissie uiteindelijk gelijk blijkt te hebben, maar niet zonder dat het Gerecht zich eerst buigt over de argumenten die Orange heeft aangevoerd in het kader van het tweede onderdeel van het derde middel in eerste aanleg.

108. Volgens mij is het tweede middel dan ook gegrond. Bijgevolg moet het bestreden arrest worden vernietigd en dient de zaak naar het Gerecht te worden terugverwezen ter beoordeling van de door Orange aangevoerde argumenten.

22 Waarbij punt 19 van die richtsnoeren preciseert dat „[v]oor de vaststelling van het basisbedrag van de boete [...] een deel van de waarde van de verkopen dat wordt bepaald door de ernst van de inbreuk, [wordt] vermenigvuldigd met het aantal jaren dat de inbreuk geduurd heeft” en in punt 22 ervan staat te lezen dat „[o]m de precieze hoogte binnen deze bandbreedte te bepalen [...] de Commissie met een aantal factoren rekening [zal] houden, zoals de aard van de inbreuk, het gecumuleerde marktaandeel van alle betrokken partijen, de geografische reikwijdte van de inbreuk, en de vraag of de inbreuk daadwerkelijk is geïmplementeerd”.

23 Arrest van 8 december 2011, KME Germany e.a./Commissie (C-272/09 P, EU:C:2011:810, punten 129-133).

24 Zie mijn conclusie in de zaak Telefónica en Telefónica de España/Commissie (C-295/12 P, EU:C:2013:619, punten 107 e.v.). Zoals ook blijkt uit de rechtsleer [Forrester, I. S., „A challenge for Europe’s judges: the review of fines in competition cases”, *European Law Review*, vol. 36, nr. 2, 2011, blz. 185 en 197]: „review [of fines should ask] whether the punishment imposed on an undertaking corresponded to the individual gravity of misconduct”.

25 Zie in die zin arrest van 8 december 2011, Chalkor/Commissie (C-386/10 P, EU:C:2011:815, punt 78). Een regeling inzake de bepaling van geldboeten die rekening houdt met het effect of de impact van de inbreuk zou trouwens meer in lijn zijn met het beginsel van evenredigheid dat vereist dat „penalties should come as a direct response to an infringer’s wrongdoing” (zie Fish, M., „An Eye for an Eye: Proportionality as a Moral Principle of Punishment”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2008, blz. 28 en 57).

***C. Derde middel: onjuiste rechtsopvattingen en onjuiste opvatting van de bewijzen doordat de investeringen van Orange niet als verzachtende omstandigheid in aanmerking zijn genomen***

*1. Samenvatting van de argumenten van partijen*

109. Orange betoogt dat het Gerecht, door haar betoog te verwerpen dat de Commissie haar investeringen ter verbetering van het vaste breedbandnetwerk in Polen als verzachtende omstandigheid had moeten aanmerken, de stukken onjuist heeft opgevat en blijk heeft gegeven van verschillende onjuiste rechtsopvattingen en/of kennelijke beoordelingsfouten heeft gemaakt, waarvan elk op zich tot een verlaging van de geldboete had moeten leiden.

110. Ten eerste zou het Gerecht, aan het einde van punt 208 van het bestreden arrest, op goede gronden het door de Commissie in overweging 915 van het litigieuze besluit aangevoerde argument hebben verworpen door te oordelen dat het voor de kwalificatie als verzachtende omstandigheid niet ertoe doet dat deze investeringen de aard van de inbreuk niet veranderen. In de punten 192 tot en met 209 van het bestreden arrest zou het Gerecht evenwel zijn afgeweken van de in het litigieuze besluit verstrekte motivering door deze investeringen niet als verzachtende omstandigheid te kwalificeren en zou het zijn eigen redenering hiervoor in de plaats hebben gesteld. Hiermee zou het Gerecht de regel hebben geschonden dat het, in het kader van het onderzoek van de wettigheid van het litigieuze besluit als bedoeld in artikel 263 VWEU, zijn eigen motivering niet in de plaats kan stellen van de instantie die het litigieuze besluit heeft vastgesteld.

111. Ten tweede zou het Gerecht blijk hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en/of een kennelijke beoordelingsfout hebben gemaakt door te oordelen dat de betrokken investeringen niet als maatregel tot herstel van de inbreuk konden worden gekwalificeerd. Om te beginnen zou, anders dan in de punten 199 tot en met 201 van het bestreden arrest is verklaard, uit het arrest van 30 april 2009, Nintendo en Nintendo of Europe/Commissie (T-13/03, EU:T:2009:131), alsook uit besluiten van nationale mededingingsautoriteiten kunnen worden afgeleid dat het begrip herstel voordelige gevolgen in natura en niet zozeer in geld kan beogen, ook al zijn deze indirect van aard. Artikel 18, lid 3, van richtlijn 2014/104 zou dit bevestigen. Verder zou het in de onderhavige zaak onmogelijk zijn geweest om het rechtstreeks herstel nauwkeurig en doeltreffend te kwantificeren en toe te wijzen. Indien Orange dus niet eenzijdig de betrokken investeringen, waarvan de UKE en de AO het belang en de gunstige effecten erkenden, had gedaan, dan hadden slechts weinigen van dat herstel geprofiteerd. Verder zou het Gerecht, in de punten 204 tot en met 206 van het bestreden arrest, ten onrechte hebben geoordeeld dat deze gunstige effecten uit de overeenkomst met de UKE en niet uit die investeringen voortvloeiden.

112. Ten derde zou het Gerecht blijk hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en het dossier verkeerd hebben opgevat door in punt 202 van het bestreden arrest te oordelen dat de investeringen waren ingegeven door de bedoeling van Orange om de door de UKE beoogde functionele scheiding te voorkomen. In de schriftelijke stukken of in het litigieuze besluit is geen enkel argument te vinden met betrekking tot de redenen voor Orange om de overeenkomst met de UKE te sluiten en het Gerecht heeft zijn eigen redenering in de plaats van die van de Commissie gesteld, hetgeen een onregelmatige vervanging van de motivering en schending van de billijkheid en het beginsel van de eerbiediging van de rechten van de verdediging oplevert. Bovendien waren deze investeringen wel degelijk vrijwillig, zoals de Commissie in punt 140 van het litigieuze besluit zelf heeft erkend.

113. Ten vierde zou het Gerecht in punt 203 van het bestreden arrest ten onrechte hebben verklaard dat de betrokken investeringen slechts „een normaal kenmerk van het zakenleven” waren. Deze bewering is in tegenspraak zijn met de vaststelling in punt 202 van dat arrest, aangezien diezelfde investeringen niet tegelijkertijd het resultaat van de dreiging van een regelgevende interventie en een normaal kenmerk van het zakenleven kunnen zijn. Hoe dan ook zijn die investeringen niet gedaan zijn met het oog op het behalen van economisch voordeel, aangezien een aantal ervan economisch niet rendabel was maar beoogde het nadeel van de slachtoffers van het misbruik te verhelpen.

114. Bovendien vormen verzachtende omstandigheden volgens Orange geen gesloten categorie en is het ontbreken van een precedent in de rechtspraak geen belemmering voor de erkenning van het bestaan van een verzachtende omstandigheid.

115. De Commissie is van mening dat het onderhavige middel niet ter zake dienend en/of niet-ontvankelijk is en moet worden afgewezen.

116. Bovendien is het onderhavige middel volgens haar ongegrond, aangezien Orange niet heeft aangetoond dat het Gerecht krachtens het toepasselijke rechtskader gehouden was om de betrokken investeringen als een herstelmaatregel aan te merken.

117. Ten eerste zou de Commissie over een beoordelingsmarge beschikken bij de bepaling van de omvang van een mogelijke verlaging van een geldboete op grond van verzachtende omstandigheden.

118. Ten tweede zou het Gerecht niet zijn uitgegaan van „nieuwe gronden voor de rechtvaardiging van de weigering van de Commissie” om de geldboete te verlagen.

119. Ten derde zou de bewering van het Gerecht dat de investeringen waren ingegeven door de bedoeling om uit de regelgeving voortvloeiende sancties te voorkomen, voortkomen uit zijn onderzoek van de bewijselementen ter zake van de dreiging van een functionele scheiding waarnaar de Commissie in het litigieuze besluit had verwezen. Het Gerecht is noch tot de slotsom zijn gekomen dat de dreiging van een functionele scheiding de enige reden was voor de ondertekening van de overeenkomst met de UKE, noch het vrijwillige karakter van deze investeringen hebben verworpen.

120. Ten vierde zou het Gerecht geen beoordelingsfout hebben gemaakt door te oordelen dat de investeringen en hun mogelijke gunstige effecten deel uitmaakten van de met de UKE gesloten overeenkomst.

121. De PIIT is, net als Orange, van mening dat de betrokken investeringen herstellend van aard zijn, zoals blijkt uit de feiten die de PIIT in zijn bij het Gerecht ingediende opmerkingen heeft uiteengezet. Bijgevolg zou het Gerecht, door deze investeringen niet als verzachtende omstandigheid in aanmerking te nemen, blijk hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Verder zou het Gerecht een fout hebben gemaakt bij de beoordeling van het door de PIIT overgelegde bewijs en de inhoud daarvan onjuist hebben opgevat, in het bijzonder door in punt 204 van het bestreden arrest te verklaren dat de door de PIIT in haar memorie aangevoerde stellingen werden weersproken door de inhoud van de documenten die zij als bijlage bij die memorie had gevoegd. Ook zou het Gerecht in punt 206 van het bestreden arrest ten onrechte hebben geoordeeld dat de gunstige gevolgen voor de AO en de eindgebruikers enkel en alleen aan de overeenkomst met de UKE en niet aan voornoemde investeringen waren toe te schrijven.

122. De ECTA houdt een betoog dat in wezen overeenkomt met dat van de Commissie.



## 2. Beoordeling

123. Ik ben van mening dat dit middel niet-ontvankelijk is, aangezien Orange in werkelijkheid de beoordeling van de feiten door het Gerecht betwist en het Hof verzoekt om de door het Gerecht vastgestelde feiten opnieuw tegen het licht te houden.

124. Orange komt in feite op tegen de slotsom van het Gerecht met betrekking tot de motieven van Orange om de betrokken investeringen te doen, de aard van deze investeringen en de mogelijke gevolgen ervan. Deze elementen zijn alle feitelijk van aard. Volgens de rechtspraak van het Hof „valt een feitelijke conclusie onder de beoordelingsvrijheid van het Gerecht, waarvoor het Hof in het kader van de door hem uitgeoefende controle geen eigen conclusie in de plaats mag stellen” [beschikking van 15 juni 2012, *Otis Luxembourg e.a./Commissie* (C-494/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2012:356, punt 48)].

125. Bovendien lijkt mij dit middel ongegrond.

126. Weliswaar mag het Gerecht in het kader van de in artikel 263 VWEU bedoelde toetsing van de wettigheid van het litigieuze besluit het bewijs dat door de partijen aan hem is overgelegd onderzoeken en gebruiken<sup>26</sup>, maar het is vaste rechtspraak dat, in het kader hiervan, de rechterlijke instanties van de Unie in geen geval hun eigen motivering in de plaats kunnen stellen van die van degene die de bestreden handeling heeft vastgesteld.<sup>27</sup>

127. Wanneer de Unierechter daarentegen zijn volledige rechtsmacht uitoefent, is hij niet alleen bevoegd tot het enkel toetsen van de rechtmatigheid van de sanctie, maar mag hij ook zijn eigen beoordeling ter bepaling van de hoogte van die sanctie in de plaats stellen van die van degene die de handeling heeft vastgesteld waarbij de hoogte van de sanctie aanvankelijk was bepaald; deze volledige rechtsmacht geldt echter uitsluitend voor het bepalen van de hoogte van de geldboete.<sup>28</sup>

128. Uitgaande van deze beginselen deel ik de vaststellingen van het Gerecht.

129. Het Gerecht heeft zich hier immers gebaseerd op zijn eigen beoordeling van het litigieuze besluit alsmede op de door de partijen in de loop van de procedure gemaakte opmerkingen.<sup>29</sup> Deze vaststellingen zijn gedaan ter afdoening van de argumenten van Orange, waarbij het Gerecht zich juist daarop heeft gebaseerd. Orange kan dus niet betogen dat het Gerecht dienaangaande zijn eigen motivering in de plaats van die van de Commissie heeft gesteld.

130. Voorts is de conclusie van het Gerecht dat de investeringen waren ingegeven door de bedoeling sancties als de functionele scheiding te voorkomen duidelijk gebaseerd op een bepaald aantal elementen in het litigieuze besluit.<sup>30</sup> Orange was op de hoogte van dit bewijsmateriaal en is nooit hiertegen opgekomen.

<sup>26</sup> Zie onder meer in die zin arrest van 21 januari 2016, *Galp Energía España e.a./Commissie* (C-603/13 P, EU:C:2016:38, punt 72 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

<sup>27</sup> Arresten van 24 januari 2013, *Frucona Košice/Commissie* (C-73/11 P, EU:C:2013:32, punt 89 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 21 januari 2016, *Galp Energía España e.a./Commissie* (C-603/13 P, EU:C:2016:38, punt 73).

<sup>28</sup> Zie arrest van 21 januari 2016, *Galp Energía España e.a./Commissie* (C-603/13 P, EU:C:2016:38, punten 75 en 76 en aldaar aangehaalde rechtspraak); zie ook arrest van 8 december 2011, *KME Germany e.a./Commissie* (C-389/10 P, EU:C:2011:816, punten 129-133). Zie eveneens mijn conclusie in de zaak *Telefónica en Telefónica de España/Commissie* (C-295/12 P, EU:C:2013:619), waarin ik deze problemen gedetailleerd heb onderzocht.

<sup>29</sup> Zie punten 193, 194, 196 en 197 van het bestreden arrest en de conclusie van het Gerecht in de punten 200 en 201.

<sup>30</sup> Zie bestreden arrest (punt 215); voorts is het risico van functionele scheiding eveneens aangevoerd in punt 17 van dat arrest en een gedetailleerde analyse is te vinden in punt 197 ervan.

131. Bovendien kan, wat de vaststelling van het Gerecht betreft dat de investeringen „een normaal kenmerk van het zakenleven” zijn en dat „[zij] worden [...] gedaan met het oogmerk van rendement”, niet worden gesteld dat het Gerecht zijn eigen motivering in de plaats van die van de Commissie heeft gesteld. Bij de door het Gerecht uitgevoerde controle of de Commissie een fout had gemaakt, heeft het, eveneens in het licht van het door de partijen overgelegde bewijsmateriaal, de door Orange aangevoerde argumenten juist beantwoord. Zowel de memorie van repliek van de Commissie (punt 133) als de memorie van dupliek (punt 64) bevatte immers elementen die het Gerecht in staat stelden de argumenten van verzoekster te verwerpen en tot de slotsom te komen dat de investeringen van Orange in werkelijkheid in haar eigen belang waren gedaan. Verder bevat het litigieuze besluit een bepaald aantal elementen waaruit het belang van een voortdurende investeringsinspanning in de telecommunicatiesector (overweging 807 van het litigieuze besluit) alsook de algemene stimulansen van Orange (schaalvoordelen) om te investeren (overweging 661 van dat besluit) bleken.

132. Tot slot ben ik (net als de Commissie) van mening dat het Gerecht geen „nieuwe gronden voor de rechtvaardiging van de weigering van de Commissie” om de geldboete te verlagen, in aanmerking heeft genomen. Alle door het Gerecht onderzochte elementen alsmede alle redenen die zijn aangevoerd om de betrokken investeringen niet als verzachtende omstandigheid te kwalificeren, zijn uit de aan het Gerecht voorlegde memories en uit het litigieuze besluit voortgekomen. Verder heeft het Gerecht, door de boete niet te wijzigen, louter zijn volledige rechtsmacht uitgeoefend.

133. Bovendien is het Gerecht, in tegenstelling tot wat Orange beweert, in de punten 204 tot en met 206 van bestreden arrest niet tot de slotsom gekomen dat geen sprake was van gunstige effecten die aan de betrokken investeringen konden worden toegeschreven. Het Gerecht heeft namelijk op basis van zijn eigen analyse van de door de Commissie gebruikte documenten vastgesteld dat een aantal hiervan bevestigde dat zowel de AO als de UKE de gunstige effecten van de investeringen hadden erkend. Ook heeft het Gerecht, in punt 203 van het bestreden arrest, het mogelijke bestaan erkend van bepaalde gunstige indirecte effecten voor de eindgebruikers en de AO. Het Gerecht heeft evenwel geoordeeld dat deze gunstige effecten niet van dien aard waren dat daaruit kon worden afgeleid dat de beoordeling van de Commissie betreffende de weigering om Orange het voordeel van verzachtende omstandigheden te gunnen of, in elk geval, uit dien hoofde de hoogte van de geldboete te verlagen, onjuist was, hetgeen iets fundamenteel anders is dan een niet-erkenning van gunstige effecten.

134. Volgens Orange (hogere voorziening, punt 64) houden de onjuiste rechtsopvatting en de kennelijke beoordelingsfout bij de beoordeling van de verzachtende omstandigheden verband met de vaststelling dat, ten eerste, enkel een rechtstreekse financiële vergoeding een herstelmaatregel kan vormen en, ten tweede, de betrokken investeringen niet de schadeloosstelling van derden beoogden.

135. Ik kan deze zienswijze niet delen. In de eerste plaats bevatten de richtsnoeren volgens vaste rechtspraak van de Unie geen dwingende bepaling over de verzachtende omstandigheden die de Commissie in aanmerking zou moeten nemen. Bijgevolg behoudt de Commissie een zekere beoordelingsmarge om in algemene zin te beoordelen hoe hoog een eventuele vermindering van het boetebedrag wegens verzachtende omstandigheden dient te zijn.<sup>31</sup> De richtsnoeren van 2006 bevatten dus een niet-uitputtende lijst van factoren die de Commissie uit hoofde van verzachtende omstandigheden in aanmerking kan nemen.

<sup>31</sup> Arresten van 8 juli 2004, Dalmine/Commissie (T-50/00, EU:T:2004:220, punt 326); 16 juni 2011, FMC Foret/Commissie (T-191/06, EU:T:2011:277, punt 333); 3 maart 2011, Siemens en VA Tech Transmission & Distribution/Commissie (T-122/07–T-124/07, EU:T:2011:70, punt 208); 14 december 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a./Commissie (T-259/02–T-264/02 en T-271/02, EU:T:2006:396, punt 473); 6 mei 2009, KME Germany e.a./Commissie (T-127/04, EU:T:2009:142, punt 115), en 8 september 2010, Deltafina/Commissie (T-29/05, EU:T:2010:355, punt 348).

136. Er zij overigens op gewezen dat het steeds uitzonderlijker wordt dat de Commissie rekening houdt met verzachtende omstandigheden ten behoeve van de verlaging van het basisbedrag van de boete, en zulks vooral sinds de vaststelling van de richtsnoeren van 2006.<sup>32</sup>

137. In de tweede plaats hebben de rechterlijke instanties van de Unie en de Commissie nooit aanvaard dat investeringen als die waar het in het onderhavige geval om gaat, kunnen worden beschouwd als verzachtende omstandigheden die een verlaging van de hoogte van een geldboete rechtvaardigen.

138. In zijn enige arrest met betrekking tot de mogelijkheid om de hoogte van de geldboete te verlagen wegens betaling van vergoedingen<sup>33</sup> heeft het Gerecht, gelet op de uitzonderlijke omstandigheden, aanvaard om rekening te houden met „de vergoedingen die [de betrokken ondernemingen] hebben geboden aan derden waarvan in de mededeling van punten van bezwaar was gezegd dat zij door de inbreukmakende gedragingen financiële schade hadden geleden”.

139. In die zaak heeft de Commissie de aan Nintendo opgelegde geldboete met 300 000 EUR verlaagd teneinde rekening te houden met vergoedingen ten bedrage van in totaal 375 000 EUR die zij had geboden aan derden waarvan in de mededeling van punten van bezwaar was gezegd dat zij door de inbreukmakende gedragingen financiële schade hadden geleden.<sup>34</sup> Eveneens van belang in dit opzicht is de zaak Independent Schools (besluit van de mededingingsautoriteit van het Verenigd Koninkrijk van 20 november 2006, zaak CA 98/05/2006), die door het Gerecht wordt aangehaald in punt 201 van het bestreden arrest.

140. Overigens geeft de beslissingspraktijk van de Commissie tot op heden geen blijk van een mildere aanpak. Met name in de beschikking in de zaak Voorgeïsoleerde buizen<sup>35</sup> heeft de Commissie besloten om *de geldboete van een van de deelnemers aan het kartel te verlagen op grond van de „aanzienlijke schadevergoeding” die door deze was betaald aan de onderneming die in de mededeling van punten van bezwaar was geïdentificeerd* als de onderneming waartegen de plegers van de inbreuk onderling afgestemde maatregelen hadden getroffen om haar activiteiten te schaden, haar activiteiten tot de markt van één lidstaat te beperken, dan wel haar volledig van de markt te verdringen.

141. Tot slot hielden de betrokken investeringen, zoals de Commissie opmerkt, geen enkel verband met de inbreuk en waren zij niet bedoeld als vergoeding, voor de AO en de eindgebruikers, van eventueel door hen geleden schade.

142. Ik ben van mening dat dit scenario niet zonder meer kan worden uitgesloten, maar dit laat onverlet dat wanneer investeringen die na de inbreuk door een onderneming met een machtspositie worden gedaan in haar eigen infrastructuur „automatisch” als verzachtende omstandigheden worden gekwalificeerd, afbreuk zou worden gedaan aan de afschrikkende werking van geldboeten.

32 Zie Bernardeau, L., en Christienne, J.-P., *Les amendes en droit de la concurrence*, Larcier, Brussel, 2013, blz. 166 (in de eerste tien beschikkingen in het kader waarvan de Commissie de richtsnoeren van 2006 heeft toegepast, is namelijk geen enkele verzachtende omstandigheid erkend).

33 Arrest van 30 april 2009, Nintendo en Nintendo of Europe/Commissie (T-13/03, EU:T:2009:131, punt 23).

34 Arrest van 30 april 2009, Nintendo en Nintendo of Europe/Commissie (T-13/03, EU:T:2009:131, punt 204), en beschikking van de Commissie van 30 oktober 2002 inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst (COMP/35.587 PO Videospelletjes, COMP/35.706 PO Distributie van Nintendo en COMP/36.321 Omega – Nintendo) (PB 2003, L 255, blz. 33), overwegingen 440 en 441.

35 Beschikking 1999/60/EG van de Commissie van 21 oktober 1998 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (IV/35.691/E-4 - Voorgeïsoleerde buizen), PB 1999, L 24, blz. 1-70 (overwegingen 25 en 172). Zie ook beschikking 75/75/EEG van de Commissie van 19 december 1974 betreffende een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/28.851 - General Motors Continental) (PB 1975, L 029, blz. 14-19).

143. Zoals de Commissie opmerkt, bevestigt artikel 18, lid 3, van richtlijn 2014/104 enkel dat de mededingingsautoriteiten een discretionaire bevoegdheid hebben met betrekking tot de inaanmerkingneming als verzachtende omstandigheden van rechtstreeks aan de benadeelde partijen gedane betalingen en dat een rechtstreeks aan de benadeelde partij betaalde financiële vergoeding in beginsel het enige herstel is dat in aanmerking kan worden genomen.

144. Tot slot heeft het Gerecht geen blijk gegeven van een onjuiste opvatting door te oordelen dat de investeringen en hun eventuele gunstige effecten deel uitmaakten van de met de UKE gesloten overeenkomst. Ook is het Gerecht, gelet op de aan hem voorgelegde gegevens, terecht tot de slotsom gekomen dat, gesteld al dat de betrokken investeringen de door Orange aangevoerde gunstige bijkomende effecten hadden, zij geen herstel vormden dat door de Commissie in aanmerking kon worden genomen.

145. Bijgevolg moet dit derde middel niet-ontvankelijk en in ieder geval ongegrond worden verklaard.

#### **IV. Kosten**

146. Daar de zaak naar het Gerecht wordt terugverwezen, dient de beslissing omtrent de kosten van de onderhavige hogere voorziening te worden aangehouden.

#### **V. Conclusie**

147. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

„– het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 17 december 2015, *Orange Polska/Commissie* (T-486/11, EU:T:2015:1002) te vernietigen, voor zover het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zich niet te buigen over de argumenten die *Orange Polska SA* heeft aangevoerd in het kader van het tweede onderdeel van het derde in eerste aanleg aangevoerde middel en die waren ontleend aan fouten in de conclusies van de Commissie met betrekking tot de impact van de inbreuk op de betrokken markten, waardoor het de beginselen van een doeltreffende rechterlijke bescherming en de evenredigheid van de geldboete heeft geschonden;

- de hogere voorziening af te wijzen voor het overige, en
- de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht voor een nieuw onderzoek van het aan het tweede middel van de hogere voorziening ten grondslag liggende betoog en de beslissing omtrent de kosten aan te houden.”