# ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

3 september 2009 *

## Inhoud

I — Toepasselijke bepalingen . . . . . I - 7466

II — Aan het geding ten grondslag liggende feiten en litigieuze beschikking . . . . . I - 7470

III — Bestreden arrest . . . . . I - 7472

IV — Conclusies van partijen voor het Hof . . . . . I - 7472

V — Hogere voorziening . . . . . I - 7473

A — Eerste middel: schending van de rechten van de verdediging en van de motiveringsplicht bij de splitsing van de administratieve procedure . . . . . I - 7474

1. Bestreden arrest . . . . . I - 7474

2. Argumenten van partijen . . . . . I - 7474

3. Beoordeling door het Hof . . . . . I - 7475

B — Tweede middel: verbod van rechtsweigering . . . . . I - 7478

1. Bestreden arrest . . . . . I - 7478

2. Argumenten van partijen . . . . . I - 7478

3. Beoordeling door het Hof . . . . . I - 7479

C — Derde middel: het Gerecht heeft onvoldoende rekening gehouden met de vaststelling dat de Commissie de motiveringsplicht heeft geschonden met betrekking tot het bepalen van de zwaarte van de inbreuk . . . . . I - 7480

1. Eerste onderdeel van het derde middel: het Gerecht heeft onvoldoende rekening gehouden met de vaststelling dat de Commissie de motiveringsplicht heeft geschonden wat de omvang van de betrokken markt betreft . . I - 7481

* Procestaal: Duits.

a) Bestreden arrest . . . . . I - 7481

b) Argumenten van partijen . . . . . I - 7482

c) Beoordeling door het Hof . . . . . I - 7483

2. Tweede onderdeel van het derde middel: het Gerecht heeft onvoldoende rekening gehouden met de vaststelling dat de Commissie de motiveringsplicht heeft geschonden wat de concrete weerslag van de inbreuk op de markt betreft . . . . . I - 7486

a) Bestreden arrest . . . . . I - 7486

b) Argumenten van partijen . . . . . I - 7488

c) Beoordeling door het Hof . . . . . I - 7488

i) Verzoek van de Commissie om vervanging van gronden . . . . . I - 7488

ii) Argumenten van rekwirantes . . . . . I - 7491

D — Vierde middel: schending van de richtsnoeren en onjuiste beoordeling van de zwaarte van de inbreuk . . . . . I - 7493

1. Eerste onderdeel van het vierde middel: er is geen rekening gehouden met de onjuiste vaststelling van de concrete weerslag van de inbreuk op de markt I - 7493

a) Bestreden arrest . . . . . I - 7493

b) Argumenten van partijen . . . . . I - 7494

c) Beoordeling door het Hof . . . . . I - 7494

2. Tweede onderdeel van het vierde middel: er is niet als verzachtende omstandigheid in aanmerking genomen dat rekwirantes de inbreuk vrijwillig zouden hebben beëindigd . . . . . I - 7496

a) Bestreden arrest . . . . . I - 7496

b) Argumenten van partijen . . . . . I - 7496

c) Beoordeling door het Hof . . . . . I - 7497

E — Vijfde middel: schending van het evenredigheidsbeginsel bij de vaststelling van de hoogte van de boete . . . . . I - 7498

1. Bestreden arrest . . . . . I - 7498

2. Argumenten van partijen . . . . . I - 7498

3. Beoordeling door het Hof . . . . . I - 7499

VI — Kosten . . . . . I - 7499

In zaak C-534/07 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie, ingesteld op 26 november 2007,

**William Prym GmbH & Co. KG,**

**Prym Consumer GmbH & Co. KG,**

gevestigd te Stolberg (Duitsland), vertegenwoordigd door H.-J. Niemeyer, C. Herrmann en M. Röhrig, Rechtsanwälte,

rekwirantes,

andere partij bij de procedure:

**Commissie van de Europese Gemeenschappen**, vertegenwoordigd door F. Castillo de la Torre en K. Mojzesowicz als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster in eerste aanleg,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: P. Jann (rapporteur), kamerpresident, M. Ilešič, A. Tizzano, A. Borg Barthet en J.-J. Kasel, rechters,

advocaat-generaal: P. Mengozzi,
griffier: R. Şereş, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 5 maart 2009,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 30 april 2009,

het navolgende

## Arrest

1 Met hun hogere voorziening verzoeken William Prym GmbH & Co. KG en Prym Consumer GmbH & Co. KG om vernietiging van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 12 september 2007, Prym en Prym Consumer/Commissie (T-30/05; hierna: „bestreden arrest"), voor zover dit voor hen bezwarend is; bij dit arrest heeft het Gerecht beschikking C(2004) 4221 def. van de Commissie van 26 oktober 2004 inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag (Zaak COMP/F-1/38.338 — PO/naalden) (hierna: „litigieuze beschikking") gedeeltelijk nietig verklaard.

### I — Toepasselijke bepalingen

2 Artikel 23, leden 2 en 3, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB 2003, L 1, blz. 1) bepaalt:

„2. De Commissie kan bij beschikking geldboeten opleggen aan ondernemingen en ondernemersverenigingen wanneer zij opzettelijk of uit onachtzaamheid:

a) inbreuk maken op artikel 81 of artikel 82 van het Verdrag; […]

[…]

Voor elke bij de inbreuk betrokken onderneming en ondernemersvereniging is de geldboete niet groter dan 10 % van de totale omzet die in het voorafgaande boekjaar is behaald.

[…]

3. Bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete wordt zowel met de ernst als met de duur van de inbreuk rekening gehouden."

3 Artikel 31 van verordening nr. 1/2003 luidt:

„Het Hof van Justitie heeft volledige rechtsmacht ter zake van beroep tegen beschikkingen van de Commissie waarin een geldboete of een dwangsom wordt vastgesteld. Het kan de opgelegde geldboete of dwangsom intrekken, verlagen of verhogen."

4 Punt 1, A, van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd (PB 1998, C 9, blz. 3; hierna: „richtsnoeren"), luidt als volgt:

„Bij de beoordeling van de zwaarte van een inbreuk dient rekening te worden gehouden met de eigen aard van de inbreuk, met de concrete weerslag ervan op de markt wanneer die meetbaar is, en met de omvang van de betrokken geografische markt.

Aldus worden de inbreuken in drie grote categorieën ingedeeld: niet te ernstige, zware en zeer zware inbreuken:

— niet te ernstige inbreuken:

het kan hier gaan om — meestal verticale — beperkingen van het handelsverkeer, waarvan de weerslag op de markt echter beperkt blijft en die overigens betrekking hebben op een weliswaar wezenlijk, maar betrekkelijk smal segment van de communautaire markt.

Mogelijke boetebedragen: van 1 000 tot 1 miljoen [EUR];

— zware inbreuken:

hier zal het meestal gaan om horizontale of verticale beperkingen van dezelfde aard als in het vorige geval, maar die strikter worden toegepast, waarvan de weerslag op de markt ruimer is en waarvan de gevolgen zich over uitgestrekte gebieden van de gemeenschappelijke markt kunnen doen gevoelen. […]

Mogelijke boetebedragen: van 1 tot 20 miljoen [EUR];

— zeer zware inbreuken:

hier gaat het in hoofdzaak om horizontale beperkingen van het type prijskartel en marktverdelingsregeling, of andere gedragingen die de goede werking van de interne markt in het gedrang brengen, zoals maatregelen tot afscherming van nationale markten of regelrecht misbruik van een machtspositie door ondernemingen die vrijwel een monopoliepositie innemen […]

Mogelijke boetebedragen: meer dan 20 miljoen [EUR].

[…]

Overigens zal ook rekening moeten worden gehouden met de daadwerkelijke economische macht van de inbreukmakers om andere marktdeelnemers, met name de consumenten, aanzienlijke schade te berokkenen, en zal het bedrag van de geldboete op een zodanig niveau moeten worden gesteld dat daarvan een voldoende afschrikkende werking uitgaat.

[…]”

## II — Aan het geding ten grondslag liggende feiten en litigieuze beschikking

5 De voorgeschiedenis van het geding, zoals deze uit het bestreden arrest blijkt, kan worden samengevat als volgt.

6 Rekwirantes zijn Duitse ondernemingen die naar eigen zeggen één van de belangrijkste Europese merken voor metalen en plastic fournituren en naaiartikelen vormen.

7 Op 7 en 8 november 2001 heeft de Commissie krachtens artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204), verificaties verricht in de kantoren van meerdere communautaire producenten en distributeurs van fournituren, waaronder rekwirantes en twee Britse ondernemingen alsmede hun respectieve dochterondernemingen, te weten enerzijds Coats Holdings Ltd en J & P Coats Ltd (hierna gezamenlijk: „Coats”) en anderzijds Entaco Group Ltd en Entaco Ltd (hierna gezamenlijk: „Entaco”).

8 Op 15 maart 2004 heeft de Commissie een mededeling van punten van bezwaar gezonden aan rekwirantes, Entaco en Coats.

9 Op 26 oktober 2004 heeft de Commissie de litigieuze beschikking gegeven.

10 In artikel 1 van deze beschikking heeft de Commissie vastgesteld dat rekwirantes, Coats en Entaco hebben deelgenomen aan onderling afgestemde feitelijke gedragingen en tussen 10 september 1994 en 31 december 1999 een serie schriftelijke, formeel bilaterale overeenkomsten hebben gesloten, die evenwel in de praktijk neerkwamen op driepartijen-overeenkomsten, krachtens welke deze ondernemingen een verdeling van de productmarkten tot stand hebben gebracht of aan die verdeling hebben bijgedragen, door de Europese markt voor metalen en plastic fournituren te segmenteren, alsmede een verdeling van de geografische markten tot stand hebben gebracht of aan die verdeling hebben bijgedragen, door de Europese markt voor naalden te segmenteren.

11 In artikel 2 van de litigieuze beschikking heeft de Commissie rekwirantes een boete van 30 miljoen EUR opgelegd.

12 In de litigieuze beschikking heeft de Commissie verklaard dat zij de boete heeft vastgesteld aan de hand van de zwaarte en de duur van de inbreuk. Aldus heeft de Commissie uit hoofde van de zwaarte van de inbreuk rekening gehouden met de aard van de inbreuk, de concrete weerslag ervan op de markt en de omvang van de betrokken geografische markt. Op basis van deze elementen heeft zij geconcludeerd dat de ondernemingen die aan de betrokken mededingingsregeling deelnamen, een „zeer zware" inbreuk hadden begaan, die voor haar aanleiding was om het uitgangsbedrag van de boete vast te stellen op 20 miljoen EUR voor rekwirantes.

13 Wat betreft de duur van de inbreuk, heeft de Commissie vastgesteld dat deze zich gedurende vijf jaar en drie maanden had voorgedaan. Om deze reden heeft zij het uitgangsbedrag van de boete vermeerderd met 50 % en het basisbedrag hiervan dus vastgesteld op 30 miljoen EUR voor rekwirantes.

14 Voorts heeft de Commissie geweigerd ten gunste van rekwirantes verzachtende omstandigheden in aanmerking te nemen, waarbij zij met name heeft benadrukt dat de vervroegde beëindiging van de onrechtmatige overeenkomst niet het gevolg was van een optreden van haar kant en dat zij een dergelijke vervroegde beëindiging reeds bij de vaststelling van de duur van de inbreuk in aanmerking had genomen.

## III — Bestreden arrest

15 Op 28 januari 2005 hebben rekwirantes bij het Gerecht beroep ingesteld tot, primair, nietigverklaring van de litigieuze beschikking voor zover deze op hen betrekking heeft, en, subsidiair, nietigverklaring of verlaging van de aan hen opgelegde boete.

16 Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht het beroep gedeeltelijk toegewezen voor zover dit strekte tot verlaging van de boete, op grond dat met betrekking tot rekwirantes ten onrechte was geweigerd de mededeling van de Commissie betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen (PB 1996, C 207, blz. 4) toe te passen. In het kader van zijn volledige rechtsmacht in de zin van artikel 229 EG heeft het Gerecht de aan rekwirantes opgelegde boete verlaagd tot 27 miljoen EUR. Het heeft het beroep voor het overige verworpen.

## IV — Conclusies van partijen voor het Hof

17 Rekwirantes verzoeken het Hof:

— het bestreden arrest te vernietigen, voor zover dit voor hen bezwarend is;

— de litigieuze beschikking nietig te verklaren voor zover zij hen betreft;

— subsidiair, de in artikel 2 van deze beschikking aan hen opgelegde boete nietig te verklaren of te verlagen;

— meer subsidiair, de zaak te verwijzen naar het Gerecht opdat dit op hun beroep beslist, en

— de Commissie te verwijzen in de kosten van de hele procedure.

18 De Commissie verzoekt het Hof:

— de hogere voorziening af te wijzen, en

— rekwirantes te verwijzen in de kosten van de onderhavige procedure.

## V — Hogere voorziening

19 Ter ondersteuning van hun hogere voorziening voeren rekwirantes vijf middelen aan, die achtereenvolgens zullen worden onderzocht.

A — *Eerste middel: schending van de rechten van de verdediging en van de motiveringsplicht bij de splitsing van de administratieve procedure*

1. Bestreden arrest

20 In antwoord op het argument van rekwirantes dat de splitsing van de oorspronkelijk één enkele procedure die was ingeleid in de zaak „Fournituren", in twee onderscheiden procedures, de zaken „Fournituren: Naalden" (hierna: „zaak ‚naalden'") en „Fournituren: Sluitingen" (hierna: „zaak ‚sluitingen'"), de rechten van de verdediging had geschonden, heeft het Gerecht in punt 61 van het bestreden arrest geoordeeld:

„[…] vastgesteld moet worden dat de mededeling van punten van bezwaar, die is verstrekt aan [rekwirantes] op 15 maart 2004, het ondubbelzinnige opschrift ‚Mededeling van punten van bezwaar in de procedure PO/fournituren: naalden' draagt. [Rekwirantes] wisten dus ten laatste op die datum dat de Commissie een afzonderlijke procedure met betrekking tot de naaldenmarkt had ingeleid. Zij waren dus in staat in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar tegen de splitsing van de procedure verweer te voeren."

2. Argumenten van partijen

21 Rekwirantes stellen dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 61 van het bestreden arrest te overwegen dat zij, althans vanaf voornoemde mededeling van punten van bezwaar, wisten dat de Commissie twee verschillende procedures zou inleiden en dat zij derhalve in staat waren met betrekking tot deze splitsing van de administratieve procedure verweer te voeren. Volgens hen bleek uit deze mededeling van punten van bezwaar enkel dat de Commissie de mening was toegedaan dat hun gedrag in de sector naalden een autonome inbreuk vormde ten opzichte van hun gedrag in de sector sluitingen. Echter, enkel een voldoende gedetailleerde weergave van de feiten op grond waarvan de Commissie de procedure

had gesplitst, zou hen in staat hebben gesteld de wettigheid van deze maatregel te beoordelen en dus hun belangen doeltreffend te verdedigen.

22 Rekwirantes voegen hieraan toe dat de Commissie, door niet de redenen voor de splitsing van de procedure te preciseren, haar motiveringsplicht heeft geschonden.

23 De Commissie betoogt dat rekwirantes voor het Gerecht enkel hebben gesteld dat hun de mogelijkheid was onthouden, de Commissie erop te wijzen dat de boeten die in de twee zaken aan hen konden worden opgelegd, wegens de samenhang van die zaken niet het in artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 bedoelde plafond van 10 % van de binnen de Europese Unie behaalde totale omzet zouden kunnen overstijgen.

24 Volgens de Commissie, die betwist dat er sprake is van een motiveringsgebrek in dit verband, moet het eerste middel derhalve als een nieuw middel worden aangemerkt en uit dien hoofde niet-ontvankelijk worden verklaard, althans, subsidiair, ongegrond voor zover een schending van de motiveringsplicht wordt gesteld.

3. Beoordeling door het Hof

25 Zonder dat hoeft te worden onderzocht of het eerste middel ontvankelijk is, moet worden vastgesteld dat dit niet kan slagen.

26 Het is juist dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging tijdens administratieve procedures op het gebied van het mededingingsbeleid een algemeen

beginsel van gemeenschapsrecht vormt, waarvan het Hof de eerbiediging verzekert (zie in die zin arresten van 15 oktober 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P en C-254/99 P, Jurispr. blz. I-8375, punten 167-171; 14 juli 2005, ThyssenKrupp/Commissie, C-65/02 P en C-73/02 P, Jurispr. blz. I-6773, punt 92, en 21 september 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissie, C-105/04 P, Jurispr. blz. I-8725, punt 35).

27 Wat een procedure op grond van artikel 81 EG betreft, moet echter onderscheid worden gemaakt tussen twee fasen van de administratieve procedure, te weten de onderzoeksfase vóór de mededeling van punten van bezwaar en die van het verdere verloop van de administratieve procedure. Elk van deze opeenvolgende perioden heeft een eigen innerlijke logica, waarbij de eerste periode de Commissie in staat moet stellen een standpunt in te nemen over de richting die de procedure zal nemen en de tweede periode de Commissie in staat moet stellen zich definitief uit te spreken over de verweten inbreuk (zie reeds aangehaalde arresten Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, punten 181-183, en Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissie, punt 38).

28 De beoordelingen in de in de communautaire verordeningen bedoelde mededeling van punten van bezwaar zijn bedoeld om het voorwerp van de administratieve procedure af te bakenen voor de ondernemingen waartegen deze procedure is ingeleid (zie met name arrest van 17 november 1987, British American Tobacco en Reynolds Industries/Commissie, 142/84 en 156/84, Jurispr. blz. 4487, punt 70). Hiertoe moet de mededeling van punten van bezwaar duidelijk de belangrijkste feiten vermelden waarop de Commissie zich in dit stadium van de procedure baseert. Volgens vaste rechtspraak kan dit beknopt geschieden, want deze mededeling is een voorbereidend document met zuiver voorlopige beoordelingen feitelijk en rechtens (zie met name arresten van 7 juni 1983, Musique Diffusion française e.a./Commissie, 100/80–103/80, Jurispr. blz. 1825, punt 14, 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, punt 67).

29 In casu heeft het Gerecht in punt 61 van het bestreden arrest vastgesteld dat de aan rekwirantes gegeven mededeling van punten van bezwaar het opschrift „Mededeling

van punten van bezwaar in de procedure PO/fournituren: naalden" droeg. Rekwirantes hebben zelf in hun hogere voorziening erkend dat uit deze mededeling bleek dat de Commissie hun gedrag in de sector naalden als een autonome inbreuk beschouwde ten opzichte van hun gedrag in de sector sluitingen.

30 Rekwirantes betwisten dus niet dat in casu de punten van bezwaar zijn gesteld in bewoordingen die voor hen voldoende duidelijk zijn om te weten welke gedragingen de Commissie hun verweet en van de richting die deze aan de procedure wilde geven.

31 Het enige argument dat zij aanvoeren ter onderbouwing van hun stelling dat zij niet adequaat verweer hebben kunnen voeren in dit stadium, is gelegen in het motiveringsgebrek waaraan volgens hen de mededeling van punten van bezwaar mank ging wat de splitsing van de procedure betreft waarop de Commissie aanstuurde.

32 Deze redenering kan niet worden aanvaard.

33 Zij zou er namelijk op neerkomen dat van de Commissie wordt verlangd dat zij niet alleen de wezenlijke gegevens feitelijk en rechtens noemt die volgens haar in dit stadium van de administratieve procedure een inbreuk op het communautaire mededingingsrecht opleveren, maar ook dat zij, althans summier, de redenen uiteenzet waarom zij zich in het kader van die procedure niet wil baseren op bepaalde gegevens waarnaar zij oorspronkelijk onderzoek heeft verricht of heeft willen verrichten. De motiveringsplicht van de Commissie in het stadium van de verzending van de mededeling van punten van bezwaar zou aldus worden uitgebreid tot gegevens die per definitie niet wezenlijk zijn voor het verloop van de procedure die zij wil volgen. Een dergelijke motiveringsplicht zou verder gaan dan de eisen die zijn vastgelegd in de in punt 28 van dit arrest aangehaalde rechtspraak.

34 Hieruit volgt dat het eerste middel hoe dan ook ongegrond moet worden verklaard.

B — *Tweede middel: verbod van rechtsweigering*

1. Bestreden arrest

35 In punt 64 van het bestreden arrest heeft het Gerecht eraan herinnerd dat de Commissie het recht heeft om op grond van objectieve redenen procedures te splitsen dan wel te voegen. In antwoord op de stellingen van rekwirantes dat dergelijke redenen in casu niet voorhanden waren, heeft het Gerecht in punt 65 van dit arrest opgemerkt dat de situatie niet volledig vergelijkbaar was met die waarin het een dergelijke splitsing wegens verschillende inbreuken had toegestaan. Met betrekking tot de stellingen van rekwirantes dat de hun verweten gedragingen in werkelijkheid één enkele inbreuk vormden, heeft het Gerecht echter in punt 66 van dat arrest overwogen dat deze enkel na de vaststelling van de beschikking in de zaak „sluitingen" konden worden onderzocht.

2. Argumenten van partijen

36 Rekwirantes verwijten het Gerecht dat het blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te weigeren, te onderzoeken of de splitsing van de procedure wettig was, omdat het enerzijds heeft erkend dat de Commissie enkel tot een dergelijke splitsing kan overgaan indien het onderscheiden inbreuken betreft en het anderzijds beschikte over aanwijzingen, in de vorm van de mededeling van punten van bezwaar van 16 september 2004 in de zaak „naalden" en die van 8 maart 2006 in de zaak „sluitingen", op grond waarvan kon worden vermoed dat de Commissie één enkele inbreuk op arbitraire wijze had gesplitst. Het Gerecht heeft in punt 66 van het bestreden arrest ten onrechte vastgesteld dat bij ontbreken van een beschikking van de

Commissie in de zaak „sluitingen" op de datum waarop de zaak „naalden" door het Gerecht in beraad is gebracht, de veronderstellingen betreffende de uitkomst van de zaak „sluitingen" speculatief waren.

37 De Commissie geeft in overweging dit middel af te wijzen. Volgens haar heeft het Gerecht terecht geoordeeld dat de stellingen van rekwirantes niet konden worden onderzocht voordat er in de zaak „sluitingen" een beschikking was vastgesteld.

3. Beoordeling door het Hof

38 In de punten 64 tot en met 66 van het bestreden arrest heeft het Gerecht opgemerkt dat volgens zijn eigen rechtspraak een procedure betreffende inbreuk op de communautaire mededingingsregels kan worden gesplitst en kan leiden tot de vaststelling van meerdere beschikkingen waarbij onderscheiden boeten worden opgelegd, op voorwaarde dat het onderscheiden inbreuken betreft.

39 Ofschoon rekwirantes deze analyse niet betwisten, verwijten zij het Gerecht niet te hebben onderzocht of in casu de gedragingen die zijn gelaakt in de litigieuze beschikking in de zaak „naalden", en die welke zijn vermeld in de mededeling van punten van bezwaar van 8 maart 2006 in de zaak „sluitingen", al dan niet onderscheiden inbreuken vormden.

40 Zoals in punt 28 van dit arrest in herinnering is gebracht, is de mededeling van punten van bezwaar enkel een voorbereidend document met zuiver voorlopige beoordelingen feitelijk en rechtens. De latere beschikking hoeft niet noodzakelijkerwijs gelijkluidend te zijn met de mededeling van punten van bezwaar, daar de Commissie rekening moet houden met wat tijdens de administratieve procedure aan het licht is gekomen, hetzij om ongegrond gebleken punten van bezwaar te laten vallen, hetzij om haar argumentatie ter onderbouwing van de door haar gehandhaafde punten van bezwaar zowel feitelijk als rechtens aan te passen en aan te vullen (zie met name reeds aangehaalde arresten Musique Diffusion française e.a./Commissie, punt 14, en Aalborg Portland e.a./Commissie, punt 67).

41 In deze omstandigheden heeft het Gerecht niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 66 van het bestreden arrest te oordelen dat, zolang in de zaak „sluitingen" geen beschikking was vastgesteld, alle veronderstellingen over het al dan niet bestaan van onderscheiden inbreuken speculatief waren.

42 Rekwirantes kunnen niet stellen dat er sprake is van een rechtsweigering, daar, zoals blijkt uit de redenering van het Gerecht, het hun vrij bleef staan, hun argumenten met betrekking tot het voorhanden zijn van één enkele inbreuk na de vaststelling van de beschikking in de zaak „sluitingen" in het kader van de wettigheidstoetsing van deze beschikking naar voren te brengen. Zoals zij tijdens de terechtzitting hebben verklaard, hebben rekwirantes bovendien bij het Gerecht krachtens artikel 230 EG beroep ingesteld tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie in de zaak „sluitingen".

43 Het tweede middel dient derhalve ongegrond te worden verklaard.

C — *Derde middel: het Gerecht heeft onvoldoende rekening gehouden met de vaststelling dat de Commissie de motiveringsplicht heeft geschonden met betrekking tot het bepalen van de zwaarte van de inbreuk*

44 Dit middel is onderverdeeld in twee onderdelen: het Gerecht heeft onvoldoende rekening gehouden met de vaststelling dat de Commissie de motiveringsplicht heeft geschonden wat de omvang van de betrokken markt betreft (eerste onderdeel) en wat de concrete weerslag van de inbreuk op de markt betreft (tweede onderdeel).

1. Eerste onderdeel van het derde middel: het Gerecht heeft onvoldoende rekening gehouden met de vaststelling dat de Commissie de motiveringsplicht heeft geschonden wat de omvang van de betrokken markt betreft

a) Bestreden arrest

45 Het Gerecht heeft in punt 87 van het bestreden arrest opgemerkt dat de Commissie, gelet op het mededingingsverstorende doel van de overeenkomsten, in casu niet verplicht was tot afbakening van de markt in het kader van de toepassing van artikel 81, lid 1, EG. In punt 88 van dat arrest heeft het echter gepreciseerd dat, daar in het dispositief van de litigieuze beschikking een boete krachtens verordening nr. 1/2003 werd opgelegd, de feitelijke vaststellingen betreffende de betrokken markt relevant waren, ofschoon de ontoereikendheid ervan niet tot de volledige nietigverklaring van die beschikking kon leiden.

46 In dit verband heeft het Gerecht in punt 89 van het bestreden arrest het volgende overwogen:

„[…] volgens de richtsnoeren dient bij de beoordeling van de zwaarte van een inbreuk niet alleen ‚rekening te worden gehouden' met de eigen aard van de inbreuk, maar ook met ‚de concrete weerslag ervan op de markt wanneer die meetbaar is' (punt 1, A, eerste alinea). Om de concrete weerslag van de inbreuk op de markt te beoordelen, is het noodzakelijk deze markt af te bakenen. De richtsnoeren schrijven tevens voor dat er ter beoordeling van de zwaarte van een inbreuk ‚rekening moet worden gehouden met de daadwerkelijke economische macht van de inbreukmakers om andere marktdeelnemers […] aanzienlijke schade te berokkenen' (punt 1, A, vierde alinea), wat impliceert dat de omvang van de markten en de marktaandelen van de betrokken ondernemingen moeten worden bepaald."

47 Na in punt 95 van het bestreden arrest te hebben vastgesteld dat er geen sprake was van een motiveringsgebrek wat de afbakening van de betrokken productmarkten betrof, heeft het Gerecht de in de litigieuze beschikking vermelde vaststellingen van de Commissie met betrekking tot de omvang van de markt onderzocht.

48 In punt 98 van het bestreden arrest heeft het Gerecht vastgesteld dat de beoordelingen van de Commissie over de omvang van de drie door haar genoemde productmarkten lacunes vertoonden en dat aan de hand daarvan niet kon worden nagegaan welke omvang alle betrokken markten hadden. Het heeft hieruit in punt 99 van dat arrest afgeleid dat de litigieuze beschikking „ontoereikend was gemotiveerd, wat kon leiden tot de gedeeltelijke nietigverklaring [ervan] […], tenzij de vaststellingen van de Commissie inzake de daadwerkelijke economische macht van de betrokken ondernemingen om aanzienlijke schade te berokkenen, op andere overwegingen van de [litigieuze] beschikking waren gebaseerd".

49 In de punten 100 en 101 van het bestreden arrest heeft het Gerecht opgemerkt dat rekwirantes nooit zijn opgekomen tegen de in de litigieuze beschikking weergegeven vaststellingen van de Commissie waaruit blijkt dat er sprake was van een dergelijke macht, te weten met name hun positie van leider op de Europese markt voor de productie van naalden, op welke markt de concurrentie zeer beperkt was.

b) Argumenten van partijen

50 Volgens rekwirantes heeft het Gerecht artikel 253 EG geschonden door de litigieuze beschikking niet nietig te verklaren, terwijl het heeft vastgesteld dat de motiveringsplicht was geschonden wat de omvang van de betrokken markt betreft. Het is dus eraan voorbijgegaan dat dit gebrek gevolgen heeft gehad voor de vaststelling van de zwaarte van de inbreuk, aangezien voor de vaststelling daarvan cumulatief gebruik moet worden gemaakt van bepaalde criteria en de Commissie in die beschikking zelf heeft verklaard dat zij de omvang van de betrokken markt en de economische macht van de inbreukmakers om aanzienlijke schade te berokkenen, in aanmerking heeft genomen.

51 Het Gerecht heeft tevens blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de Commissie de concrete weerslag van de inbreuk op de markt voldoende heeft omschreven door te verwijzen naar het marktleiderschap van rekwirantes. Het Gerecht heeft aldus het verschil miskend tussen het bepalen van de daadwerkelijke economische macht van een onderneming om aanzienlijke schade te berokkenen en het bepalen van de concrete weerslag op de markt.

52 Volgens rekwirantes bestaat er dus een tegenstrijdige motivering waar het enerzijds punt 89 van het bestreden arrest en anderzijds de punten 99 en 100 ervan betreft.

53 De Commissie antwoordt dat volgens een juiste lezing van het bestreden arrest het Gerecht de verplichting tot afbakening van de omvang van de betrokken markt enkel heeft onderschreven wat betreft de macht van de ondernemingen om aanzienlijke schade te berokkenen. Indien deze macht, zoals in casu, met andere middelen kan worden vastgesteld, is de Commissie echter vrijgesteld van de verplichting tot afbakening van de omvang van de markt. Bovendien volgt uit de rechtspraak van het Gerecht dat de in de richtsnoeren omschreven methode voor berekening van de boeten er geenszins toe verplicht, voor het bepalen van het uitgangsbedrag van de boete met de omvang van de betrokken markt rekening te houden.

c) Beoordeling door het Hof

54 Volgens vaste rechtspraak moet de zwaarte van inbreuken op het communautaire mededingingsrecht worden bepaald met inachtneming van een groot aantal factoren, zoals met name 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 met name arrest Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 465; 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, Jurispr. blz. I-5425, punt 241, en 25 januari 2007, Dalmine/Commissie, C-407/04 P, Jurispr. blz. I-829, punt 129).

55 Bijgevolg is de omvang van de betrokken markt, anders dan rekwirantes stellen, in beginsel niet een verplichte factor, maar slechts één van de relevante factoren om de zwaarte van de inbreuk te beoordelen en het bedrag van de geldboete vast te stellen (zie in die zin arrest Dalmine/Commissie, reeds aangehaald, punt 132).

56 In punt 89 van het bestreden arrest heeft het Gerecht niettemin opgemerkt dat ingevolge punt 1, A, vierde alinea, van de richtsnoeren ter beoordeling van de zwaarte van de inbreuk rekening moet worden gehouden met de daadwerkelijke economische macht van de ondernemingen om de andere marktdeelnemers aanzienlijke schade te berokkenen. Het heeft hieraan toegevoegd dat dit impliceert dat moet worden bepaald wat de omvang van de markten is.

57 Rekwirantes komen niet op tegen de analyse van het Gerecht, maar betogen dat het Gerecht zichzelf vervolgens tegenspreekt door in punt 101 van het bestreden arrest te erkennen dat de verwijzing naar de marktleiderspositie die zij op de betrokken markt innamen, de concrete weerslag van de inbreuk op deze markt voldoende kan omschrijven.

58 In dit verband moet worden vastgesteld dat rekwirantes punt 101 van het bestreden arrest onjuist lezen. Uit dit punt blijkt namelijk dat de verwijzing naar de marktleiderspositie van rekwirantes wordt beschouwd als een relevant criterium voor de beoordeling van hun daadwerkelijke economische macht om aan de andere marktdeelnemers aanzienlijke schade te berokkenen en niet, zoals rekwirantes betogen, voor de beoordeling van de concrete weerslag van de inbreuk op de markt.

59 Dit neemt niet weg dat het Gerecht zichzelf inderdaad heeft tegengesproken door enerzijds in punt 89 van het bestreden arrest te verklaren dat de beoordeling van de economische macht van een onderneming om aanzienlijke schade te berokkenen, noodzakelijkerwijze vereist dat de omvang van de markt wordt bepaald, en anderzijds in de punten 99 tot en met 101 van dat arrest te overwegen dat de ontoereikende motivering die het in dit verband heeft vastgesteld, kan worden verholpen door andere vaststellingen zoals, in casu, de marktleiderspositie die rekwirantes op die markt hadden.

60 Deze tegenstrijdigheid kan echter niet leiden tot de vaststelling, waarom rekwirantes verzoeken, dat het Gerecht onvoldoende rekening heeft gehouden met de schending door de Commissie van haar motiveringsplicht wat de omvang van de betrokken markt betreft.

61 Anders dan het Gerecht in punt 89 van het bestreden arrest heeft overwogen, impliceert het overeenkomstig punt 1, A, vierde alinea, van de richtsnoeren in aanmerking nemen van de daadwerkelijke economische macht van de inbreukmakers om aan de andere marktdeelnemers aanzienlijke schade te berokkenen, namelijk niet dat de omvang van de betrokken markt moet worden onderzocht.

62 Het is juist dat het Hof heeft geoordeeld dat, met het oog op de vaststelling van het boetebedrag, het marktaandeel van een onderneming relevant is om vast te stellen welke invloed die onderneming op de markt heeft kunnen uitoefenen (arrest van 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie, C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punt 139).

63 Om de redenen die de advocaat-generaal in de punten 98 tot en met 101 van zijn conclusie heeft uiteengezet, kan uit de in het voorgaande punt genoemde rechtspraak echter niet worden afgeleid dat voor de beoordeling van de invloed van een onderneming op de markt of, in de bewoordingen van de richtsnoeren, van de daadwerkelijke economische macht ervan om aan de andere marktdeelnemers aanzienlijke schade te berokkenen, deze macht moet worden gemeten door de Commissie ertoe te verplichten, eerst de markt af te bakenen en de omvang ervan te ramen aan de hand van de omzet van deze onderneming.

64 Bovendien zou in geval van een inbreuk zoals in casu aan de orde, die bestaat in een verdeling van markten, een zodanig formalistische uitlegging van het reeds aangehaalde arrest Baustahlgewebe/Commissie als die welke rekwirantes voorstaan, tot gevolg hebben dat aan de Commissie met betrekking tot de berekeningsmethode voor boeten een verplichting werd opgelegd die zij volgens vaste rechtspraak voor de toepassing van artikel 81 EG niet heeft, wanneer de betrokken inbreuk een mededingingsverstorend doel heeft (zie met name reeds aangehaalde arresten Aalborg Portland e.a./Commissie, punt 261, en Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissie, punt 125).

65 Het Gerecht heeft derhalve in de punten 99 tot en met 101 van het bestreden arrest terecht aangenomen dat de economische macht van rekwirantes om aan de andere

marktdeelnemers aanzienlijke schade te berokkenen, kon worden aangetoond door vaststellingen zoals dat zij marktleider waren op de betrokken markt.

66 Hieruit volgt dat, niettegenstaande de tegenstrijdige motivering in de redenering van het Gerecht waarop rekwirantes terecht hebben gewezen, het eerste onderdeel van het derde middel als niet ter zake dienend van de hand moet worden gewezen.

2. Tweede onderdeel van het derde middel: het Gerecht heeft onvoldoende rekening gehouden met de vaststelling dat de Commissie de motiveringsplicht heeft geschonden wat de concrete weerslag van de inbreuk op de markt betreft

a) Bestreden arrest

67 In de punten 109 tot met 112 van het bestreden arrest heeft het Gerecht het volgende overwogen:

„109 […] de inaanmerkingneming van de concrete weerslag op de markt is enkel vereist ‚wanneer die meetbaar is'. In de loop van de procedure heeft de Commissie echter nooit gesteld dat deze weerslag in casu niet meetbaar was, en zij heeft zich in haar verweer op dit punt ertoe beperkt, erop te wijzen dat aan de in de overeenkomsten tussen rekwirantes en Entaco overeengekomen verdeling van de productmarkten en van de geografische markt uitvoering is gegeven en dat deze ‚dus voor de concurrentievoorwaarden op de communautaire markten noodzakelijkerwijze reële gevolgen heeft gehad'.

110 Deze conclusie is echter niet overtuigend. […]

111 In de punten 318 tot en met 320 van de [litigieuze] beschikking heeft de Commissie […] zich […] in feite uitsluitend gebaseerd op een causaal verband tussen de uitvoering van de mededingingsregeling en de concrete weerslag ervan op de markt, wat echter voor de berekening van de boete niet voldoende is.

112 Bijgevolg heeft de Commissie onvoldoende voldaan aan haar motiveringsplicht in dit verband. De rechtsgevolgen die hieraan moeten worden verbonden, zullen in de punten 190 en volgende hierna worden onderzocht."

68 Wat de rechtsgevolgen betreft die de in punt 112 van het bestreden arrest genoemde niet-inachtneming van de motiveringsplicht zou kunnen hebben, heeft het Gerecht in de punten 188 en 189 van dat arrest vastgesteld dat in casu de inbreuk, die een verdeling van de productmarkten en van de geografische markt tot voorwerp had, een duidelijke inbreuk op het mededingingsrecht vormde die naar haar aard bijzonder zwaar was. Bijgevolg was de kwalificatie van de inbreuk als „zeer zwaar" in de litigieuze beschikking, gelet op de in de richtsnoeren gegeven definitie, volgens het Gerecht gerechtvaardigd.

69 In punt 190 van het bestreden arrest heeft het Gerecht hieraan toegevoegd:

„Aangaande de beoordeling van de concrete weerslag van de inbreuk op de markt is reeds vastgesteld dat de Commissie in de [litigieuze beschikking] niet heeft voldaan aan haar motiveringsplicht […] […] Dit motiveringsgebrek kan er in de omstandigheden van het onderhavige geval echter niet toe leiden, dat de opgelegde boete wordt ingetrokken of verlaagd, daar de kwalificatie van de inbreuk als ‚zeer zwaar' gegrond was en de Commissie heeft gekozen voor het voor een dergelijke inbreuk in de richtsnoeren voorziene minimum-uitgangsbedrag (ofwel, meer in het bijzonder, het maximumbedrag voor een ‚zware' inbreuk), te weten 20 miljoen EUR. De Commissie merkt namelijk terecht op dat de keuze voor het minimumbedrag in casu volstaat om rekening te houden met de vermindering van de weerslag van de inbreuk gedurende de periode waarin de inbreuk heeft plaatsgevonden."

b) Argumenten van partijen

70 Volgens rekwirantes heeft het Gerecht artikel 253 EG geschonden door te weigeren de litigieuze beschikking nietig te verklaren terwijl het had vastgesteld dat de motiveringsplicht was geschonden met betrekking tot de concrete weerslag van de inbreuk op de markt. Door in punt 190 van het bestreden arrest te oordelen dat dit motiveringsgebrek in de omstandigheden van het onderhavige geval niet tot de intrekking of de verlaging van de boete moest leiden omdat de kwalificatie van de inbreuk als „zeer zwaar" gegrond was, heeft het Gerecht vragen met betrekking tot de materiële wettigheid van die beschikking verward met vragen betreffende de rechtsgevolgen van een schending van de formele motiveringsplicht.

71 De Commissie is het oneens met de redenering van rekwirantes. Zij is echter van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van onjuiste rechtsopvattingen in de punten 109 tot en met 112 van het bestreden arrest. Enerzijds heeft het van de Commissie geëist dat zij aantoont dat de inbreuk geen meetbare concrete weerslag heeft op de markt, terwijl het zelf niet heeft vastgesteld dat deze weerslag meetbaar was. Anderzijds is het Gerecht in tegenspraak met vaste rechtspraak volgens welke de uitvoering van een overeenkomst met een mededingingsverstorend doel volstaat om de mogelijkheid uit te sluiten om te concluderen dat er geen weerslag op de markt is. Derhalve verzoekt de Commissie het Hof om vervanging van gronden door de vaststellingen in de punten 109 tot en met 112 met betrekking tot het bewijs en de meetbaarheid van de weerslag van de inbreuk op de markt terzijde te schuiven.

c) Beoordeling door het Hof

i) Verzoek van de Commissie om vervanging van gronden

72 Volgens vaste rechtspraak moet de hogere voorziening worden afgewezen wanneer in de motivering van een arrest van het Gerecht blijkt van een schending van het gemeenschapsrecht, maar het dictum ervan op andere rechtsgronden gerechtvaardigd voorkomt (zie met name arresten van 9 juni 1992, Lestelle/Commissie, C-30/91 P,

Jurispr. blz. I-3755, punt 28, en 9 september 2008, FIAMM e.a./Raad en Commissie, C-120/06 P en C-121/06 P, Jurispr. blz. I-6513, punt 187).

73 Zelfs indien een verzoek om vervanging van gronden zou kunnen worden aanvaard in de omstandigheden waarin het door de Commissie is geformuleerd, moet dit verzoek in casu worden afgewezen.

74 Wat in de eerste plaats de vraag betreft of de Commissie voor de berekening van de boete al dan niet verplicht is, een concrete weerslag van de inbreuk op de markt aan te tonen, zij eraan herinnerd dat deze weerslag weliswaar een factor is die in aanmerking moet worden genomen voor de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk, maar één criterium uit een reeks van andere is, zoals de eigen aard van de inbreuk en de omvang van de geografische markt. Evenzo blijkt uit punt 1, A, eerste alinea, van de richtsnoeren dat deze weerslag enkel in aanmerking moet worden genomen wanneer die meetbaar is (arrest van 9 juli 2009, Archer Daniels Midland/Commissie, C-511/06 P, Jurispr. blz. I-5843,, punt 125).

75 Wat horizontale mededingingsregelingen met betrekking tot prijzen of marktverdelingen betreft, blijkt uit de richtsnoeren ook dat deze mededingingsregelingen enkel op grond van hun eigen aard als zeer zware inbreuk kunnen worden gekwalificeerd, zonder dat de Commissie een concrete weerslag van de inbreuk op de markt hoeft aan te tonen. In deze situatie vormt de concrete weerslag van de inbreuk slechts één van de factoren aan de hand waarvan de Commissie, indien die weerslag meetbaar is, het uitgangsbedrag van de boete kan verhogen tot boven het mogelijke minimumbedrag van 20 miljoen EUR.

76 In casu had de betrokken mededingingsregeling een marktverdeling tot doel en kon zij derhalve als zeer zware inbreuk worden gekwalificeerd, zonder dat de Commissie een concrete weerslag daarvan op de markt hoefde aan te tonen.

77 In punt 111 van het bestreden arrest heeft het Gerecht echter vastgesteld dat de Commissie in het gedeelte van de litigieuze beschikking dat op de berekening van de boete betrekking heeft, onder het kopje „Concrete weerslag van de inbreuk" drie punten aan het onderzoek van dit criterium heeft gewijd.

78 In deze omstandigheden heeft het Gerecht, dat in punt 109 van het bestreden arrest heeft opgemerkt dat de Commissie in de loop van de procedure nooit had gesteld dat de concrete weerslag van de inbreuk niet meetbaar was, zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting enerzijds kunnen oordelen dat de Commissie van mening was dat de in de litigieuze beschikking omschreven weerslag meetbaar was en anderzijds dat zij voor de berekening van de hoogte van de boete met dit criterium rekening wilde houden.

79 Wat in de tweede plaats de gegevens betreft die de Commissie in een dergelijk geval ten bewijze van een concrete weerslag van de inbreuk op de markt moet aanleveren, moet haar stelling dat zij hiertoe zou kunnen volstaan met een verwijzing naar de uitvoering van de mededingingsregeling, worden afgewezen.

80 Een dergelijke verwijzing komt zonder aanvullend bewijs namelijk neer op een vermoeden dat de uitvoering van de mededingingsregeling een gevolg op de markt heeft gehad.

81 Ofschoon in geval van een overeenkomst met een mededingingsverstorend doel het bestaan van een concrete weerslag van de inbreuk niet noodzakelijk is voor de kwalificatie van de inbreuk als zeer zwaar, kan de Commissie door deze factor tevens in aanmerking te nemen, het uitgangsbedrag van de boete verhogen tot boven het volgens de richtsnoeren mogelijke minimumbedrag van 20 miljoen EUR, met geen ander plafond dan de bovengrens van 10 % van de totale omzet die de betrokken onderneming in het voorafgaande boekjaar heeft behaald, dat voor het totale bedrag van de boete is vastgelegd in artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003.

82 Gelet op deze gevolgen kan de Commissie, wanneer zij het voor de berekening van de boete opportuun acht om rekening te houden met deze facultatieve factor die de concrete weerslag van de inbreuk op de markt vormt, niet enkel een eenvoudig vermoeden naar voren brengen, maar moet zij, zoals de advocaat-generaal in punt 140 van zijn conclusie heeft opgemerkt, concrete, geloofwaardige en toereikende aanwijzingen aandragen op grond waarvan kan worden beoordeeld wat de daadwerkelijke invloed van de inbreuk op de mededinging op de betrokken markt heeft kunnen zijn.

83 Derhalve heeft het Gerecht niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de punten 110 en 111 van het bestreden arrest in wezen te oordelen dat de Commissie zich zonder nadere uitleg niet ertoe kon beperken, uit de uitvoering van de mededingingsregeling af te leiden dat deze reële gevolgen had op de markt, en dat zij haar beschikking niet enkel kon baseren op een causaal verband tussen de uitvoering van de mededingingsregeling en de concrete weerslag ervan op de markt.

84 Uit een en ander volgt dat het verzoek van de Commissie om vervanging van gronden hoe dan ook moet worden afgewezen.

ii) Argumenten van rekwirantes

85 Rekwirantes' argumenten dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting doordat het, na te hebben vastgesteld dat de motiveringsplicht was geschonden met betrekking tot de concrete weerslag van de inbreuk op de markt, heeft geweigerd de bestreden beschikking nietig te verklaren, kunnen niet worden aanvaard.

86 Wat het toezicht door de gemeenschapsrechter op beschikkingen van de Commissie op mededingingsgebied betreft, zij eraan herinnerd dat naast de eenvoudige wettigheidstoetsing, waarbij het beroep tot nietigverklaring slechts kan worden verworpen of de aangevochten handeling nietig kan worden verklaard, het Gerecht op basis van de volledige rechtsmacht die hem krachtens artikel 229 EG is toebedeeld bij artikel 31 van verordening nr. 1/2003, bevoegd is om de aangevochten handeling te wijzigen, zelfs als deze niet nietig wordt verklaard, rekening houdend met alle feiten en omstandigheden,

bijvoorbeeld om de hoogte van de boete te wijzigen (arrest Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 692).

87 In het kader van de wettigheidstoetsing heeft het Gerecht in punt 112 van het bestreden arrest in de eerste plaats vastgesteld dat er sprake was van een ontoereikende motivering wat één van de door de Commissie gehanteerde criteria betreft voor het bepalen van de zwaarte van een inbreuk op artikel 81 EG voor de berekening van de boete, namelijk het criterium van de concrete weerslag van de inbreuk op de markt. Gelet op het aantal criteria dat, zoals in punt 54 van dit arrest in herinnering is gebracht, kan worden gehanteerd door de Commissie om ter vaststelling van de boete te bepalen wat de zwaarte van een inbreuk op de mededingingsregels is, heeft het Gerecht niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de vaststelling die het ten aanzien van één van deze criteria had gedaan, niet automatisch tot de nietigverklaring, zelfs niet de gedeeltelijke nietigverklaring, van de litigieuze beschikking leidde.

88 In de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht heeft het Gerecht in de tweede plaats in punt 190 van het bestreden arrest het door hem vastgestelde gebrek in aanmerking genomen en onderzocht of dit gevolgen had gehad voor de hoogte van de boete en of er derhalve aanleiding bestond om deze hoogte aan te passen. In het kader van dit onderzoek heeft het Gerecht geoordeeld dat het niet opportuun was, het in de litigieuze beschikking vermelde uitgangsbedrag van de boete te wijzigen.

89 Het Gerecht heeft derhalve naar behoren beoordeeld, zowel in het kader van de wettigheidstoetsing als in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht, welke rechtsgevolgen moesten worden verbonden aan de schending door de Commissie van haar motiveringsplicht wat de concrete weerslag van de inbreuk op de markt betreft.

90 Het tweede onderdeel van het derde middel moet derhalve worden afgewezen.

91 Uit een en ander volgt dat het derde middel in zijn geheel ongegrond moet worden verklaard.

D — *Vierde middel: schending van de richtsnoeren en onjuiste beoordeling van de zwaarte van de inbreuk*

92 Dit middel omvat tevens twee onderdelen: volgens het eerste onderdeel is er geen rekening gehouden met de onjuiste vaststelling van de concrete weerslag van de inbreuk op de markt en volgens het tweede onderdeel is niet als verzachtende omstandigheid in aanmerking genomen dat rekwirantes de inbreuk vrijwillig zouden hebben beëindigd.

1. Eerste onderdeel van het vierde middel: er is geen rekening gehouden met de onjuiste vaststelling van de concrete weerslag van de inbreuk op de markt

a) Bestreden arrest

93 Dit onderdeel van het middel is met name gericht tegen de punten 188 tot en met 190 van het bestreden arrest, waarnaar wordt verwezen in de punten 68 en 69 van dit arrest.

b) Argumenten van partijen

94 Rekwirantes betogen dat het Gerecht in de punten 188 tot en met 190 van het bestreden arrest in twee opzichten blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Enerzijds heeft het geoordeeld dat het motiveringsgebrek betreffende de concrete weerslag van de inbreuk rechtens irrelevant was, aangezien deze inbreuk, gelet op de abstracte vorm ervan, als „zeer zwaar" kon worden gekwalificeerd. Dat aldus geen rekening is gehouden met de concrete omstandigheden van de inbreuk, is in strijd met zowel de richtsnoeren als de rechtspraak van het Hof en de beschikkingspraktijk van de Commissie. Anderzijds heeft het Gerecht ten onrechte geoordeeld dat het in de richtsnoeren voor een „zeer zware" inbreuk voorziene uitgangsbedrag van de boete een minimumbedrag vormt waarvan niet mag worden afgeweken. Deze benadering is in strijd met de beschikkingspraktijk van de Commissie en vormt een schending van het evenredigheidsbeginsel.

95 De Commissie verwijst voor een deel naar haar argumenten in het kader van het derde middel met betrekking tot de concrete weerslag van de inbreuk. Zij voegt hieraan toe dat het Gerecht het in de richtsnoeren voorziene uitgangsbedrag van de boete niet heeft aangemerkt als een drempel die niet mag worden overschreden, maar in de punten 206 en 223 van het bestreden arrest de evenredigheid ervan heeft onderzocht. Wat de argumenten van rekwirantes met betrekking tot de beschikkingspraktijk van de Commissie betreft, de door hen genoemde voorbeelden zijn hetzij irrelevant, hetzij nieuw dan wel onjuist.

c) Beoordeling door het Hof

96 Aangaande de eerste onjuiste rechtsopvatting waarop rekwirantes zich beroepen, inzake de vermeende abstracte kwalificatie van de inbreuk welke het Gerecht heeft verricht zonder acht te slaan op de onjuiste vaststelling van de concrete weerslag van de inbreuk op de markt, zij eraan herinnerd dat er voor de vaststelling van de hoogte van de boeten rekening moet worden gehouden met de duur van de inbreuken en met alle factoren die van belang kunnen zijn voor de beoordeling van de zwaarte ervan, zoals het gedrag van elk der ondernemingen, de rol die elk van hen heeft gespeeld om te komen tot de onderling afgestemde feitelijke gedragingen, de winst die zij uit deze gedragingen hebben kunnen behalen, hun omvang, de waarde van de betrokken goederen en het gevaar dat dergelijke inbreuken opleveren voor de doelstellingen van de Europese

Gemeenschap (zie reeds aangehaalde arresten Musique Diffusion française e.a./Commissie, punt 129, en Dansk Rørindustri e.a./Commissie, punt 242). Het gevolg van een mededingingsverstorende praktijk is derhalve op zich geen beslissende maatstaf om te beoordelen of het bedrag van de geldboete passend is. In het bijzonder kan de bedoeling van een praktijk belangrijker zijn dan de gevolgen ervan, vooral wanneer het, zoals in casu, gaat om op zich zware inbreuken zoals de verdeling van markten (zie arrest van 2 oktober 2003, Thyssen Stahl/Commissie, C-194/99 P, Jurispr. blz. I-10821, punt 118).

97 Aangaande de tweede onjuiste rechtsopvatting, inhoudende dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat het in de richtsnoeren voor een „zeer zware" inbreuk voorziene uitgangsbedrag van de boete een minimumdrempel vormt waarvan niet mag worden afgeweken, zij opgemerkt dat het Gerecht in punt 190 van het bestreden arrest enkel heeft onderzocht of het door hem vastgestelde gebrek met betrekking tot de beoordeling van de concrete weerslag van de inbreuk gevolgen had gehad voor de berekening van de hoogte van de boete. In het kader van dit onderzoek heeft het in de eerste plaats vastgesteld dat de Commissie het uitgangsbedrag niet had verhoogd op grond van de weerslag op de markt. In de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht heeft het in de tweede plaats geoordeeld dat het in de litigieuze beschikking gehanteerde uitgangsbedrag door de kwalificatie van de inbreuk als „zeer zwaar" kon worden gerechtvaardigd. Het feit dat het Gerecht het in de omstandigheden van het onderhavige geval niet opportuun heeft geacht om het door de Commissie vastgestelde uitgangsbedrag aan te passen, kan niet betekenen dat het Gerecht het bedrag van 20 miljoen EUR als een minimumdrempel heeft beschouwd waarbeneden niet mocht worden gegaan.

98 Wat het argument van rekwirantes inzake de beschikkingspraktijk van de Commissie betreft, volstaat het eraan te herinneren dat deze geen rechtskader vormt voor de vaststelling van de hoogte van geldboeten op het gebied van mededinging, aangezien de Commissie op dit gebied over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt bij de uitoefening waarvan zij niet is gebonden door haar eerdere beoordelingen (zie met name reeds aangehaalde arresten Dansk Rørindustri e.a./Commissie, punten 209-213, en Archer Daniels Midland/Commissie, punt 82).

99 Hieruit volgt dat het eerste onderdeel van het vierde middel moet worden afgewezen.

2. Tweede onderdeel van het vierde middel: er is niet als verzachtende omstandigheid in aanmerking genomen dat rekwirantes de inbreuk vrijwillig zouden hebben beëindigd

a) Bestreden arrest

100 In punt 211 van het bestreden arrest heeft het Gerecht onder verwijzing naar vaste rechtspraak overwogen dat er in het kader van de berekening van een wegens schending van de mededingingsregels opgelegde boete slechts sprake kan zijn van een verzachtende omstandigheid indien de betrokken ondernemingen er door het optreden van de Commissie toe zijn aangezet, hun mededingingsverstorende gedragingen te beëindigen.

101 Na in punt 212 van het bestreden arrest te hebben vastgesteld dat uit de litigieuze beschikking blijkt dat de voortijdige beëindiging van de onrechtmatige overeenkomst noch het gevolg is geweest van een optreden van de Commissie noch van een beslissing van rekwirantes om de inbreuk te beëindigen, maar van een economisch-strategische beslissing, heeft het Gerecht in punt 213 van dat arrest geoordeeld dat de voortijdige beëindiging van de overeenkomst reeds in aanmerking was genomen bij de beoordeling van de duur van de inbreuk en dus niet een verzachtende omstandigheid kon vormen.

b) Argumenten van partijen

102 Volgens rekwirantes heeft het Gerecht in de punten 211 en 213 van het bestreden arrest blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, voor zover zijn analyse er geen rekening mee houdt dat de inbreuk vrijwillig is beëindigd. Dat uit eigen initiatief van onrechtmatig gedrag wordt afgezien, zou een verzachtende omstandigheid moeten vormen, waarmee bij de beoordeling van de duur van de inbreuk geen rekening wordt gehouden.

103 De Commissie betoogt dat de analyse van het Gerecht in overeenstemming met vaste rechtspraak op dit gebied is en dat er geen aanleiding bestaat om die in twijfel te trekken.

c) Beoordeling door het Hof

104 Als een van de verzachtende omstandigheden die een verlaging van het basisbedrag van de boete kunnen meebrengen, noemt punt 3, derde streepje, van de richtsnoeren het feit dat de betrokken onderneming reeds bij de eerste stappen van de Commissie, met name de verificaties, de inbreuken heeft beëindigd.

105 In punt 158 van het reeds aangehaalde arrest Dalmine/Commissie heeft het Hof de beoordeling van het Gerecht bevestigd dat er geen sprake kan zijn van een verzachtende omstandigheid als bedoeld in punt 3, derde streepje, van de richtsnoeren wanneer de inbreuk reeds vóór de eerste stappen van de Commissie is beëindigd of wanneer de betrokken ondernemingen reeds voor dit tijdstip vastbesloten waren om deze te beëindigen.

106 Derhalve heeft het Gerecht niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zich op het standpunt te stellen dat de Commissie in de litigieuze beschikking terecht heeft geweigerd om aan te nemen dat er sprake is van verzachtende omstandigheden voor rekwirantes wegens hun beslissing om de overeenkomsten te beëindigen die een inbreuk opleveren, omdat deze beslissing, zoals rekwirantes zelf aangeven, voorafgaand aan en onafhankelijk van enige stap van de Commissie was genomen.

107 In deze omstandigheden moeten het tweede onderdeel van het vierde middel en derhalve het vierde middel in zijn geheel worden afgewezen.

E — *Vijfde middel: schending van het evenredigheidsbeginsel bij de vaststelling van de hoogte van de boete*

1. Bestreden arrest

108 In de punten 228 tot en met 232 van het bestreden arrest heeft het Gerecht onderzocht of de hoogte van de bij de litigieuze beschikking opgelegde boete evenredig was, gelet op achtereenvolgens de omvang van de betrokken markten, de omvang en de economische macht van rekwirantes, hun financiële draagkracht en het risico dat hun in de zaak „sluitingen" een boete wordt opgelegd. In punt 233 van dat arrest heeft het geconcludeerd dat het argument van rekwirantes inzake schending van het evenredigheidsbeginsel in zijn geheel moest worden afgewezen.

2. Argumenten van partijen

109 Rekwirantes stellen dat het Gerecht bij de vaststelling van de zwaarte van de inbreuk in het kader van de bepaling van de hoogte van de boeten het evenredigheidsbeginsel in twee opzichten heeft geschonden. Enerzijds heeft het de richtsnoeren formalistisch toegepast, zonder de concrete omstandigheden van de inbreuk in aanmerking te nemen. Anderzijds heeft het enkel aan de hand van afzonderlijke criteria getoetst of de boete evenredig was, zonder het geheel van de omstandigheden van het onderhavige geval in aanmerking te nemen.

110 De Commissie betoogt dat dit middel niet-ontvankelijk is, omdat het Hof daarmee wordt verzocht, de hoogte van de boete opnieuw te onderzoeken. Subsidiair onderstreept zij dat het Gerecht gedetailleerd heeft onderzocht of de boete evenredig was en dat de argumenten van rekwirantes ongegrond zijn.

3. Beoordeling door het Hof

111 Wat het eerste argument van rekwirantes betreft, moet worden vastgesteld dat het in wezen een herhaling is van wat is uiteengezet in het kader van het tweede onderdeel van het vierde middel en dus moet worden afgewezen op dezelfde gronden als die welke tot de afwijzing van dat tweede onderdeel hebben geleid.

112 Aangaande het tweede argument moet worden opgemerkt dat dit in wezen een verzoek aan het Hof behelst om de door het Gerecht vastgestelde hoogte van de boete opnieuw te onderzoeken. Volgens vaste rechtspraak staat het echter niet aan het Hof om, wanneer het zich in het kader van een hogere voorziening uitspreekt, uit billijkheidsoverwegingen zijn oordeel in de plaats te stellen van dat van het Gerecht, dat zich in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht heeft uitgesproken over het bedrag van een geldboete die een onderneming wegens schending van het gemeenschapsrecht opgelegd heeft gekregen (zie met name reeds aangehaalde arresten Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, punt 614, en Dansk Rørindustri e.a./Commissie, punt 245).

113 Het vijfde middel moet derhalve niet-ontvankelijk worden verklaard.

114 Uit het voorgaande volgt dat de hogere voorziening in haar geheel moet worden afgewezen.

## VI — Kosten

115 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat ingevolge 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 dit is

gevorderd. Aangezien rekwirantes in het ongelijk zijn gesteld, moeten zij overeenkomstig de vordering van de Commissie worden verwezen in de kosten.

Het Hof van Justitie (Eerste kamer) verklaart:

**1) De hogere voorziening wordt afgewezen.**

**2) William Prym GmbH & Co. KG en Prym Consumer GmbH & Co. KG worden verwezen in de kosten.**

ondertekeningen