



Jurisprudentie

ARREST VAN HET GERECHT (Negende kamer)

8 september 2016¹

„Mededinging — Mededingingsregelingen — Belgische, Duitse, Franse en Nederlandse markt van noordzeegarnalen — Besluit waarbij een inbreuk op artikel 101 VWEU is vastgesteld — Bepaling van de prijzen en verdeling van verkoophoeveelheden — Ontvankelijkheid van bewijs — Gebruik van heimelijke opnamen van telefoongesprekken als bewijs — Beoordeling van het vermogen om te betalen — Volledige rechtsmacht”

In zaak T-54/14,

Goldfish BV, gevestigd te Zoutkamp (Nederland),

Heiploeg BV, gevestigd te Zoutkamp,

Heiploeg Beheer BV, gevestigd te Zoutkamp,

Heiploeg Holding BV, gevestigd te Zoutkamp,

vertegenwoordigd door P. Glazener en B. Winters, advocaten,

verzoeksters,

tegen

Europese Commissie, aanvankelijk vertegenwoordigd door F. Ronkes Agerbeek en P. Van Nuffel, vervolgens door P. Van Nuffel en H. van Vliet als gemachtigden,

verweerster,

betreffende een verzoek op grond van artikel 263 VWEU tot nietigverklaring van besluit C(2013) 8286 final van de Commissie van 27 november 2013 inzake een procedure op grond van artikel 101 VWEU (zaak AT.39633 – Garnalen) voor zover dit betrekking heeft op verzoeksters, en voorts tot vermindering van de aan hen opgelegde geldboeten,

wijst

HET GERECHT (Negende kamer),

samengesteld als volgt: G. Berardis, president, O. Czúcz en A. Popescu (rapporteur), rechters,

griffier: J. Plingers, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 10 december 2015,

¹ — Procestaal: Nederlands.

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

- 1 Goldfish BV, Heiploeg BV, Heiploeg Beheer BV en Heiploeg Holding BV (hierna gezamenlijk: „verzoeksters” of „Heiploeg”) zijn onderdeel van een groep van ondernemingen die hoofdzakelijk garnalen en andere schaal- en schelpdieren verhandelen.
- 2 In deze zaak gaat het om de noordzeegarnaal (crangon crangon), een garnalensoort die wordt gevangen in de Noordzee. Het grootste deel van de vangst wordt aan wal gebracht in Denemarken, Duitsland en Nederland. Deze vangst wordt vervolgens rechtstreeks verkocht aan gespecialiseerde garnalenhandelaars (contractvisserij) of in Nederland verkocht via de visafslag (vrije visserij).
- 3 De handelaars nemen de verdere verwerking en behandeling van de noordzeegarnalen voor hun rekening, met inbegrip van het pellen, invriezen en verpakken. Deze handelaars leveren de noordzeegarnalen voor menselijke consumptie, gepeld of ongepeld, vers of diepgevroren, aan de detailhandel zoals supermarkten, groothandelaars in zeevruchtproducten, de levensmiddelenindustrie of restaurants.
- 4 Op 14 januari 2003 heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: „NMa”) een beschikking gegeven op basis van de Nederlandse Mededingingswet en van artikel 101 VWEU ten aanzien van diverse ondernemingen en ondernemersverenigingen die actief zijn in de noordzeegarnalenindustrie. Deze beschikking had betrekking op afspraken over minimumprijzen en vangstbeperkingen in de periode tussen januari 1998 en januari 2000 en de belemmering van de komst van nieuwe handelaren voor de verkoop van garnalen op de Nederlandse visafslagen tussen oktober en november 1999. Aan Heiploeg BV, Goldfish, Klaas Puul & Zoon BV en L. Kok International Seafood BV werden geldboeten opgelegd.
- 5 Op 28 december 2004 zijn na een administratief beroep de geldboeten voor diverse kleine handelaars, waaronder L. Kok International Seafood, ingetrokken, terwijl de geldboeten voor Heiploeg BV, Goldfish, en Klaas Puul & Zoon zijn verminderd. De beschikking van de NMa werd voor het overige in essentie gehandhaafd bij de uitspraken van de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: „College van Beroep”).
- 6 Op 13 januari 2009 hebben Klaas Puul BV, Klaas Puul Beheer BV, Klaas Puul Holding BV (hierna gezamenlijk: „Klaas Puul”), die meerdere soorten zeevruchten vingen en in de handel brachten, aan de Europese Commissie laten weten voornemens te zijn een verzoek tot immuniteit tegen de geldboeten in verband met het bestaan van een kartel in de noordzeegarnalenindustrie in te dienen. De Commissie heeft Klaas Puul daarop tot 26 januari 2009 een „marker” toegekend in de zin van punt 15 van de mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken (PB 2006, C 298, blz. 17; hierna: „mededeling inzake medewerking van 2006”) om haar in staat te stellen de nodige informatie en bewijzen te verzamelen.
- 7 Op 26 januari 2009 heeft Klaas Puul overeenkomstig de mededeling inzake medewerking van 2006 een clementieverzoek bij de Commissie ingediend, dat op 17 maart 2009 voorwaardelijk is ingewilligd.
- 8 Op 24, 25 en 26 maart 2009 heeft de Commissie, overeenkomstig artikel 20, lid 4, en artikel 21 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [101] en [102 VWEU] (PB 2003, L 1, blz. 1), inspecties uitgevoerd op bedrijfslocaties en in particuliere woningen in België, Denemarken, Duitsland en

Nederland. Tussen 3 augustus 2009 en 9 maart 2012 heeft de Commissie diverse verzoeken om inlichtingen verstuurd. Ondertussen bleef Klaas Puul met de Commissie samenwerken en haar verdere informatie, documenten en inlichtingen verschaffen.

- 9 Op 12 juli 2012 besloot de Commissie een procedure te starten tegen Heiploeg, Holding L.J.M. Kok BV, L. Kok International Seafood (hierna gezamenlijk: „Kok Seafood”), Klaas Puul en Stührk Delikatessen Import GmbH & Co. KG (hierna: „Stührk”). Diezelfde dag heeft de Commissie de mededeling van punten van bezwaar tegen deze vennootschappen aangenomen.
- 10 Alle adressaten van de mededeling van punten van bezwaar vroegen en ontvingen vervolgens een DVD met de toegankelijke documenten in het dossier van de Commissie. De documenten en verklaringen die ten kantore van de Commissie ter inzage beschikbaar waren, zijn uitsluitend door Heiploeg geraadpleegd. De andere adressaten van de mededeling van punten van bezwaar hebben geen toegang gevraagd. Alle adressaten van de mededeling van punten van bezwaar hebben schriftelijke opmerkingen ingediend en zijn gehoord in een hoorzitting op 7 februari 2013.
- 11 Op 27 november 2013 heeft de Commissie besluit C(2013) 8286 final van 27 november 2013 in een procedure op grond van artikel 101 VWEU (zaak AT.39633 – Garnalen) (hierna: „bestreden besluit”) vastgesteld.

Bestreden besluit

- 12 Bij het bestreden besluit heeft de Commissie vastgesteld dat Heiploeg, Klaas Puul, Kok Seafood en Stührk, ondernemingen die actief waren in de sector van noordzeegarnalen, in periodes tussen juni 2000 en januari 2009 hebben deelgenomen aan diverse overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen en gevoelige informatie hebben uitgewisseld, hetgeen een inbreuk op artikel 101, lid 1, VWEU heeft opgeleverd.
- 13 Het bestreden besluit heeft betrekking op de markt van noordzeegarnalen. De Commissie heeft vastgesteld dat deze garnalen hoofdzakelijk werden geleverd aan afnemers in vijf lidstaten, namelijk België, Denemarken, Duitsland, Frankrijk en Nederland. België was goed voor ongeveer 50 % van de totale consumptie van noordzeegarnalen en Duitsland voor 25 %; Nederland nam het grootste deel van de resterende hoeveelheid af. De twee grootste handelaars in noordzeegarnalen in de Europese Unie waren Heiploeg en Klaas Puul.
- 14 De mededingingsregeling waarop het bestreden besluit betrekking had, is één enkele voortdurende en complexe inbreuk op artikel 101 VWEU. De Commissie schrijft dat deze mededelingsregeling bestond uit prijsafspraken, onderling afgestemde feitelijke gedragingen en uitwisseling van gevoelige informatie tussen leveranciers van noordzeegarnalen. Volgens het bestreden besluit had deze mededingingsregeling tot doel gezamenlijk het prijspeil voor noordzeegarnalen te beïnvloeden, de mededinging te beperken en de markt te stabiliseren.
- 15 Luidens het bestreden besluit functioneerde de mededingingsregeling op basis van bilaterale contacten tussen de ondernemingen. De betrokken ondernemingen, in het bijzonder Heiploeg en Klaas Puul, hadden al lange tijd frequent contact om hun zaken te bespreken. Heiploeg en Klaas Puul hadden met name hun marktgedrag bekendgemaakt en gecoördineerd, alsook gevoelige handelsinformatie uitgewisseld. De twee ondernemingen hadden meer bepaald afspraken gemaakt over de prijzen die aan hun leveranciers moesten worden betaald, de prijzen die aan diverse klanten in rekening moesten worden gebracht en de verdeling van deze klanten.
- 16 De Commissie heeft vastgesteld dat ook Stührk prijsafspraken met Heiploeg had gemaakt en zich openlijk had onthouden van concurrentie met Heiploeg en Klaas Puul. Tot slot stond in het bestreden besluit dat Kok Seafood een langdurig contract had gesloten met Heiploeg om haar garnalen aan

Heiploeg te verkopen tegen een prijs die werd vastgesteld afhankelijk van de verkoopprijs die Heiploeg kon verkrijgen. Dat contract had met name tot doel te voorkomen dat Kok Seafood een concurrent werd op de garnalenmarkt.

- 17 Deze vaststellingen berusten met name op de clementieverklaringen die Klaas Puul heeft afgelegd en op de bewijsstukken tot staving van deze verklaringen, op documenten die door de Commissie zijn aangetroffen bij de ondernemingen bij de onaangekondigde bezoeken (punt 8 supra), waaronder enkele audio-opnamen die de heer K. heeft gemaakt van telefoongesprekken en schriftelijke aantekeningen van telefoongesprekken die zijn aangetroffen bij Kok Seafood, alsmede op antwoorden op verzoeken om inlichtingen en door Stührk gegeven bevestigingen.
- 18 In het bestreden besluit werd op basis van de in punt 17 supra vermelde elementen geconcludeerd dat deze diverse en ingewikkelde regelingen tussen de verschillende ondernemingen gecoördineerde marktgedragingen vormden die mededingingsbeperkende overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 101 VWEU omvatten.
- 19 De mededingingsregelingen betreffende Heiploeg werden beschouwd als één enkele en voortdurende inbreuk, die duurde van 21 juni 2000 tot en met 13 januari 2009 (hierna: „betrokken periode”). Heiploeg Holding werd echter slechts aansprakelijk gehouden vanaf 3 februari 2006 voor een periode van twee jaar en elf maanden.
- 20 Bij de berekening van het bedrag van de geldboeten heeft de Commissie in het bestreden besluit toepassing gemaakt van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van verordening nr. 1/2003 (PB 2006, C 210, blz. 2; hierna: „richtsnoeren”) worden opgelegd. Zij heeft, wat Heiploeg betreft, het basisbedrag van de geldboete vastgesteld op basis van de waarde van de verkopen in de boekjaren 2000-2001 tot en met 2007-2008 (tussen 80 en 90 miljoen EUR) afhankelijk van de ernst van de inbreuk (16 %), vermenigvuldigd met het aantal jaren van de deelname van de onderneming (8,5 voor Heiploeg en 2,91 voor Heiploeg Holding). Vervolgens heeft de Commissie een toeslag van 16 % vastgesteld op voet van punt 25 van de richtsnoeren. Deze berekeningen hebben geleid tot een basisbedrag van de op te leggen geldboete van 124 596 000 EUR (met inbegrip van de geldboete van Heiploeg Holding).
- 21 Gelet op de bijzondere omstandigheden van de zaak en krachtens punt 37 van de richtsnoeren, is de aan Heiploeg opgelegde geldboete verlaagd met 75 % teneinde rekening te houden met het aandeel in de totale omzet van de verkopen van het product waarop een mededingingsregeling van toepassing was, alsook met de verschillen tussen de partijen gelet op hun individuele deelname. Na deze aanpassing bedroeg de op te leggen geldboete 31 149 000 EUR (met inbegrip van de geldboete van Heiploeg Holding).
- 22 Voorts is ingevolge artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003, dat bepaalt dat de geldboete niet groter mag zijn dan 10 % van de totale omzet die in het boekjaar voorafgaand aan het besluit van de Commissie is behaald, het bedrag van de geldboete vastgesteld op 27 082 000 EUR (met inbegrip van de geldboete van Heiploeg Holding).
- 23 Tot slot heeft de Commissie het in overeenstemming met punt 35 van de richtsnoeren door Heiploeg ingediende verzoek tot vermindering van de geldboete wegens het onvermogen om te betalen, afgewezen.

24 Het dispositief van het bestreden besluit luidt als volgt:

„Artikel 1

De volgende ondernemingen hebben gedurende de vermelde periode inbreuk gepleegd op artikel 101, lid 1, VWEU door deel te nemen aan één enkele voortdurende inbreuk in de noordzeegarnalenindustrie in de Europese Unie en die bestond uit het bepalen van verkoop- en inkooprijzen en de uitwisseling van gevoelige handelsinformatie over prijzen, afnemers en volumes, en voor sommigen van hen ook marktverdeling en toewijzing van afnemers:

- a) Heiploeg van 21 juni 2000 tot 13 januari 2009
- b) Klaas Puul van 21 juni 2000 tot 13 januari 2009
- c) Stührk van 14 maart 2003 tot 5 november 2007
- d) Kok Seafood van 11 februari 2005 tot 13 januari 2009.

Artikel 2

Voor de in artikel 1 bedoelde inbreuk worden de volgende geldboeten opgelegd:

- a) Heiploeg BV

Goldfish BV

Heiploeg Beheer BV

gezamenlijk en hoofdelijk voor: 14 262 000 [EUR]

Heiploeg BV

Goldfish BV

Heiploeg Beheer BV en

Heiploeg Holding BV

gezamenlijk en hoofdelijk voor: 12 820 000 [EUR]

- b) Klaas Puul BV

Klaas Puul Beheer BV

Klaas Puul Holding BV

gezamenlijk en hoofdelijk voor: 0 [EUR]

- c) Stührk Delikatessen Import GmbH & Co. KG: 1 132 000 [EUR]

- d) L. Kok International Seafood BV en

Holding L. J. M. Kok BV

gezamenlijk en hoofdelijk voor: 502 000 [EUR]

[...]”

Procedure en conclusies van partijen

- 25 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 23 januari 2014, hebben verzoeksters onderhavig beroep ingesteld.
- 26 In hun repliek, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 27 mei 2014, hebben verzoeksters het Gerecht ervan in kennis gesteld dat zij op 28 januari 2014 door de Rechtbank Noord-Nederland failliet zijn verklaard.
- 27 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 23 maart 2015, hebben verzoeksters het Gerecht verzocht de onderhavige zaak bij voorrang te berechten.
- 28 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Negende kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan en niet in te gaan op het door verzoeksters ingediende verzoek om de zaak bij voorrang te berechten.
- 29 Partijen hebben pleidooi gehouden en geantwoord op de vragen van het Gerecht ter terechtzitting van 10 december 2015, waarop is besloten verzoeksters te verzoeken om het Gerecht na afloop van de terechtzitting informatie te verstrekken over de verkoopwaarde van hun diverse activa en over de voortzetting van de ondernemingen na het faillissement ervan. Verzoeksters hebben binnen de gestelde termijn aan dat verzoek voldaan.
- 30 De mondelinge behandeling is gesloten op 18 januari 2016.
- 31 Verzoeksters verzoeken het Gerecht:
- het bestreden besluit geheel of gedeeltelijk nietig te verklaren;
 - de hun opgelegde boete te annuleren dan wel te verminderen;
 - zodanige voorzieningen te treffen als het Gerecht zal vermenen te behoren;
 - de Europese Commissie in de kosten van deze procedure te veroordelen.
- 32 De Commissie verzoekt het Gerecht:
- het beroep te verwerpen;
 - verzoeksters te verwijzen in de kosten.
- 33 Ter terechtzitting hebben verzoeksters in antwoord op een vraag van het Gerecht aangegeven dat de derde vordering van het beroep geen autonome vordering was en dat zij het Gerecht derhalve niet verzochten hierop te beslissen, waarvan akte is opgenomen in het proces-verbaal van de terechtzitting.

In rechte

34 Tot staving van hun beroep voeren verzoeksters drie middelen aan. Het eerste is in wezen ontleend aan schending van artikel 101 VWEU en van artikel 2 van verordening nr. 1/2003, door het gebruik door de Commissie van heimelijk gemaakte audio-opnamen als bewijs voor inbreuk op artikel 101 VWEU, het tweede aan schending van artikel 101 VWEU en van artikel 2 van verordening nr. 1/2003, door het gebruik door de Commissie van aantekeningen inzake heimelijk gemaakte audio-opnamen als bewijs voor inbreuk op artikel 101 VWEU, en het derde aan de onterechte weigering door de Commissie om rekening te houden met het onvermogen van verzoeksters om de geldboete te betalen in de zin van punt 35 van de richtsnoeren.

35 Daar het eerste en het tweede middel samenhangende vragen opwerpen, dienen zij gezamenlijk te worden onderzocht.

Eerste en tweede middel: schending van artikel 101 VWEU en van artikel 2 van verordening nr. 1/2003 door het gebruik door de Commissie van respectievelijk heimelijk gemaakte audio-opnamen en aantekeningen inzake deze audio-opnamen

36 Verzoeksters betogen in het kader van het eerste middel dat de heimelijke opnamen van telefoongesprekken onrechtmatig bewijs vormen om schending van artikel 101 VWEU aan te tonen en dat de Commissie dergelijke opnamen derhalve niet als bewijs had mogen gebruiken in het bestreden besluit, omdat anders deze bepaling en artikel 2 van verordening nr. 1/2003 werden geschonden.

37 Verzoeksters betogen in het kader van het tweede middel dat de betrouwbaarheid van de aantekeningen bij de heimelijke opnamen van telefoongesprekken waarop de Commissie zich in het bestreden besluit heeft gebaseerd zeer gering is, zodat het gebruik ervan als bewijs in het bestreden besluit eveneens leidt tot schending van artikel 101 VWEU en van artikel 2 van verordening nr. 1/2003.

38 In eerste instantie moet het Gerecht, gelet op de door verzoeksters aangevoerde grieven, onderzoeken onder welke voorwaarden de heimelijke opnamen van telefoongesprekken en de aantekeningen hierbij kunnen worden toegelaten als bewijs ter vaststelling van een inbreuk op artikel 101 VWEU.

39 Indien wordt geconcludeerd dat de Commissie dergelijk bewijs in casu kan gebruiken, moeten in tweede instantie verzoeksters' argumenten in verband met de geloofwaardigheid van de aantekeningen bij deze telefoongesprekken worden onderzocht om vast te stellen of zij vragen oproepen over de eerbiediging door de Commissie van artikel 2, eerste zin, van verordening nr. 1/2003, volgens hetwelk de bewijslast van een inbreuk op artikel 101 VWEU op haar rust.

Rechtmatigheid van het gebruik van heimelijke opnamen van telefoongesprekken en van aantekeningen hiervan ter vaststelling van een inbreuk op artikel 101 VWEU

40 In de overwegingen 262 tot en met 268 van het bestreden besluit betoogt de Commissie, in antwoord op de argumenten die verzoeksters in de administratieve procedure ter betwisting van de ontvankelijkheid van de betrokken opnamen hebben aangevoerd, in wezen dat deze opnamen zijn gemaakt in Nederland, waar dergelijke opnamen geen strafbaar feit opleveren, dat het haar, zelfs indien private partijen dit bewijsmateriaal onrechtmatig hadden verkregen, in het licht van de rechtspraak van de rechterlijke instanties van de Unie en van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM”) niet verboden was deze te gebruiken, dat zij noch de nationale autoriteiten bij de betreffende opnamen betrokken waren en dat de onderneming waar deze opnamen zijn aangetroffen er geen belang bij had haar dit belastende bewijsmateriaal te verstrekken.

- 41 Verzoeksters voeren ten eerste aan dat heimelijke opnamen van telefoongesprekken in meerdere lidstaten verboden zijn en derhalve onrechtmatig bewijs vormen om een inbreuk op artikel 101 VWEU aan te tonen, ten tweede dat het gebruik van heimelijke opnamen van telefoongesprekken als bewijs geen rechtvaardiging vindt in de rechtspraak van het EHRM, ten derde dat dit gebruik evenmin rechtvaardiging vindt in de rechtspraak van het Gerecht en, tot slot, ten vierde dat het naar Nederlands mededingingsrecht niet is toegestaan gebruik te maken van heimelijke opnamen van telefoongesprekken.
- 42 In dit verband zij eraan herinnerd dat in het Unierecht het beginsel van de vrije beoordeling van het bewijs primeert, waaruit ten eerste volgt dat wanneer bewijsmateriaal rechtmatig is verkregen, de ontvankelijkheid ervan niet voor het Gerecht kan worden betwist en ten tweede dat het enige relevante criterium ter beoordeling van de bewijskracht van het rechtmatig aangevoerde bewijs de geloofwaardigheid ervan is (arrest van 19 december 2013, Siemens/Commissie, C-239/11 P, C-489/11 P en C-498/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:866, punt 128).
- 43 Bij gebreke van een Unierechtelijke regeling van het begrip bewijs, zijn alle bewijsmiddelen die het procesrecht van de lidstaten in soortgelijke procedures kennen in beginsel ontvankelijk (arrest van 23 maart 2000, Met-Trans en Sagpol, C-310/98 en C-406/98, EU:C:2000:154, punt 29).
- 44 Niettemin kunnen sommige bewijzen uit het dossier worden verwijderd, met name indien twijfel blijft bestaan zowel over de aard van het betwiste document als over de vraag of degene die dit aanvoert dit op geoorloofde wijze heeft verkregen (zie in die zin arrest van 17 december 1981, Ludwigshafener Walzmühle Erling e.a./Raad en Commissie, 197/80–200/80, 243/80, 245/80 en 247/80, EU:C:1981:311, punt 16). Een dergelijke uitsluiting is echter niet automatisch: de rechterlijke instanties van de Unie zijn in enkele gevallen bereid geweest rekening te houden met stukken waarvan nochtans niet was aangetoond dat zij op geoorloofde wijze waren verkregen (zie in die zin arrest van 8 juli 2008, Franchet en Byk/Commissie, T-48/05, EU:T:2008:257, punt 78 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 45 Daarenboven moet worden opgemerkt dat de verplichting van de instellingen om de grondrechten van verzoeksters te eerbiedigen, niet buiten beschouwing kan worden gelaten bij het onderzoek van de rechtmatigheid van de bewijsmiddelen.
- 46 Zoals uit vaste rechtspraak naar voren komt, is de eerbiediging van de grondrechten een vereiste voor de rechtmatigheid van handelingen van de Unie en zijn maatregelen die onverenigbaar zijn met de eerbiediging daarvan in de Unie niet toelaatbaar (zie arresten van 3 september 2008, Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie, C-402/05 P en C-415/05 P, EU:C:2008:461, punt 284 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 12 december 2012, Almamet/Commissie, T-410/09, niet gepubliceerd, EU:T:2012:676, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 47 Het Unierecht kan bijgevolg geen bewijs toelaten dat is verkregen onder volledige miskenning van de voor de bewijslevering geldende procedure, die bedoeld is om de grondrechten van betrokkenen te beschermen. Het volgen van die procedure moet derhalve worden beschouwd als een wezenlijk vormvoorschrift in de zin van artikel 263, tweede alinea, VWEU. Volgens de rechtspraak heeft de schending van een wezenlijk vormvoorschrift gevolgen, ongeacht de vraag of deze schending voor degene die zich hierop beroept, schade heeft veroorzaakt (zie in die zin arresten van 6 april 2000, Commissie/ICI, C-286/95 P, EU:C:2000:188, punten 42 en 52, en 12 december 2012, Almamet/Commissie, T-410/09, niet gepubliceerd, EU:T:2012:676, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 48 Bovendien moet sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon rekening worden gehouden met het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat volgens artikel 6, lid 1, eerste alinea, VEU, „dezelfde juridische waarde als de Verdragen heeft”.

- 49 Artikel 52, lid 3, van het Handvest van de grondrechten bepaalt dat, voor zover het rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 (hierna: „EVRM”), de inhoud en de reikwijdte ervan dezelfde zijn als die welke er door dat verdrag aan worden toegekend. Volgens de toelichting op deze bepaling worden de inhoud en reikwijdte van de gewaarborgde rechten niet alleen bepaald door de tekst van het EVRM, maar met name ook door de jurisprudentie van het EHRM (arrest van 22 december 2010, DEB, C-279/09, EU:C:2010:811, punt 35).
- 50 In casu moet er, gelet op de aard van de betwiste bewijsmiddelen, te weten de opnamen van telefoongesprekken tussen particulieren, aan worden herinnerd dat artikel 7 van het Handvest van de grondrechten, waarin het gaat over het recht op eerbiediging van het privéleven en van het familie- en gezinsleven, rechten bevat die corresponderen met die welke zijn gewaarborgd door artikel 8, lid 1, EVRM. Bijgevolg dient aan dit artikel 7 dezelfde inhoud en reikwijdte te worden toegekend als die welke aan artikel 8, lid 1, EVRM worden toegekend, zoals uitgelegd in de rechtspraak van het EHRM (zie in die zin arresten van 5 oktober 2010, McB., C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, punt 53, en 15 november 2011, Dereci e.a., C-256/11, EU:C:2011:734, punt 70).
- 51 Aangezien het onderscheppen van telecommunicatie een inmenging vormt in de uitoefening van het door artikel 8, lid 1, EVRM gewaarborgde recht (EHRM, 6 september 1978, Klass e.a. tegen Duitsland, CE:ECHR:1978:0906JUD000502971, § 41; EHRM, 2 augustus 1984, Malone tegen Verenigd Koninkrijk, CE:ECHR:1984:0802JUD000869179, § 64; EHRM, 24 april 1990, Kruslin tegen Frankrijk, CE:ECHR:1990:0424JUD001180185, § 26, en EHRM, 29 juni 2006, Weber en Saravia tegen Duitsland, CE:ECHR:2006:0629DEC005493400, § 79), vormt dit bijgevolg tevens een beperking van de uitoefening van het corresponderende recht dat is neergelegd in artikel 7 van het Handvest van de grondrechten.
- 52 Daarenboven moet er tevens aan worden herinnerd dat volgens artikel 47, eerste alinea, van het Handvest van de grondrechten eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, recht heeft op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dat artikel gestelde voorwaarden. Volgens de tweede alinea van dit artikel heeft eenieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld.
- 53 Volgens de toelichting op artikel 47 van het Handvest van de grondrechten, die overeenkomstig artikel 6, lid 1, derde alinea, VEU en artikel 52, lid 7, van het Handvest van de grondrechten voor de uitlegging daarvan in acht moet worden genomen, correspondeert dit artikel met artikel 6, lid 1, EVRM.
- 54 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat het EHRM met betrekking tot de vraag of, in een strafrechtelijke context, een onrechtmatig verkregen bewijsmiddel een verdachte een eerlijk proces onthoudt en leidt tot schending van artikel 6 EVRM, de volgende uitspraak heeft gedaan (EHRM, 26 april 2007, Popescu tegen Roemenië, CE:ECHR:2007:0426JUD007152501, § 106):

„Ofschoon het [EVRM] in artikel 6 ervan het recht op een eerlijk proces waarborgt, regelt het evenwel niet de toelaatbaarheid van bewijs als zodanig, welk onderwerp in eerste instantie onder het nationale recht valt. Het Hof kan de toelaatbaarheid van bewijs dat zonder eerbiediging van de voorschriften van nationaal recht is verzameld dus niet uitsluiten [...] Bovendien herinnert het Hof eraan dat het in het verleden bij gelegenheid al heeft verklaard dat het gebruik van een onrechtmatige opname, bovendien als enig bewijsmiddel, op zich niet botst met de in artikel 6, [lid 1, EVRM] neergelegde beginselen van een eerlijk proces, ook niet wanneer dit bewijs is verkregen in strijd met de vereisten van het [EVRM], en meer bepaald die van [artikel 8 ervan].”

- 55 Het EHRM heeft ook reeds verklaard dat moest worden onderzocht of het gebruik van een onrechtmatig verkregen opname als bewijs de verzoekende partij geen eerlijk proces had onthouden en of de rechten van de verdediging waren geëerbiedigd, met name door na te gaan of zij de mogelijkheid had gehad de echtheid en het gebruik van deze opname te betwisten. Het heeft tevens rekening gehouden met de vraag of een dergelijke opname niet het enige bewijs vormde ter motivering van een veroordeling (EHRM, 12 juli 1988, Schenk tegen Zwitserland, CE:ECHR:1988:0712JUD001086284, § 48).
- 56 In het licht van de hierboven aangehaalde rechtspraak moet worden onderzocht of de Commissie de betrokken opnamen terecht als bewijsmiddel heeft gebruikt in het kader van het bestreden besluit.
- 57 In casu moet allereerst worden opgemerkt dat de Commissie de betwiste opnamen heeft verkregen tijdens een inspectie ten kantore van een van de ondernemingen die bij de mededingingsregeling waren betrokken, namelijk Kok Seafood. Deze inspectie is in overeenstemming met artikel 20 van verordening nr. 1/2003 uitgevoerd.
- 58 In navolging van de Commissie moet dus worden benadrukt dat, ten eerste, deze opnamen noch door de Commissie, noch door een andere publieke autoriteit zijn gemaakt, maar door een particuliere partij die aan deze gesprekken heeft deelgenomen en dat, ten tweede, deze bewijzen rechtmatig door de Commissie zijn verzameld en de rechtmatigheid van de inspectie waarbij zij in beslag zijn genomen overigens niet door verzoeksters is betwist.
- 59 In dat verband moet eraan worden herinnerd dat, in het licht van de in de punten 42 tot en met 47 supra aangehaalde rechtspraak, de bewijsmiddelen die de Commissie rechtmatig heeft verkregen in beginsel ontvankelijk zijn in het kader van een onderzoek wegens schending van het mededingingsrecht.
- 60 De vraag in casu is echter of de Commissie bewijsmateriaal dat zij rechtmatig heeft verzameld mag gebruiken, ook al is dit oorspronkelijk door een derde, in voorkomend geval onrechtmatig, verkregen, bijvoorbeeld in strijd met het recht op eerbiediging van het privéleven van de persoon van wie de litigieuze opnamen zijn gemaakt.
- 61 Volgens verzoeksters zijn de betrokken opnamen meer bepaald in strijd met het in artikel 8 EVRM neergelegde recht op eerbiediging van het privéleven gemaakt door de werknemer van een concurrent.
- 62 In dit verband volgt echter uit de hierboven in de punten 54 en 55 aangehaalde rechtspraak van het EHRM dat het gebruik van een onrechtmatige opname als bewijsmiddel op zichzelf niet botst met de in artikel 6, lid 1, EVRM neergelegde beginselen van een eerlijk proces, ook wanneer dit bewijs in strijd met de vereisten van artikel 8 EVRM is verkregen wanneer, ten eerste, de betrokken verzoekende partij noch van een eerlijk proces, noch van haar rechten van de verdediging is beroofd en, ten tweede, dit bewijs niet het enige bewijsmiddel was dat ter motivering van de veroordeling is gebruikt.
- 63 In casu moet worden opgemerkt dat, zoals in overweging 37 van het bestreden besluit is vermeld, de Commissie alle partijen in de loop van de administratieve procedure in de gelegenheid heeft gesteld alle audio-opnamen en de schriftelijke aantekeningen bij deze opnamen in het dossier te raadplegen. Verzoeksters betwisten overigens niet dat zij de gelegenheid hebben gehad de audio-opnamen te beluisteren, de schriftelijke aantekeningen in te zien en opmerkingen te maken over alle stukken in het dossier.
- 64 Verder voeren verzoeksters in hun schriftelijke stukken geen enkel argument aan waarmee het eerlijke verloop van de betrokken administratieve procedure in twijfel kan worden getrokken.

- 65 Bovendien zij eraan herinnerd dat de Commissie de litigieuze opnamen niet als enig bewijsmiddel heeft gebruikt, daar in het bestreden besluit op basis van een aantal bewijzen dat de Commissie in de loop van de administratieve procedure had verzameld is vastgesteld dat verzoeksters artikel 101 VWEU hadden geschonden.
- 66 Zoals hierboven in punt 17 is opgemerkt, bestaan die bewijzen, naast de opnamen van telefoongesprekken en schriftelijke aantekeningen bij deze opnamen die zijn aangetroffen in de kantoren van K. van Kok Seafood, met name uit de verklaringen die zijn afgelegd door Klaas Puul en schriftelijke stukken die ter staving van deze verklaringen zijn overgelegd, alsook uit andere elementen die bij inspecties door de Commissie zijn aangetroffen en uit het antwoord van Stührk op de mededeling van punten van bezwaar.
- 67 Anders dan verzoeksters betogen, waren de litigieuze opnamen, ofschoon zij in het besluit van de Commissie om een geldboete op te leggen van een zeker belang waren, dus niet het enige gegeven dat de Commissie van de schuld van eerstgenoemden heeft overtuigd.
- 68 Bovendien worden de geloofwaardigheid van de opnamen en het feit dat de Commissie onvoldoende rekening heeft gehouden met de algemene situatie en de specifieke context waarin deze opnamen waren gemaakt, door verzoeksters slechts oppervlakkig betwist.
- 69 In dat verband moet ten eerste worden opgemerkt dat verzoeksters de inhoud van de litigieuze opnamen nooit hebben ontkend en de echtheid ervan nooit betwist.
- 70 Ten tweede moet worden vastgesteld dat de Commissie is nagegaan dat de betrokken opnamen overeenstemden met het overige bewijsmateriaal in het dossier.
- 71 Ten derde zij eraan herinnerd dat het, aanzien de betrokken opnamen betrekking hadden op telefoongesprekken tussen twee concurrenten waarbij de gesprekspartners commercieel gevoelige informatie hebben uitgewisseld, met inbegrip van informatie over hun prijzen, gaat om bijzonder waardevolle bewijzen gelet op hun directe en rechtstreekse band met het voorwerp van het betrokken onderzoek.
- 72 Tot slot moet in navolging van de Commissie worden opgemerkt dat deze opnamen ook schade hebben veroorzaakt voor de onderneming die deze heeft gemaakt, namelijk Kok Seafood, die heeft getracht zich te verzetten tegen het gebruik ervan als bewijsmiddel. Deze overweging wordt niet ontkracht door het argument van verzoeksters, dat zij ter terechtzitting hebben herhaald, dat Kok Seafood de betrokken opnamen zou hebben gemaakt met het doel deze bij de mededingingsautoriteiten te gebruiken, hetzij ten nadele van verzoeksters, hetzij ter ondersteuning van een eventueel clementieverzoek. In dat verband hoeft, naast het feit dat verzoeksters geen enkel clementieverzoek hebben ingediend, slechts te worden opgemerkt dat zij geen enkel gegeven hebben ingebracht om aan te tonen dat Kok Seafood dergelijke bedoelingen had.
- 73 In het licht van een en ander moet worden vastgesteld dat, anders dan door verzoeksters worden beweerd, de Commissie, zelfs al moesten de betrokken opnamen worden geacht onrechtmatig door een van de concurrenten van verzoeksters te zijn gemaakt, deze in het kader van het bestreden besluit terecht heeft gebruikt als bewijsmiddel ter vaststelling van een inbreuk op artikel 101 VWEU.
- 74 De overige grieven die door verzoeksters zijn aangevoerd met betrekking tot de toelaatbaarheid van de betwiste opnamen als bewijsmiddel, slagen evenmin.
- 75 Met betrekking tot met name de argumenten dat de heimelijke opname van telefoongesprekken in meerdere lidstaten een strafbaar feit vormt en derhalve onrechtmatig bewijs is om een inbreuk op artikel 101 VWEU vast te stellen, moet worden opgemerkt dat verzoeksters hun bewering dat dergelijke telefoongesprekken in het recht van meerdere lidstaten niet als bewijs mogen worden

gebruikt in het kader van een procedure om schending van het mededingingsrecht vast te stellen, geenszins onderbouwen. In hun repliek geven verzoeksters namelijk maar een concreet voorbeeld. Dat betreft een arrest van de Franse Cour de Cassation (hoogste rechterlijke instantie) (Cour de cassation, voltallige zitting, 7 januari 2011, 09-14.316 09-14.667, gepubliceerd in het bulletin), waarbij dat gerecht heeft geoordeeld dat heimelijke opnamen van telefoongesprekken niet als bewijs konden worden gebruikt in een procedure waarin schending van het mededingingsrecht in Frankrijk is vastgesteld.

- 76 Bovendien kent het Unierecht geen bepaling die met zoveel woorden verbiedt om in het kader van een gerechtelijke procedure rekening te houden met bewijs dat onrechtmatig is verkregen, bijvoorbeeld in strijd met de grondrechten (zie in die zin arrest van 8 juli 2008, Franchet en Byk/Commissie, T-48/05, EU:T:2008:257, punt 75), en blijkt, algemeen gesproken, uit de hierboven in de punten 42 tot en met 55 vermelde rechtspraak dat, anders dan door verzoeksters wordt betoogd, geen beginsel bestaat op grond waarvan onrechtmatig verkregen bewijs niet zou mogen worden gebruikt in het kader van een onderzoek of een gerechtelijke procedure.
- 77 Daarenboven zij eraan herinnerd dat de beoordeling van het bewijs door de Commissie in mededingingsprocedures wordt beheerst door het Unierecht. Dienaangaande blijkt uit de hierboven in de punten 42 tot en met 47 vermelde rechtspraak dat, ofschoon het beginsel van vrije beoordeling van het bewijs primeert, rekening moet worden gehouden met de grondrechten en de algemene beginselen van het Unierecht.
- 78 In dat kader kan de Unierechter inderdaad ook inspiratie putten uit het recht van de lidstaten. Dit houdt echter niet in dat het recht moet worden toegepast van de lidstaat met de strengste regeling op het gebied van de bewijsvoering, temeer de in het EVRM neergelegde waarborgen worden geacht deel uit te maken van zowel de nationale rechtsorde als van het Unierecht.
- 79 Wanneer in de rechtsordes van de lidstaten van de Unie geen enkele overheersende tendens kan worden ontwaard over een juridische kwestie, zijn de uniforme uitlegging en toepassing van het beginsel van de vrije bewijsvoering in de Unie namelijk onontbeerlijk opdat bij de controles die in het kader van procedures inzake mededingingsregelingen door de Commissie worden uitgevoerd, sprake is van gelijke behandeling van de betrokken ondernemingen. Indien dit anders was, zou de toevlucht tot regels of rechtsbegrippen van het nationale recht die onder de wettelijke regelingen van een lidstaat vallen, afbreuk doen aan de eenheid van het recht van de Unie (zie in die zin en naar analogie arrest van 14 september 2010, Akzo Nobel Chemicals en Akcros Chemicals/Commissie, C-550/07 P, EU:C:2010:512, punten 69-76).
- 80 In ieder geval kan verzoeksters' argument dat het Nederlandse recht, indien dit van toepassing moest worden beschouwd, het gebruik van dergelijke opnamen zou verbieden, niet slagen.
- 81 Meer bepaald beweren verzoeksters dat uit twee uitspraken van de Rechtbank Rotterdam, gewezen in het kader van een zaak tussen de Nederlandse Autoriteit Consument en Markt (hierna: „ACM”) en private ondernemingen, kan worden afgeleid dat heimelijke opnamen van telefoongesprekken door een concurrent in het Nederlandse recht als bewijs zijn uitgesloten (Rechtbank Rotterdam, 13 juni 2013, NL:RBROT:2013:CA3079, en Rechtbank Rotterdam, 11 juli 2013, NL:RBROT:2013:5042).
- 82 Zoals de Commissie terecht in herinnering brengt, gaat het in casu evenwel om de ontdekking door de Commissie, met legale middelen, van telefoongesprekken die heimelijk door een onderneming zijn opgenomen en om het gebruik dat zij daarvan heeft gemaakt in het kader van haar onderzoek, terwijl het bij de uitspraken van de Rechtbank Rotterdam de doorgifte aan ACM van door het Openbaar Ministerie opgenomen telefoongesprekken betrof.
- 83 Verder moet worden opgemerkt, zoals ter terechtzitting is besproken, dat de uitspraken van de Rechtbank Rotterdam bij twee uitspraken van 9 juli 2015 van het College van Beroep (College van Beroep voor het bedrijfsleven, 9 juli 2015, NL:CBB:2015:192, en College van Beroep voor het

bedrijfsleven, 9 juli 2015, NL:CBB:2015:193) zijn vernietigd. Anders dan de Rechtbank Rotterdam, die de geldboeten nietig had verklaard omdat niet was aangetoond om welke redenen deze opnamen aan ACM waren verstrekt, oordeelde het College van Beroep dat het ACM was toegestaan gebruik te maken van de informatie die afkomstig was van opnamen die het Openbaar Ministerie op geoorloofde wijze had vergaard in het kader van een strafrechtelijk onderzoek.

- 84 Het College van Beroep heeft meer bepaald opgemerkt dat de aan ACM overgedragen opnamen kwalificeerden als strafvorderlijke gegevens en geen enkele rechtsgrond vereiste dat het Openbaar Ministerie een afweging maakte voordat de informatie, die door een gerecht kon worden onderzocht, aan ACM werd verstrekt. Het College van Beroep heeft benadrukt dat de enige voorwaarde voor de overdracht van de opnamen was dat deze overdracht noodzakelijk was vanwege een zwaarwegend algemeen belang. Naar oordeel van dit College werd met het kartelverbod een zwaarwegend algemeen belang nagestreefd, te weten het economisch welzijn van het land. Tot slot heeft het College opgemerkt dat dergelijke informatie niet op een andere, minder belastende, wijze door ACM kon worden verkregen.
- 85 Gelet op het voorgaande moet worden vastgesteld dat de Commissie niet onrechtmatig heeft gehandeld door het gebruik van de litigieuze telefoongesprekken ter vaststelling van een inbreuk op artikel 101 VWEU.
- 86 Dezelfde conclusie gaat op voor de aantekeningen bij deze opnamen, waarvan de toelaatbaarheid eveneens door verzoeksters wordt betwist. Verzoeksters betogen in dat verband immers alleen dat hun argumenten inzake het gebruik van de opnamen mutatis mutandis op deze aantekeningen van toepassing zijn.
- 87 In deze omstandigheden moeten deze argumenten ook op basis van de overwegingen in de punten 42 tot en met 85 supra, worden afgewezen. Verzoeksters' argumenten inzake de geloofwaardigheid van de aantekeningen zullen daarentegen hieronder in de punten 88 en volgende worden behandeld.

Geloofwaardigheid van de aantekeningen bij de telefoongesprekken en eerbiediging door de Commissie van de bewijslast dienaangaande

- 88 In de punten 312 tot en met 334 van het bestreden besluit stelt de Commissie, in antwoord op de argumenten die verzoeksters in de administratieve procedure hadden aangevoerd om de geloofwaardigheid van de aantekeningen bij de telefoongesprekken te betwisten, in wezen dat, aangezien de originele audio-opnamen beschikbaar waren, zij de schriftelijke aantekeningen zorgvuldig in het licht ervan heeft onderzocht. De Commissie geeft aan tevens rekening te hebben gehouden met het feit dat de schriftelijke aantekeningen niet noodzakelijkerwijs een exact afschrift vormden van de telefoongesprekken en dat de auteur soms persoonlijke opmerkingen had toegevoegd of delen weggelaten die hij onvoldoende belangrijk achtte. Ook stelt zij de aantekeningen objectief en redelijk te hebben geïnterpreteerd en deze interpretatie te hebben geverifieerd in het licht van de andere elementen in het dossier.
- 89 Verzoeksters voeren in wezen vijf grieven aan om de geloofwaardigheid van de aantekeningen bij de telefoongesprekken ter discussie te stellen. Ten eerste zijn de aantekeningen bij deze telefoongesprekken subjectieve interpretaties. Ten tweede zijn de datum en de lijst van deelnemers aan deze gesprekken onduidelijk. Ten derde zou de Commissie fouten hebben begaan bij de verdeling van de bewijslast. Ten vierde had de Commissie de inhoud van de gesprekken moeten verifiëren door de gesprekspartners van degene die deze gesprekken had opgenomen, namelijk K., te verzoeken om inlichtingen. Ten vijfde had de Commissie moeten verifiëren of, indien de audio-opnamen en de schriftelijke aantekeningen als bewijs moesten worden uitgesloten, de tegen Heiploeg ingestelde zaak nog stand kon houden.

- 90 In dat verband blijkt uit artikel 2 van verordening nr. 1/2003 en uit vaste rechtspraak dat, wanneer in het kader van het mededingingsrecht een geschil bestaat over de vraag of een inbreuk is gepleegd, de Commissie de door haar vastgestelde inbreuken moet bewijzen en het bewijsmateriaal moet leveren dat rechtens genoegzaam het bestaan van de constitutieve elementen van een inbreuk aantoonst. Daartoe dient zij voldoende nauwkeurige en onderling overeenstemmende bewijzen te verzamelen om aan te tonen dat de vermeende inbreuk heeft plaatsgevonden (zie arrest van 27 juni 2012, Coats Holdings/Commissie, T-439/07, EU:T:2012:320, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 91 Wanneer de Commissie zich bij de vaststelling van een inbreuk op de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU op schriftelijke bewijzen baseert, dienen de betrokken ondernemingen niet louter een plausibel alternatief te bieden voor de stelling van de Commissie, maar dienen zij te stellen dat de bewijzen in het bestreden besluit niet volstaan om het bestaan van de inbreuk aan te tonen. Wanneer de Commissie zich baseert op rechtstreekse bewijzen, dienen de betrokken ondernemingen aan te tonen dat deze bewijzen niet volstaan. Eerder is reeds geoordeeld dat een dergelijke omkering van de bewijslast niet strijdig is met het vermoeden van onschuld (zie arrest van 27 juni 2012, Coats Holdings/Commissie, T-439/07, EU:T:2012:320, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 92 Evenwel hoeft niet elk van de door de Commissie aangevoerde bewijzen noodzakelijkerwijs voor elk onderdeel van de inbreuk aan deze criteria te voldoen. Het is voldoende dat de door deze instelling aangevoerde verzameling aanwijzingen, in haar geheel beschouwd, aan dit vereiste voldoet (zie arrest van 27 juni 2012, Coats Holdings/Commissie, T-439/07, EU:T:2012:320, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 93 De aanwijzingen die de Commissie in het besluit aanvoert om te bewijzen dat een onderneming artikel 101, lid 1, VWEU heeft geschonden, moeten immers niet afzonderlijk, maar in hun geheel worden beschouwd (zie arrest van 27 juni 2012, Coats Holdings/Commissie, T-439/07, EU:T:2012:320, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 94 Tevens moet rekening worden gehouden met het feit dat mededingingsverstorende activiteiten clandestien worden verricht en dat het bestaan van een mededingingsverstorende gedraging of overeenkomst dus in de meeste gevallen moet worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die in hun totaliteit beschouwd, bij gebreke van een andere coherente verklaring, het bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden (zie arrest van 27 juni 2012, Coats Holdings/Commissie, T-439/07, EU:T:2012:320, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 95 Zoals in punt 42 supra in herinnering is gebracht, is het enige relevante criterium om vrij overgelegde bewijzen te beoordelen gelegen in de geloofwaardigheid ervan. Volgens de algemeen toepasselijke bewijsregels hangt de geloofwaardigheid en derhalve de bewijswaarde van een document af van de oorsprong ervan, de omstandigheden waarin het is opgesteld, degene tot wie het gericht is en de zinnige en betrouwbare aard van de inhoud ervan. Met name moet groot belang worden gehecht aan het feit dat een document is opgesteld in rechtstreeks verband met de feiten of door een rechtstreekse getuige van die feiten. Bovendien zij eraan herinnerd dat het loutere feit dat de informatie is verstrekt door ondernemingen die een verzoek hebben ingediend op grond van de mededeling inzake medewerking van 2006, geen afbreuk doet aan de bewijswaarde ervan (zie arrest van 27 juni 2012, Coats Holdings/Commissie, T-439/07, EU:T:2012:320, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 96 Volgens vaste rechtspraak verbiedt geen enkele bepaling, noch enig algemeen beginsel van Unierecht de Commissie zich tegenover een onderneming te beroepen op de verklaringen van andere beschuldigde ondernemingen. Anders zou de op de Commissie rustende bewijslast met betrekking tot gedragingen die strijdig zijn met de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU onoverkomelijk zwaar zijn en onverenigbaar met de haar door het VWEU opgedragen taak van toezicht op de juiste toepassing van deze bepalingen (zie arrest van 27 juni 2012, Coats Holdings/Commissie, T-439/07, EU:T:2012:320, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 97 Een zekere argwaan ten aanzien van vrijwillige verklaringen van de voornaamste deelnemers aan een onrechtmatige mededingingsregeling is begrijpelijk, omdat deze deelnemers het belang van hun eigen bijdrage kunnen minimaliseren en dat van de anderen kunnen overdrijven. Toch vormt het feit dat wordt verzocht om toepassing van de mededeling inzake medewerking van 2006 teneinde een verlaging van de geldboete te verkrijgen, gelet op de inherente logica van de in die mededeling voorziene procedure, niet noodzakelijkerwijs een aansporing tot het vertekend weergeven van bewijzen ten aanzien van de andere deelnemers aan de verweten mededingingsregeling. Iedere poging om de Commissie te misleiden kan immers twijfels doen rijzen over de oprechtheid en de volledigheid van de medewerking van de onderneming, en bijgevolg haar kansen om volledig profijt te halen uit deze mededelingen in gevaar brengen (zie naar analogie arrest van 27 juni 2012, Coats Holdings/Commissie, T-439/07, EU:T:2012:320, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 98 In het bijzonder impliceert het feit dat een persoon toegeeft dat hij een inbreuk heeft gepleegd en aldus meer feiten bekend dan rechtstreeks uit de betrokken stukken hadden kunnen worden afgeleid, automatisch, behoudens bijzondere omstandigheden waaruit het tegendeel blijkt, dat de betrokkene vastbesloten is om de waarheid te spreken. Zo moeten de verklaringen die ingaan tegen de belangen van degene die ze heeft afgelegd, in beginsel als bijzonder betrouwbaar bewijs worden beschouwd (zie arrest van 27 juni 2012, Coats Holdings/Commissie, T-439/07, EU:T:2012:320, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 99 De verklaringen die de betrokken ondernemingen afleggen in het kader van verzoeken op grond van de mededeling inzake medewerking van 2006, moeten evenwel omzichtig worden beoordeeld, en kunnen over het algemeen niet als bijzonder betrouwbare bewijzen worden beschouwd indien zij niet door andere elementen worden bevestigd (zie arrest van 27 juni 2012, Coats Holdings/Commissie, T-439/07, EU:T:2012:320, punt 49).
- 100 Volgens vaste rechtspraak kan de verklaring van een onderneming die van deelname aan een kartel wordt beschuldigd, waarvan de juistheid door verschillende andere beschuldigde ondernemingen wordt betwist, niet worden beschouwd als voldoende bewijs dat deze laatste ondernemingen een inbreuk hebben gepleegd, tenzij zij door ander bewijs wordt gestaafd (zie arrest van 27 juni 2012, Coats Holdings/Commissie, T-439/07, EU:T:2012:320, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 101 In het licht van de in de punten 90 tot en met 100 supra uiteengezette rechtspraak moet worden nagegaan of de Commissie in het bestreden besluit terecht gebruik heeft gemaakt van de schriftelijke aantekeningen bij de audio-opnamen als voldoende geloofwaardig bewijs.
- 102 In casu wordt in de overwegingen 31 tot en met 39 van het bestreden besluit vermeld dat de Commissie inspecties heeft uitgevoerd op de bedrijfslocaties van de betrokken ondernemingen en in particuliere woningen om haar onderzoek te verrichten. Bij deze inspecties heeft de Commissie met name audio-opnamen van telefoongesprekken tussen Heiploeg en Kok Seafood aangetroffen, alsmede aantekeningen van deze opnamen die buiten medeweten van Heiploeg waren gemaakt door Kok Seafood (zie overwegingen 262, 266 en 268 van het bestreden besluit). Zoals hierboven in punt 58 is herhaald, wordt de rechtmatigheid van deze inspectie niet door verzoeksters betwist.
- 103 Met betrekking tot de eerste grief dat de schriftelijke aantekeningen subjectieve interpretaties zijn, volstaat het eraan te herinneren dat de geloofwaardigheid van vrij overgelegd bewijs het enige relevante criterium voor de beoordeling ervan is (zie punt 42 supra).
- 104 In casu moet worden opgemerkt dat de Commissie erkent dat de schriftelijke aantekeningen niet noodzakelijkerwijs een exacte transcriptie zijn van de telefoongesprekken en dat sommige opnames zijn vernietigd (zie overweging 315 van het bestreden besluit), iets waarmee zij overigens rekening heeft gehouden bij de analyse ervan, evenals met het feit dat de auteur van de aantekeningen soms persoonlijke opmerkingen heeft toegevoegd (zie met name overwegingen 321, 322, 324 en 325 van het bestreden besluit).

- 105 Bovendien heeft de Commissie de schriftelijke aantekeningen geanalyseerd aan de hand van audio-opnamen wanneer deze beschikbaar waren en haar interpretatie van deze aantekeningen laten bevestigen door Kok Seafood (zie met name overwegingen 138, 182 en 325 van het bestreden besluit).
- 106 Verzoeksters verwijten de Commissie ook geen rekening te hebben gehouden met de vermelding „met Klaas Puul”, die K. volgens hen heeft toegevoegd in de schriftelijke aantekeningen die in overweging 206 van het bestreden besluit worden genoemd, die de strekking van hetgeen is gezegd zou veranderen. Dit argument kan niet slagen, omdat de toevoeging van een dergelijke vermelding niets verandert aan de bewijswaarde van deze aantekeningen. Ongeacht deze toevoeging blijkt uit deze aantekeningen namelijk dat Heiploeg en Klaas Puul contact hadden met de intentie overeenstemming te bereiken over een verhoging van de verkoopprijzen, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt in de overwegingen 207 en 208 van het bestreden besluit.
- 107 Verzoeksters voeren overigens geen enkel overtuigend element aan dat kan aantonen dat de betreffende aantekeningen door deze toevoeging een andere betekenis krijgen. Daarenboven moet worden opgemerkt dat deze aantekeningen overeenstemmen met andere stukken in het dossier, zoals de verklaringen en de ondersteunende documenten van Klaas Puul (zie overweging 333 van het bestreden besluit).
- 108 In deze omstandigheden moet verzoeksters’ eerste grief worden afgewezen.
- 109 Met betrekking tot de tweede grief dat de datum en de lijst van degenen die aan deze gesprekken hebben deelgenomen onvoldoende duidelijk zijn, moet worden vastgesteld dat verzoeksters geen enkel concreet voorbeeld geven om deze bewering te staven. Als enig voorbeeld hebben zij de toevoeging van een in overweging 206 van het bestreden besluit aangehaalde vermelding „met Klaas Puul” genoemd. Zoals reeds in punt 106 supra is vastgesteld, bevestigt het in deze overweging aangehaalde uittreksel van de aantekeningen dat Heiploeg en Klaas Puul contact hadden met de intentie hun strategie over de verkoopprijzen te coördineren.
- 110 In ieder geval kunnen, anders dan door verzoeksters wordt beweerd, de identiteit van degenen die aan de daarin vermelde gesprekken hebben deelgenomen en het moment waarop deze gesprekken hebben plaatsgevonden uit de bovengenoemde aantekeningen worden afgeleid, zoals terecht in de overwegingen 96 en 207 van het bestreden besluit is opgemerkt.
- 111 Gelet op het voorgaande moet de tweede grief worden afgewezen.
- 112 Wat betreft de derde grief, die is ontleend aan een onjuiste verdeling van de bewijslast door de Commissie, moet worden opgemerkt dat, volgens de rechtspraak, wanneer de Commissie zich baseert op bewijs dat in beginsel toereikend is om het bestaan van de inbreuk aan te tonen, de betrokken onderneming niet kan volstaan met het aanstippen van de mogelijkheid dat zich een omstandigheid heeft voorgedaan die de bewijswaarde van dit bewijs zou kunnen aantasten. De betrokken onderneming moet, tenzij dit door eigen gedragingen van de Commissie niet mogelijk is, juist rechtens genoegzaam bewijzen dat enerzijds sprake is van de door haar aangevoerde omstandigheid en dat anderzijds deze omstandigheid de bewijswaarde van het bewijs waarop de Commissie zich baseert, op losse schroeven zet (zie arrest van 6 februari 2014, AC-Treuhand/Commissie, T-27/10, EU:T:2014:59, punt 64 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 113 Om de feitelijke omstandigheden van de aan verzoeksters verweten inbreuk vast te stellen, heeft de Commissie zich gebaseerd op schriftelijke bewijzen die rechtstreeks afkomstig zijn van ondernemingen waarop het bestreden besluit is gericht.
- 114 Zij herinnert er dus terecht aan dat, wanneer zij zich baseert op rechtstreeks bewijs, de betrokken onderneming niet alleen een plausibel alternatief voor het standpunt van de Commissie moet geven, maar ook moet aantonen dat de overgelegde bewijzen om de inbreuk aan te tonen, ontoereikend zijn

(zie in die zin arresten van 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, EU:C:2004:6, punt 81 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 6 februari 2014, AC-Treuhand/Commissie, T-27/10, EU:T:2014:59, punten 63 en 64 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 115 Zoals de Commissie terecht in met name de overwegingen 334 en 342 van het bestreden besluit opmerkt, moet evenwel worden vastgesteld dat verzoeksters slecht vage kritiek hebben geuit over de bewijsmiddelen als zodanig, zonder de hieruit naar voren komende constatering van de Commissie ter discussie te stellen. Daarenboven hebben zij geen enkele andere plausibele verklaring voor deze constatering gegeven, noch aangetoond dat het bewijs ontoereikend was om de inbreuk vast te stellen.
- 116 In die omstandigheden moet de derde grief worden afgewezen.
- 117 Wat betreft de vierde grief, ontleend aan het feit dat de Commissie de inhoud van de gesprekken had moeten nagaan door de deelnemers aan deze gesprekken te verzoeken om inlichtingen, moet in navolging van de Commissie worden opgemerkt dat de betrokken ondernemingen, met inbegrip van Heiploeg en Kok Seafood, alle de gelegenheid hebben gehad de interpretaties van de Commissie te verifiëren en alternatieve interpretaties voor te stellen.
- 118 In dat verband moet worden opgemerkt dat in de overwegingen 37 en 38 van het bestreden besluit melding wordt gemaakt van het feit dat de adressaten van het bestreden besluit alle een DVD met documenten in het dossier van de Commissie hebben ontvangen en dat Heiploeg zelfs andere documenten ten kantore van de Commissie heeft geraadpleegd. Alle adressaten van de mededeling van punten van bezwaar hebben bovendien schriftelijke opmerkingen ingediend en zijn gehoord in een hoorzitting op 7 februari 2013.
- 119 Verder heeft Heiploeg tijdens de administratieve procedure toegang gehad tot de betrokken aantekeningen en de audio-opnamen, zoals blijkt uit het feit dat de raadsman van Heiploeg een kopie van de diverse audio-opnamen heeft gevraagd en gekregen.
- 120 Ondanks het feit dat een deel van de opnamen is vernietigd (zie overweging 315 van het bestreden besluit), hebben verzoeksters ruim de gelegenheid gehad na te gaan in hoeverre de schriftelijke aantekeningen de opnamen getrouw weergaven en hebben zij desondanks nooit beweerd in dat verband moeilijkheden te hebben ondervonden. In ieder geval kan het feit dat de Commissie de deelnemers aan de telefoongesprekken niet om inlichtingen heeft verzocht, geen afbreuk doen aan de geloofwaardigheid van de bij Kok Seafood aangetroffen aantekeningen.
- 121 Bijgevolg kan ook de vierde grief niet slagen.
- 122 In hun vijfde grief beweren verzoeksters dat, indien de audio-opnamen en de aantekeningen hiervan als bewijs werden uitgesloten, de tegen Heiploeg ingestelde procedure geen stand zou houden, omdat het enige overgebleven bewijs zou bestaan uit de clementieverklaringen van Klaas Puul.
- 123 Volgens de in punt 96 supra aangehaalde rechtspraak verbiedt geen enkele bepaling en geen enkel algemeen beginsel van Unierecht de Commissie zich tegenover een onderneming te beroepen op de verklaringen van andere beschuldigde ondernemingen. Anders zou de op de Commissie rustende bewijslast met betrekking tot gedragingen die in strijd zijn met de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU onoverkomelijk zwaar zijn en onverenigbaar met de haar door het Verdrag opgedragen taak, toe te zien op de juiste toepassing van deze bepalingen.

- 124 Volgens verzoeksters kan de verklaring van een onderneming die wordt verweten te hebben deelgenomen aan een mededingingsregeling, wanneer deze niet met andere bewijsmiddelen wordt gestaafd, niet worden beschouwd als voldoende bewijs voor het bestaan van een inbreuk die zij hebben begaan.
- 125 Uit de hierboven in punt 100 genoemde rechtspraak blijkt echter dat de juistheid van de verklaring van een onderneming die aan een mededingingsregeling heeft deelgenomen, ter discussie moet worden gesteld door meerdere andere beschuldigde ondernemingen om twijfel te doen rijzen over de bewijswaarde van de betrokken verklaring. In casu volstaat de vaststelling dat verzoeksters enkel het gebruik van de verklaringen van Klaas Puul betwisten zonder een argument aan te voeren dat de juistheid van de hieruit blijkende feitelijke vaststellingen ter discussie stelt. Bovendien wordt de juistheid van deze verklaringen door geen van de andere ondernemingen die aan de mededingingsregeling hebben deelgenomen, betwist (zie overwegingen 300-311 van het bestreden besluit).
- 126 Verder menen verzoeksters onterecht dat indien geen rekening werd gehouden met de audio-opnamen en de aantekeningen hiervan, enkel de clementieverklaringen van Klaas Puul zouden overblijven als bewijs. In dat verband moet worden opgemerkt, zoals in de punten 17 en 66 supra reeds is vermeld, dat het bestreden besluit ook is gebaseerd op andere bewijsmiddelen, waarvan de relevantie in de context van dit geding niet door verzoeksters wordt betwist, namelijk het resterende inspectiemateriaal, het antwoord van Stührk op de mededeling van punten van bezwaar en de schriftelijke bewijsstukken die Klaas Puul ter staving van haar verklaringen heeft verstrekt (zie overwegingen 55-224 van het bestreden besluit).
- 127 Zoals blijkt uit de in punt 93 supra in herinnering gebrachte rechtspraak en zoals de Commissie terecht opmerkt, moeten de aanwijzingen die zij in het besluit aanvoert om te bewijzen dat een onderneming artikel 101, lid 1, VWEU heeft geschonden, echter niet afzonderlijk, maar in hun geheel worden beschouwd.
- 128 In deze omstandigheden kan ook de vijfde grief niet slagen.
- 129 In het licht van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat niet is aangetoond dat de Commissie artikel 101 VWEU of artikel 2 van verordening nr. 1/2003 heeft geschonden door in casu de litigieuze opnamen van de betrokken telefoongesprekken of de aantekeningen hiervan te gebruiken.
- 130 Bijgevolg falen het eerste en het tweede middel.

Derde middel: de onterechte weigering van de Commissie om rekening te houden met verzoeksters' onvermogen om te betalen in de zin van punt 35 van de richtsnoeren

- 131 Verzoeksters stellen in het kader van dit middel dat de Commissie op meerdere punten blijkt heeft gegeven van een onjuiste opvatting van de feiten en van een onjuiste rechtsopvatting door hun verzoek tot verlaging van de geldboete op grond van hun onvermogen om te betalen af te wijzen. Zij voeren aan dat, ten eerste, de betaling van de geldboete hun levensvatbaarheid in gevaar zou brengen, ten tweede, de betaling van de geldboete de activa van de onderneming significant van hun waarde zou beroven en, ten derde, er in dit geval sprake zou zijn van een zeer bijzondere sociale en economische context.

¹³² Punt 35 van de richtsnoeren, dat ziet op het mogelijke effect van het vermogen om te betalen van een onderneming die is gestraft wegens inbreuk op artikel 101 VWEU, op de berekening van de hoogte van de geldboete die haar kan worden opgelegd, luidt als volgt:

„In uitzonderlijke omstandigheden kan de Commissie op verzoek, in een bijzondere sociale en economische context, rekening houden met het onvermogen van een onderneming om te betalen. Een verlaging van de boete in dit verband zal echter nooit uitsluitend op basis van een ongunstige of deficitaire financiële positie worden toegekend. Een verlaging kan slechts worden toegekend indien wordt aangetoond aan de hand van objectief bewijs dat het opleggen van een boete onder de in de onderhavige richtsnoeren vastgestelde voorwaarden, de levensvatbaarheid van de betrokken onderneming onherroepelijk in gevaar zou brengen en haar activa volledig van hun waarde zou beroven.”

¹³³ Het is vaste rechtspraak dat de Commissie, door gedragsregels als de richtsnoeren vast te stellen en via de publicatie ervan aan te kondigen deze voortaan op de betrokken gevallen te zullen toepassen, zelf grenzen stelt aan de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid en niet van deze regels kan afwijken zonder dat hieraan in voorkomend geval een sanctie wordt verbonden wegens schending van algemene rechtsbeginselen zoals het gelijkheids- of het vertrouwensbeginsel (arresten 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, EU:C:2005:408, punt 211, en 12 december 2012, Ecka Granulate en non ferrum Metallpulver/Commissie, T-400/09, niet gepubliceerd, EU:T:2012:675, punt 40).

¹³⁴ Van meet af aan moet erop worden gewezen dat de vermindering van een geldboete krachtens punt 35 van de richtsnoeren enkel in buitengewone omstandigheden en onder de in dat punt vastgestelde voorwaarden kan worden toegekend. Zo moet worden aangetoond dat de op te leggen geldboete „de levensvatbaarheid van de betrokken onderneming onherroepelijk in gevaar zou brengen en haar activa volledig van hun waarde zou beroven”. Daarnaast moet ook worden aangetoond dat sprake is van een „bijzondere sociale en economische context”. Bovendien zij eraan herinnerd dat deze twee groepen voorwaarden al daarvóór door de rechters van de Unie zijn geformuleerd.

¹³⁵ Met betrekking tot de eerste groep voorwaarden is geoordeeld dat de Commissie in beginsel niet verplicht is om bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete die wegens schending van de mededingingsregels moet worden opgelegd, rekening te houden met de deficitaire situatie van een onderneming, aangezien de erkenning van een dergelijke verplichting zou neerkomen op het verschaffen van een ongerechtvaardigd concurrentievoordeel aan de ondernemingen die het minst zijn aangepast aan de eisen van de markt (arresten 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, EU:C:2005:408, punt 327, en 12 december 2012, Ecka Granulate en non ferrum Metallpulver/Commissie, T-400/09, niet gepubliceerd, EU:T:2012:675, punt 94).

¹³⁶ Om die reden volstaat de enkele vaststelling van een ongunstige of deficitaire financiële situatie van de betrokken onderneming niet als grondslag voor een verzoek aan de Commissie om rekening te houden met het onvermogen om te betalen van deze onderneming en een boeteverlaging toe te kennen.

¹³⁷ Voorts is het vaste rechtspraak dat het feit dat een maatregel van een instantie van de Unie het faillissement of de vereffening van een bepaalde onderneming teweegbrengt als zodanig niet door het recht van de Unie is verboden. Een dergelijke handeling kan immers weliswaar afbreuk doen aan de financiële belangen van de eigenaren of aandeelhouders, maar dat betekent nog niet dat de personele, materiële en immateriële componenten van de onderneming ook hun waarde zouden verliezen (arresten van 29 april 2004, Tokai Carbon e.a./Commissie, T-236/01, T-244/01–T-246/01, T-251/01 en T-252/01, EU:T:2004:118, punt 372, en 12 december 2012, Ecka Granulate en non ferrum Metallpulver/Commissie, T-400/09, niet gepubliceerd, EU:T:2012:675, punt 50).

- 138 Het kan niet worden aanvaard dat de Commissie zich door het vaststellen van punt 35 van de richtsnoeren enige verplichting heeft opgelegd die tegen deze rechtspraak indruist. Hiervan getuigt het feit dat in dat punt niet wordt gerefereerd aan het faillissement van een onderneming, maar aan een situatie die zich voordoet „in een bijzondere sociale en economische context” waarin het opleggen van een geldboete „de levensvatbaarheid van de betrokken onderneming onherroepelijk in gevaar zou brengen en haar activa volledig van hun waarde zou beroven” (arrest van 12 december 2012, Novácke chemické závody/Commissie, T-352/09, EU:T:2012:673, punt 188).
- 139 Hieruit volgt dat het loutere feit dat de oplegging van een geldboete wegens inbreuken op de mededingingsregels het faillissement van de betrokken onderneming kan teweegbrengen, niet volstaat voor de toepassing van punt 35 van de richtsnoeren. De vereffening van een vennootschap houdt immers niet noodzakelijkerwijs in dat de onderneming in kwestie verdwijnt. Deze kan als zodanig blijven voortbestaan, hetzij wanneer de vennootschap van nieuw kapitaal wordt voorzien, hetzij wanneer haar activa volledig door een andere entiteit worden overgenomen. Een dergelijke totale overname kan plaatsvinden via een vrijwillige verkoop of via een gedwongen verkoop van de activa van de vennootschap waarbij de exploitatie wordt voortgezet (arrest van 12 december 2012, Novácke chemické závody/Commissie, T-352/09, EU:T:2012:673, punt 189).
- 140 Bijgevolg moet de verwijzing, in punt 35 van de richtsnoeren, naar het volledig van hun waarde beroven van de activa van de onderneming zo worden opgevat dat daarmee de situatie wordt bedoeld waarin de overname van de onderneming onder de hierboven in punt 139 genoemde voorwaarden onwaarschijnlijk, of zelfs onmogelijk, lijkt. In een dergelijk geval zullen de verschillende activa van die onderneming afzonderlijk te koop worden aangeboden en is het waarschijnlijk dat voor vele daarvan geen koper zal kunnen worden gevonden, of dat zij in het beste geval tegen een sterk verlaagde prijs zullen worden verkocht (arrest van 12 december 2012, Ecka Granulate en non ferrum Metallpulver/Commissie, T-400/09, niet gepubliceerd, EU:T:2012:675, punt 98).
- 141 Met de tweede groep voorwaarden, die het bestaan van een bijzondere economische en sociale context betreffen, wordt volgens de rechtspraak verwezen naar de gevolgen die de betaling van de geldboete zou kunnen hebben, met name in termen van stijging van de werkloosheid of verslechtering van de economische situatie van de sectoren die aan de betrokken onderneming leveren of haar producten afnemen (arresten van 29 juni 2006, SGL Carbon/Commissie, C-308/04 P, EU:C:2006:433, punt 106, en 12 december 2012, Ecka Granulate en non ferrum Metallpulver/Commissie, T-400/09, niet gepubliceerd, EU:T:2012:675, punt 99).
- 142 Indien aan de hiervoor behandelde cumulatieve voorwaarden is voldaan, zou de oplegging van een geldboete die tot het verdwijnen van een onderneming zou kunnen leiden, dus strijdig blijken te zijn met de doelstellingen die met punt 35 van de richtsnoeren wordt nagestreefd. Met de toepassing van dat punt op de betrokken ondernemingen wordt aldus concreet uitvoering gegeven aan het evenredigheidsbeginsel op het gebied van sancties voor inbreuken op het mededingingsrecht (zie in die zin arrest van 12 december 2012, Ecka Granulate en non ferrum Metallpulver/Commissie, T-400/09, niet gepubliceerd, EU:T:2012:675, punt 100).
- 143 Tot slot valt, zoals de Commissie terecht meermaals in herinnering heeft gebracht in het kader van procedures voor het Gerecht, de beoordeling van de draagkracht van de beboete ondernemingen onder de volledige rechtsmacht waarin is voorzien in artikel 261 VWEU en artikel 31 van verordening nr. 1/2003, aangezien de toepassing van punt 35 van de richtsnoeren van 2006 de laatste factor is die in aanmerking wordt genomen bij de vaststelling van het bedrag van de geldboeten die voor overtreding van de voor ondernemingen geldende mededingingsregels worden opgelegd.
- 144 Wat de omvang van deze bevoegdheid betreft, moet eraan worden herinnerd dat hiermee uitvoering wordt gegeven aan het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming, een algemeen beginsel van het Unierecht dat thans is neergelegd in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten en binnen het Unierecht de tegenhanger is van artikel 6 van het EVRM (zie in die zin arresten van 8 december 2011,

Chalkor/Commissie, C-386/10 P, EU:C:2011:815, punt 51; 6 november 2012, Otis e.a., C-199/11, EU:C:2012:684, punt 47, en 18 juli 2013, Schindler Holding e.a./Commissie, C-501/11 P, EU:C:2013:522, punt 36).

- 145 Volgens de rechtspraak verzet artikel 6 EVRM zich er namelijk als zodanig niet tegen dat in een administratieve procedure een „straf” eerst door een administratieve instantie wordt opgelegd. Voor de naleving van dat artikel is evenwel vereist dat de beslissing van een administratieve instantie die zelf niet aan de in artikel 6, lid 1, EVRM gestelde voorwaarden voldoet, vervolgens kan worden getoetst door een rechterlijk orgaan met volledige rechtsmacht. Kenmerkend voor een dergelijk orgaan is onder meer dat het bevoegd is om de bestreden beslissing van het lagere orgaan op alle punten, feitelijk en rechtens, te herzien. Een dergelijk orgaan dient met name de bevoegdheid te hebben om te oordelen over alle feitelijke en juridische vragen die relevant zijn in het kader van het geding dat bij hem aanhangig is gemaakt (arrest van 18 juli 2013, Schindler Holding e.a./Commissie, C-501/11 P, EU:C:2013:522, punt 35).
- 146 Dat geen ambtshalve toezicht op het gehele litigieuze besluit wordt uitgeoefend, is voorts niet in strijd met het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming. Om dit beginsel in acht te nemen, is het Gerecht, dat uiteraard de aangevoerde middelen moet beantwoorden en een toezicht in rechte en in feite moet uitoefenen, niet noodzakelijkerwijs verplicht het dossier ambtshalve volledig opnieuw te onderzoeken (arrest van 8 december 2011, Chalkor/Commissie, C-386/10 P, EU:C:2011:815, punt 66).
- 147 Behoudens de middelen van openbare orde die hij moet onderzoeken en zo nodig ambtshalve moet opwerpen, dient de Unierechter het hem toevertrouwde toezicht dus uit te oefenen op basis van de gegevens die een verzoekende partij ter onderbouwing van de aangevoerde middelen voorlegt en kan hij zich niet verlaten op de beoordelingsmarge waarover de Commissie bij de beoordeling van deze gegevens beschikt om af te zien van een grondig toezicht in rechte en in feite (zie in die zin arrest van 8 december 2011, Chalkor/Commissie, C-386/10 P, EU:C:2011:815, punt 62).
- 148 Tot slot moet de rechter met volledige rechtsmacht, in beginsel en onder voorbehoud van het onderzoek van de elementen die hem door partijen zijn voorgelegd, rekening houden met de situatie, feitelijk en rechtens, zoals die is op de datum waarop hij uitspraak doet wanneer hij meent dat er reden is om zijn bevoegdheid tot herziening uit te oefenen (zie in die zin arresten van 6 maart 1974, Istituto Chemioterapico Italiano en Commercial Solvents/Commissie, 6/73 en 7/73, EU:C:1974:18, punten 51 en 52; 14 juli 1995, CB/Commissie, T-275/94, EU:T:1995:141, punt 61, en 5 oktober 2011, Romana Tabacchi/Commissie, T-11/06, EU:T:2011:560, punten 282-285).
- 149 De redenering in het bestreden besluit moet worden beoordeeld in het licht van deze rechtspraak en gelet op de argumenten van partijen voor het Gerecht en de informatie die na de terechtzitting door verzoeksters is verstrekt.
- 150 In casu heeft de Commissie, in de overwegingen 562 tot en met 566 van het bestreden besluit, het verzoek van verzoeksters tot verlaging van de geldboete op grond van hun onvermogen om te betalen afgewezen en daarbij, in wezen, opgemerkt dat, ten eerste, een vermindering van de geldboete het risico van een faillissement niet zou verlagen en, ten tweede, verzoeksters niet hebben aangetoond dat hun activa na een eventueel faillissement niet meer in de industrie zouden worden gebruikt en derhalve substantieel in waarde zouden afnemen. Volgens de Commissie was het waarschijnlijk dat Heiploeg, of ten minste een aantal vennootschappen van de Heiploeggroep, zou worden overgenomen en haar activiteiten „as a going concern” zou voortzetten. Zij was van mening dat de activa van Heiploeg, zelfs indien deze activa afzonderlijk zouden moeten worden verkocht, in ieder geval zouden worden overgenomen door de concurrentie of door een nieuwkomer in de sector en dus inzetbaar zouden blijven in de industrie.

- 151 In de eerste plaats betwisten verzoeksters het betoog van de Commissie dat hun financiële situatie al zo slecht was dat een faillissement ook zonder boete mogelijk was. Verzoeksters voeren een bijgewerkte versie aan van een deskundigenrapport van 24 oktober 2012 dat is opgesteld door een auditkantoor (hierna: „rapport P”), dat in de administratieve procedure aan de Commissie was verstrekt.
- 152 In dat verband moet worden opgemerkt dat uit het rapport P naar voren komt dat verzoeksters al voordat de Commissie de geldboete oplegde in een bijzonder moeilijke financiële situatie verkeerden, waardoor zij op de rand van een faillissement waren komen te staan.
- 153 Blijkens het rapport P had de financiële herstructurering in juni 2012 verzoeksters nauwelijks voldoende financiering verschaft om, onder bepaalde voorwaarden, de dagelijkse gang van zaken te beheren.
- 154 In ditzelfde document staat daarenboven dat de ratio tussen de schuld en het resultaat vóór rente, belastingen, waardevermindering en afschrijvingen, die de capaciteit van de onderneming tot aflossing van haar schuld meet, bijzonder hoog was (16,2 in 2011) en dat deze winst vóór rente, belasting, afwaardering en afschrijving over de eerste zes maanden van het financiële jaar 2012-2013 ver onder de verwachting lag (0,7 miljoen EUR in plaats van 3,9 miljoen EUR).
- 155 In deze omstandigheden moet worden vastgesteld dat het rapport P, anders dan door verzoeksters wordt beweerd, niet aantoonde dat zij aan het faillissement hadden kunnen ontkomen indien hun de boete niet was opgelegd.
- 156 Zoals verzoeksters stellen, is het gevaar voor een faillissementsverklaring door het opleggen van een boete inderdaad verhoogd. Echter, zoals in punt 137 supra in herinnering is gebracht, moet ten eerste worden opgemerkt dat het feit dat een maatregel van een instantie van de Unie het faillissement of de vereffening van een bepaalde onderneming teweegbrengt als zodanig niet door het recht van de Unie is verboden.
- 157 Ten tweede volstaat het, voor de toepassing van punt 35 van de richtsnoeren, niet om aan te tonen dat de betrokken onderneming failliet zou worden verklaard indien haar een geldboete wordt opgelegd. Volgens de bewoordingen van dat punt moet er sprake zijn van „objectief bewijs dat het opleggen van een boete [...] de levensvatbaarheid van de betrokken onderneming onherroepelijk in gevaar zou brengen en haar activa volledig van hun waarde zou beroven”, wat niet automatisch het geval is bij een faillissement van de vennootschappen die de betrokken onderneming exploiteren (zie punt 138 supra).
- 158 Hieruit volgt dat de Commissie terecht heeft geoordeeld dat een vermindering van de geldboete het gevaar van een faillissement niet zou verkleinen.
- 159 In de tweede plaats rechtvaardigt verzoeksters’ argument dat de betaling van de geldboete de activa van de onderneming in significante mate van hun waarde zou beroven, evenmin dat rekening wordt gehouden met verzoeksters’ onvermogen om te betalen met het oog op een verlaging van de hun opgelegde geldboete.
- 160 In dat verband moet worden opgemerkt dat de boekwaarde van Heiploeg, die volgens het rapport P 178 miljoen EUR bedroeg, was berekend per 31 maart 2012, dat wil zeggen bijna twee jaar voordat de onderneming eind januari 2014 failliet ging. Dientengevolge kan, gelet op de financiële moeilijkheden van Heiploeg, niet worden uitgesloten dat de boekwaarde ervan begin 2014, toen zij failliet ging, lager was.

- 161 Zoals door verzoeksters wordt beweerd, was de conclusie in het rapport P inderdaad dat de activa van de onderneming bij faillissement met 50 % in waarde zouden dalen en is het juist dat uit de informatie die zij na de terechtzitting hebben verstrekt, blijkt dat de verschillende activa van Heiploeg bij de verkoop na haar faillissement in totaal minder dan 70 miljoen EUR hadden opgebracht.
- 162 Opgemerkt zij echter dat zowel uit het rapport van de faillissementscuratoren als uit de informatie die verzoeksters na de terechtzitting hebben verstrekt, blijkt dat een aanzienlijk deel van de betrokken activa, zoals met name de verwerkingslocatie te Zoutkamp (Nederland), is overgenomen door kopers die de activiteiten van de onderneming in de sector van de verwerking van en de handel in noordzeegarnalen voortzetten.
- 163 De vereffening van Heiploeg heeft bijgevolg niet geleid tot haar verdwijning. Zij is juist als zodanig blijven bestaan, omdat haar activiteiten door andere entiteiten zijn voortgezet.
- 164 In deze omstandigheden zijn, anders dan door verzoeksters wordt gesteld, de activa van de betrokken onderneming niet van alle waarde beroofd door het opleggen van de geldboete in de zin van punt 35 van de richtsnoeren.
- 165 In de derde plaats moet wat betreft de argumenten van verzoeksters dat zij opereerden in een bijzondere sociale en economische context, worden opgemerkt dat het bestreden besluit op dat punt geen analyse bevat.
- 166 Daar de Commissie, zoals hierboven in de punten 150 tot en met 164 is opgemerkt, terecht heeft overwogen dat niet was voldaan aan de eerste reeks cumulatieve voorwaarden voor een vermindering van de geldboete wegens onvermogen om te betalen, heeft zij geen fout begaan met haar standpunt dat de tweede reeks voorwaarden niet hoefde te worden onderzocht.
- 167 In ieder geval stond, ofschoon het rapport P inderdaad voorspelde dat een faillissement van Heiploeg zou leiden tot het verlies van banen en dus een stijging van de werkloosheid in de gehele provincie Groningen, in het rapport van de faillissementscuratoren dat dankzij de overname door een andere entiteit van de activiteiten van Heiploeg, waardoor de zetel van de onderneming en de verwerkingslocatie in Zoutkamp behouden bleven, de werkgelegenheid in de regio en de afzetmogelijkheden voor zo'n 200 garnalenvissers grotendeels behouden konden blijven.
- 168 Gelet op een en ander moet worden vastgesteld dat verzoeksters niet hebben aangetoond dat de voorwaarden om hun een vermindering van de geldboete toe te kennen wegens hun gestelde onvermogen om te betalen in de zin van punt 35 van de richtsnoeren, waren vervuld. Bijgevolg moet het derde middel worden afgewezen.
- 169 Uit een en ander volgt dat, aangezien met name geen van verzoeksters' middelen ter ondersteuning van hun vorderingen tot nietigverklaring dan wel tot herziening gegrond zijn, het beroep in zijn geheel dient te worden verworpen.

Kosten

- 170 Volgens artikel 134, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Aangezien verzoeksters in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij overeenkomstig de vordering van de Commissie te worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT (Negende kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Het beroep wordt verworpen.**
- 2) **Goldfish BV, Heiploeg BV, Heiploeg Beheer BV en Heiploeg Holding BV worden verwezen in de kosten.**

Berardis

Czúcz

Popescu

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 8 september 2016.

ondertekeningen

Inhoud

Voorgeschiedenis van het geding	2
Bestreden besluit.....	3
Procedure en conclusies van partijen.....	6
In rechte	7
Eerste en tweede middel: schending van artikel 101 VWEU en van artikel 2 van verordening nr. 1/2003 door het gebruik door de Commissie van respectievelijk heimelijk gemaakte audio-opnamen en aantekeningen inzake deze audio-opnamen	7
Rechtmatigheid van het gebruik van heimelijke opnamen van telefoongesprekken en van aantekeningen hiervan ter vaststelling van een inbreuk op artikel 101 VWEU	7
Geloofwaardigheid van de aantekeningen bij de telefoongesprekken en eerbiediging door de Commissie van de bewijslast dienaangaande	13
Derde middel: de onterechte weigering van de Commissie om rekening te houden met verzoeksters' onvermogen om te betalen in de zin van punt 35 van de richtsnoeren	18
Kosten	23