



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

19 april 2012*

„Hogere voorziening — Mededinging — Machtspositie — Misbruik — Markt van apparaten voor inzamelen van gebruikte drankverpakkingen — Beschikking houdende vaststelling van inbreuk op artikel 82 EG en artikel 54 EER-Overeenkomst — Exclusiviteitsovereenkomsten, afnameverplichtingen en getrouwheidskortingen”

In zaak C-549/10 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 18 november 2010,

Tomra Systems ASA, gevestigd te Asker (Noorwegen),

Tomra Europe AS, gevestigd te Asker,

Tomra Systems GmbH, gevestigd te Hilden (Duitsland),

Tomra Systems BV, gevestigd te Apeldoorn (Nederland),

Tomra Leergutsysteme GmbH, gevestigd te Wenen (Oostenrijk),

Tomra Systems AB, gevestigd te Sollentuna (Zweden),

Tomra Butikksystemer AS, gevestigd te Asker,

vertegenwoordigd door O. W. Brouwer, advocaat, J. Midthjell, advocaat, en A. J. Ryan, solicitor,

verzoeksters in eerste aanleg,

andere partij bij de procedure:

Europese Commissie, vertegenwoordigd door E. Gippini Fournier en N. Khan als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster in eerste aanleg,

wijst
HET HOF (Derde kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, kamerpresident, R. Silva de Lapuerta (rapporteur), E. Juhász, G. Arestis en T. von Danwitz, rechters,

* Procestaal: Engels.

advocaat-generaal: J. Mazák,

griffier: L. Hewlett, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 9 november 2011,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 2 februari 2012,

het navolgende

Arrest

- 1 Met hun hogere voorziening verzoeken rekwirantes (hierna: „Tomra e.a.”) om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 9 september 2010, Tomra Systems e.a./Commissie (T-155/06, Jurispr. blz. II-4361; hierna: „bestreden arrest”), waarbij het Gerecht hun beroep tot nietigverklaring van beschikking C(2006) 734 def. van de Commissie van 29 maart 2006 inzake een procedure op grond van artikel 82 [EG] en artikel 54 EER-Overeenkomst (zaak COMP/E-1/38.113 — Prokent/Tomra; hierna: „litigieuze beschikking”) heeft verworpen.

Voorgeschiedenis van het geding

- 2 In het bestreden arrest heeft het Gerecht de aan het geding ten grondslag liggende feiten als volgt samengevat:
 - „1 Tomra Systems ASA is de moederverenootschap van de Tomra-groep. Tomra Europe AS coördineert de activiteit van de Europese distributiedochtervennootschappen binnen de groep. De onderhavige zaak betreft de volgende distributiedochtervennootschappen: Tomra Systems GmbH in Duitsland, Tomra Systems BV in Nederland, Tomra Leergutsysteme GmbH in Oostenrijk, Tomra Systems AB in Zweden en Tomra Butikksystemer AS in Noorwegen (hierna samen met Tomra Systems ASA en Tomra Europe AS: ‚[rekwirantes]’). De Tomra-groep produceert emballage-innameautomaten (Reverse vending machines; hierna: ‚[emballageautomaten]’). Dit zijn apparaten voor het inzamelen van gebruikte drankverpakkingen, die de ingevoerde verpakking herkennen aan de hand van een aantal parameters, zoals de vorm en/of de streepjescode, en het aan de klant te retourneren statiegeld berekenen. [...]
 - 2 Op 26 maart 2001 heeft de Commissie [...] een klacht ontvangen van Prokent AG, een Duitse vennootschap die eveneens werkzaam was in de sector inzameling van drankverpakkingen en daarmee samenhangende producten en diensten. Prokent heeft de Commissie verzocht, te onderzoeken of [rekwirantes] misbruik van machtspositie hadden gemaakt door haar de toegang tot de markt te beletten.
 - 3 Op 26 en 27 september 2001 heeft de Commissie inspecties verricht in de lokalen van Tomra Systems GmbH in Duitsland en van Tomra Systems BV in Nederland. Op verzoek van de Commissie heeft de Toezichthoudende autoriteit van de Europese Vrijhandelsassociatie (hierna: ‚EVA’) inspecties verricht in de lokalen van Tomra Systems ASA en haar dochtervennootschappen in Noorwegen. [...]
 - 4 Op 23 december 2002 hebben [rekwirantes] de Commissie een brief gezonden waarin zij hebben verklaard een einde te maken aan de exclusiviteitsovereenkomsten en geen getrouwheidskortingen meer te verlenen.

- 5 Op 30 maart 2004 hebben [rekwirantes] een compliance programma (document met interne procedures om overtredingen van de mededingingsregels te voorkomen) voor de Tomra-groep overgelegd, dat per 1 april 2004 van toepassing zou zijn.
- 6 Op 1 september 2004 heeft de Commissie een mededeling van punten van bezwaar gezonden aan Tomra Systems ASA, aan Tomra Europe AS en aan de dochtervennootschappen van het Tomra-concern in zes staten die deel uitmaken van de Europese Economische Ruimte (hierna: ‚EER‘). [Rekwirantes] hebben hierop geantwoord op 22 november 2004. [...]

[...]

- 7 Op 29 maart 2006 heeft de Commissie [de litigieuze beschikking] gegeven [...]. In die beschikking stelt zij vast dat [rekwirantes] in de periode 1998-2002 inbreuk hebben gemaakt op artikel 82 EG en op artikel 54 [van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte van 2 mei 1992 (PB 1994, L 1, blz. 3; hierna: ‚EER-Overeenkomst‘] door op de Duitse, de Nederlandse, de Oostenrijkse, de Zweedse en de Noorse markt voor [emballageautomaten] door middel van exclusiviteitsovereenkomsten, geïndividualiseerde [afnameverplichtingen] en geïndividualiseerde kortingsregelingen met terugwerkende kracht een strategie op te zetten waardoor de markt wordt afgesloten voor mededinging.

I — *Relevante markt*

- 8 Met betrekking tot de relevante productmarkt wordt in de [litigieuze] beschikking gezegd dat de Commissie voor haar beoordeling is uitgegaan van het beginsel dat er een specifieke markt voor geavanceerde emballage-innameautomaten of -systemen bestaat, die onder meer alle [emballageautomaten] omvat die in een muur kunnen worden geplaatst en verbonden zijn met een technische ruimte, en een overkoepelende markt die zowel de geavanceerde als de eenvoudige installaties omvat. De Commissie heeft echter beslist, de ruimste definitie van de markt als werkbasis te nemen, omdat die tot voor [rekwirantes] gunstigere cijfers leidde.
- 9 Wat de relevante geografische markt betreft, heeft de Commissie in de [litigieuze] beschikking geoordeeld dat de mededingingsvoorwaarden in de EER in de onderzochte periode niet overal gelijk waren en dat de relevante geografische markten de nationale markten waren.

II — *Machtspositie*

- 10 In de [litigieuze] beschikking stelt de Commissie met name vast dat vóór 1997 het marktaandeel van [rekwirantes] in Europa steeds meer dan 70 % bedroeg, dat het sinds 1997 meer dan 95 % bedroeg en dat het op alle betrokken markten een veelvoud van het marktaandeel van de concurrenten was. Zij heeft hieruit geconcludeerd dat de Tomra-groep een onderneming met een machtspositie in de zin van artikel 82 EG en artikel 54 EER-Overeenkomst was.

III — *Misbruik*

- 11 In de [litigieuze] beschikking wordt gezegd dat [rekwirantes] zowel in hun dagelijkse praktijk als in interne discussies binnen het concern een strategie met een de mededinging beperkend doel gevolg hebben opgezet. De Commissie verklaart daarin dat het [rekwirantes] erom te doen was, hun machtspositie en hun marktaandelen te beschermen door, onder meer, nieuwe marktdeelnemers de toegang tot de markt te beletten, de concurrenten klein te houden door hun groeiomgankelijkheden te beperken en ten slotte de concurrenten te verzwakken en uit te schakelen door overname of anderszins. Zij heeft gepreciseerd dat [rekwirantes] deze strategie ten uitvoer hebben gelegd door tussen 1998 en 2002 met een aantal grootwarenhuisketens 49

overeenkomsten te sluiten in de vorm van exclusiviteitsovereenkomsten, overeenkomsten waarbij een geïndividualiseerde [afname]doelstelling werd opgelegd, en overeenkomsten waarbij geïndividualiseerde kortingsregelingen met terugwerkende kracht werden vastgesteld.

- 12 Uit de [litigieuze] beschikking blijkt ook dat, ofschoon de in het onderhavige geval aan de orde zijnde overeenkomsten, clausules en voorwaarden verschillende elementen bevatten — zoals expliciete of feitelijke exclusiviteitsclausules, toezeggingen of beloften van de klanten om hoeveelheden af te nemen die overeenkomen met een belangrijk percentage van hun behoeften, kortingsregelingen met terugwerkende kracht die verbonden zijn aan de behoeften van die klanten, of een combinatie van deze elementen — zij volgens de Commissie alle moeten worden bekeken in de context van het algemene beleid van [rekwirantes] om de toegang tot de markt en tot de afzetgebieden alsmede de groeiomgankelijkheden van de bestaande en potentiële concurrenten te beletten en deze uiteindelijk uit de markt te dringen om aldus een quasimonopolie te creëren.
- 13 Allereerst wordt in de [litigieuze] beschikking verklaard dat de exclusiviteitsclausules, voor zover de klanten daarbij worden verplicht de door hen benodigde apparaten volledig of voor een groot deel van een leverancier met een machtspositie te betrekken, naar de aard ervan een uitdruingend effect hebben. Uit de omstandigheid dat [rekwirantes] een machtspositie hebben op de markt en dat deze exclusiviteitsclausules zijn toegepast op een percentage van de totale vraag dat haars inziens als aanzienlijk kan worden aangemerkt, heeft de Commissie afgeleid dat in het onderhavige geval de door [rekwirantes] gesloten exclusiviteitsovereenkomsten een de markt vervalsend uitdruingend effect konden hebben en hebben gehad. Verder is in de [litigieuze] beschikking vastgesteld dat er in het onderhavige geval geen omstandigheden waren die de exclusiviteitsclausules of soortgelijke clausules bij uitzondering konden rechtvaardigen, en dat [rekwirantes] er ook niet in zijn geslaagd hun praktijken te rechtvaardigen met kostenbesparingen.
- 14 In de [litigieuze] beschikking wordt daaraan toegevoegd dat de kortingen die worden toegekend voor geïndividualiseerde hoeveelheden die overeenkomen met de (nagenoeg) gehele vraag, dezelfde werking hebben als uitdrukkelijke exclusiviteitsovereenkomsten, in die zin dat zij de klant ertoe brengen om zich volledig of nagenoeg volledig te bevoorraden bij een onderneming met een machtspositie. Hetzelfde geldt voor de getrouwheidskortingen, dit wil zeggen kortingen die afhankelijk zijn gesteld van de voorwaarde dat de klant zich volledig of nagenoeg volledig bevoorradt bij een leverancier met een machtspositie. Of de [afnameverplichting] in absolute cijfers dan wel in een percentage is uitgedrukt, is volgens de Commissie niet doorslaggevend voor de afschermende werking van de betrokken overeenkomsten of voorwaarden. Met betrekking tot de door [rekwirantes] gesloten overeenkomsten wordt in de [litigieuze] beschikking gepreciseerd dat de gestipuleerde [afname]doelstellingen geïndividualiseerde toezeggingen vormden die voor elke afnemer verschillend waren en losstonden van diens omvang en aankoophoeveelheid, maar overeenkwamen met diens volledige behoeften dan wel met een groot deel daarvan, of deze behoeften zelfs overschreden. In de [litigieuze] beschikking wordt daaraan toegevoegd dat het beleid van [rekwirantes] om hun klanten, inzonderheid hun belangrijke klanten, te binden door middel van overeenkomsten die de concurrenten uit de markt beoogden te dringen en/of hun iedere groeiomgankelijkheid beoogden te ontnemen, duidelijk blijkt uit de documenten inzake de door [rekwirantes] toegepaste strategie, hun onderhandelingen en hun offertes aan de klanten. Gelet op de aard van de markt voor emballage-innameautomaten en op de bijzondere kenmerken van het product zelf, met name de transparantie en de vrij grote voorspelbaarheid van de vraag naar [emballageautomaten] per klant en per jaar, heeft de Commissie vastgesteld dat [rekwirantes] de nodige marktkennis bezaten om een realistische raming te maken van de vraag van iedere klant.
- 15 Voorts heeft de Commissie met betrekking tot de kortingspraktijk in de [litigieuze] beschikking opgemerkt dat de kortingsregelingen specifiek voor iedere klant werden vastgesteld en dat de drempels overeenstemden met de volledige behoeften van de betrokken klant of met een groot

deel daarvan. Zij werden vastgesteld op basis van de geraamde behoeften van de klant en/of op basis van het aantal apparaten dat deze in het verleden had gekocht. De prikkel om uitsluitend of vrijwel uitsluitend bij [rekwirantes] te kopen was volgens de [litigieuze] beschikking bijzonder sterk wanneer drempels als die welke door [rekwirantes] werden toegepast, werden gecombineerd met een systeem waarbij de bonus, of een gunstiger bonusniveau, voor alle door de klant in de referentieperiode verrichte aankopen gold en niet alleen voor de aankopen die de desbetreffende drempel overschreden. Voor een klant die zijn eerste apparaat bij [rekwirantes] heeft gekocht, wat een zeer waarschijnlijk scenario is gezien de sterke marktpositie van [rekwirantes], creëert een regeling met terugwerkende kracht een sterke stimulus om de drempel te halen teneinde de prijs van zijn totale aankopen bij [rekwirantes] te verlagen. In de [litigieuze] beschikking wordt gezegd dat deze prikkel sterker wordt naarmate de klant dichterbij de betrokken drempel komt. Welnu, de Commissie heeft vastgesteld dat de combinatie van een kortingsregeling met terugwerkende kracht met een drempel of drempels die overeenkomt/overeenkomen met de volledige behoeften of met een groot deel daarvan, een sterke prikkel vormde om alle of vrijwel alle benodigde apparaten bij [rekwirantes] te kopen en tot een kunstmatige verhoging van de kosten voor overschakeling op een andere leverancier, zelfs voor een klein aantal apparaten, leidde. De Commissie heeft daaruit geconcludeerd dat, overeenkomstig de rechtspraak, de betrokken kortingsregelingen als getrouwheidsbevorderend, en dus als getrouwheidskortingen, moesten worden beschouwd.

- 16 Ten slotte wordt in de [litigieuze] beschikking verklaard dat, ofschoon [...] het, om misbruik in de zin van artikel 82 EG vast te stellen, volstaat aan te tonen dat de als misbruik aangemerkte gedraging van de onderneming met een machtspositie ingaat tegen de mededinging, of anders gezegd dat de gedraging een beperking van de mededinging tot gevolg heeft of kan hebben, de Commissie haar analyse heeft aangevuld met een onderzoek naar de vermoedelijke gevolgen van de praktijken van [rekwirantes] op de markt voor [emballageautomaten]. In dit verband wordt in de [litigieuze] beschikking verklaard dat tijdens de onderzochte periode, dat wil zeggen van 1998 tot 2002, het marktaandeel van [rekwirantes] op elk van de vijf onderzochte nationale markten vrij stabiel is gebleven. Tegelijkertijd bleef de positie van hun concurrenten vrij zwak en instabiel. Een van hen, de klager, die vooruitgang had geboekt, heeft de markt in 2003 verlaten nadat hij in 2001 18 % van de Duitse markt had verworven. Andere concurrenten, die het bewijs hadden geleverd over het potentieel en het vermogen te beschikken om grotere marktaandelen te verwerven, zoals Halton en Eleiko, werden door [rekwirantes] overgenomen. Bovendien heeft de afschermende strategie die [rekwirantes] tijdens de gehele periode 1998-2002 hebben gevoerd, volgens de Commissie geleid tot de veranderingen in de verdeling van de gebonden marktaandelen en in de verkoopcijfers van de marktdeelnemers. Voorts begonnen, volgens de [litigieuze] beschikking, sommige klanten meer apparaten van de concurrenten te kopen nadat hun exclusiviteitsovereenkomsten met [rekwirantes] waren verstreken. Niet alleen waren er geen kostenefficiëntieverbeteringen die de praktijken van [rekwirantes] zouden kunnen rechtvaardigen, er was in het onderhavige geval evenmin sprake van een voordeel voor de consumenten. Uit de [litigieuze] beschikking blijkt in dit verband dat de prijs van de [emballageautomaten] van [rekwirantes] niet daalde nadat de verkoophoeveelheid steeg, en dat integendeel de prijzen voor deze automaten tijdens de onderzochte periode stagneerden of stegen.

IV — Geldboete

- 17 In de [litigieuze] beschikking wordt gepreciseerd dat bij de beoordeling van de zwaarte van het door [rekwirantes] gepleegde misbruik rekening moet worden gehouden met het feit dat [rekwirantes] de betrokken praktijken welbewust hebben toegepast in het kader van hun de markt afschermend beleid, alsmede met de geografische reikwijdte van dit misbruik, te weten de omstandigheid dat dit misbruik het grondgebied dekte van vijf staten die deel uitmaken van de EER, te weten Duitsland, Oostenrijk, Noorwegen, Nederland en Zweden. Anderzijds moet volgens

de Commissie ook rekening worden gehouden met het feit dat de inbreuk tijdens de onderzochte periode niet onafgebroken op alle betrokken nationale markten is gepleegd, en dat de intensiteit van de inbreuk op de verschillende nationale markten in de loop van de tijd varieerde.

- 18 In de [litigieuze] beschikking, inzonderheid in punt 394 ervan, wordt gepreciseerd dat de inbreuk betrekking heeft op de volgende territoria en perioden:
- Duitsland: 1998-2002
 - Nederland: 1998-2002
 - Oostenrijk: 1999-2001
 - Zweden: 1999-2002
 - Noorwegen: 1998-2001.
- 19 De Commissie heeft geoordeeld dat het om een zware inbreuk ging, en heeft het basisbedrag van de geldboete op 16 miljoen EUR bepaald, uitgaande van een periode van vijf jaar, namelijk van 1998 tot 2002. Het basisbedrag van de geldboete is verhoogd met 10 % voor elk volledig jaar van inbreuk. Ten slotte wordt in de [litigieuze] beschikking gezegd dat er geen verzwarende of verzachtende omstandigheden zijn.
- 20 Het dispositief van de [litigieuze] beschikking luidt als volgt:

„Artikel 1

[Rekwirantes] hebben in de periode 1998-2002 inbreuk gemaakt op artikel 82 [EG] en artikel 54 van de EER-Overeenkomst door op de markten voor [emballageautomaten] in [Duitsland, Nederland, Oostenrijk, Zweden en Noorwegen] een afscherpende strategie ten uitvoer te leggen die exclusiviteitsovereenkomsten, geïndividualiseerde volumeverbintenissen en geïndividualiseerde kortingsregelingen met terugwerkende kracht omvatte, en daardoor de mededinging op de markten te belemmeren.

Artikel 2

In verband met bovengenoemde inbreuk wordt een geldboete van 24 miljoen EUR opgelegd aan [rekwirantes], welke boete door genoemde ondernemingen hoofdelijk verschuldigd is.

[...]”

Procesverloop voor het Gerecht en bestreden arrest

- 3 In hun beroep tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking voerden rekwirantes voor het Gerecht zes middelen aan.
- 4 Het Gerecht heeft bij het bestreden arrest al deze middelen afgewezen.

Conclusies van partijen

- 5 Rekwirantes concluderen dat het het Hof behage:
 - het bestreden arrest te vernietigen;
 - de zaak verder af te doen en de litigieuze beschikking nietig te verklaren dan wel in elk geval de hoogte van de opgelegde geldboete te verlagen of, subsidiair, indien het Hof de zaak niet zelf verder afdoet, deze terug te verwijzen naar het Gerecht voor verdere afdoening met inachtneming van het arrest van het Hof, en
 - de Commissie te verwijzen in de kosten van de procedures voor het Gerecht en het Hof.
- 6 De Commissie concludeert tot afwijzing van de hogere voorziening en tot verwijzing van rekwirantes in de kosten.

Hogere voorziening

- 7 Tot staving van hun hogere voorziening voeren rekwirantes vijf middelen aan: onjuiste rechtsopvatting van het Gerecht bij de beoordeling van de conclusie van de Commissie dat er sprake was van een op beperking van de mededinging gerichte bedoeling om de markt af te schermen; onjuiste rechtsopvatting en ontoereikende motivering wat betreft het gedeelte van de totale vraag waarop de overeenkomsten betrekking moesten hebben om van misbruik te kunnen spreken; procedurefout en onjuiste rechtsopvatting bij de beoordeling van de kortingen met terugwerkende kracht; onjuiste rechtsopvatting en ontoereikende onderbouwing van het onderzoek of de overeenkomsten waarin rekwirantes „voorkeurleverancier, hoofdleverancier of eerste leverancier” worden genoemd, als „exclusiviteitsovereenkomsten” konden worden aangemerkt, en onjuiste rechtsopvatting bij de beoordeling van de geldboete, gelet op het beginsel van gelijke behandeling.

Eerste middel: onjuiste rechtsopvatting van het Gerecht bij de beoordeling van de conclusie van de Commissie dat er sprake was van een op beperking van de mededinging gerichte bedoeling om de markt af te schermen (punten 33-41 van het bestreden arrest)

Argumenten van partijen

- 8 Volgens Tomra e.a. heeft het Gerecht bij de beoordeling of de Commissie een op beperking van de mededinging gerichte bedoeling had aangetoond, blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door geen rekening te houden met bewijs waaruit blijkt dat het de bedoeling van rekwirantes was om op basis van prestaties te concurreren. Een dergelijk verzuim is in strijd met de op het Gerecht rustende verplichting om grondig te toetsen of is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 102 VWEU.
- 9 De Commissie heeft zich ten onrechte op interne communicatie van rekwirantes gebaseerd om aan te tonen dat zij een op beperking van de mededinging gerichte bedoeling hadden, en heeft geen rekening gehouden met bewijs waaruit blijkt dat rekwirantes op basis van prestaties wilden concurreren.
- 10 Uit de punten 97 tot en met 105 van de litigieuze beschikking blijkt dat het doel de mededinging te beperken een belangrijke factor was om tot de conclusie te komen dat een op beperking van de mededinging gerichte strategie voorhanden was, en dat die conclusie een doorslaggevende rol bij de vaststelling van de inbreuk heeft gespeeld.

- 11 Volgens de Commissie is dit middel ongegrond. Het begrip „misbruik” in de zin van artikel 102 VWEU heeft immers een objectief karakter, zodat een op beperking van de mededinging gerichte bedoeling niet is vereist.
- 12 Een dergelijke bedoeling is echter niet irrelevant bij de algemene beoordeling van het gedrag van een onderneming met een machtspositie. Bewijs van een dergelijke bedoeling kan immers relevant zijn voor de berekening van de geldboete, met name voor de vraag of de inbreuk opzettelijk of uit onachtzaamheid is gepleegd.
- 13 Voorts is de stelling van rekwirantes dat de beoordeling van subjectieve factoren van wezenlijke invloed is geweest op de conclusie dat artikel 102 VWEU is geschonden, onjuist.
- 14 Het verzoekschrift in hogere voorziening bevat geen door het Gerecht niet in aanmerking genomen bewijs waaruit zou blijken dat de Tomra-groep op basis van prestaties wilde concurreren, en legt evenmin uit hoe dergelijk bewijs zou kunnen afdoen aan de geldigheid van het onderzoek naar het gehanteerde uitsluitingsgedrag.
- 15 Rekwirantes hebben niet aangetoond dat hun praktijken uit commercieel oogpunt gerechtvaardigd waren. Het Gerecht heeft dus terecht vastgesteld dat de strategie van de Tomra-groep gericht was op beperking van de mededinging.

Beoordeling door het Hof

- 16 Met hun eerste middel wensen rekwirantes in wezen aan te tonen dat het Gerecht ten onrechte de conclusie van de Commissie dat de Tomra-groep de mededinging wilde beperken, heeft bevestigd, met name door geen rekening te houden met interne documenten waaruit bleek dat de Tomra-groep op basis van prestaties wilde concurreren.
- 17 Voor de beoordeling van de gegrondheid van dit middel moet eraan worden herinnerd dat het door artikel 102 VWEU verboden misbruik van een machtspositie een objectief begrip is dat betrekking heeft op gedragingen van een onderneming met een machtspositie die, op een markt waar de mededinging juist door de aanwezigheid van deze onderneming reeds is verzwakt, de instandhouding of de ontwikkeling van de nog op deze markt aanwezige mededinging verhinderen door het gebruik van andere middelen dan die welke bij een normale, op ondernemersprestaties berustende mededinging van goederen of diensten gebruikelijk zijn (zie arrest van 17 februari 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, Jurispr. blz. I-527, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 18 Niettemin dient de Commissie bij haar beoordeling van het gedrag van een onderneming met een machtspositie en bij de vaststelling van misbruik van die positie alle relevante feitelijke omstandigheden van dat gedrag in aanmerking te nemen (zie in die zin arrest van 15 maart 2007, *British Airways/Commissie*, C-95/04 P, Jurispr. blz. I-2331, punt 67).
- 19 Wanneer de Commissie het gedrag van een onderneming met een machtspositie onderzoekt, zonder welk onderzoek zij niet kan vaststellen dat er sprake is van misbruik van die positie, moet zij in elk geval de commerciële strategie van deze onderneming beoordelen. In dat verband is het niet onlogisch dat de Commissie naar subjectieve factoren verwijst, namelijk de redenen waarop die commerciële strategie berust.
- 20 Dat er mogelijk erwijs een op beperking van de mededinging gerichte bedoeling is, is dus slechts één van de vele feitelijke omstandigheden die in aanmerking kunnen worden genomen bij de vaststelling van misbruik van machtspositie.

- 21 De Commissie dient voor de toepassing van artikel 82 EG evenwel geenszins aan te tonen dat de onderneming met een machtspositie een dergelijke bedoeling had.
- 22 Het Gerecht heeft er in punt 36 van het bestreden arrest terecht op gewezen dat het volledig normaal was dat in de litigieuze beschikking in de eerste plaats melding werd gemaakt van mededingingsbeperkend gedrag van rekwirantes aangezien de Commissie juist dat gedrag moest aantonen. Uit de omstandigheid dat de bedoeling bestaat op basis van prestaties te concurreren, kan, gesteld dat zij is aangetoond, immers niet worden afgeleid dat er geen sprake is van misbruik.
- 23 In punt 38 van dat arrest heeft het Gerecht er ook aan herinnerd, zonder daarbij blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting, zoals uit punt 20 van dit arrest blijkt, dat misbruik een objectief begrip is.
- 24 Het Gerecht was in punt 39 van het bestreden arrest dan ook van oordeel dat de Commissie in de punten 97 en volgende van de litigieuze beschikking had aangetoond dat de in hun context onderzochte praktijken van rekwirantes samen met een aantal andere elementen, waaronder de interne documenten van rekwirantes, de mededinging konden uitsluiten. Het Gerecht heeft in dat punt van het bestreden arrest ook terecht uiteengezet dat de Commissie zich geenszins uitsluitend op de intentie of de strategie van rekwirantes had gebaseerd voor haar conclusie inzake het bestaan van een schending van het mededingingsrecht. Uit punt 284 van de litigieuze beschikking, in het deel over de beoordeling van de Commissie, en uit het specifieke onderzoek naar de betrokken praktijken, vanaf punt 286, blijkt immers dat de Commissie de nadruk heeft gelegd op het objectieve karakter van de door haar vastgestelde inbreuk op artikel 102 VWEU.
- 25 Wat betreft het argument dat het Gerecht een aantal stukken uit binnen de Tomra-groep gevoerde briefwisselingen onjuist heeft beoordeeld in het kader van de redenering betreffende de commerciële strategie van rekwirantes, is het voorts vaste rechtspraak dat uit artikel 256 VWEU en artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie volgt dat het Gerecht bij uitsluiting bevoegd is, enerzijds, om de feiten vast te stellen, behoudens het geval waarin de feitelijke onjuistheid van zijn vaststellingen blijkt uit de hem overgelegde processtukken en, anderzijds, om die feiten te beoordelen. Wanneer het Gerecht de feiten heeft vastgesteld of beoordeeld, is het Hof bevoegd om krachtens artikel 256 VWEU toezicht uit te oefenen op de wijze waarop het Gerecht de feiten juridisch heeft gekwalificeerd en op de rechtsgevolgen die het daaraan heeft verbonden (zie arrest van 3 september 2009, Moser Baer India/Raad, C-535/06 P, Jurispr. blz. I-7051, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 26 Het Hof is dus niet bevoegd om de feiten vast te stellen, noch, in beginsel, om de bewijzen te onderzoeken die het Gerecht daarvoor in aanmerking heeft genomen. Wanneer deze bewijzen regelmatig zijn verkregen en de algemene rechtsbeginselen en de procedurevoorschriften inzake de bewijslast en de bewijsvoering zijn geëerbiedigd, staat het immers uitsluitend aan het Gerecht om te beoordelen welke waarde moet worden gehecht aan de hem overgelegde bewijzen. Deze beoordeling levert dus geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof, behoudens in het geval van een onjuiste opvatting van deze bewijzen (zie arrest Moser Baer India/Raad, reeds aangehaald, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 27 Verder moet de onjuiste opvatting duidelijk uit de processtukken blijken, zonder dat de feiten en de bewijzen opnieuw hoeven te worden beoordeeld (zie arrest Moser Baer India/Raad, reeds aangehaald, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 28 Rekwirantes voeren voor het Hof evenwel geen dergelijke onjuiste opvatting van de bewijzen aan.
- 29 Het eerste middel moet dus worden verworpen.

Tweede middel: onjuiste rechtsopvatting en ontoereikende motivering wat betreft het gedeelte van de totale vraag waarop de overeenkomsten betrekking moesten hebben om van misbruik te kunnen spreken (punten 238-246 van het bestreden arrest)

Argumenten van partijen

- 30 Volgens Tomra e.a. heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en de verwerping van dit middel ontoereikend gemotiveerd, nu het heeft geoordeeld dat de litigieuze overeenkomsten betrekking hadden op een dermate groot gedeelte van de totale vraag dat zij de mededinging konden beperken.
- 31 De redenering van het Gerecht was gebaseerd op bewoordingen zoals een „aanzienlijk” deel, „verre van gering” en een „zeer groot” percentage. Het Gerecht heeft dus vage bewoordingen gebruikt, zodat het zijn arrest niet deugdelijk heeft gemotiveerd.
- 32 Het Gerecht verschaft geen geschikt criterium om vast te stellen of de betrokken praktijken betrekking hebben op een gedeelte van de markt dat voldoende groot is om de markt effectief af te schermen voor concurrenten. Het enige in het bestreden arrest in aanmerking genomen criterium met betrekking tot het vermogen om elke mededinging uit te sluiten, ligt besloten in de overweging van het Gerecht dat de concurrenten van rekwirantes mededinging moesten kunnen voeren op de gehele markt. Bij de vaststelling dat exclusiviteitsovereenkomsten automatisch meebrengen dat de betrokken markt wordt afgeschermd voor concurrenten, heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.
- 33 De Commissie had gebruik moeten maken van het criterium inzake „de minimale omvang om te kunnen overleven” of een andere geschikte methode om te bepalen of met de litigieuze overeenkomsten de betrokken markt kon worden afgeschermd voor concurrenten.
- 34 Volgens de Commissie lijdt het geen twijfel dat de praktijken van rekwirantes betrekking hadden op een zeer aanzienlijk deel van de betrokken markt. Rekwirantes erkennen immers zelf dat die praktijken over de periode van vijf jaar beschouwd en voor de vijf markten samen gemiddeld ongeveer 39 % van de vraag bonden.
- 35 De gevolgen van de litigieuze overeenkomsten waren meestal zichtbaar in een sterk sturend effect op de leverancierskeuze van klanten van de Tomra-groep.
- 36 Ten slotte was het gebruik van woorden zoals „aanzienlijk” ruimschoots gerechtvaardigd, gelet op de relevante feiten. De motivering van het Gerecht moet immers verband houden met de betrokken handeling, hetgeen in casu ook het geval is.

Beoordeling door het Hof

- 37 Het tweede middel betreft in wezen de juistheid van de beoordeling van het Gerecht met betrekking tot het deel van de relevante markt waarop de litigieuze overeenkomsten betrekking moesten hebben om te kunnen vaststellen dat deze overeenkomsten de markt konden afschermen voor concurrenten.
- 38 Wat de vraag naar de sterkte van de machtspositie van de betrokken onderneming op een bepaalde markt betreft voor de vaststelling van misbruik door die onderneming, volgt uit punt 79 van het reeds aangehaalde arrest *TeliaSonera Sverige* dat de in artikel 102 VWEU bedoelde machtspositie een economische machtspositie van een onderneming is die haar in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen door het haar mogelijk te maken zich jegens haar concurrenten en haar afnemers in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen.

- 39 Voorts blijkt uit de punten 80 en 81 van dat arrest dat die bepaling niet in een onderscheid of gradatie met betrekking tot het begrip machtspositie voorziet. Zodra een onderneming over de economische macht beschikt die volgens artikel 102 VWEU vereist is om te kunnen spreken van een machtspositie van die onderneming op een bepaalde markt, moeten haar gedragingen aan die bepaling worden getoetst. Wel heeft de mate van marktmacht in beginsel veeleer gevolgen voor de omvang van de effecten van het gedrag van de betrokken onderneming dan voor het bestaan van het misbruik als zodanig.
- 40 Zoals uit punt 239 van het bestreden arrest volgt, heeft de Commissie inderdaad niet nauwkeurig aangegeven vanaf welk percentage de praktijken van de Tomra-groep haar concurrenten uit de relevante markt konden dringen.
- 41 Het Gerecht heeft in punt 240 van het bestreden arrest echter terecht de conclusie van de Commissie bevestigd dat de Tomra-groep, door een belangrijk deel van de markt te binden, slechts één concurrent of enkele concurrenten tot de markt had toegelaten en daardoor de kracht van de mededinging op de gehele markt had beperkt.
- 42 Zoals het Gerecht er in punt 241 van het bestreden arrest op heeft gewezen, kan een onderneming met een machtspositie het binden van een aanzienlijk deel van de markt immers niet rechtvaardigen door aan te tonen dat het voor mededinging vatbare gedeelte van de markt nog volstaat voor een beperkt aantal concurrenten. Enerzijds moeten klanten op het gebonden gedeelte van de markt kunnen profiteren van de hoogst mogelijke mededinging op de markt en moeten concurrenten mededinging op basis van prestaties kunnen voeren op de gehele markt en niet slechts op een deel daarvan. Anderzijds is het niet de taak van de onderneming met een machtspositie om te bepalen hoeveel levensvatbare concurrenten mogen concurreren op het nog wel voor mededinging vatbare gedeelte van de vraag.
- 43 Voorts heeft het Gerecht in punt 242 van het bestreden arrest uiteengezet dat alleen op basis van een analyse van de omstandigheden van het concrete geval, zoals die welke de Commissie in de litigieuze beschikking heeft verricht, kan worden vastgesteld of de praktijken van een onderneming met een machtspositie de mededinging kunnen uitsluiten. Het zou echter kunstmatig zijn om a priori te bepalen welk percentage van de markt mag worden gebonden vooraleer de praktijken van een onderneming met een machtspositie ertoe kunnen leiden dat concurrenten uit de markt worden gedrongen.
- 44 Het Gerecht heeft naar aanleiding van die analyse van de omstandigheden van het concrete geval in punt 243 van het bestreden arrest dus geoordeeld dat een aanzienlijk percentage (twee vijfde) van de totale vraag in de onderzochte landen tijdens de betrokken periode aan de mededinging was onttrokken.
- 45 Bij deze vaststelling heeft het Gerecht geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.
- 46 Met betrekking tot het betoog van rekwirantes dat de Commissie gebruik had moeten maken van het criterium inzake „de minimale omvang om te kunnen overleven”, volstaat de opmerking, enerzijds, dat het Gerecht op goede gronden heeft geoordeeld dat voor de toepassing van artikel 102 VWEU geen precieze drempel voor marktafsluiting waarboven de betrokken praktijken misbruik opleveren, hoefde te worden vastgesteld en, anderzijds, dat, gelet op de in punt 243 van het bestreden arrest gedane vaststellingen, in casu hoe dan ook rechtens genoegzaam is aangetoond dat de markt door de betrokken praktijken was afgeschermd voor concurrenten.
- 47 Wat ten slotte het betoog betreft van rekwirantes dat het Gerecht een ontoereikende motivering heeft gegeven voor de totale vraag waarop de litigieuze overeenkomsten betrekking moesten hebben om misbruik op te leveren, moet eraan worden herinnerd dat de motiveringsplicht niet inhoudt dat het Gerecht een uiteenzetting moet geven die één voor één alle argumenten van de partijen in het geding

uitputtend behandelt, en dat de motivering dus impliciet kan zijn, mits de belanghebbenden de redenen kunnen kennen waarom het Gerecht hun argumenten heeft afgewezen en het Hof over voldoende elementen beschikt om zijn toezicht uit te oefenen (zie met name arrest van 16 juli 2009, *Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland/Commissie*, C-385/07 P, Jurispr. blz. I-6155, punt 114 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 48 Gelet op al het voorgaande en met name op de in punt 46 van dit arrest gemaakte opmerking dat er geen precieze drempel voor marktafsluiting hoefde te worden vastgesteld, heeft het Gerecht bij de verwerping van bovengenoemd betoog van rekwirantes aan zijn motiveringsplicht voldaan.
- 49 Het tweede middel moet dan ook worden verworpen in zijn geheel.

Derde middel: procedurefout en onjuiste rechtsopvatting bij de beoordeling van de kortingen met terugwerkende kracht (punten 258-272 van het bestreden arrest)

Argumenten van partijen

- 50 Volgens Tomra e.a. heeft het Gerecht een procedurefout gemaakt door een onjuiste voorstelling te geven van de aangevoerde argumenten betreffende de kortingen met terugwerkende kracht. Bovendien berust het bestreden arrest op een onjuiste rechtsopvatting omdat de Commissie niet heeft aangetoond dat de kortingen met terugwerkende kracht tot beneden de kostprijs liggende prijzen hebben geleid.
- 51 De Commissie heeft niet de relevante kosten onderzocht om te bepalen vanaf wanneer de prijzen van rekwirantes afscherpende werking hadden. Een vergelijking van kosten en prijzen was echter van essentieel belang om te beoordelen of de kortingen met terugwerkende kracht de mededinging konden beperken.
- 52 Onder verwijzing naar de mededeling van de Commissie „Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 [EG] op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie” (PB 2009, C 45, blz. 7; hierna: „richtsnoeren”) stellen rekwirantes dat daarin juist sprake is van een dergelijke vergelijking, aangezien vermeend misbruik blijkt uit de prijzen die een onderneming met een machtspositie hanteert.
- 53 Ook het Gerecht heeft niet onderzocht of de prijzen van rekwirantes al dan niet onder de kostprijs waren. Het Gerecht is met name voorbijgegaan aan het argument dat de Commissie niet kon vaststellen dat de kortingen mogelijk afscherpende werking hadden, zonder aan te tonen dat de prijzen zo laag waren dat zij onder de kostprijs waren.
- 54 Volgens de Commissie is het derde middel niet-ontvankelijk, daar het voor het Gerecht niet naar behoren is uiteengezet.
- 55 Naar de inhoud treft dit middel geen doel en is het in elk geval ongegrond.
- 56 Ook al zouden rekwirantes terecht stellen dat de „negatieve prijzen” niet centraal stonden in hun verweer voor het Gerecht, wat niet het geval is, zij betwisten in hogere voorziening niet de vaststelling van het Gerecht dat de vraag of concurrenten „negatieve prijzen” moesten aanbieden, niet doorslaggevend was om tot de conclusie te komen dat het door de Tomra-groep gehanteerde systeem van kortingen met terugwerkende kracht misbruik opleverde.
- 57 De litigieuze kortingen hadden doorgaans betrekking op hoeveelheden die overeenkwamen met de volledige of vrijwel volledige behoeften van elke afnemer in een bepaalde referentieperiode.

58 Rekwirantes hebben de litigieuze beschikking verkeerd opgevat door ervan uit te gaan dat het aantonen van „negatieve prijzen” een noodzakelijke voorwaarde was om te kunnen vaststellen dat de getrouwheidssystemen misbruik opleverden.

Beoordeling door het Hof

59 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat het derde middel specifiek betrekking heeft op de omstandigheid dat in het bestreden arrest niet zou worden ingegaan op de door rekwirantes voor het Gerecht aangevoerde argumenten betreffende de noodzaak om hun prijzen en hun kosten te vergelijken.

60 Het Gerecht zou in het bestreden arrest alleen aandacht hebben besteed aan het onderzoek van de Commissie naar de prijzen van de Tomra-groep in de context van de gehanteerde kortingen, en met name aan de vraag of de concurrenten van deze groep door die kortingen verplicht waren „negatieve prijzen” in rekening te brengen aan de klanten van de Tomra-groep.

61 Rekwirantes verwijten het Gerecht dus in de eerste plaats dat het bestreden arrest een procedurefout bevat, doordat hun argumenten met betrekking tot de verhouding tussen de kosten van de Tomra-groep en haar prijzen niet zijn onderzocht, en in de tweede plaats dat het Gerecht blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door van de Commissie niet in wezen te verlangen dat zij rekening hield met het belang, wat het inbreukmakende karakter van de kortingen van rekwirantes betreft, van de vraag of de gehanteerde prijzen al dan niet lager waren dan hun gemiddelde marginale kosten op lange termijn.

62 Met betrekking tot de ontvankelijkheid van het derde middel moet allereerst worden opgemerkt dat dit middel ziet op de overwegingen van het Gerecht betreffende het derde onderdeel van het tweede en het vierde middel van het bij het Gerecht ingediende verzoekschrift, die door het Gerecht in één enkel middel zijn samengebracht (zie punt 198 van het bestreden arrest). Dat onderdeel had betrekking op de onjuiste en misleidende bewijzen en hypothesen die ten grondslag zouden liggen aan het oordeel van de Commissie dat de kortingen met terugwerkende kracht de mededinging konden uitschakelen.

63 In de punten 247 en 248 van het bestreden arrest heeft het Gerecht het door rekwirantes voor hem aangevoerde betoog weergegeven zoals dat bleek uit de punten 102 tot en met 131 van het bij het Gerecht ingediende verzoekschrift.

64 Blijkens de samenvatting van dat betoog hadden rekwirantes met name gesteld dat de stelling van de Commissie betreffende de kortingen met terugwerkende kracht berustte op de overweging dat de Tomra-groep door deze kortingen „negatieve prijzen” of „zeer lage prijzen” kon hanteren. Uit punt 105 van het bij het Gerecht ingediende verzoekschrift volgt evenwel dat Tomra e.a. de Commissie verweten hun kosten niet te hebben onderzocht. In dat punt werd immers aangevoerd dat de Commissie in punt 165 van de litigieuze beschikking had verwezen naar kortingen die leidden tot „het hanteren van zeer lage en mogelijk zelfs negatieve prijzen”, maar dat zij de kosten van de Tomra-groep niet had onderzocht om te bepalen vanaf wanneer er sprake zou zijn van roof- of uitdringingsprijzen.

65 Gelet op het voorgaande moet worden vastgesteld dat het in het derde middel aan de orde zijnde betoog naar behoren is uiteengezet voor het Gerecht.

66 Dit middel moet dus ontvankelijk worden verklaard.

- 67 Ten gronde moet worden opgemerkt dat de omstandigheid dat in het bestreden arrest niet is ingegaan op het betoog betreffende de vraag of de prijzen van de Tomra-groep lager waren dan haar gemiddelde marginale kosten op lange termijn, volgens de Commissie geen gevolgen heeft gehad voor de vaststelling van het Gerecht dat de door haar verrichte analyse van het inbreukmakende karakter van de door rekwirantes gehanteerde kortingen juist was.
- 68 Het Gerecht heeft in punt 289 van het bestreden arrest terecht geoordeeld dat het voor het bewijs van misbruik van machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU toereikend is dat wordt aangetoond dat de als misbruik aangemerkte gedragingen van de onderneming met een machtspositie ingaan tegen de mededinging, of dat de gedragingen naar de aard ervan een beperking van de mededinging tot gevolg kunnen hebben.
- 69 Wat betreft kortingen die een onderneming met een machtspositie aan haar klanten toekent, heeft het Hof erop gewezen dat die kortingen ook dan in strijd met artikel 102 VWEU kunnen zijn wanneer zij niet onder een van de in de tweede alinea van dat artikel genoemde voorbeelden vallen (zie in die zin arrest *British Airways/Commissie*, reeds aangehaald, punt 58 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 70 Met betrekking tot ondernemingen met een machtspositie die een kortingssysteem hanteren, heeft het Hof geoordeeld dat een dergelijke onderneming die positie misbruikt wanneer zij, zonder de afnemers in formele zin een verplichting op te leggen, hetzij krachtens afspraak, hetzij eenzijdig, een stelsel van getrouwheidskortingen toepast, dat wil zeggen een systeem van rabatten, gebonden aan de voorwaarde dat de afnemer zich, om het even of hij veel of heel weinig aankoopt, voor zijn behoeften goeddeels of uitsluitend bevoorraadt bij de onderneming die een machtspositie inneemt (zie arresten van 13 februari 1979, *Hoffmann-La Roche*, 85/76, Jurispr. blz. 461, punt 89, en 9 november 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie*, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 71).
- 71 Alle omstandigheden moeten in aanmerking worden genomen, inzonderheid de criteria en modaliteiten voor het verlenen van kortingen, en onderzocht moet worden of deze kortingen een niet door een economische prestatie gerechtvaardigd voordeel zijn, en tot doel hebben de koper geen of minder keus te laten in zijn bevoorradingsbronnen, concurrenten de toegang tot de markt te belemmeren of de machtspositie te versterken door een vervalste mededinging (zie arrest *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie*, reeds aangehaald, punt 73).
- 72 Wat de onderhavige zaak betreft, volgt uit punt 213 van het bestreden arrest dat een kortingssysteem in strijd is met artikel 102 VWEU indien het tot doel heeft te verhinderen dat afnemers van de onderneming met een machtspositie zich bevoorraden bij concurrerende producenten.
- 73 Anders dan rekwirantes betogen, is het in rekening brengen van „negatieve prijzen”, dat wil zeggen beneden de kostprijs liggende prijzen, aan klanten geen noodzakelijke voorwaarde om te kunnen vaststellen dat een door een onderneming met een machtspositie gehanteerd systeem van kortingen met terugwerkende kracht misbruik oplevert.
- 74 Zoals het Gerecht in punt 258 van het bestreden arrest op goede gronden heeft opgemerkt, berustte het derde onderdeel van het voor het Gerecht aangevoerde tweede en vierde middel op een onjuiste premisse. Dat concurrenten door de systemen van kortingen met terugwerkende kracht verplicht zijn negatieve prijzen in rekening te brengen aan de klanten van rekwirantes die korting krijgen, kan immers niet worden beschouwd als een van de pijlers waarop in de litigieuze beschikking het bewijs wordt gebaseerd dat de door rekwirantes gehanteerde systemen van kortingen met terugwerkende kracht de mededinging kunnen beperken. Overigens heeft het Gerecht er in punt 259 van het bestreden arrest terecht op gewezen dat in de bestreden beschikking de conclusie dat kortingen met terugwerkende kracht de concurrenten in strijd met artikel 102 VWEU konden uitsluiten, op een aantal andere overwegingen betreffende deze praktijken van rekwirantes was gebaseerd.

- 75 Het Gerecht heeft meer in het bijzonder opgemerkt dat het blijkt de litigieuze beschikking ten eerste zo is dat de prikkel om uitsluitend of nagenoeg uitsluitend bij rekwirantes te kopen bijzonder groot is wanneer drempels als die welke door rekwirantes werden gehanteerd, worden gecombineerd met een systeem waarbij het voordeel dat aan het overschrijden van de kortingsdrempel of in voorkomend geval van een gunstigere drempel is verbonden, geldt voor alle aankopen die de klant in de betrokken periode heeft gedaan en niet alleen voor het aantal aankopen boven de betrokken drempel (punt 260 van het bestreden arrest). Ten tweede was de combinatie van een kortingsregeling voor iedere klant afzonderlijk en van drempels die werden vastgesteld op basis van diens verwachte behoeften en/of van het aantal in het verleden gedane aankopen, dus een sterke prikkel om alle of nagenoeg alle benodigde apparaten bij rekwirantes te kopen, en werd de kostprijs om zich, zelfs voor een klein aantal apparaten, tot een andere leverancier te wenden daardoor kunstmatig verhoogd (punten 261 en 262 van het bestreden arrest). Ten derde werden de kortingen met terugwerkende kracht vaak aangeboden aan bepaalde zeer grote klanten van de Tomra-groep teneinde zich van hun trouw te verzekeren (punt 263 van het bestreden arrest). Ten slotte hebben rekwirantes niet aangetoond dat hun handelwijze objectief gerechtvaardigd was of leidde tot een aanzienlijk verbeterde efficiëntie die voor de consument opwoog tegen de nadelen van een geringere mededinging (punt 264 van het bestreden arrest).
- 76 Op grond van alle hierboven in herinnering gebrachte overwegingen in de punten 260 tot en met 264 van het bestreden arrest is het Gerecht dus tot de vaststelling gekomen dat het derde onderdeel van het voor hem aangevoerde tweede en vierde middel op een onjuiste premisse was gebaseerd, gelet op de bewijswaarde, wat het mededingingsbeperkende karakter van de betrokken kortingsregeling betreft, van de specifieke kenmerken van die regeling, en dit ongeacht de precieze hoogte van de gehanteerde prijzen.
- 77 Het Gerecht heeft daarop aansluitend in punt 266 van het bestreden arrest immers opgemerkt dat de Commissie in de litigieuze beschikking geenszins stelt dat de systemen van de kortingen met terugwerkende kracht stelselmatig tot negatieve prijzen leidden, en dat zij voorts ook niet betoogt dat het bewijs daarvan een noodzakelijke voorwaarde is om te kunnen vaststellen dat dergelijke kortingsregelingen misbruik opleveren.
- 78 Het Gerecht heeft in punt 267 van het bestreden arrest uiteengezet dat om te kunnen spreken van afschermende werking van kortingen met terugwerkende kracht evenmin is vereist dat de onderneming met een machtspositie afziet van winst, want de kostprijs van de korting wordt over een groot aantal apparaten gespreid. Wanneer korting met terugwerkende kracht wordt toegekend, kan de gemiddelde prijs die de onderneming met een machtspositie krijgt, toch ruim boven de kostprijs liggen en een hoge gemiddelde winstmarge opleveren. Voor de klant heeft het systeem van korting met terugwerkende kracht echter tot gevolg dat de werkelijke prijs voor de laatste apparaten zeer laag is ten gevolge van de aanzuigende werking. Het Gerecht heeft dan ook geoordeeld dat het betoog van rekwirantes dat de in de litigieuze beschikking verrichte analyse van de hoogte van de door hen gehanteerde prijzen feitelijke onjuistheden bevat, faalt.
- 79 Het Gerecht heeft in de punten 269 tot en met 271 van het bestreden arrest dus in wezen terecht vastgesteld dat de getrouwheidsregeling erin bestond dat de leverancier zijn concurrenten kon uitsluiten als gevolg van de in zijn voordeel spelende aanzuigende werking op de voor mededinging vatbare vraag. Bij een dergelijk commercieel instrument is het dan ook niet nodig dat de concrete gevolgen van de kortingen voor concurrenten worden onderzocht, aangezien het voor de vaststelling van een inbreuk op artikel 102 VWEU toereikend is dat wordt aangetoond dat de betrokken gedragingen een mededingingsbeperkend effect kunnen hebben, zoals in punt 68 van dit arrest in herinnering is gebracht.
- 80 De omstandigheid dat in het bestreden arrest niet zou zijn ingegaan op de door rekwirantes voor het Gerecht aangevoerde argumenten betreffende de noodzaak om hun prijzen en hun kosten te vergelijken, op welk gesteld verzuim zowel de grief inzake een procedurefout als de grief inzake een

onjuiste rechtsopvatting berusten, kan niet tot gevolg hebben dat het bestreden arrest een onjuiste rechtsopvatting bevat. De Commissie heeft zich voor het bewijs van misbruik van machtspositie immers gebaseerd op de andere overwegingen die in de punten 260 tot en met 264 van het bestreden arrest in aanmerking zijn genomen, en het Gerecht heeft terecht vastgesteld dat die analyse afdoende en voldoende was voor de vaststelling van dergelijk misbruik. De Commissie en het Gerecht hoefden dus geen van beide te onderzoeken of de prijzen van de Tomra-groep al dan niet lager waren dan haar gemiddelde marginale kosten op lange termijn, zodat dit middel in de onderhavige hogere voorziening faalt.

- 81 De argumenten van rekwirantes dat volgens de richtsnoeren van de Commissie (zie punt 52 van dit arrest) vergelijkend onderzoek naar de kosten en de prijzen moest worden gedaan, kunnen die analyse niet weerleggen. Zoals de advocaat-generaal in punt 37 van zijn conclusie heeft opgemerkt, zijn de in 2009 gepubliceerde richtsnoeren immers niet relevant voor de juridische beoordeling van een beschikking, zoals de litigieuze beschikking, die in 2006 is vastgesteld.
- 82 Gelet op al het voorgaande moet het derde middel worden verworpen.

Vierde middel: onjuiste rechtsopvatting en ontoereikende onderbouwing van het onderzoek of de overeenkomsten waarin rekwirantes „voorkeurleverancier, hoofdleverancier of eerste leverancier” worden genoemd, als „exclusiviteitsovereenkomsten” konden worden aangemerkt (punten 55-67 van het bestreden arrest)

Argumenten van partijen

- 83 Volgens Tomra e.a. heeft het Gerecht in de eerste plaats niet onderzocht of, en evenmin voldoende onderbouwd dat, alle door de Commissie als exclusiviteitsovereenkomsten aangemerkte overeenkomsten waarin rekwirantes door de partijen bij de overeenkomst als „voorkeurleverancier, hoofdleverancier of eerste leverancier” waren omschreven, daadwerkelijk betrekking hadden op exclusieve levering door rekwirantes.
- 84 In de tweede plaats heeft het Gerecht niet onderzocht of er in de overeenkomsten, die geen formele exclusiviteitsverplichting bevatten, andere prikkels voor de klanten van rekwirantes waren om zich uitsluitend door hen te laten bevoorraden.
- 85 Volgens de Commissie is het vierde middel niet-ontvankelijk omdat daarin de door het Gerecht verrichte beoordeling van feiten wordt betwist. Met dit middel in hogere voorziening wordt immers slechts opgekomen tegen de vaststelling van het Gerecht dat de overeenkomsten waarin rekwirantes als „voorkeurleverancier, hoofdleverancier of eerste leverancier” zijn aangewezen, een exclusiviteitsverplichting inhielden. De vraag of de betrokken partijen deze overeenkomsten als een dergelijke verplichting zagen, is een feitelijke kwestie waarover moet worden beslist op basis van het beschikbare bewijs en dus niet op basis van de bepalingen van nationaal recht die deze overeenkomsten beheersen.
- 86 Het Gerecht heeft ook onderzocht of de litigieuze overeenkomsten andere prikkels bevatten om zich uitsluitend door de Tomra-groep te laten bevoorraden. Bovendien gaat het om een nieuwe grief die niet-ontvankelijk is in het stadium van de hogere voorziening.
- 87 Ten slotte voldoet het vierde middel niet aan de vereisten van artikel 38, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof. De enige passage in het verzoekschrift in hogere voorziening waarin rekwirantes verwijzen naar de overeenkomsten waarin Tomra e.a. als „voorkeurleverancier, hoofdleverancier of eerste leverancier” zijn aangewezen, is een voetnoot waarin

er zonder nadere uitleg slechts sprake was van een gering aantal overeenkomsten. Een dergelijke vermelding kan niet worden beschouwd als een middel dat naar behoren is onderbouwd overeenkomstig de genoemde bepaling van het Reglement voor de procesvoering.

Beoordeling door het Hof

- 88 Met het vierde middel betwisten rekwirantes de door het Gerecht verrichte beoordeling van de omstandigheid dat de litigieuze overeenkomsten waarin zij als „voorkeurleverancier, hoofdleverancier of eerste leverancier” zijn omschreven, daadwerkelijk betrekking hadden op exclusieve levering, en stellen zij voorts aan de orde dat het Gerecht niet is ingegaan op de vraag of de geen formele exclusiviteitsverplichting bevattende overeenkomsten voorzagen in andere soorten regelingen, zoals afnameverplichtingen of kortingen, waardoor klanten van de Tomra-groep ertoe werden aangezet zich door haar te laten bevoorraden.
- 89 Opgemerkt moet worden dat het middel ziet op de beoordeling die het Gerecht heeft verricht met betrekking tot de bijzondere kenmerken van de contractuele relaties tussen rekwirantes en hun klanten. De Commissie heeft die kenmerken in de litigieuze beschikking onderzocht en heeft daarbij vele feitelijke omstandigheden van die relaties in aanmerking genomen.
- 90 Het Gerecht heeft in punt 57 van het bestreden arrest vastgesteld dat de Commissie op basis van het bewijs waarover zij beschikte, de verschillende door rekwirantes opgezette overeenkomsten in de litigieuze beschikking als „exclusiviteitsovereenkomsten” of „voorkeursovereenkomsten” had aangemerkt, en dat deze overeenkomsten als zodanig werden begrepen, ongeacht of zij naar nationaal recht afdwingbaar waren.
- 91 In dat verband heeft het Gerecht, in de punten 58 tot en met 66 en in de punten 88 tot en met 197 van het bestreden arrest, bij wijze van voorbeeld vele analyses van de transacties tussen de Tomra-groep en haar klanten verricht. Het Gerecht heeft de argumenten van rekwirantes betreffende de voorwaarden van die transacties aldus grondig onderzocht en geoordeeld dat deze argumenten niet relevant waren voor de door de Commissie gegeven kwalificatie van die transacties.
- 92 Die hele beoordeling had dus, zoals de advocaat-generaal in punt 60 van zijn conclusie heeft opgemerkt, betrekking op de gevolgen van de praktijken van de Tomra-groep en op het aan het Gerecht ter zake overgelegde bewijs, met name van de regelingen waardoor de verschillende afnemers ertoe werden aangezet zich uitsluitend door rekwirantes te laten bevoorraden.
- 93 Derhalve beogen rekwirantes met hun betoog feitelijke beoordelingen van het Gerecht ter discussie te stellen.
- 94 Alleen het Gerecht is evenwel bevoegd om de feiten vast te stellen, tenzij uit de hem overgelegde processtukken blijkt dat zijn vaststellingen feitelijk onjuist zijn, en om deze feiten te beoordelen. De beoordeling van de feiten levert, behoudens in het geval van een onjuiste opvatting van de aan het Gerecht overgelegde gegevens, dus geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof in het kader van een hogere voorziening (zie arresten van 21 juni 2001, *Moccia Irme e.a./Commissie*, C-280/99 P-C-282/99 P, Jurispr. blz. I-4717, punt 78, en 7 januari 2004, *Aalborg Portland e.a./Commissie*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punten 48 en 49).
- 95 Rekwirantes hebben niet aangevoerd dat de feiten waarop die beoordelingen van het Gerecht betrekking hebben, onjuist zijn opgevat.

- 96 Uit het voorgaande volgt ook dat, anders dan rekwirantes stellen, het Gerecht uitvoerig heeft onderzocht of de litigieuze overeenkomsten prikkels bevatten om zich uitsluitend door de Tomra-groep te laten bevoorraden, zodat het bestreden arrest op dit punt niet ontoereikend is gemotiveerd.
- 97 Wat ten slotte het argument betreft dat het Gerecht rekening had moeten houden met andere prikkels voor de klanten van rekwirantes, moet er, zoals de advocaat-generaal in de punten 71 en 72 van zijn conclusie heeft opgemerkt, op worden gewezen dat dit argument niet aan het Gerecht was voorgelegd in de bij hem ingediende memories.
- 98 Dat argument moet dus worden beschouwd als een nieuw middel.
- 99 Uit de rechtspraak van het Hof blijkt echter dat, indien een partij een middel dat zij voor het Gerecht niet heeft aangevoerd, voor het eerst voor het Hof zou mogen aanvoeren, zij dan in feite bij het Hof, dat in hogere voorziening een beperkte bevoegdheid heeft, een geschil aanhangig zou mogen maken met een ruimere strekking dan het geschil waarvan het Gerecht kennis heeft genomen. In hogere voorziening is het Hof immers enkel bevoegd om te oordelen over de rechtsbeslissing die is gegeven ten aanzien van de middelen die voor het Gerecht zijn aangevoerd (zie arrest van 1 juni 1994, Commissie/Brazzelli Lualdi e.a., C-136/92 P, Jurispr. blz. I-1981, punt 59).
- 100 Het vierde middel is dus niet-ontvankelijk.

Vijfde middel: onjuiste rechtsopvatting bij de beoordeling van de geldboete, gelet op het beginsel van gelijke behandeling (punten 310-321 van het bestreden arrest)

Argumenten van partijen

- 101 Volgens Tomra e.a. heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door rekwirantes een geldboete op te leggen die aanzienlijk hoger is dan aan andere ondernemingen in een vergelijkbare situatie opgelegde geldboeten.
- 102 Volgens de Commissie is het betoog van rekwirantes rechtens ongegrond. De vroegere beschikkingspraktijk van de Commissie kan op zich niet als rechtskader voor geldboeten in mededingingszaken fungeren.
- 103 De aan rekwirantes verweten inbreuk was duidelijk en was welbewust gepleegd. Er was dan ook geen sprake van bijzondere omstandigheden die een verlaging van de geldboete rechtvaardigden. Bovendien ligt het basisbedrag van de geldboete, in casu 16 miljoen EUR, duidelijk tussen het minimumbedrag en het maximumbedrag voor zware inbreuken.

Beoordeling door het Hof

- 104 Het Hof heeft herhaaldelijk geoordeeld dat de vroegere beschikkingspraktijk van de Commissie niet als rechtskader voor geldboeten in mededingingszaken fungeert en dat beschikkingen in andere zaken slechts een indicatieve waarde hebben wat het al dan niet bestaan van discriminaties betreft (zie arresten van 21 september 2006, JCB Service/Commissie, C-167/04 P, Jurispr. blz. I-8935, punt 205, en 24 september 2009, Erste Group Bank e.a./Commissie, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P en C-137/07 P, Jurispr. blz. I-8681, punt 233).
- 105 Het feit dat de Commissie in het verleden voor sommige categorieën inbreuken geldboeten van een bepaalde hoogte heeft opgelegd, betekent dus niet dat zij geen hogere geldboeten kan opleggen, indien het verhogen van de sancties noodzakelijk wordt geacht ter uitvoering van het mededingingsbeleid van

de Unie, dat uitsluitend is vastgelegd in 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) (zie in die zin arrest van 28 juni 2005, 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, Jurispr. blz. I-5425, punt 227).

- 106 Het Hof heeft er immers op gewezen dat voor de uitvoering van het betrokken beleid de Commissie de hoogte van de geldboeten moet kunnen aanpassen naargelang de eisen van dat beleid (zie arrest van 7 juni 1983, Musique Diffusion française e.a./Commissie, 100/80-103/80, Jurispr. blz. 1825, punt 109).
- 107 De zwaarte van de inbreuken moet worden bepaald met inachtneming van een groot aantal factoren, zoals de bijzondere omstandigheden van de zaak, de context ervan en de afschrikkende werking van de geldboeten, zonder dat een dwingende of uitputtende lijst van verplicht in aanmerking te nemen criteria is opgesteld (zie arrest van 17 juli 1997, Ferriere Nord/Commissie, C-219/95 P, Jurispr. blz. I-4411, punt 33).
- 108 Derhalve heeft het Gerecht in punt 314 van het bestreden arrest terecht afwijzend gereageerd op het betoog van rekwirantes dat berust op de vergelijking van de aan de Tomra-groep opgelegde geldboete met sancties die de Commissie in andere mededingingsbeschikkingen heeft opgelegd.
- 109 Het Gerecht heeft bij zijn beoordeling van de hoogte van de opgelegde geldboete het beginsel van gelijke behandeling dus niet geschonden.
- 110 Het vijfde middel dat rekwirantes ter ondersteuning van hun hogere voorziening hebben aangevoerd, kan dan ook niet slagen.
- 111 Gelet op een en ander moet de hogere voorziening worden afgewezen in haar geheel.

Kosten

- 112 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 118 van dit reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Aangezien rekwirantes in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij overeenkomstig de vordering van de Commissie te worden verwezen in de kosten.

Het Hof (Derde kamer) verklaart:

- 1) **De hogere voorziening wordt afgewezen.**
- 2) **Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS, Tomra Systems GmbH, Tomra Systems BV, Tomra Leergutsysteme GmbH, Tomra Systems AB en Tomra Butikkssystemer AS worden verwezen in de kosten.**

ondertekeningen