CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL

Y. BOT

van 26 maart 2009 [1]

Inhoud

I — Rechtskader . . . . . I - 8699

II — Feiten . . . . . I - 8701

III — Beroepsprocedure voor het Gerecht en bestreden arrest . . . . . I - 8703

IV — Procesverloop voor het Hof en conclusies van partijen . . . . . I - 8704

V — Middelen . . . . . I - 8705

A — Door Erste aangevoerde middelen (C-125/07 P) . . . . . I - 8705

B — Door RZB aangevoerde middelen (C-133/07 P) . . . . . I - 8690

C — Door BA-CA aangevoerde middelen (C-135/07 P) . . . . . I - 8707

D — Door ÖVAG aangevoerde middelen (C-137/07 P) . . . . . I - 8709

VI — Voeging van de hogere voorzieningen en de bespreking ervan in deze conclusie . . . I - 8710

VII — Inleidende opmerkingen . . . . . I - 8710

A — Omvang van het toezicht van het Hof in het kader van de onderhavige hogere voorzieningen . . . . . I - 8711

B — *Juridische en feitelijke context van het toezicht op mededingingsbeperkende gedragingen en overeenkomsten* . . . . . I - 8713

VIII — Middelen betreffende schending van artikel 81, lid 1, EG . . . . . I - 8716

A — Eerste middel: onjuiste beoordeling van de voorwaarde van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten . . . . . I - 8716

1. Eerste middelonderdeel: onjuiste beoordeling van de geschiktheid van een kartel dat het gehele nationale grondgebied bestrijkt, om de handel tussen lidstaten merkbaar te beïnvloeden . . . . . I - 8719

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

a) Argumenten van partijen . . . . . I - 8719

b) Beoordeling . . . . . I - 8720

2. Tweede onderdeel van het middel: onjuiste beoordeling door het Gerecht, wegens een globaal onderzoek van de grensoverschrijdende werking van het kartel . . . . . I - 8724

a) Argumenten van partijen . . . . . I - 8724

b) Beoordeling . . . . . I - 8725

i) Eerste grief: onjuiste toepassing en uitlegging van de communautaire rechtspraak . . . . . I - 8725

— Het arrest VGB e.a./Commissie . . . . . I - 8725

— Het arrest Bagnasco e.a. . . . . I - 8728

ii) Onjuiste, ontoereikende en tegenstrijdige beoordeling door het Gerecht wat de afbakening van de relevante markt betreft . . . . . I - 8729

— De wijze waarop het Gerecht de grieven betreffende onjuiste afbakening van de relevante markt heeft beoordeeld . . . . . I - 8729

— Ontoereikende en tegenstrijdige motivering . . . . . I - 8732

— Onjuiste verwijzing naar het arrest SPO e.a./Commissie . . . . . I - 8734

3. Derde onderdeel van het middel: geen bewijs van merkbare ongunstige beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer . . . . . I - 8734

a) Argumenten van partijen . . . . . I - 8734

b) Beoordeling . . . . . I - 8735

4. Vierde onderdeel van het middel: geen onderzoek van de concrete gevolgen van het kartel op de markt . . . . . I - 8736

a) Argumenten van partijen . . . . . I - 8736

b) Beoordeling . . . . . I - 8736

B — Tweede middel: onjuiste toerekening van de aansprakelijkheid voor de inbreuk I - 8737

1. Argumenten van partijen . . . . . I - 8737

2. Beoordeling . . . . . I - 8738

IX — De middelen betreffende schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, doordat de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk en van het basisbedrag van de geldboete onjuiste rechtsopvattingen en een ontoereikende motivering bevat en de rechten van de verdediging schendt . . . . . I - 8742

A — Eerste middel: onjuiste rechtsopvattingen wat de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk betreft . . . . . I - 8742

1. Eerste onderdeel van het middel: niet-richtsnoerconforme beoordeling . . I - 8744

a) Argumenten van partijen . . . . . I - 8744

b) Beoordeling . . . . . I - 8745

2. Tweede onderdeel van het middel: onjuiste beoordeling van de „eigen aard" van de inbreuk . . . . . I - 8746

a) Argumenten van partijen . . . . . I - 8746

b) Beoordeling . . . . . I - 8747

3. Derde onderdeel van het middel: onjuiste beoordeling van de „concrete weerslag van de inbreuk op de markt" . . . . . I - 8749

a) Argumenten van partijen . . . . . I - 8749

b) Beoordeling . . . . . I - 8749

i) De benadering van de gemeenschapsrechter . . . . . I - 8751

ii) Mijn standpunt . . . . . I - 8755

4. Vierde onderdeel van het middel: onjuiste beoordeling van de „omvang van de betrokken geografische markt" . . . . . I - 8758

a) Argumenten van partijen . . . . . I - 8758

b) Beoordeling . . . . . I - 8758

5. Vijfde onderdeel van het middel: onjuiste beoordeling door het Gerecht van de invloed van het selectieve karakter van de vervolgingsmaatregelen en schending van de motiveringsplicht . . . . . I - 8759

a) Argumenten van partijen . . . . . I - 8759

b) Beoordeling . . . . . I - 8760

6. Zesde onderdeel van het middel: geen algehele beoordeling van de zwaarte van de inbreuk . . . . . I - 8761

a) Argumenten van partijen . . . . . I - 8761

b) Beoordeling . . . . . I - 8761

7. Zevende onderdeel van het middel: onjuiste beoordeling van de indeling van rekwirantes in categorieën . . . . . I - 8762

a) Grieven van rekwirantes . . . . . I - 8763

i) Eerste grief: onrechtmatige toerekening aan de centrale instellingen van de marktaandelen van de banken van de gedecentraliseerde sectoren . . . . . I - 8763

— Het toerekeningsbeginsel en de voor dat doel gebruikte beoordelingscriteria . . . . . I - 8763

— Schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, van het beginsel van de evenredigheid van de sanctie, van het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid voor inbreuken op het mededingingsrecht en van het gelijkheidsbeginsel . . . . . I - 8764

ii) Tweede grief: schending van de rechten van de verdediging . . . . I - 8765

iii) Derde grief: onjuiste beoordeling van de rol en de taken van de centrale instellingen binnen de bankgroepen . . . . . I - 8766

iv) Vierde grief: onjuiste vaststelling van de marktaandelen van Erste en de Sparkassensector . . . . . I - 8766

v) Vijfde grief: onjuiste opvatting van de feiten en van het bewijs . . . I - 8767

b) Beoordeling . . . . . I - 8768

i) Eerste grief: onrechtmatige toerekening aan de centrale instellingen van de marktaandelen van de banken van de gedecentraliseerde sectoren . . . . . I - 8768

B — Tweede middel: onjuiste rechtsopvattingen, motiveringsgebrek en onjuiste opvatting van bewijs wat het bestaan van verzachtende omstandigheden betreft I - 8770

a) Eerste onderdeel van het middel: onjuiste beoordeling door het Gerecht van het passieve gedrag van ÖVAG . . . . . I - 8771

i) Argumenten van partijen . . . . . I - 8771

— Eerste grief: onjuiste uitoefening door het Gerecht van zijn rechterlijke bevoegdheid . . . . . I - 8771

— Tweede grief: gebruik van een onjuist beoordelingscriterium . . . . I - 8771

— Derde grief: onjuiste opvatting van het voorgelegde bewijs . . . . . I - 8771

— Vierde grief: tegenstrijdige motivering . . . . . I - 8772

ii) Beoordeling . . . . . I - 8772

b) Tweede onderdeel van het middel: onjuiste beoordeling door het Gerecht van de deelneming van overheidsinstanties aan de gespreksronden van de banken . . . . . I - 8773

i) Argumenten van partijen . . . . . I - 8773

ii) Beoordeling . . . . . I - 8774

c) Derde onderdeel van het middel: onjuiste beoordeling door het Gerecht van het openbare karakter van de bijeenkomsten . . . . . I - 8776

i) Argumenten van partijen . . . . . I - 8776

ii) Beoordeling . . . . . I - 8776

C — Derde middel: onjuiste rechtsopvattingen, schending van het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en de rechten van verdediging, alsook ontoereikende en tegenstrijdige motivering wat de toepassing van deel D van de mededeling inzake medewerking betreft . . . . . I - 8777

1. Eerste onderdeel van het middel: onjuiste beoordeling door het Gerecht van de beoordelingsbevoegdheid van de Commissie en onjuiste uitoefening van zijn toetsingsbevoegdheid . . . . . I - 8780

a) Argumenten van partijen . . . . . I - 8780

b) Beoordeling . . . . . I - 8780

2. Tweede onderdeel van het middel: onjuiste rechtsopvattingen bij de toepassing van de mededeling inzake medewerking . . . . . I - 8781

a) Eerste grief: gebruik van een onjuist beoordelingscriterium en schending van het gelijkheidsbeginsel . . . . . I - 8781

i) Argumenten van partijen . . . . . I - 8781

ii) Beoordeling . . . . . I - 8782

b) Tweede grief: onjuiste rechtsopvattingen bij het onderzoek van de mate van de medewerking van de ondernemingen, schending van het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en van de eerbiediging van de rechten van de verdediging, alsook ontoereikende en tegenstrijdige motivering . . . . . I - 8783

i) Eerste argument van RZB: onjuiste beoordeling van het vrijwillige karakter van de antwoorden op de verzoeken om inlichtingen en schending van de rechten van de verdediging . . . . . I - 8784

— Argumenten van partijen . . . . . I - 8784

— Beoordeling . . . . . I - 8785

ii) Tweede argument: onjuiste rechtsopvattingen bij de beoordeling van de gemeenschappelijke beschrijving van de feiten . . . . . I - 8788

— Argumenten van partijen . . . . . I - 8788

— Beoordeling . . . . . I - 8789

iii) Derde argument: onjuiste beoordeling van de erkenning door RZB van het mededingingsverstorende doel van de inbreuk en schending van het gelijkheidsbeginsel . . . . . I - 8790

— Argumenten van partijen . . . . . I - 8790

— Beoordeling . . . . . I - 8790

iv) Vierde argument: omkering van de bewijslast wat de waarde van de medewerking van RZB betreft en schending van het vertrouwensbeginsel . . . . . I - 8791

— Argumenten van partijen . . . . . I - 8791

— Beoordeling . . . . . I - 8775

v) Vijfde argument: onjuiste rechtsopvattingen en tegenstrijdige motivering bij de beoordeling door het Gerecht van de waarde van de door BA-CA overgelegde aanvullende documenten . . . . . I - 8792

— Argumenten van partijen . . . . . I - 8792

— Beoordeling . . . . . I - 8793

vi) Zesde argument: niet-inaanmerkingneming van de antwoorden van BA-CA op de mededeling van de punten van bezwaar . . . . . I - 8794

— Argumenten van partijen . . . . . I - 8794

— Beoordeling . . . . . I - 8794

3. Derde onderdeel: miskenning van de rechten van de verdediging voor zover zij het recht om te worden gehoord, omvatten . . . . . I - 8795

a) Argumenten van partijen . . . . . I - 8795

b) Beoordeling . . . . . I - 8795

D — Vierde middel: schending van de rechten van de verdediging, voor zover zij het recht om te worden gehoord omvatten, en van de verplichting van het Gerecht tot motivering van zijn conclusies omtrent de verzoeken tot vermindering van de geldboeten . . . . . I - 8796

1. Argumenten van partijen . . . . . I - 8796

2. Beoordeling . . . . . I - 8796

X — Gevolgen van de vernietiging van het bestreden arrest . . . . . I - 8798

A — Eerste middel: onjuiste beoordeling van de zwaarte van de inbreuk en het basisbedrag van de geldboete, gezien het ontbreken van bewijs van een concrete invloed van het kartel op de markt . . . . . I - 8798

1. Argumenten van partijen . . . . . I - 8798

2. Beoordeling . . . . . I - 8799

B — Tweede middel: onjuiste beoordeling van de indeling van Erste, van RZB en van ÖVAG in categorieën ten behoeve van de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk en de berekening van het basisbedrag van de geldboete . . . . . I - 8804

1. De litigieuze beschikking . . . . . I - 8804

2. Samenvatting van de argumenten van partijen . . . . . I - 8805

3. Beoordeling . . . . . I - 8806

XI — Kosten . . . . . I - 8806

XII — Conclusie . . . . . I - 8817

1. De onderhavige zaak betreft de door vier Oostenrijkse banken, te weten de Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG [2] (C-125/07 P), de Raiffeisen Zentralbank Österreich AG [3] (C-133/07 P), de Bank Austria Creditanstalt AG [4] (C-135/07 P) en de Österreichische Volksbanken AG [5] (C-137/07 P), ingestelde hogere voorzieningen tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 14 december 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a./Commissie [6].

2. Met het bestreden arrest heeft het Gerecht in wezen beschikking 2004/138/EG van de Commissie [7] bevestigd, waarin werd vastgesteld dat deze ondernemingen inbreuk hadden gemaakt op artikel 81 EG door hun deelneming aan overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen op de markt van bankproducten en bankdiensten in Oostenrijk. Het Gerecht heeft evenwel bij zijn toetsing van de vaststellingen van de Commissie met betrekking tot de duur van de inbreuk en de samenwerking van de banken met de Commissie, de aan de Österreichische Postsparkasse AG (hierna: „PSK") opgelegde geldboete verlaagd.

3. In de onderhavige hogere voorzieningen bestrijden rekwirantes de beoordeling van het Gerecht betreffende de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan voor toepassing van artikel 81, lid 1, EG, met name de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten. Zij verwijten het Gerecht daarnaast artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 van de Raad [8] te hebben geschonden door met name de zwaarte van de inbreuk op onjuiste wijze te hebben beoordeeld bij de berekening van de geldboete. Ten slotte voeren rekwirantes meerdere grieven aan tegen de beoordeling van het Gerecht wat betreft het bestaan van verzachtende omstandigheden en de omvang van hun medewerking aan de procedure.

4. In de onderhavige conclusie zal ik het Hof voorstellen om het bestreden arrest te vernietigen daar het Gerecht in twee opzichten het recht heeft geschonden bij zijn beoordeling van de zwaarte van de inbreuk voor de berekening van het basisbedrag van de geldboete.

5. Ik ben namelijk van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de Commissie zich kon baseren op de uitvoering van het kartel om te concluderen dat er sprake was van een concrete invloed van de inbreuk op de markt. Voorts heeft het Gerecht blijk gegeven van een tweede onjuiste rechtsopvat-

2 — Hierna: „Erste".

3 — Hierna: „RZB".

4 — Hierna: „BA-CA". BA-CA is een instelling die is voortgekomen uit de fusie in september 1998 van Bank Austria AG (hierna: „BA") met Creditanstalt AG (hierna: „CA"). De handelsnaam is op 13 augustus 2002 gewijzigd.

5 — Hierna: „ÖVAG".

6 — T-259/02–T-264/02 en T-271/02, Jurispr. blz. II-5169 (hierna: „bestreden arrest").

7 — Beschikking van 11 juni 2002 in een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag in de zaak COMP/36.571/D-1 — Oostenrijkse banken („Lombardclub") (PB L 56, blz. 1; hierna: „litigieuze beschikking").

8 — Verordening van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204), zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1216/1999 van de Raad van 10 juni 1999 (PB L 148, blz. 5; hierna: „verordening nr. 17"). Ik wijs erop dat deze verordening is vervangen door 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 L 1, blz. 1).

ting en heeft het zijn arrest tegenstrijdig gemotiveerd door te oordelen dat de Commissie bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk en bij berekening van het basisbedrag van de geldboete, aan Erste, RZB en ÖVAG, als centrale instellingen, de marktaandelen van de banken van hun gedecentraliseerde sectoren kon toerekenen, terwijl zij hun niet het inbreukmakende gedrag van laatstgenoemden heeft toegerekend.

6. Aangezien het geding volgens mij in staat van wijzen is, stel ik het Hof voor om overeenkomstig artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof zelf definitief te beslissen over deze twee middelen die voor het Gerecht zijn aangevoerd. Aan het slot van deze uiteenzetting zal ik het Hof voorstellen om artikel 3 van de litigieuze beschikking nietig te verklaren en, zijn volledige rechtsmacht uitoefenend, het bedrag van de aan elk van de betrokken ondernemingen op te leggen geldboeten vast te stellen.

I — Rechtskader

7. Artikel 81 EG verbiedt „alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst".

8. In geval van schending van deze bepaling kan de Commissie overeenkomstig artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 „aan deze ondernemingen of ondernemersverenigingen geldboeten opleggen van ten minste [1 000 EUR] en ten hoogste [1 miljoen EUR], of tot een bedrag van ten hoogste tien procent van de omzet van elk der betrokken ondernemingen in het voorafgaande boekjaar".

9. Om zowel voor het bedrijfsleven als de gemeenschapsrechter de doorzichtigheid en de objectiviteit van haar beslissingen te waarborgen, heeft de Commissie in 1998 richtsnoeren openbaar gemaakt, waarin zij de methode van berekening van de geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 worden opgelegd, uitlegt. [9]

10. De richtsnoeren bepalen in punt 1 ervan, dat voor de berekening van het bedrag van de geldboeten het basisbedrag wordt bepaald volgens de criteria genoemd in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, te weten de zwaarte en de duur van de inbreuk.

11. De beoordeling van de zwaarte van een inbreuk is in de eerste plaats afhankelijk van de eigen aard van de inbreuk, van de concrete weerslag ervan op de markt wanneer die

9 — 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").

meetbaar is, en van de omvang van de betrokken geografische markt (punt 1 A, eerste alinea, van de richtsnoeren). In dat kader worden de inbreuken in drie grote categorieën ingedeeld, te weten de „niet te ernstige inbreuken", waarbij de mogelijke boetebedragen liggen tussen 1 000 EUR en 1 miljoen EUR, de „zware inbreuken", waarbij de mogelijke boetebedragen variëren van 1 tot 20 miljoen EUR, en de „zeer zware inbreuken", waarbij de boetebedragen meer dan 20 miljoen EUR bedragen (punt 1 A, tweede alinea, eerste tot en met derde gedachtestreepje).

12. In de tweede plaats wordt de zwaarte van de inbreuk beoordeeld in relatie tot de kenmerken van elke betrokken onderneming. Binnen elk van deze categorieën maakt de scala van sancties die kunnen worden opgelegd, het mogelijk naar gelang van de aard van de gepleegde inbreuken te differentiëren. De Commissie houdt aldus rekening met de daadwerkelijke economische macht van de betrokken ondernemingen om schade te berokkenen, en stelt het bedrag van de geldboete op een zodanig niveau dat daarvan een voldoende afschrikkende werking uitgaat (punt 1 A, vierde alinea, van de richtsnoeren). In dit stadium kan de Commissie de ondernemingen in verschillende categorieën indelen en het uitgangsbedrag van de geldboete voor elke onderneming wegen.

13. Verder houdt de Commissie rekening met de duur van de inbreuk.

14. Krachtens de punten 2 en 3 van de richtsnoeren kan de Commissie vervolgens verzwarende of verzachtende omstandigheden in aanmerking nemen om het basisbedrag te verhogen of te verlagen.

15. Bovendien kan de Commissie overeenkomstig punt 4 van de richtsnoeren haar mededeling van 18 juli 1996 betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen, toepassen.[10] Hierin is aangegeven onder welke voorwaarden ondernemingen die met de Commissie samenwerken bij het onderzoek van een mededingingsregeling, van geldboeten kunnen worden vrijgesteld of aanspraak kunnen maken op vermindering van de boete die hun anders zou worden opgelegd.

16. Punt D van de mededeling inzake medewerking luidt:

„D. Belangrijke vermindering van de geldboete

1. Wanneer een onderneming haar medewerking verleent zonder dat aan alle in [de punten] B of C genoemde voorwaarden is

10 — PB C 207, blz. 4; hierna: „mededeling inzake medewerking".

voldaan, komt zij in aanmerking voor een vermindering van 10 tot 50 % van de geldboete die haar zou zijn opgelegd.

2. Dit kan met name het geval zijn indien:

— een onderneming, voordat een mededeling van de punten van bezwaar is verzonden, aan de Commissie inlichtingen dan wel schriftelijke of andere bewijsstukken verstrekt die bijdragen tot het bewijs van het bestaan van de inbreuk;

— de onderneming na ontvangst van de mededeling van de punten van bezwaar aan de Commissie mededeelt dat zij de feiten waarop de Commissie haar beschuldigingen baseert, niet fundamenteel betwist."

17. Als algemene opmerking wordt in punt 5, sub a, eerste alinea, van de richtsnoeren gepreciseerd dat het uiteindelijke bedrag van de geldboete in geen geval 10 % van de mondiale omzet van de ondernemingen mag overschrijden, zoals is bepaald in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17.

II — Feiten

18. De feiten als blijkend uit het bestreden arrest kunnen worden samengevat als volgt.

19. Op 30 juni 1997 heeft de politieke partij Freiheitliche Partei Österreichs een klacht ingediend tegen acht Oostenrijkse kredietinstellingen op verdenking van deelneming aan met artikel 81 EG strijdige afspraken en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen. In juni 1998 heeft de Commissie in de kantoren van deze ondernemingen onaangekondigd verificaties uitgevoerd en hun vervolgens in september 1998 een verzoek om inlichtingen toegezonden. De grootste betrokken banken hebben de Commissie hun „medewerking" bij het onderzoek van de zaak aangeboden.

20. Op 13 september 1999 heeft de Commissie aan acht banken de mededeling van de punten van bezwaar van 11 september 1999 gezonden. De banken kregen inzage in het dossier en dienden schriftelijke opmerkingen in. Voorts vond een hoorzitting plaats. Op 22 november 2000 heeft de Commissie hun een aanvullende mededeling van punten van bezwaar toegezonden, waarover de betrokken ondernemingen schriftelijke en mondelinge opmerkingen hebben kunnen maken. De Commissie verwijt hun in wezen dat zij een door haar als „Lombardnetwerk" aangeduid systeem van gespreksronden

hebben opgebouwd, waarin zij regelmatig hun gedrag ten aanzien van alle belangrijke mededingingsparameters op de markt van bankproducten en -diensten in Oostenrijk coördineerden.

21. Op 11 juni 2002 heeft de Commissie de litigieuze beschikking vastgesteld.

22. De Commissie heeft de vastgestelde feiten als een complexe inbreuk van aanzienlijke duur gekwalificeerd. De adressaten van de beschikking zijn gekozen op basis van de frequentie van hun deelname aan de belangrijkste gespreksronden en hun rol op de Oostenrijkse bankmarkt, gelet op hun grootte.

23. Volgens de litigieuze beschikking waren afspraken tussen banken — vooral over voorwaarden en kosten — in Oostenrijk van oudsher gebruikelijk en berustten deels op een wettelijke grondslag. Deze grondslag is evenwel uiterlijk op 1 januari 1994 bij de toetreding van de Republiek Oostenrijk tot de Europese Economische Ruimte (EER) en de inwerkingtreding van de wet op het bankwezen (Bundesgesetz über das Bankwesen) [11] weggevallen. Volgens de Commissie zijn de kredietinstellingen niettemin afspraken blijven maken in het kader van een geïnstitutionaliseerd en fijnmazig netwerk van bancaire gespreksronden.

11 — BGBl. 1993, blz. 3903.

24. In de litigieuze beschikking wordt uiteengezet hoe dit, organisatorisch gevarieerde en inhoudelijk uitgebreide geheel de aangesloten instellingen in staat heeft gesteld om hun gedrag op de markt, met name met betrekking tot de rentetarieven en de bankkosten, regelmatig te coördineren.

25. De „Lombardclub" vormde de hoogste instantie en bestond uit de leidinggevende vertegenwoordigers van de grootste Oostenrijkse banken. Een niveau lager werden de technische gespreksronden gehouden, die betrekking hadden op specifieke producten (leningen, spaardeposito's), of gespecialiseerde ronden die met name waren gewijd aan het wholesale-bankbedrijf (bijvoorbeeld, met betrekking tot „zelfstandige ondernemers"), het retailbedrijf (bijvoorbeeld de „hypotheekloge") of onderwerpen op het gebied van de mededinging (bijvoorbeeld, de „exportclub"). In alle Oostenrijkse Länder werden regionale gespreksronden gehouden. De Commissie wijst op de bijzondere rol van de leidende instellingen, gewoonlijk „centrale instellingen" genoemd, als coördinatoren en vertegenwoordigers van hun gedecentraliseerde sectoren, namelijk Erste voor de Sparkassensector, RZB voor de Raiffeisensector en ÖVAG voor de Volksbankensector. [12]

12 — Zoals het Gerecht in punt 6 van het bestreden arrest heeft vastgesteld, wordt in Oostenrijk onderscheid gemaakt tussen banken met een enkelvoudige structuur en bankgroepen met een meerlagige, ook wel als „decentraal" aangeduide structuur.

26. In artikel 1 van de litigieuze beschikking stelt de Commissie vast dat de acht banken waaraan die beschikking is gericht, inbreuk hebben gemaakt op artikel 81, lid 1, EG doordat zij betrokken waren bij overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen betreffende prijzen, tarieven en reclameactiviteiten, welke in de periode van 1 januari 1995 tot 24 juni 1998 ten doel hadden de mededinging op de markt van bankproducten en bankdiensten in Oostenrijk te beperken.

27. Artikel 2 van de beschikking verplicht de bedoelde ondernemingen onverwijld een einde te maken aan de inbreuk.

28. Artikel 3 van de litigieuze beschikking legt elk van deze ondernemingen een geldboete op: een geldboete van 37,69 miljoen EUR aan Erste, van 30,38 miljoen EUR aan RZB, van 30,38 miljoen EUR aan Bank Austria AG en van 7,59 miljoen EUR aan ÖVAG.

29. Deze geldboeten zijn berekend op basis van de richtsnoeren en de mededeling inzake medewerking.

30. Wat de zwaarte van de inbreuk betreft, kwalificeert de Commissie de gespreksronden als zeer ernstige inbreuk op artikel 81 EG, ook al is de betrokken geografische markt betrekkelijk gering van omvang. Vervolgens verdeelt zij de deelnemers aan de afspraken op basis van hun respectieve marktaandelen in vijf categorieën. Daarbij rekent zij aan de centrale instellingen de marktaandelen toe van de banken van hun gedecentraliseerde sector.

31. Wat de duur van de inbreuk betreft, neemt de Commissie de periode van 1 januari 1995 tot eind juni 1998 in aanmerking. Gezien die duur heeft zij het uitgangsbedrag met 35 % verhoogd.

32. De Commissie houdt bij geen enkele bank rekening met „verzachtende omstandigheden". Op de voet van de mededeling inzake medewerking kent zij daarentegen de adressaten van de litigieuze beschikking een verlaging van de geldboete toe van 10 % wegens het „niet-betwisten" van de feiten.

III — Beroepsprocedure voor het Gerecht en bestreden arrest

33. RZB, bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het Gerecht op 30 augustus 2002, en vervolgens Erste, BA-CA en ÖVAG, bij verzoekschriften neergelegd op 2 september 2002, evenals de andere adressaten van de litigieuze beschikking hebben beroep tot

nietigverklaring van de genoemde beschikking ingesteld.

34. Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht de beroepen van rekwirantes verworpen en hen verwezen in de kosten.

IV — Procesverloop voor het Hof en conclusies van partijen

35. Krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie hebben Erste, bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het Hof op 2 maart 2007, en RZB, BA-CA en ÖVAG, bij verzoekschriften neergelegd op 6 maart 2007, hogere voorziening ingesteld tegen het bestreden arrest.

36. Erste, RZB, BA-CA en ÖVAG concluderen dat het het Hof behage:

— primair, het bestreden arrest te vernietigen voor zover daarbij hun beroep tot nietigverklaring is verworpen, en de litigieuze beschikking nietig te verklaren;

— subsidiair, het bedrag van de geldboete die hun is opgelegd bij artikel 3 van genoemde beschikking te verlagen;

— de Commissie in elk geval in de kosten te verwijzen, en

— uiterst subsidiair, verzoeken Erste en ÖVAG het Hof eveneens om het bestreden arrest te vernietigen en de zaak naar het Gerecht te verwijzen.

37. De Commissie concludeert in alle zaken dat het het Hof behage om:

— de hogere voorzieningen van rekwirantes in hun geheel te verwerpen;

— het bestreden arrest te bekrachtigen, en

— rekwirantes te verwijzen in de kosten van de procedure.

V — Middelen

A — *Door Erste aangevoerde middelen (C-125/07 P)*

38. Erste voert drie middelen aan waarmee zij nietigverklaring van de beschikking in haar geheel dan wel verlaging van het bedrag van de aan haar opgelegde geldboete tracht te bereiken.

39. Als eerste middel voert Erste schending van artikel 81, lid 1, EG aan. Dit middel valt uiteen in twee onderdelen:

— het eerste onderdeel is ontleend aan onjuiste beoordeling van de voorwaarde ter zake van de beïnvloeding van de handel tussen lidstaten,

— het tweede aan een onjuiste rechtsopvatting betreffende de toerekening van de inbreuk.

40. Als tweede middel stelt Erste schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 wegens onjuiste beoordeling van de zwaarte van de inbreuk en van het uitgangsbedrag van de geldboete. Ter ondersteuning van dit middel betwist Erste de indeling in categorieën, waartoe de Commissie is overgegaan ten behoeve van de berekening van de geldboete. Dit middel bestaat uit twee onderdelen:

— het eerste onderdeel komt met rechtsklachten op tegen de toerekening aan Erste van marktaandelen van de gedecentraliseerde Sparkassensector,

— het tweede onderdeel is ontleend aan een onjuiste vaststelling van marktaandelen van Erste en van de gedecentraliseerde Sparkassensector.

41. Ten slotte voert Erste als derde middel schending van haar rechten van verdediging aan, doordat de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar haar er niet op heeft gewezen dat zij de marktaandelen van de gedecentraliseerde Sparkassensector zou toerekenen aan rekwirante.

B — *Door RZB aangevoerde middelen (C-133/07 P)*

42. RZB voert eveneens drie middelen aan, in wezen strekkende tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking in haar geheel dan wel verlaging van de aan haar opgelegde geldboete.

43. Met haar eerste middel betwist RZB dat er sprake is van een inbreuk op artikel 81, lid 1, EG, wegens onjuiste beoordeling van de voorwaarde betreffende de beïnvloeding van de handel tussen lidstaten.

44. Ter ondersteuning van haar tweede middel voert RZB schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 aan, in zoverre dat het onderzoek van de zwaarte van de inbreuk onjuist zou zijn en op onjuiste rechtsopvattingen zou berusten. Dit middel valt uiteen in zes onderdelen:

— in het kader van de eerste drie onderdelen stelt rekwirante dat het Gerecht, respectievelijk, de aard van de inbreuk, de concrete weerslag ervan op de markt en de omvang van de betrokken geografische markt onjuist heeft beoordeeld;

— ter ondersteuning van het vierde onderdeel stelt zij dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, door het selectieve karakter van de vervolgingsmaatregelen niet in aanmerking te nemen;

— in het kader van het vijfde onderdeel verwijt rekwirante het Gerecht dat het de zwaarte van de inbreuk niet als geheel heeft gewaardeerd, en

— ter ondersteuning van het zesde onderdeel kritiseert RZB de indeling in categorieën, waartoe de Commissie is overgegaan ten behoeve van de berekening van de geldboete. Zij betwist de aan haar toegerekende marktaandelen van haar gedecentraliseerde sector en voert dienaangaande vijf grieven aan. In de eerste plaats mist een dergelijke toerekening rechtsgrondslag. In de tweede plaats wordt het beginsel van een aan de zwaarte van de feiten aangepaste sanctie geschonden, in de derde plaats het beginsel van de persoonlijke aard van de aansprakelijkheid voor inbreuken op het mededingingsrecht en, in de vierde plaats, het gelijkheidsbeginsel. Ten slotte is de motivering van het bestreden arrest op dit punt tegenstrijdig.

45. Het derde middel van RZB bevat rechtsklachten tegen de toepassing van punt D van

de mededeling inzake medewerking. Dit middel omvat twee onderdelen:

— het eerste onderdeel klaagt over het gebruik van een onjuist beoordelingscriterium. RZB voert ter zake twee grieven aan: in de eerste plaats betreffende schending van het verbod van terugwerkende kracht, en in de tweede plaats schending van het vertrouwensbeginsel.

— het tweede onderdeel klaagt over onjuiste beoordeling van de omvang van de medewerking van RZB aan de procedure en valt uiteen in vier grieven:

— de drie eerste grieven betreffen, in de eerste plaats, een onjuiste beoordeling van het vrijwillige karakter van de antwoorden op de verzoeken om inlichtingen, in de tweede plaats, een onjuiste rechtsopvatting bij de beoordeling van de gemeenschappelijke beschrijving van de feiten en, in de derde plaats, een onjuiste beoordeling van de erkenning door RZB van het mededingingsbeperkende doel van de inbreuk, en

— ter ondersteuning van de vierde grief verwijt RZB het Gerecht dat het de bewijslast heeft omgekeerd wat de waarde van haar medewerking betreft en dat het daardoor het vertrouwensbeginsel heeft geschonden.

C — Door BA-CA aangevoerde middelen (C-135/07 P)

46. BA-CA voert vier middelen aan, alle gericht op verlaging van het bedrag van de geldboete die artikel 3 van de litigieuze beschikking haar heeft opgelegd.

47. Met haar eerste middel voert rekwirante schending aan van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 doordat de zwaarte van de inbreuk, en met name van de concrete gevolgen daarvan op de markt, onjuist zijn beoordeeld. Dit middel bestaat uit twee onderdelen:

— het eerste is ontleend aan een onjuiste beoordeling van het bestaan van door de gespreksronden veroorzaakte economische gevolgen,

— het tweede aan schending van de beginselen van de bewijsvoering.

48. Ter ondersteuning van haar tweede middel stelt BA-CA onjuiste beoordeling van de verzachtende omstandigheden. Het valt uiteen in twee onderdelen:

— met het eerste onderdeel verwijt BA-CA het Gerecht dat het geen rekening heeft gehouden met de deelneming van bepaalde overheidsinstanties aan de bijeenkomsten, en

— ter ondersteuning van het tweede onderdeel stelt rekwirante dat het Gerecht blijk heeft gegeven van verschillende onjuiste rechtsopvattingen, door het openbare karakter van de gespreksronden niet in aanmerking te nemen.

49. Het derde middel van BA-CA klaagt over verschillende onjuiste rechtsopvattingen alsook over schending van fundamentele beginselen wat de toepassing van punt D van de mededeling inzake medewerking betreft:

— het eerste onderdeel bestrijdt het oordeel van het Gerecht wat de beoordelingsbevoegdheid van de Commissie en de uitoefening van zijn eigen rechterlijke toetsing betreft;

— het tweede onderdeel betreft het gebruik van een onjuist beoordelingscriterium en schending van het gelijkheids- en het vertrouwensbeginsel;

— het derde onderdeel betreft een onjuiste beoordeling van de omvang van de medewerking van BA-CA. Het valt uiteen in vier grieven:

— de eerste twee grieven zijn ontleend aan onjuiste beoordeling van, in de eerste plaats, de waarde van de gemeenschappelijke beschrijving van de feiten en, in de tweede plaats, de waarde van de aanvullende documenten die door rekwirante zijn overgelegd;

— de derde grief verwijt het Gerecht dat het geen rekening heeft gehouden met BA-CA's antwoorden op de mededeling van punten van bezwaar, en

— de vierde grief, ten slotte, is ontleend aan een schending van het recht om te worden gehoord.

50. Ter ondersteuning van haar vierde middel stelt BA-CA dat het Gerecht bij zijn conclusies met betrekking tot de verzoeken om verlaging van de geldboeten haar rechten van verdediging heeft miskend, voor zover deze het recht om te worden gehoord omvatten.

D — *Door ÖVAG aangevoerde middelen (C-137/07 P)*

51. Evenals Erste en RZB, voert ÖVAG eveneens drie middelen aan strekkende tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking, althans verlaging van het bedrag van de geldboete die de Commissie haar heeft opgelegd.

52. Met haar eerste middel bestrijdt ÖVAG dat er sprake is van een schending van artikel 81, lid 1, EG, wegens een onjuiste beoordeling van de voorwaarde van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten. Dit middel bestaat uit drie onderdelen:

— het eerste onderdeel bestrijdt met rechts- en motiveringsklachten de aangenomen mogelijkheid dat een louter nationaal kartel het intracommunautaire handelsverkeer ongunstig kan beïnvloeden;

— het tweede onderdeel heeft betrekking op onjuiste rechtsopvattingen waarvan het Gerecht blijk heeft gegeven bij het algehele onderzoek van de grensoverschrijdende werking van het kartel. Rekwirante voert wat dat betreft twee grieven aan: in de eerste plaats, onjuiste beoordeling van de communautaire rechtspraak en, in de tweede plaats, onjuiste, ontoereikende en tegenstrijdige beoordeling van de omschrijving van de relevante markt;

— het derde onderdeel klaagt dat in het bestreden arrest niet is aangetoond dat het kartel concrete gevolgen op de markt had.

53. Rekwirante voert met haar tweede middel schending aan van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, voor zover de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk en met name de indeling in categorieën, waartoe de

Commissie is overgegaan voor de berekening van de geldboete, onjuist is.

54. Het derde middel klaagt over onjuiste rechtsopvattingen, ontoereikende motivering en verdraaiing van de feiten wat de beoordeling van de verzachtende omstandigheden betreft.

57. Vervolgens zal ik de middelen onderzoeken, strekkende tot verlaging van het in artikel 3 van de Commissiebeschikking vastgestelde bedrag van de geldboete. Hierbij komen de middelen aan bod die zijn ontleend aan onjuiste beoordeling van de zwaarte van de inbreuk en de indeling van rekwirantes in categorieën. Daarna zal ik de middelen onderzoeken betreffende de beoordeling van de verzachtende omstandigheden en de medewerking van de ondernemingen aan de procedure. Ten slotte zal ik mij buigen over het laatste door BA-CA aangevoerde middel, te weten schending van de rechten van verdediging en de motiveringsplicht.

VI — Voeging van de hogere voorzieningen en de bespreking ervan in deze conclusie

55. Wegens hun verknochtheid zijn de onderhavige zaken voor het arrest gevoegd, overeenkomstig artikel 43 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof. Voor zover bepaalde door rekwirantes aangevoerde middelen overeenstemmen, heb ik er vanwege de duidelijkheid voor gekozen om ze gezamenlijk te bespreken.

58. Alvorens met mijn bespreking te beginnen, wil ik een paar opmerkingen maken ter verduidelijking van het rechtskader waarbinnen het Hof de onderhavige hogere voorzieningen zal onderzoeken.

VII — Inleidende opmerkingen

56. Bij mijn bespreking zal ik om te beginnen de middelen onderzoeken, gericht tegen de rechtmatigheid van de litigieuze beschikking in haar geheel. In dit verband zal ik de middelen bespreken waarmee wordt betwist dat er inbreuk is gemaakt op artikel 81, lid 1, EG, als bedoeld in artikel 1 van deze beschikking.

59. Deze opmerkingen hebben enerzijds betrekking op het rechterlijk toezicht van het Hof in het kader van een hogere voorziening en anderzijds op de juridische en feitelijke context van het onderzoek naar en de bestraffing van mededingingsbeperkende gedragingen.

A — *Omvang van het toezicht van het Hof in het kader van de onderhavige hogere voorzieningen*

60. In hogere voorziening is de taak van het Hof beperkt tot de toetsing of het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de uitoefening van zijn rechterlijk toezicht.

61. Krachtens artikel 225, lid 1, EG en artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie is de hogere voorziening beperkt tot rechtsvragen en moet zij zijn gebaseerd op middelen ontleend aan onbevoegdheid van het Gerecht, onregelmatigheden in de procedure voor het Gerecht, dan wel schending van het gemeenschapsrecht door het Gerecht. Bovendien moet ingevolge artikel 112, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering het verzoekschrift in hogere voorziening de aangevoerde middelen en argumenten rechtens vermelden.

62. Op de grondslag van deze bepalingen heeft het Hof de ontvankelijkheidsvoorwaarden voor hogere voorzieningen tegen arresten van het Gerecht gepreciseerd.

63. In de eerste plaats moet een hogere voorziening volgens het Hof nauwkeurig aangeven, tegen welke onderdelen van het arrest waarvan de vernietiging wordt gevorderd, zij is gericht, en op welke juridische argumenten die vordering specifiek is gestoeld. [13]

64. In de tweede plaats kan een rekwirant middelen en argumenten die hij niet voor het Gerecht heeft aangevoerd, niet voor het eerst voor het Hof aanvoeren. Anders zou hij bij het Hof, niettegenstaande diens beperkte bevoegdheid in hogere voorziening, een geschil aanhangig kunnen maken met een ruimere strekking dan het geschil waarvan het Gerecht kennis heeft genomen. [14]

65. In de derde plaats acht het Hof een hogere voorziening niet ontvankelijk indien de rekwirant slechts de reeds voor het Gerecht aangevoerde middelen en argumenten herhaalt en noch toelicht noch specificeert op welk punt het bestreden arrest op een onjuiste rechtsopvatting zou berusten. In dat geval is de hogere voorziening volgens het Hof in werkelijkheid slechts gericht op een nieuw onderzoek van het bij het Gerecht ingediende verzoekschrift, iets waartoe het Hof niet bevoegd is. [15] Wanneer een rekwirant daarentegen de uitlegging of de toepassing van het gemeenschapsrecht door het Gerecht betwist, kunnen de in eerste aanleg onderzochte rechtspunten in hogere voorziening opnieuw worden behandeld. De hogere voorziening

13 — Arrest van 28 mei 1998, Deere/Commissie (C-7/95 P, Jurispr. blz. I-3111, punt 19 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

14 — Arrest van 21 september 2006, JCB Service/Commissie (C-167/04 P, Jurispr. blz. I-8935, punt 114 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

15 — Zie met name arrest 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, Jurispr. blz. I-123, punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

zou volgens het Hof ten dele aan betekenis inboeten indien de rekwirant deze niet aldus kon baseren op middelen en argumenten die hij reeds voor het Gerecht had aangevoerd. [16]

66. Uit de hierboven genoemde bepalingen volgt eveneens dat de hogere voorziening slechts kan steunen op middelen die betrekking hebben op schending van rechtsregels. Middelen die de beoordeling van de feiten betreffen, zijn in principe niet-ontvankelijk, behalve in twee uitdrukkelijk in de rechtspraak genoemde gevallen.

67. In principe is het Gerecht bij uitsluiting bevoegd om de feiten vast te stellen en te beoordelen. Wanneer de bewijzen regelmatig zijn verkregen en de algemene rechtsbeginselen alsmede de procedureregels inzake de bewijslast en de bewijsvoering zijn gerespecteerd, staat het eveneens alleen aan het Gerecht te beoordelen, welke waarde moet worden gehecht aan de hem voorgelegde bewijzen. [17]

68. In dat geval kan het Hof krachtens artikel 225 EG uitsluitend toezicht uitoefenen op de juridische kwalificatie van deze feiten en op de rechtsgevolgen die het Gerecht daaraan heeft verbonden. [18]

69. Het toezicht van het Hof is aldus, met name in het kader van de toepassing van artikel 81 EG en artikel 15 van verordening nr. 17, tweeledig. Enerzijds dient het na te gaan, of het Gerecht op juridisch correcte wijze alle factoren in aanmerking heeft genomen die van belang zijn voor de beoordeling van de ernst van een bepaalde gedraging vanuit het oogpunt van artikel 81 EG en artikel 15 van verordening nr. 17. En anderzijds, of het Gerecht rechtens genoegzaam antwoord heeft gegeven op alle aangevoerde argumenten die strekken tot intrekking of verlaging van de geldboete. [19] Daarentegen staat het niet aan het Hof om 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 de geldboetes die ondernemingen zijn opgelegd. [20]

70. Zoals ik reeds heb gesteld, bestaan er twee gevallen waarin het Hof grieven inzake de vaststelling en de beoordeling van de feiten kan behandelen. [21]

16 — Arrest van 18 januari 2007, PKK en KNK/Raad (C-229/05 P, Jurispr. blz. I-439, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

17 — Arrest JCB Service/Commissie, reeds aangehaald (punt 107 en aldaar aangehaalde rechtspraak), alsook arrest van 10 mei 2007, SGL Carbon/Commissie (C-328/05 P, Jurispr. blz. I-3921, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

18 — Zie met name reeds aangehaalde arresten JCB Service/Commissie (punt 106 en aldaar aangehaalde rechtspraak) en SGL Carbon/Commissie (punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

19 — Zie arresten van 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie (C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punt 128); 29 april 2004, British Sugar/Commissie (C-359/01 P, Jurispr. blz. I-4933, punt 47); 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 244), en 8 februari 2007, Groupe Danone/Commissie (C-3/06 P, Jurispr. blz. I-1331, punt 69).

20 — Zie met name reeds aangehaalde arresten Baustahlgewebe/Commissie (punt 129), British Sugar/Commissie (punt 48) en Dansk Rørindustri e.a./Commissie (punt 245).

21 — Zie arrest PKK en KNK/Raad, reeds aangehaald (punt 35).

71. Ten eerste wanneer volgens de stellingen van de rekwirant de bevindingen van het Gerecht blijkens de processtukken materieel onjuist zijn.

72. Ten tweede wanneer het Gerecht het hem voorgelegde bewijs onjuist heeft opgevat volgens de rekwirant. In deze situatie kan het Hof, dat in principe niet bevoegd is om de bewijzen die het Gerecht ter ondersteuning van de feiten heeft benut, rechterlijk toezicht uitoefenen. De rekwirant dient nauwkeurig aan te geven welke bewijzen het Gerecht onjuist heeft opgevat en welke beoordelingsfouten het Gerecht naar zijn mening tot deze onjuiste opvatting hebben gebracht. Volgens vaste rechtspraak moet een dergelijke onjuiste opvatting duidelijk uit de processtukken moet blijken, zonder dat een nieuwe beoordeling van de feiten en de bewijzen dient te worden verricht en zonder gebruik te maken van nieuwe bewijselementen. [22]

73. Op basis van deze overwegingen zal ik de ontvankelijkheid van de door rekwirantes in de onderhavige hogere voorzieningen aangevoerde middelen en argumenten onderzoeken.

22 — Zie met name reeds aangehaalde arresten JCB Service/Commissie (punt 108 en aldaar aangehaalde rechtspraak) en PKK en KNK/Raad (punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

B — *Juridische en feitelijke context van het toezicht op mededingingsbeperkende gedragingen en overeenkomsten* [23]

74. De deelname van een onderneming aan mededingingsbeperkende gedragingen en overeenkomsten is een economisch delict, dat gericht is op de maximering van de winst door middel van, in het algemeen, vrijwillige beperking van het aanbod, kunstmatige verdeling van de markt en kunstmatige verhoging van de prijzen. Het effect van dergelijke gedragingen of overeenkomsten is de vrije mededinging te beperken en de totstandkoming van de gemeenschappelijke markt te verhinderen, met name doordat het intracommunautaire handelsverkeer wordt belemmerd. Aangezien dit type horizontaal kartel de rentetarieven, dat wil zeggen uiteindelijk de door de consument betaalde prijzen, ongunstig beïnvloedt, vormt het één van de ernstigste mededingingsbeperkende gedragingen. [24] De tarieven voor debet- en creditrente, waarop de onderhavige zaken betrekking hebben, vormen één van de aan de kredietinstellingen ter beschikking staande middelen om met elkaar te concurreren, door hogere tarieven aan te beiden als vergoeding bepaalde spaarrekeningen of lagere tarieven als tegenprestatie voor verstrekte leningen. Het bestaan van kartelafspraken tussen kredietinstellingen om deze tarieven vast te stellen, elimineert die concurrentie. Dit

23 — Ik verwijs in zoverre naar de punten 53 e.v. van het arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, reeds aangehaald.

24 — Zie wat dat betreft beslissing nr. 2000-D-28 van 19 september 2000 van de Conseil de la concurrence (Franse mededingingsautoriteit) betreffende de mededingingssituatie in de sector van de hypothecaire kredieten (BOCCRF nr. 13, van 5 december 2000) en arrest van de Cour d'appel te Paris van 27 november 2001 op het hoger beroep van SA Caisse nationale du crédit agricole, SA Société générale, SA BNP Paribas, SA Crédit lyonnais, Confédération nationale du crédit mutuel, Fédération du crédit mutuel océan, caisse régionale du Crédit agricole de la Loire-Atlantique, SA Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance (CNCEP) en Caisse d'épargne des Alpes tegen beslissing nr. 2000-D-28 van 19 september 2000 van de Conseil de la concurrence betreffende de mededingingssituatie in de sector van de hypothecaire kredieten (BOCCRF nr. 2, van 31 januari 2002).

heeft rechtstreeks gevolgen voor de consument, omdat hem zijn onderhandelingsruimte wordt ontnomen en hij niet meer van de voordelen daarvan kan profiteren.

75. De bij verordening nr. 17 aan de Commissie verleende bevoegdheden hebben tot doel haar in staat te stellen om de taak te vervullen die haar in artikel 81 EG is opgedragen, namelijk erop toe te zien dat de mededingingsregels op de gemeenschappelijke markt worden geëerbiedigd. Zoals immers uit het voorgaande punt blijkt, is het in het algemeen belang om mededingingsbeperkende gedragingen en overeenkomsten te voorkomen, op te sporen en te bestraffen.

76. Aangezien de geldboeten die de ondernemingen kunnen worden opgelegd, algemeen bekend zijn, is het gebruikelijk dat de activiteiten die de mededingingsbeperkende overeenkomsten inhouden, zich heimelijk afspelen, dat de bijeenkomsten in het geheim plaatsvinden, meestal in een derde land, en dat de erop betrekking hebbende documentatie tot het minimum blijft beperkt.

77. Zelfs wanneer de Commissie stukken ontdekt, zoals notulen van een bijeenkomst, waaruit duidelijk blijkt dat er ongeoorloofd contact is geweest tussen ondernemers, zijn deze stukken normaliter slechts onvolledig en schaars, zodat het dikwijls noodzakelijk is om door middel van deductie bepaalde details te reconstrueren.

78. In het merendeel van de gevallen moet het bestaan van een mededingingsbeperkende gedraging of overeenkomst worden afgeleid uit een bepaald aantal toevalligheden en aanwijzingen die, bij elkaar genomen, het bewijs kunnen vormen, bij gebrek aan een andere logische verklaring, van een schending van de mededingingsregels.

79. Zoals het geval is in de onderhavige zaken kan de Commissie bovendien worden geconfronteerd met moeilijkheden die verband houden met de complexe structuur van bepaalde ondernemers, met herstructureringen en met wijzigingen van de rechtspersoonlijkheid van ondernemingen.

80. Ik wil er in dit verband aan herinneren dat artikel 81 EG zich richt op de activiteiten van „ondernemingen". Een rechtsvorm- en naamswijziging van een onderneming betekent voor de toepassing van deze bepaling niet noodzakelijkerwijs dat er een nieuwe onderneming ontstaat die voor de mededingingsbeperkende gedragingen van de voorgaande niet aansprakelijk is, wanneer beide ondernemingen uit economisch oogpunt als een en dezelfde onderneming zijn te beschouwen. [25]

81. De mededeling van de punten van bezwaar dient echter op ondubbelzinnige wijze te vermelden aan welke rechtspersoon eventueel een geldboete zal worden opgelegd,

25 — Zie in deze zin arrest van 28 maart 1984, Compagnie royale asturienne des mines en Rheinzink/Commissie (29/83 en 30/83, Jurispr. blz. 1679, punt 9).

en deze mededeling tot deze rechtspersoon te zijn gericht. [26]

82. Om het nuttig effect te garanderen van de onderzoeksbevoegdheid die haar is verleend bij artikel 11, leden 1 en 5, van verordening nr. 17, heeft de Commissie het recht om een onderneming, zonodig bij beschikking, te verplichten alle noodzakelijke inlichtingen te verschaffen over haar mogelijk bekende feiten en zo nodig de daarop betrekking hebbende documenten waarover deze onderneming beschikt aan de Commissie over te leggen, zelfs wanneer ze kunnen dienen om jegens deze onderneming of jegens een andere onderneming het bestaan van een mededingingsbeperkende gedraging vast te stellen.

83. Verordening nr. 17 legt de onderneming waartegen een onderzoek loopt, de verplichting op om actief mee te werken, hetgeen betekent dat de onderneming alle informatie die betrekking heeft op het voorwerp van het onderzoek, ter beschikking van de Commissie moet houden. [27]

84. Bij de vervulling van haar taak moet de Commissie er echter voor zorgen dat de rechten van de verdediging niet worden aangetast in vooronderzoeken, die beslissend kunnen zijn voor het leveren van het bewijs van de onrechtmatigheid van gedragingen van ondernemingen waarvoor deze aansprakelijk kunnen zijn. [28]

85. De rechten van de verdediging zijn fundamentele rechten die integrerend deel uitmaken van de algemene rechtsbeginselen welker eerbiediging het Hof verzekert, waarbij het Hof zich laat leiden door de constitutionele tradities welke de lidstaten gemeen hebben, alsmede door de aanwijzingen die te vinden zijn in de internationale rechtsinstrumenten, waaraan de lidstaten hebben meegewerkt of waarbij zij zich hebben aangesloten, zoals het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, dat te Rome op 4 november 1950 is ondertekend. [29]

86. Zo kan de Commissie een onderneming in een verzoek om inlichtingen niet verplichten antwoorden te geven waardoor zij het bestaan van de inbreuk zou moeten erkennen, die de Commissie heeft te bewijzen. [30]

87. De eerbiediging van de rechten van de verdediging verlangt ook dat de betrokken onderneming tijdens de administratieve

26 — Arrest van 2 oktober 2003, ARBED/Commissie (C-176/99 P, Jurispr. blz. I-10687, punt 21).

27 — Zie arrest van 18 oktober 1989, Orkem/Commissie (374/87, Jurispr. blz. 3283, punt 27).

28 — Arrest van 21 september 1989, Hoechst/Commissie (46/87 en 227/88, Jurispr. blz. 2859, punt 15).

29 — Zie in deze zin arresten van 28 maart 2000, Krombach (C-7/98, Jurispr. blz. I-1935, punten 25 en 26), alsook 6 maart 2001, Connolly/Commissie (C-274/99 P, Jurispr. blz. I-1611, punten 37 en 38).

30 — Zie arrest Orkem/Commissie, reeds aangehaald (punt 35).

procedure in staat mocht gesteld haar standpunt kenbaar te maken met betrekking tot de juistheid en relevantie der gestelde feiten en omstandigheden, alsook met betrekking tot de stukken waarmee de Commissie de door haar gestelde inbreuk op het Verdrag heeft gestaafd. [31]

88. In die zin bepaalt verordening nr. 17 dat aan partijen een mededeling van de punten van bezwaar wordt toegezonden die duidelijk de belangrijkste feiten moet vermelden waarop de Commissie zich in dat stadium van de procedure baseert. Dit kan evenwel beknopt geschieden, en de beschikking hoeft niet noodzakelijkerwijs gelijkluidend te zijn met de mededeling van punten van bezwaar, [32] daar deze mededeling een voorbereidend document is met zuiver voorlopige beoordelingen feitelijk en rechtens. [33] Om die reden kan de Commissie — en moet zij zelfs — rekening houden met hetgeen tijdens de administratieve procedure aan het licht is gekomen, onder meer om ongegrond gebleken punten van bezwaar te laten vallen. [34]

89. In het licht van deze overwegingen zal ik thans de verschillende, door rekwirantes in de onderhavige hogere voorzieningen aangevoerde middelen bespreken.

31 — Zie arresten van 7 juni 1983, Musique Diffusion française e.a./Commissie (100/80–103/80, Jurispr. blz. 1825, punt 10) en 6 april 1995, BPB Industries en British Gypsum/Commissie (C-310/93 P, Jurispr. blz. I-865, punt 21).

32 — Zie arrest Musique Diffusion française e.a./Commissie, reeds aangehaald (punt 14).

33 — Zie in deze zin arrest van 17 november 1987, British-American Tobacco en Reynolds/Commissie (142/84 en 156/84, Jurispr. blz. 4487, punt 70).

34 — Zie arrest Musique Diffusion française e.a./Commissie, reeds aangehaald (punt 14).

VIII — Middelen betreffende schending van artikel 81, lid 1, EG

90. Rekwirantes hebben in wezen twee middelen aangevoerd: in de eerste plaats onjuiste beoordeling van de voorwaarde van een ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten, als bedoeld in artikel 81, lid 1, EG, en in de tweede plaats onjuiste toerekening van de aansprakelijkheid voor de inbreuk.

A — *Eerste middel: onjuiste beoordeling van de voorwaarde van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten*

91. Krachtens artikel 81, lid 1, EG, zijn „[o]nverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden […] alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst”.

92. De toepassingsvoorwaarden van artikel 81, lid 1, EG zijn dus, in de eerste plaats, ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten en, in de tweede plaats, beperking van de mededinging. [35]

93. Met het criterium ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten kan het toepassingsgebied van het gemeenschapsrecht ten opzichte van dat het recht van de lidstaten worden afgebakend. [36]

94. Het Hof heeft zich herhaaldelijk uitgesproken over de principes aan de hand waarvan dit criterium moet worden beoordeeld.

95. In vaste formulering van het Hof moeten overeenkomsten of feitelijke gedragingen, wil van een ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten sprake zijn, op grond van een reeks van feitelijke en juridische gegevens met een voldoende mate van waarschijnlijkheid doen verwachten dat zij al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, het handelsverkeer tussen lidstaten kunnen beïnvloeden op een manier dat men moet vrezen dat zij de totstandkoming van een gemeenschappelijke markt tussen lidstaten kunnen belemmeren. [37] Dat kan met name het geval zijn wanneer de overeenkomst de nationale markten afschermt, de handelsstromen van richting verandert of de mededingingsstructuur op de gemeenschappelijke markt wijzigt. [38]

96. Volgens het Hof is de ongunstige beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer dus het gevolg van een combinatie van verschillende factoren, die, elk afzonderlijk niet per se beslissend behoeven te zijn. [39]

97. Volgens het Hof behoeft niet te worden bewezen dat het intracommunautaire handelsverkeer werkelijk wordt beïnvloed; het bewijs van een potentiële beïnvloeding volstaat. [40]

35 — Wat deze tweede voorwaarde betreft, is het noodzakelijk dat overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen, om in strijd te zijn met artikel 81, lid 1, EG, „ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst". Er dient derhalve in de eerste plaats te worden nagegaan of de overeenkomst of de onderling afgestemde feitelijke gedraging een mededingingsbeperkend doel heeft. Wanneer dat het geval is, zoals in de onderhavige zaken, is het verbod van artikel 81, lid 1, EG, toepasselijk los van welk gevolg dan ook (punten 426-429 van de motivering van de litigieuze beschikking). Wanneer het doel niet is het beperken of vervalsen van de mededinging, moet niettemin worden onderzocht of er een dergelijk gevolg is [zie met name arrest Hof van 28 februari 1991, Delimitis (C-234/89, Jurispr. blz. I-935, punt 13), alsook arrest Gerecht van 13 december 2001, Krupp Thyssen Stainless en Acciai Speciali Terni/Commissie (T-45/98 en T-47/98, Jurispr. blz. II-3757, punt 152)].

36 — Arrest van 23 november 2006, Asnef-Equifax en Administración del Estado (C-238/05, Jurispr. blz. I-11125, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

37 — Arrest van 28 april 1998, Javico (C-306/96, Jurispr. blz. I-1983, punt 16), en arrest Asnef-Equifax en Administración del Estado, reeds aangehaald (punt 34). Zie eveneens arresten van 29 oktober 1980, van Landewyck e.a./Commissie (209/78–215/78 en 218/78, Jurispr. blz. 3125, punt 170), en 17 juli 1997, Ferriere Nord/Commissie (C-219/95 P, Jurispr. blz. I-4411, punt 20).

38 — Idem.

39 — Arrest Asnef-Equifax en Administración del Estado, reeds aangehaald (punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

40 — Arrest van 1 februari 1978, Miller International Schallplatten/Commissie (19/77, Jurispr. blz. 131, punt 15), en arrest Ferriere Nord/Commissie, reeds aangehaald (punt 19). Zie eveneens arrest van 21 januari 1999, Bagnasco e.a. (C-215/96 en C-216/96, Jurispr. blz. I-135, punt 48).

98. Deze beïnvloeding dient daarentegen merkbaar te zijn. [41] De Commissie dient dit in het bijzonder aan de hand van de positie en de betekenis van de partijen op de markt van de betrokken producten te beoordelen. Zo ontkomt zelfs een overeenkomst die absolute gebiedsbescherming biedt, aan het verbod van artikel 81 EG, wanneer zij de markt slechts in geringe mate beïnvloedt wegens de zwakke positie van de belanghebbenden op de markt van de betrokken producten. [42]

99. Bovendien, zoals het Gerecht in punt 164 van het bestreden arrest heeft gememoreerd, doet het er weinig toe of een kartel het handelsverkeer ongunstig, neutraal of gunstig beïnvloedt.

100. Uitgaande van deze principes zal ik thans de gegrondheid van de door rekwirantes aangevoerde argumenten bespreken.

101. Met hun eerste middel voeren respectievelijk Erste, RZB en ÖVAG aan dat het Gerecht in meerdere opzichten het recht heeft geschonden door te oordelen dat de overeenkomsten van de „Lombardclub" de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden in de zin van artikel 81 EG. Afgezien van bepaalde, met hun individuele situatie verbonden specifieke kenmerken stellen zij in hun argumentatie in wezen de criteria ter discussie, waarop het Gerecht zich bij zijn beoordeling heeft gebaseerd.

102. Ik heb de verschillende door rekwirantes aangevoerde grieven in vier onderdelen ingedeeld.

103. Ter ondersteuning van het eerste onderdeel voeren RZB en ÖVAG aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat een kartel dat het gehele nationale grondgebied van een lidstaat bestrijkt, het intracommunautaire handelsverkeer ongunstig kan beïnvloeden. Ter ondersteuning van het tweede onderdeel verwijt ÖVAG het Gerecht een algeheel onderzoek van de grensoverschrijdende werking van het kartel te hebben verricht. In het kader van het derde onderdeel stelt Erste vervolgens dat het Gerecht niet heeft aangetoond dat dit kartel het intracommunautaire handelsverkeer merkbaar ongunstig kon beïnvloeden. Ten slotte verwijt ÖVAG, ter ondersteuning van het vierde onderdeel, het Gerecht dat het geen onderzoek heeft verricht naar de concrete gevolgen van het kartel op de markt.

41 — Zie arrest van 9 juli 1969, Völk (5/69, Jurispr. blz. 295, punt 5), alsook reeds aangehaalde arresten Miller International Schallplatten/Commissie (punt 15) en Asnef-Equifax en Administración del Estado (punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

42 — Arrest Javico, reeds aangehaald (punt 17 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

1. Eerste middelonderdeel: onjuiste beoordeling van de geschiktheid van een kartel dat het gehele nationale grondgebied bestrijkt, om de handel tussen lidstaten merkbaar te beïnvloeden

a) Argumenten van partijen

104. RZB en ÖVAG stellen dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 181 van het bestreden arrest te oordelen dat „er […] *een sterk vermoeden* [43] [bestaat], dat een mededingingsbeperkende praktijk die van toepassing is op het gehele grondgebied van een lidstaat, kan bijdragen tot de afscherming van de markten en tot een ongunstige beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer".

105. Enerzijds is RZB van mening dat het Gerecht de voorwaarde van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten gesimplificeerd uitlegt door de betekenis van het criterium afscherming van de markten te relativeren. ÖVAG stelt dat het Gerecht artikel 81, lid 1, EG ruim uitlegt.

106. Anderzijds is RZB van mening dat de geschiktheid om de handel tussen lidstaten ongunstig te beïnvloeden, niet alleen een territoriale dekking veronderstelt, maar eveneens het bewijs van een marktafschermende werking. Dit bewijs is noodzakelijk. Het Gerecht heeft dus de communautaire rechtspraak en met name, in de punten 182 tot en met 184 van het bestreden arrest, de strekking van het arrest Bagnasco e.a., reeds aangehaald, miskend door te concluderen dat het enkele feit dat de gespreksronden het gehele Oostenrijkse grondgebied bestreken, volstond voor een ongunstige beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer. Rekwirante benadrukt dienaangaande dat de diensten waarop de bijeenkomsten van de banken betrekking hadden, praktisch zonder uitzondering op lokaal niveau werden verleend en dat geen enkele buitenlandse bank deelnam aan de gespreksronden. Bovendien heeft het Gerecht, wat de bewijslast betreft, ten onrechte gesteld dat de Commissie, wanneer een kartel het gehele grondgebied van een lidstaat bestrijkt, het bestaan van marktafschermende gevolgen niet hoeft te bewijzen. Het Gerecht heeft aldus in de punten 181 en 186 van het bestreden arrest blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de bewijslast bij de ondernemingen te leggen.

107. ÖVAG voegt daaraan toe dat de ondernemingen niet beschikken over de middelen om een dergelijk bewijs te leveren. Bovendien vormt het feit dat het kartel het gehele nationale grondgebied kan bestrijken geen toereikend criterium, en het Gerecht had eveneens andere criteria, zoals de bijzondere kenmerken van de bancaire sector, in aanmerking moeten nemen.

108. Daarenboven acht ÖVAG de motivering van het Gerecht tegenstrijdig en ontoereikend. In punt 164 van het bestreden arrest overweegt het Gerecht immers dat marktafschermende gevolgen geen sterke aanwijzing vormen voor een ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten, terwijl het

43 — Cursivering van mij.

in punt 181 concludeert dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen de marktafschermende gevolgen van een kartel en de geschiktheid daarvan om het intracommunautaire handelsverkeer ongunstig te beïnvloeden.

b) Beoordeling

109. Ik ben van mening dat de verschillende door rekwirantes aangevoerde grieven moeten worden afgewezen.

110. Een kartel als het onderhavige, dat op nationaal niveau door de belangrijkste Oostenrijkse banken is opgezet en dat ten doel heeft de prijzen en de bankkosten te coördineren, is mijns inziens namelijk reeds naar zijn aard geschikt de handel tussen lidstaten ongunstig te beïnvloeden in de zin van artikel 81, lid 1, EG.

111. Wat in de eerste plaats de beoordeling door het Gerecht in punt 181 van het bestreden arrest betreft, dat er een vermoeden bestaat dat een overeenkomst die wordt toegepast op het gehele grondgebied van een lidstaat, kan bijdragen tot afscherming van de markten en het intracommunautaire handelsverkeer ongunstig kan beïnvloeden, ben ik van mening dat deze argumentatie juist is, hoewel het woord „vermoeden" volgens mij niet gepast is.

112. Het Hof heeft namelijk geoordeeld dat de omstandigheid dat een overeenkomst is gesloten tussen ondernemingen die in één enkele lidstaat zijn gevestigd en alleen de verhandeling van producten of diensten in deze lidstaat betreft, niet volstaat om uit te sluiten dat de handel tussen lidstaten ongunstig kan worden beïnvloed. [44] Volgens het Hof heeft een dergelijke overeenkomst integendeel reeds naar haar aard een versterking van de nationale drempelvorming en bescherming van de nationale productie tot gevolg, hetgeen de in het EG-Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruist en a fortiori de handel tussen lidstaten ongunstig beïnvloedt. [45]

113. De ongunstige beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer door een nationaal kartel vloeit derhalve voort uit de aard van de inbreuk en niet uit een door het Hof aangenomen „vermoeden".

114. Bijgevolg, en ondanks het gebruik van dit woord, lijkt mij, anders dan RZB en ÖVAG stellen, de argumentatie van het Gerecht in punt 181 van het bestreden arrest geen onjuiste rechtsopvattingen te bevatten.

44 — Arrest van 26 november 1975, Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique e.a./Commissie (73/74, Jurispr. blz. 1491, punt 25), en arrest Asnef-Equifax en Administración del Estado, reeds aangehaald (punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

45 — Reeds aangehaalde arresten Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique e.a./Commissie (punt 26) en Asnef-Equifax et Administración del Estado (punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en arresten van 11 juli 1985, Remia e.a./Commissie (42/84, Jurispr. blz. 2545, punt 22); 18 juni 1998, Commissie/Italië (C-35/96, Jurispr. blz. I-3851, punt 48), en 19 februari 2002, Wouters e.a. (C-309/99, Jurispr. blz. I-1577, punt 95).

115. In deze omstandigheden kan ik er niet mee instemmen dat het Gerecht, door zo te oordelen, artikel 81, lid 1, EG ruim of de voorwaarde „ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten" gesimplificeerd heeft uitgelegd.

116. Ik stel het Hof derhalve voor om de dienaangaande door RZB en ÖVAG aangevoerde argumenten af te wijzen.

117. Bovendien kan ik anders dan ÖVAG geen tegenspraak zien tussen deze overwegingen en punt 164 van het bestreden arrest. In dat punt heeft het immers eenvoudigweg geconstateerd dat marktafschermende gevolgen niet de enige gevolgen zijn die de Commissie in aanmerking kan nemen om te concluderen dat een kartel geschikt is de handel tussen lidstaten ongunstig te beïnvloeden.

118. Wat in de tweede plaats het bestaan van een effect van afscherming van de nationale markt betreft, ben ik, anders dan RZB en ÖVAG aanvoeren, van mening dat het Gerecht rechtens toereikend en rekening houdend met de bijzonderheden van de bancaire sector, heeft aangetoond dat het kartel, afgezien van de simpele territoriale omvang ervan, een afscherming van de Oostenrijkse markt tot gevolg zou kunnen hebben.

119. Het Gerecht heeft immers, nadat het in punt 179 van het bestreden arrest had bevestigd dat het door de Commissie vastgestelde kartel het gehele nationale grondgebied bestreek, in punt 183 opgemerkt dat de afspraken binnen het „Lombardnetwerk" niet alleen alle kredietinstellingen in Oostenrijk omvatten, maar ook een zeer breed gamma van bankproducten en -diensten, zodat „zij de mededingingsvoorwaarden in deze gehele lidstaat konden wijzigen". In de punten 184 en 185 van genoemd arrest heeft het verder opgemerkt dat niet kon worden geconcludeerd dat een grensoverschrijdend effect van het kartel ontbreekt, aangezien het netwerk kan hebben bijgedragen tot de handhaving van de structuren van de Oostenrijkse bankmarkt en bijgevolg aan het voortbestaan van toegangsdrempels tot de markt. Deze vaststellingen moeten eveneens worden beoordeeld in het licht van de analyse van het Gerecht in de punten 111 tot en met 121 van het bestreden arrest, waarin het op basis van documenten waarvan het onderzoek niet ter discussie wordt gesteld door rekwirantes, het door elk van de gespreksronden nagestreefde doel verduidelijkt.

120. De voortbestaande toegangsdrempels tot de markt, die het Gerecht signaleert, zijn volgens mij voldoende bewijs dat er een gevaar bestaat dat de Oostenrijkse markt wordt afgeschermd.

121. In de eerste plaats hebben rekwirantes, afgezien van de structurele drempels die in het bijzonder zijn te wijten aan de gevolgen van het door het kartel opgerichte netwerk, strategische drempels opgericht en versterkt door zowel op nationaal niveau als in bepaalde regio's en op lokaal niveau overleg te organiseren binnen de bancaire sector, waaraan

buitenlandse banken niet deelnamen, zoals overigens RZB in haar verzoekschrift heeft erkend. [46]

122. In de tweede plaats schept de aard en het gedetailleerde karakter van de tussen de banken uitgewisselde informatie, die het Gerecht in de punten 111 tot en met 121 van het bestreden arrest belicht, op een reeds sterk geconcentreerde markt een structuur van transparantie die elke verborgen mededinging verhindert en de toegangsdrempels tot de markt voor de niet aangesloten ondernemingen versterkt. [47]

123. In de derde plaats vormen de betrokken bankdiensten economische activiteiten die een belangrijke invloed kunnen hebben op het handelsverkeer tussen lidstaten. Het verrichten van deze diensten is naar mijn mening voor banken uit andere lidstaten doorslaggevend voor de toegang tot de financiële markt van een lidstaat. Door de debetrente op een bijzonder laag niveau vast te stellen, de kredietrente te verlagen of een bijzonder hoge spaarrente vast te stellen, zijn rekwirantes erin geslaagd klanten aan te trekken door middel van een georganiseerd spel van vermindering en verhoging van de prijzen, en hebben zij aldus de buitenlandse banken, die niet in staat waren om zich te conformeren aan dergelijke tarieven, kunnen ontmoedigen om de Oostenrijkse markt te betreden, of in alle gevallen hun penetratie van de nationale markt moeilijker gemaakt of vertraagd. [48]

124. In de vierde plaats lijkt mij het argument dat RZB ontleent aan het louter nationale karakter van bepaalde bankdiensten waarop de afstemming heeft gesteund, niet relevant.

125. De globalisering van de bankactiviteiten, het gebruik van nieuwe technieken bij het verrichten van financiële diensten en de invoering van één bancaire markt hebben banktransacties tussen de lidstaten vergemakkelijkt. [49] Ik kan mij aldus voorstellen dat een Duitse klant zich tot een in Oostenrijk gevestigde bank wendt om daar een rekening-courantkrediet te openen, wanneer de door deze bank geboden voorwaarden hem aantrekkelijker lijken dan die van de in Duitsland gevestigde banken. Op dezelfde wijze kan een in een andere lidstaat gevestigde bank bankdiensten in Oostenrijk willen verlenen vanuit de lidstaat van herkomst of door opening van dochterondernemingen of filialen in Oostenrijk. De volledige verwezenlijking van de interne markt door de vrijheid van vestiging [50], het vrij verkeer van diensten

46 — Punt 6.

47 — Zie punt 160 van het bestreden arrest.

48 — Zie met name de voorbeelden in punt 431 van de considerans van de litigieuze beschikking.

49 — Ik herinner eraan dat de Tweede richtlijn 89/646/EEG van de Raad van 15 december 1989 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen, alsmede tot wijziging van richtlijn 77/780/EEG (PB L 386, blz. 1), zoals gewijzigd bij richtlijn 95/26/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 juni 1995 (PB L 168, blz. 7), de toegang van Europese banken tot de bankmarkten van andere lidstaten dan hun lidstaat van herkomst, gemakkelijker heeft gemaakt door de voorwaarden voor de uitoefening van bankactiviteiten te harmoniseren, door een stelsel van wederzijdse erkenning van de desbetreffende vergunningen, die door de lidstaten aan kredietinstellingen worden afgegeven, tot stand te brengen en het toezicht over deze instellingen zodanig te organiseren, dat het wordt uitgeoefend door de lidstaat van herkomst.

50 — Krachtens artikel 43 EG vallen kredietinstellingen, zoals alle ondernemingen, onder de vrijheid van vestiging.

en het vrije kapitaalverkeer [51], en in het kader van het economische en monetaire beleid, bevordert naar mijn mening de vergemeenschappelijking van alle financiële diensten. Binnen een dergelijke context lijkt het mij dus moeilijk om aan te nemen dat afspraken over louter nationale bankdiensten het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig hebben kunnen beïnvloeden.

126. Ik ben derhalve van mening dat het Gerecht niet blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 186 van het bestreden arrest te oordelen dat de betrokken overeenkomst marktafschermende gevolgen kon hebben en de tussenstaatse handel ongunstig kon beïnvloeden.

127. Bovendien kan evenmin het feit worden gekritiseerd dat het Gerecht in hetzelfde punt heeft geoordeeld dat rekwirantes het „vermoeden" dat het kartel dergelijke gevolgen kon hebben, niet hebben weerlegd.

128. Anders dan RZB stelt, heeft het Gerecht de bewijslast niet bij rekwirantes gelegd. Ik herinner er dienaangaande aan dat het in geval van een schending van artikel 81, lid 1, EG aan de Commissie staat om de door haar vastgestelde inbreuken aan te tonen en de elementen aan te dragen die rechtens afdoende het bestaan bewijzen van de feiten die de inbreuk opleveren. [52] Daarentegen is het aan de door de Commissie vervolgde onderneming om zich in een procedure op tegenspraak te verdedigen en te bewijzen dat niet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 1, EG is voldaan. Zoals het Gerecht in punt 154 van het bestreden arrest stelt, heeft de Commissie onderzocht of het „Lombardnetwerk" de handel tussen lidstaten ongunstig kon beïnvloeden en is zij met name tot de conclusie gekomen dat het kartel in heel Oostenrijk de concurrentievoorwaarden veranderde en aldus van invloed was op de besluiten van buitenlandse banken op het punt van markttoetreding. Het Gerecht heeft bijgevolg alleen vastgesteld dat rekwirantes er niet in zijn geslaagd om te bewijzen dat de conclusie van de Commissie onjuist was.

129. Aangezien het Gerecht volgens mij de bewijslast niet heeft omgedraaid, ben ik van mening dat het argument van ÖVAG dat rekwirantes niet over de middelen zouden beschikken om het ontbreken van marktafschermende gevolgen te bewijzen, niet relevant is.

51 — De banksector valt krachtens artikel 49 EG eveneens onder het vrij verkeer van diensten, met de mogelijkheid om deze diensten zonder discriminatie te verrichten voor ingezetenen van andere lidstaten. Ik herinner er bovendien aan dat krachtens artikel 51, lid 2, EG de liberalisatie van de door banken en verzekeringsmaatschappijen verrichte diensten waarmede kapitaalverplaatsingen gepaard gaan, moet worden verwezenlijkt in overeenstemming met de liberalisatie van het kapitaalverkeer.

52 — Zie wat dat betreft arrest Baustahlgewebe/Commissie, reeds aangehaald (punt 58), en arrest van 8 juli 1999, Commissie/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Jurispr. blz. I-4125, punt 86). Zie eveneens artikel 2 van verordening nr. 1/2003, waarin wordt gepreciseerd dat in alle nationale of communautaire procedures tot toepassing van artikel 81 EG, de partij of autoriteit die beweert dat een inbreuk op artikel 81, lid 1, EG is gepleegd, de bewijslast van die inbreuk draagt.

130. Gelet op al deze overwegingen ben ik van mening dat het Gerecht terecht heeft geoordeeld dat het betrokken kartel het intracommunautaire handelsverkeer ongunstig kon beïnvloeden en dat het zijn oordeel dienaangaande toereikend heeft gemotiveerd.

131. Derhalve stel ik het Hof voor om het eerste onderdeel van dit eerste middel als ongegrond af te wijzen.

2. Tweede onderdeel van het middel: onjuiste beoordeling door het Gerecht, wegens een globaal onderzoek van de grensoverschrijdende werking van het kartel

a) Argumenten van partijen

132. ÖVAG stelt dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat de Commissie kon volstaan met een algeheel onderzoek van het grensoverschrijdende effect van de verschillende gespreksronden. Volgens ÖVAG moest de geschiktheid van de verschillende gespreksronden om de handel tussen lidstaten ongunstig te beïnvloeden, afzonderlijk, voor elke gespreksronde apart, worden beoordeeld.

133. Ter ondersteuning van deze conclusie voert zij twee grieven aan.

134. De eerste grief is ontleend aan een onjuiste toepassing en uitlegging van de communautaire rechtspraak.

135. Om te beginnen heeft het Gerecht het recht geschonden door niet in overeenstemming met het arrest VGB e.a./Commissie [53] de gevolgen van de gespreksronden die een op zichzelf staande activiteit betroffen, voor het intracommunautaire handelsverkeer apart te onderzoeken. ÖVAG is daarenboven van mening dat, voor het geval dat de verschillende gespreksronden één enkele inbreuk vormen, niet kan worden geconcludeerd dat er een rechtstreeks verband bestond tussen de in deze gespreksronden gemaakte afspraken, zoals het Gerecht heeft gedaan in punt 170 van het bestreden arrest.

136. Bovendien heeft het Gerecht in punt 171 van het bestreden arrest het arrest van het Hof in de zaak Bagnasco e.a., reeds aangehaald, onjuist uitgelegd. In die zaak heeft het Hof clausules betreffende twee op zichzelf staande bancaire handelingen, hoewel ze opgenomen waren in uniforme bankcondities en het om dezelfde bankdiensten ging, afzonderlijk onderzocht.

53 — Arrest Gerecht van 14 mei 1997 (T-77/94, Jurispr. blz. II-759).

137. De tweede grief is ontleend aan een onjuiste omschrijving van de relevante productmarkt.

138. In de eerste plaats kritiseert ÖVAG punt 172 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht verkaart dat „de afbakening van de relevante markt bij de toepassing van artikel 81 EG niet dezelfde rol speelt als bij de toepassing van artikel 82 EG". Dit standpunt wordt niet gemotiveerd en is bovendien onjuist. Rekwirante stelt dat de afbakening van de relevante markt steeds op basis van dezelfde criteria moet geschieden, of het de ene dan wel de andere procedure betreft. Volgens haar heeft daarenboven, in het kader van de toepassing van artikel 81 EG, de grief tegen de door de Commissie in aanmerking genomen afbakening van de relevante markt zelfstandige juridische betekenis ten opzichte van de grieven betreffende de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten. Met dat argument tracht ÖVAG aan te tonen dat de Commissie en het Gerecht de gevolgen voor het handelsverkeer van de in de onderscheiden gespreksronden gesloten overeenkomsten hadden moeten beoordelen op basis van een striktere afbakening van de betrokken markten.

139. In de tweede plaats ziet ÖVAG een tegenstrijdigheid tussen enerzijds punt 174 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht erkent dat „de verschillende bankdiensten waarop de afspraken betrekking hebben, elkaar niet vervangen", en anderzijds punt 175 van hetzelfde arrest, waarin het bevestigt dat „de Commissie niet verplicht [was] […] de markten van de verschillende in de gespreksronden besproken bankproducten apart te onderzoeken".

140. Ten slotte betwist ÖVAG de juistheid van de door het Gerecht in punt 175 van het bestreden arrest gemaakte vergelijking met zijn arrest van 21 februari 1995, SPO e.a./Commissie [54], aangezien in die zaak de definitie van de relevante markt afkomstig was van de verzoekende partij en overgenomen door de Commissie.

b) Beoordeling

i) Eerste grief: onjuiste toepassing en uitlegging van de communautaire rechtspraak

— Het arrest VGB e.a./Commissie

141. Rekwirantes klagen in wezen dat het Gerecht de gevolgen voor het intracommunautaire handelsverkeer van de gespreksronden die een op zichzelf staande activiteit betroffen, niet overeenkomstig het arrest VGB e.a./Commissie afzonderlijk heeft onderzocht.

142. Volgens mij is deze grief ongegrond.

54 — T-29/92, Jurispr. blz. II-289.

143. Uit vaste rechtspraak blijkt dat ongunstige beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer wordt beoordeeld op grond van een reeks objectieve feitelijke of juridische gegevens die afzonderlijk beschouwd niet noodzakelijkerwijs doorslaggevend zijn. [55] Het Hof beziet de bijzonderheden van de overeenkomst, zoals de aard ervan, de betrokken producten en de positie en de betekenis van de bij deze overeenkomst betrokken partijen op de markt. [56] Het houdt eveneens rekening met de economische en juridische context van deze overeenkomst en of ze samen met andere overeenkomsten een cumulatief effect op de mededinging kan hebben. [57]

144. In het arrest Windsurfing International/Commissie [58] heeft het Hof eraan herinnerd dat artikel 81, lid 1, EG niet vereist dat iedere clausule van een overeenkomst op zich het intracommunautaire handelsverkeer ongunstig kan beïnvloeden. Volgens het Hof is het communautaire mededingingsrecht van toepassing op overeenkomsten tussen ondernemingen, die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. Enkel wanneer de overeenkomst in haar geheel de handel ongunstig kan beïnvloeden, moet worden onderzocht welke clausules van die overeenkomst een beperking of vervalsing van de mededinging tot doel of tot gevolg hebben. [59]

145. Op basis van deze rechtspraak heeft het Gerecht de zaak die heeft geleid tot het arrest VGB e.a./Commissie beoordeeld. In deze zaak diende het Gerecht zich uit te spreken over de verenigbaarheid met artikel 81, lid 1, EG van twee soorten overeenkomsten betreffende de handel in bloemkwekerijproducten door een coöperatieve vereniging waarbij kwekers van Nederlandse bloemen zijn aangesloten.

146. Het eerste type overeenkomsten betrof handelsovereenkomsten tussen de coöperatieve vereniging en op haar terrein gevestigde handelaren, voor de uitvoer van Nederlandse bloemkwekerijproducten. Deze overeenkomsten waren gesloten op basis van een door de coöperatieve vereniging vastgestelde regeling en legden vast onder welke voorwaarden de huurder binnen het gebouw van de coöperatieve vereniging snijbloemen kon tentoonstellen en verkopen. Genoemde overeenkomsten voorzagen met name in de betaling van heffingen en schreven de verkoopvoorwaarden voor. In de litigieuze beschikking stelde de Commissie dat de overeenkomsten deel uitmaakten van een geheel van soortgelijke besluiten en overeenkomsten met betrekking tot het aanbod van bloemkwekerijproducten, die gezamenlijk de mededinging in strijd met artikel 81, lid 1, EG beperkten. Deze overeenkomsten bemoeilijkten namelijk de toegang van concurrenten uit andere lidstaten tot de nationale Nederlandse markt aanmerkelijk. In het arrest VGB e.a./Commissie bevestigde het Gerecht de benadering van de Commissie en oordeelde op basis van het arrest Windsurfing International/Commissie dat aangezien de handelsovereenkomsten een integrerend bestanddeel uitmaakten van de door de coöperatieve vereniging vastgestelde regeling, het van geen belang was of zij, op zich beschouwd, de handel tussen lidstaten al dan niet in voldoende mate beïnvloedden.

55 — Arrest van 15 december 1994, DLG (C-250/92, Jurispr. blz. I-5641, punt 54), alsook reeds aangehaalde arresten van Landewyck/Commissie (punt 170), Remia e.a./Commissie (punt 22), Ferriere Nord/Commissie (punt 20), Javico (punt 16), Bagnasco e.a. (punt 47) en British Sugar/Commissie (punt 27).

56 — Zie met name arrest van 25 november 1971, Béguelin Import (22/71, Jurispr. blz. 949, punt 18), en arrest Javico, reeds aangehaald (punt 17).

57 — Arrest VGB e.a./Commissie, reeds aangehaald (punt 140).

58 — Arrest van 25 februari 1986 (193/83, Jurispr. blz. 611).

59 — Punt 96.

147. Het tweede type overeenkomsten, namelijk de „Cultra-overeenkomsten", bestond uit vijf individuele exclusieve afnameovereenkomsten tussen de coöperatieve vereniging en vijf op haar terrein gevestigde Nederlandse groothandelaren. Laatstgenoemden verplichtten zich ertoe, uitsluitend bij de coöperatieve vereniging uit Nederland afkomstige producten aan te kopen voor wederverkoop aan kleine, van de veiling uitgesloten detailhandelaren, door middel van de „cash-and-carry"-methode. Volgens het Gerecht hielden deze overeenkomsten geen rechtstreeks verband met de andere aspecten van de regeling van de coöperatieve vereniging. Zij vormden immers geen essentieel onderdeel van deze regeling betreffende de veilingverkopen of de rechtstreekse levering aan op het terrein gevestigde handelaren, met name voor de uitvoer van de betrokken producten, maar maakten veeleer deel uit van een aanvullende en afzonderlijke activiteit, te weten de wederverkoop van producten van de coöperatieve vereniging aan detailhandelaren door middel van de „cash-and-carry"-methode. In deze context en rekening houdend met het bijzondere karakter van deze overeenkomsten besliste het Gerecht dat hun invloed op het intracommunautaire handelsverkeer afzonderlijk diende te worden beoordeeld en niet als onderdeel van de door de coöperatieve vereniging opgelegde regeling.

148. Gelet op het bovenstaande heeft het Gerecht in punt 168 van het bestreden arrest terecht gesteld dat „de gevolgen voor de handel tussen lidstaten van afspraken waartussen een rechtstreeks verband bestaat en die een integrerend bestanddeel van een geheel uitmaken, tezamen moeten worden onderzocht, terwijl afspraken waartussen geen rechtstreeks verband bestaat en die afzonderlijke activiteiten betreffen, afzonderlijk moeten worden onderzocht". Deze conclusie is geheel in overeenstemming met de aangehaalde rechtspraak.

149. Het is dus de vraag of het Gerecht, zoals bij de „Cultra-overeenkomsten", verplicht was om de gevolgen voor de handel te onderzoeken van de in het kader van de specifieke gespreksronden van het „Lombardnetwerk" gemaakte afspraken.

150. Ik denk het niet.

151. De in het kader van de technische of gespecialiseerde gespreksronden van het „Lombardnetwerk" gemaakte afspraken hadden inderdaad betrekking op specifieke bankproducten en -activiteiten. Nochtans en anders dan de Cultra-overeenkomsten bedoeld in het arrest VGB e.a./Commissie maakten de gespreksronden deel uit van een totaalovereenkomst waarbij bijna alle Oostenrijkse kredietinstellingen waren betrokken, die meerdere jaren heeft geduurd en betrekking had op alle in Oostenrijk aangeboden bankproducten en bankdiensten. Zoals het Gerecht in de punten 111 tot en met 125 van het bestreden arrest heeft vastgesteld, maakten deze afspraken deel uit van één inbreuk, hetgeen volgens mij doorslaggevend is. Zij maakten deel uit van een allesomvattend plan, het „Lombardnetwerk", dat werd gekenmerkt door een reeks inspanningen gericht op een enkel economisch doel, namelijk uitschakeling van de mededinging binnen de sector van de bankdiensten. ÖVAG betwist dat niet. De gespreksronden waren zeer nauw met elkaar verbonden, zowel qua inhoud als qua organisatie, en de „Lombardclub" stelde de, door deze gespreksronden voorbereide, fundamentele beslissingen vast en loste disciplinaire problemen op rondom de naleving van de overeenkomsten.

152. In een dergelijke situatie, waarin het kartel als één inbreuk is gekwalificeerd, zou het mijns inziens volstrekt kunstmatig en incoherent zijn dit kartel naar specifiek onderwerp van elk van de gespreksronden op te splitsen, teneinde de gevolgen te beoordelen die het kan hebben voor het intracommunautaire handelsverkeer. In dat geval moet deze beoordeling volgens mij globaal plaatsvinden en alle in het kader van de gespreksronden gemaakte afspraken omvatten.

153. In deze omstandigheden kan ik slechts instemmen met de argumentatie van het Gerecht in punt 170 van de bestreden arrest, die erop neerkomt dat er tussen overeenkomsten die tot een enkele inbreuk behoren, een verband bestaat dat een gezamenlijk onderzoek van de geschiktheid tot beïnvloeding van de handel tussen lidstaten rechtvaardigt en vereist.

154. De dienaangaande door ÖVAG geuite kritiek dient volgens mij te worden verworpen.

155. Gelet op het bovenstaande ben ik van mening dat het Gerecht niet blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging van het arrest VGB e.a./ Commissie.

— Het arrest Bagnasco e.a.

156. ÖVAG stelt dat het Gerecht in punt 171 van het bestreden arrest het arrest Bagnasco e. a. onjuist heeft toegepast en uitgelegd.

157. In deze zaak werd het Hof om prejudiciële beslissing gevraagd over de verenigbaarheid met artikel 81, lid 1, EG van bepaalde uniforme bankvoorwaarden die de Italiaanse bankiersvereniging aan haar leden in overeenkomsten met betrekking tot rekening-courantkredieten en algemene borgtochten oplegde. Volgens de eerste litigieuze voorwaarde konden de banken in overeenkomsten met betrekking tot de opening van rekening-courantkredieten de rentetarieven op ieder moment wijzigen indien wijzigingen op de geldmarkt daartoe aanleiding vormden, evenwel door een desbetreffende mededeling in hun lokalen te afficheren. De tweede voorwaarde betrof de bepalingen van de algemene borgtocht tot zekerheid van de opening van een rekening-courantkrediet. Het Hof heeft deze voorwaarden afzonderlijk onderzocht.

158. In haar verzoekschrift in hogere voorziening stelt ÖVAG dat de door het Gerecht aangevoerde reden om deze rechtspraak niet te volgen, onjuist is. Het Gerecht heeft namelijk geoordeeld dat in het arrest Bagnasco e.a. de kwestie van een algeheel onderzoek van de grensoverschrijdende gevolgen van de betrokken bankcondities niet aan de orde was omdat, wat de eerste voorwaarde betreft, de uniforme bankcondi-

ties geen mededingingsbeperking tot doel of gevolg hadden, terwijl de tweede voorwaarde, betreffende de algemene borgtocht, de handel tussen lidstaten niet ongunstig kon beïnvloeden.

159. Ik ben van mening dat de door het Gerecht aangevoerde argumenten om het arrest Bagnasco e.a. te passeren, volstrekt terecht zijn.

160. Zoals ik in punt 92 van deze conclusie immers heb gesteld, vormt het begrip ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten een toepassingsvoorwaarde van artikel 81 EG en een bestanddeel van de in die bepaling bedoelde inbreuk.

161. Wanneer bijgevolg is vastgesteld dat een van de twee voorwaarden het intracommunautaire handelsverkeer niet ongunstig kan beïnvloeden, dan valt deze dus niet binnen de toepassingssfeer van artikel 81 EG en is de kwestie van een algeheel onderzoek van de grensoverschrijdende gevolgen van de bankcondities derhalve niet aan de orde.

162. In deze omstandigheden komt het mij voor dat het Gerecht niet blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging van het arrest Bagnasco e.a. en ik stel het Hof derhalve voor deze grief af te wijzen.

ii) Onjuiste, ontoereikende en tegenstrijdige beoordeling door het Gerecht wat de afbakening van de relevante markt betreft

— De wijze waarop het Gerecht de grieven betreffende onjuiste afbakening van de relevante markt heeft beoordeeld

163. In haar verzoekschrift in hogere voorziening komt ÖVAG op tegen de wijze waarop de gemeenschapsrechter de grieven heeft beoordeeld tegen de door de Commissie gehanteerde afbakening van de relevante markt in verband met de toepassing van artikel 81, lid 1, EG.

164. ÖVAG doelt met name op punt 172 van het bestreden arrest. Zij kritiseert om te beginnen het argument van het Gerecht, dat „de afbakening van de relevante markt bij de toepassing van artikel 81 EG niet dezelfde rol speelt als bij de toepassing van artikel 82 EG". Rekwirante betwist vervolgens het oordeel van het Gerecht, dat „de grieven tegen de door de Commissie in aanmerking genomen afbakening van de markt geen zelfstandig belang hebben, los van de grieven betreffende de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten en de verstoring van de mededinging". Deze argumentatie is volgens ÖVAG niet gemotiveerd en rechtens onjuist.

165. Hoewel ik het gedeeltelijk eens ben met de kritiek van ÖVAG, lijkt mij deze grief geen doel te treffen, aangezien zij niet kan leiden tot onwettigheid van het bestreden arrest.

166. In punt 171 van het bestreden arrest heeft het Gerecht immers slechts ter inleiding herinnerd aan de communautaire rechtspraak die rekwirante terecht aan de orde stelt. Nochtans heeft het beroep op deze rechtspraak geen gevolgen voor het vervolg van de argumentatie van het Gerecht, omdat het in de punten 173 tot en met 175 van het bestreden arrest de klacht van ÖVAG over de wijze van afbakening van de markt door de Commissie wel degelijk heeft onderzocht.

167. Ik wil niettemin enkele opmerkingen maken over de argumentatie van het Gerecht in punt 172 van het bestreden arrest, aangezien ik het gedeeltelijk eens ben met de door rekwirante aangevoerde bezwaren.

168. Hoewel de argumentatie van het Gerecht op zijn vaste rechtspraak [60] is gebaseerd, lijkt mij de afbakening van de relevante markt bij de toepassing van artikel 81 EG, dat mededingingsbeperkende kartels verbiedt, daarentegen dezelfde rol te spelen als bij de toepassing van artikel 82 EG, dat misbruik van een machtspositie verbiedt, of bij de toepassing van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen [61]. Alleen de aard van het door de Commissie onderzochte gedrag en het nut van een afbakening van de markt is verschillend.

169. In deze drie procedures kan door de afbakening van de markt het gebied worden vastgesteld en omschreven waarbinnen de mededinging tussen de ondernemingen plaatsvindt, teneinde het functioneren van de markt beter te begrijpen. Deze afbakening, zowel wat de producten als wat de geografische dimensie betreft van de relevante markt, dient om te bepalen of er op deze markt werkelijke concurrenten zijn die druk kunnen uitoefenen op het gedrag van de betrokken ondernemingen of hen kunnen beletten onafhankelijk van de druk die een daadwerkelijke mededinging uitoefent, te handelen.

170. Een adequate afbakening van de betrokken markt vormt derhalve een noodzakelijke voorwaarde vooraf om een oordeel te kunnen geven over gedrag dat vermeend in strijd is met de mededingingsregels, hetzij in het kader van de artikelen 81 EG of 82 EG of in het kader van verordening nr. 4064/89 [62]. De Commissie heeft overigens de basisbeginselen en de beoordelingscriteria op grond waarvan zij de betrokken markt afbakent, uiteengezet in een bekendmaking van 9 december 1997 [63]. In deze bekendmaking stelt de Commissie een basismethode en beoordelingscriteria vast, die zonder onderscheid op de drie soorten procedures toepasselijk zijn.

60 — Arresten Gerecht van 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie (T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95, Jurispr. blz. II-491, punt 833); 6 juli 2000, Volkswagen/Commissie (T-62/98, Jurispr. blz. II-2707, punt 230), en 11 december 2003, Adriatica di Navigazione/Commissie (T-61/99, Jurispr. blz. II-5349, punt 27).

61 — PB L 257, blz. 13.

62 — Arrest Gerecht van 10 maart 1992, SIV e.a./Commissie (T-68/89, T-77/89 en T-78/89, Jurispr. blz. II-1403, punt 159).

63 — Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (PB C 372, blz. 5; hierna: „bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt").

171. Zoals blijkt uit genoemde bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt, kan de Commissie aan de andere kant deze criteria soepel en pragmatisch toepassen en ze, naargelang het mededingingsvraagstuk dat aan de orde is, de aard van de betrokken producten en de doelstellingen die zij nastreeft, wegen. [64] Zoals de Commissie in punt 25 van de bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt stelt, zal aldus de beslissing gebaseerd zijn op een aantal uiteenlopende criteria en verschillende bewijsstukken. In individuele gevallen zullen bepaalde bewijzen, die grotendeels afhangen van de kenmerken en de specificiteit van de bedrijfstak en de diensten die worden onderzocht, doorslaggevend zijn, hoewel hetzelfde bewijs in andere zaken zonder belang kan zijn.

172. De wijze waarop de Commissie de markt afbakent, zal derhalve afhangen van de aard van het mededingingsvraagstuk en van de kenmerken en de specificiteit van bepaalde markten. In deze zin vormt de afbakening van de markt een instrument waarmee de Commissie haar controle kan uitoefenen conform het doel van artikel 81 EG of artikel 82 EG.

173. In het kader van artikel 82 EG is volgens de gemeenschapsrechter de afbakening van de relevante markt een noodzakelijke voorwaarde vooraf om een oordeel te kunnen geven over het bestaan van een machtspositie [65], wat moet vaststaan voordat kan worden onderzocht of er sprake is van misbruik.

174. In het kader van artikel 81, lid 1, EG is een afbakening vooraf van de relevante markt niet vereist volgens de gemeenschapsrechter, wanneer de litigieuze overeenkomst op zich een mededingingsbeperkend doel heeft, dat wil zeggen wanneer de Commissie, zonder een afbakening vooraf van de relevante markt, kon concluderen dat de betrokken overeenkomst de mededinging vervalste en de handel tussen lidstaten merkbaar ongunstig kon beïnvloeden. [66] De gemeenschapsrechter doelt in dit geval op de ernstigste overeenkomsten, die uitdrukkelijk in artikel 81, lid 1, sub a tot en met e, EG zijn verboden. In deze, in punt 172 van het bestreden arrest bedoelde situatie kunnen grieven betreffende een onjuiste afbakening van de markt volgens de gemeenschapsrechter niet slagen, en volgens mij berust het verschil met de in het kader van artikel 82 EG gevolgde procedure op dat punt. [67]

175. Buiten een dergelijke situatie is de afbakening van de markt volgens de gemeenschapsrechter daarentegen een noodzakelijke voorwaarde, wil de Commissie kunnen bepalen of de overeenkomst een mededingingsbeperkend doel of gevolg heeft en de

64 — Punten 10 en 25 van de bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt.

65 — Arrest SPO e.a./Commissie, reeds aangehaald.

66 — Ik herinner eraan dat een mededingingsbeperkende gedraging eveneens, enkel vanwege het doel ervan, onder artikel 81, lid 1, EG kan vallen. Zie voor een voorbeeld, arrest Cimenteries CBR e.a./Commissie, reeds aangehaald (punt 1094), en arrest Gerecht van 25 oktober 2005, Groupe Danone/Commissie (T-38/02, Jurispr. blz. II-4407, punt 99).

67 — Deze rechtspraak lijkt mij aanvechtbaar vanuit het oogpunt van de rechten en de rechtszekerheid van ondernemingen. Wanneer de Commissie een beschikking vaststelt, waarin zij de deelname van ondernemingen aan een complexe, collectieve en ononderbroken inbreuk constateert, zoals die is vastgesteld in de onderhavige zaken, moet zij volgens mij het feit in aanmerking nemen dat deze beschikking de persoonlijke verantwoordelijkheid van elk van de adressaten met zich kan brengen, rekening houdend met hun deelname aan de duidelijk afgebakende inbreuk. Omdat genoemde beschikking civielrechtelijke gevolgen kan hebben, zou de Commissie volgens mij de relevante markt in haar beschikking nauwkeurig moeten onderzoeken en afbakenen.

handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden. [68]

176. Door de afbakening van de markt kan immers met name de aard van het betrokken product en het marktaandeel van de betrokken ondernemingen worden bepaald. Daarmee kunnen enerzijds de gevolgen die een overeenkomst op de mededinging heeft, worden geanalyseerd. De Commissie kan dan vaststellen of de mededinging merkbaar wordt beperkt of dat daarentegen de overeenkomst onder een uitzondering van artikel 81, lid 3, sub b, EG of een vrijstellingsverordening voor groepen overeenkomsten [69] valt of dat het een overeenkomst van geringe betekenis [70] vormt. Anderzijds kan daardoor worden nagegaan of de overeenkomst de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden.

177. In zoverre is het standpunt van de gemeenschapsrechter, zoals blijkt uit punt 172 van het bestreden arrest, dat de grieven tegen de afbakening van de markt geen „zelfstandig belang" hebben, los van de grieven betreffende verstoring van de mededinging en ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten. [71] Met andere woorden, de argumenten dat de Commissie een beoordelingsfout heeft gemaakt bij de afbakening van de markt worden in aanmerking genomen bij het onderzoek van de argumenten betreffende de verstoring van de mededinging en de ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen lidstaten.

— Ontoereikende en tegenstrijdige motivering

178. ÖVAG stelt dat het bestreden arrest, met name in de punten 174 en 175 ervan, ontoereikend en tegenstrijdig is gemotiveerd.

179. Hoewel het Gerecht in punt 174 van het bestreden arrest immers erkend dat de verschillende bankdiensten waarop de overeenkomsten betrekking hebben, elkaar niet kunnen vervangen, oordeelt het in punt 175 dat de Commissie niet verplicht was de markten van deze verschillende bankproducten apart te onderzoeken.

180. Ik ben van mening dat deze grief ongegrond is.

68 — Beschikking van 16 februari 2006, Adriatica di Navigazione/Commissie (C-111/04 P, punt 31).

69 — Zie met name verordening (EG) nr. 2659/2000 van de Commissie van 29 november 2000 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten (PB L 304, blz. 7).

70 — Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de minimis) (PB 2001, C 368, blz. 13).

71 — Zie met name arrest Cimenteries CBR e.a./Commissie, reeds aangehaald (punt 834 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

181. Het Gerecht heeft correct uiteengezet waarom een uitsluitend op de substitueerbaarheid van de betrokken producten gebaseerde enge afbakening van de markt niet geschikt was. Zoals het Gerecht terecht heeft gesteld, zou een dergelijke afbakening binnen deze bedrijfstak gekunsteld zijn, omdat, enerzijds, de meeste klanten van hun bank een pakket van bankdiensten verlangen en, anderzijds, de mededinging tussen de banken al die diensten kan betreffen. Het is juist, zoals ÖVAG in haar verzoekschrift in hogere voorziening stelt, dat een bepaald aantal klanten zich tot een andere bank kan wenden voor een meer bijzondere dienst, bijvoorbeeld een lening. Niettemin beschikt in het merendeel van de gevallen elke persoon over een rekening bij een bank, die verschillende diensten aanbiedt, zoals het verschaffen van betaalmogelijkheden (bankpassen, afschrijvingen en overboekingen), waardoor de klant (credit of debet) handelingen op zijn rekening kan verrichten tegen betaling van door de bank toegepaste rente en kosten. Het is derhalve duidelijk dat, zoals het Gerecht stelt, met een afzonderlijk onderzoek de gevolgen van de betrokken overeenkomst niet ten volle kunnen worden beoordeeld.

182. Zoals ik in punt 171 van de onderhavige conclusie heb uiteengezet, kan de Commissie de in de bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt omschreven criteria, waartoe de substitueerbaarheid van de producten behoort, met souplesse en pragmatisch toepassen en wegen naargelang het mededingingsvraagstuk, de aard van de betrokken diensten en de doelstellingen die zij nastreeft. [72]

183. Gezien de wijze waarop in casu deze overeenkomst is uitgevoerd, is het volgens mij duidelijk dat afzonderlijke onderzoeken van de markten van de verschillende bankproducten geen inzicht in de omvang en het belang van de overeenkomst hadden kunnen geven en de werkelijkheid zeker zouden hebben vertekend.

184. Bovendien, gelet op de omvang van het assortiment bankproducten en -diensten dat het „Lombardnetwerk" heeft omvat, is het niet uitgesloten, zoals het Gerecht heeft gesteld, dat de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten indirect kan zijn en dat de markt waarop dit effect zich kan voordoen niet noodzakelijkerwijs identiek is met de markt voor de producten of diensten waarover partijen overeenkomsten hebben gesloten. De totale effectieve jaarlijkse rente bijvoorbeeld, die elke bank moet vaststellen bij een kredietaanbod, wordt niet alleen

72 — De Commissie erkent overigens in punt 22 van de bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt, dat in bepaalde sectoren, zoals in de papiersector, waar de consument van mening is dat uiteenlopende kwaliteiten niet substitueerbaar zijn, zij geen afzonderlijke markt voor elke kwaliteit papier en voor het onderscheiden gebruik ervan zal vaststellen. In een dergelijk geval behoren de verschillende kwaliteiten papier alle tot dezelfde relevante markt, en de afzet ervan wordt getotaliseerd om de totale marktwaarde en de totale marktomvang te ramen.

berekend op basis van het debetrentetarief, maar eveneens op basis van de bijkomende kosten, zoals de dossierkosten, de verzekeringskosten en de kosten van afgifte van een betaalkaart.

185. In deze omstandigheden ben ik van mening dat het Gerecht rechtens genoegzaam heeft uiteengezet waarom de Commissie niet verplicht was de markten van de verschillende in de gespreksronden besproken bankproducten apart te onderzoeken ondanks dat de betrokken producten elkaar niet kunnen vervangen. De in de punten 174 en 175 van het bestreden arrest weergegeven motivering van het Gerecht kan mijns inziens dus niet worden gekritiseerd.

— Onjuiste verwijzing naar het arrest SPO e.a./Commissie

186. ÖVAG betwist de juistheid van de in punt 175 van het bestreden arrest gemaakte vergelijking met het arrest SPO e.a./Commissie, gelet op het feit dat in die zaak de Commissie de door verzoekende partij voorgestelde afbakening van de markt had overgenomen.

187. Deze grief lijkt mij in geen geval relevant en ik stel het Hof derhalve voor om haar af te wijzen.

188. Gelet op het bovenstaande ben ik van mening dat het Gerecht, door te oordelen dat de Commissie kon volstaan met een algeheel onderzoek van het grensoverschrijdende effect van de gespreksronden, niet blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en zijn beslissing toereikend en zonder tegenstrijdigheden heeft gemotiveerd.

189. Ik stel het Hof derhalve voor het tweede onderdeel van dit eerste middel als ongegrond af te wijzen.

3. Derde onderdeel van het middel: geen bewijs van merkbare ongunstige beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer

a) Argumenten van partijen

190. In haar eerste middel — schending van artikel 81, lid 1, EG — herinnert Erste eraan dat de ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel niet de enige toepassingsvoorwaarde van deze bepaling vormt. Zoals het Gerecht in punt 167 van het bestreden arrest heeft gememoreerd, moet eveneens worden bewezen dat de potentiële invloed van het kartel op de handel merkbaar is. Gesteld dat het Gerecht terecht heeft geoordeeld dat het „Lombardnetwerk" het intracommunautaire handelsverkeer potentieel ongunstig kon beïnvloeden, dan is daarmee nog niet bewezen dat deze ongunstige beïnvloeding

merkbaar kon zijn. Volgens rekwirante gaat het, wanneer de tussen de banken gesloten overeenkomst al grensoverschrijdende gevolgen heeft gehad, slechts om uiterst beperkte gevolgen.

b) Beoordeling

191. Het criterium ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten omvat een kwantitatief aspect, dat de toepasselijkheid van het gemeenschapsrecht beperkt tot de overeenkomsten die merkbare gevolgen kunnen hebben. Zijn de gevolgen onbetekenend, is het verbod van artikel 81, lid 1, EG niet van toepassing.

192. In haar verzoekschrift in hogere voorziening verwijt Erste het Gerecht dat het niet heeft aangetoond dat het „Lombardnetwerk" het intracommunautaire handelsverkeer merkbaar ongunstig kon beïnvloeden.

193. Hoewel ik het werkelijk betreur dat het Gerecht niet uitdrukkelijk heeft gesteld dat het om een merkbaar ongunstige beïnvloeding ging, komt het mij niettemin voor dat dat zeer duidelijk blijkt uit de aard van de betrokken overeenkomst en de vaststellingen in de punten 111 tot en met 121, 179 en 183 tot en met 185 van het bestreden arrest.

194. Volgens vaste rechtspraak en zoals ik heb gezegd in punt 97 van de onderhavige conclusie, verlangt artikel 81, lid 1, EG niet het bewijs dat de in deze bepaling bedoelde kartels het intracommunautaire handelsverkeer merkbaar hebben beïnvloed (volgens het Hof zou dat bewijs immers zeer moeilijk zijn te leveren), maar wel dat ze een dergelijk gevolg kunnen hebben. [73] Het Hof heeft het in de zaak Miller International Schallplatten/Commissie, reeds aangehaald, aldus afdoende geacht dat de Commissie op basis van bepaalde feiten had aangetoond dat het *gevaar* [74] bestond van een merkbare beïnvloeding. [75]

195. Bovendien, zoals ik heb gesteld, kan de invloed op het intracommunautaire handelsverkeer het gevolg zijn van een combinatie van verschillende factoren. [76] De beoordeling van de merkbaarheid hangt af van de omstandigheden van het concrete geval en moet onder andere de economische en juridische context van het kartel [77], de aard ervan, de kenmerken van de betrokken producten en ten slotte de positie en de betekenis van betrokkenen op de desbetreffende markt omvatten.

196. In het bestreden arrest heeft het Gerecht herhaaldelijk gesteld dat de overeenkomst niet alleen bijna alle Oostenrijkse kredietinstellingen omvatte (waaronder de grootste banken), maar eveneens een zeer grote reeks

73 — Arrest Asnef-Equifax en Administración del Estado, reeds aangehaald (punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
74 — Cursivering van mij.
75 — Punt 15 van dit arrest.
76 — Zie punt 96 van de onderhavige conclusie.
77 — Zie arrest Asnef-Equifax en Administración del Estado, reeds aangehaald (punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

bankproducten en -diensten dekte, met name deposito's en kredieten, en zich over het gehele nationale grondgebied uitstrekte, waardoor het gevaar bestond dat de mededingingsvoorwaarden in de gehele lidstaat werden gewijzigd. Naast hetgeen ik hiervóór in de punten 118 tot en met 126 van de onderhavige conclusie heb gesteld, met name gezien het karakter van deze overeenkomst, ben ik van mening dat deze vaststellingen afdoende zijn om aan te tonen dat genoemde overeenkomst de handel tussen lidstaten merkbaar ongunstig kon beïnvloeden.

197. Ik ben derhalve van mening dat de door Erste geuite kritiek niet relevant is, en stel het Hof voor om dit derde onderdeel van het eerste middel af te wijzen.

4. Vierde onderdeel van het middel: geen onderzoek van de concrete gevolgen van het kartel op de markt

a) Argumenten van partijen

198. ÖVAG verwijt het Gerecht dat het geen onderzoek heeft verricht naar de concrete gevolgen van het kartel op de markt, hoewel het gaat om een „beoordeling achteraf van een beëindigde inbreuk". De door het Gerecht in punt 166 van het bestreden arrest aangevoerde rechtspraak, dat de potentiële gevolgen van een kartel volstaan om het binnen de werkingssfeer van artikel 81 EG te brengen, is in het onderhavige geval niet toepasselijk. Het Gerecht heeft dus blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat in de onderhavige zaken het bewijs van met de potentiële gevolgen van het kartel volstond, terwijl het zeer wel mogelijk was geweest om te onderzoeken of er sprake was van de gestelde gevolgen. Wanneer het Gerecht dat onderzoek zou hebben verricht, zou het hebben vastgesteld dat de overeenkomsten geen enkel gevolg hebben gehad voor het intracommunautaire handelsverkeer.

b) Beoordeling

199. Deze grief moet naar mijn mening worden afgewezen.

200. Uit de vaste rechtspraak die het Gerecht in punt 166 van het bestreden arrest heeft aangehaald, blijkt immers dat artikel 81, lid 1, EG niet het bewijs verlangt dat de betrokken beperkingen van de mededinging het intracommunautaire handelsverkeer daadwerkelijk ongunstig hebben beïnvloed, maar enkel dat de overeenkomsten een dergelijk gevolg kunnen hebben. [78]

78 — Zie reeds aangehaalde arresten Ferriere Nord/Commissie (punt 19) en Bagnasco e.a. (punt 48).

201. Deze rechtspraak maakt geen onderscheid naargelang het gaat om een onderzoek naar de verenigbaarheid van een overeenkomst in het kader van een toetsing achteraf, als de overeenkomst reeds is gesloten of uitgevoerd, of in het kader van een toetsing vooraf, als deze overeenkomst vooraf wordt aangemeld bij de Commissie met het oog op een ontheffing.

202. Aanvaarding van de stelling van ÖVAG zou neerkomen op het invoeren van een onderscheid in de benadering en de controle, naar gelang het gaat om een toetsing vooraf dan wel achteraf. De rechtspraak voorziet echter niet in een dergelijke benadering.

203. In deze omstandigheden kan het Gerecht geen onjuiste rechtsopvatting worden verweten.

204. Uit deze overwegingen blijkt volgens mij dat het Gerecht de geschiktheid van het „Lombardnetwerk" om de handel tussen lidstaten ongunstig te beïnvloeden, juist heeft beoordeeld en zijn analyse juist heeft gemotiveerd.

205. Het Gerecht alsook de Commissie in artikel 1 van de litigieuze beschikking mochten de tussen rekwirantes gesloten overeenkomsten als een met artikel 81, lid 1, EG strijdige inbreuk beschouwen.

206. Ik stel derhalve het Hof voor om dit eerste middel als ongegrond af te wijzen.

B — *Tweede middel: onjuiste toerekening van de aansprakelijkheid voor de inbreuk*

207. Dit middel keert zich tegen de gekozen adressaten in artikel 1 van de litigieuze beschikking.

1. Argumenten van partijen

208. Erste stelt dat het Gerecht verschillende juridische en beoordelingsfouten heeft gemaakt door in de punten 327 en volgende van het bestreden arrest te oordelen dat Erste aansprakelijk moet worden gehouden voor de inbreuk, die was gepleegd door GiroCredit Bank der österreichischen Sparkassen AG (hierna: „GiroCredit") vóór haar overname door Erste.

209. Erste voert in de eerste plaats aan dat het Gerecht de tussen GiroCredit en Bank Austria-groep bestaande economische en juridische banden niet juist heeft beoordeeld. Erste herinnert eraan dat GiroCredit tot aan de overname van de meerderheid van haar kapitaal op 20 mei 1997, in hoofdzaak toebehoorde aan Bank Austria-groep, die zelf deel uitmaakte van de „Lombardclub". Deze groep controleerde GiroCredit niet alleen door middel van een meerderheidsdeelneming, maar eveneens door de benoeming van leden van de raad van commissarissen en de raad van bestuur en door de bezetting van de hoogste directiefuncties van GiroCredit door van Bank Austria AG afkomstige werknemers. De gedragingen van GiroCredit moesten voor die periode bijgevolg aan BA-CA worden toegerekend. De vaststelling van het Gerecht dat GiroCredit de rechtspersoon was die verantwoordelijk was voor de bankactiviteiten, is bovendien rechtens onjuist omdat deze vennootschap eveneens door de Bank Austria-groep werd gecontroleerd en bestuurd.

210. Erste stelt in de tweede plaats dat het Gerecht in de punten 328 tot en met 336 van het bestreden arrest eveneens blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de Commissie ervoor kon kiezen om de sanctie op te leggen aan hetzij de dochteronderneming die aan de inbreuk had deelgenomen, hetzij de moederonderneming die haar in deze periode controleerde, zelfs in het geval van een economische opvolging.

211. De Commissie benadrukt dat er duidelijk onderscheid moet worden gemaakt tussen het bepalen van de rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de onderneming die heeft deelgenomen aan de inbreuk, en de voorwaarden waaronder de gedragingen van een dochteronderneming met eigen rechtspersoonlijkheid kunnen worden toegerekend aan de moederonderneming. Zij stelt dat haar benadering niet onrechtvaardig is, aangezien Erste zelf aan het kartel heeft deelgenomen.

2. Beoordeling

212. Met dit middel voert Erste aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de Commissie Erste terecht aansprakelijk heeft gesteld voor de inbreuk die GiroCredit vóór haar overname had gepleegd, hoewel laatstgenoemde ten tijde van de inbreuk toebehoorde aan de Bank Austria-groep.

213. Het Hof wordt met name verzocht om te bezien of het feit dat GiroCredit door een andere moederonderneming werd gecontroleerd op het moment waarop zij de inbreuk had gepleegd, meebracht dat de Commissie het onrechtmatige gedrag van deze dochteronderneming niet aan Erste, de nieuwe moederonderneming, kon toerekenen.

214. Ik denk niet dat dit juist is.

215. Ik wil om te beginnen herinneren aan de beginselen die het Hof heeft ontwikkeld op het gebied van de toerekening van inbreuken in het geval van opvolging van ondernemingen en binnen een groep van vennootschappen.

216. Uit vaste rechtspraak volgt dat de communautaire mededingingregels zien op de activiteiten van „ondernemingen" en dat het begrip onderneming elke entiteit omvat die een economische activiteit uitoefent, *ongeacht de rechtsvorm van die entiteit en de wijze waarop zij wordt gefinancierd* [79].

217. Het Hof heeft onder andere geoordeeld dat de aansprakelijkheid voor het plegen van een inbreuk op artikel 81, lid 1, EG een persoonlijk karakter heeft, niet alleen wegens de aard van de betrokken inbreuk maar ook wegens de aard en de ernst van de daaraan verbonden sancties. [80]

218. Het Hof oordeelt bijgevolg dat voor de inbreuk in beginsel de natuurlijke of rechtspersoon aansprakelijk moet worden gehouden, die de betrokken onderneming leidde toen de inbreuk werd gepleegd, ook al wordt deze onderneming onder verantwoordelijkheid van een andere persoon geëxploiteerd op het tijdstip van goedkeuring van de beschikking waarin de inbreuk wordt vastgesteld. [81] Zolang de rechtspersoon bestaat die de onderneming leidde op het ogenblik waarop de inbreuk is gepleegd, volgt de aansprakelijkheid voor het onrechtmatige gedrag van de onderneming deze rechtspersoon, zelfs indien de materiële en menselijke factoren met behulp waarvan de inbreuk is gepleegd, na de periode van de inbreuk aan derden zijn overgedragen. [82]

219. Wanneer daarentegen de entiteit die een inbreuk heeft gepleegd op de mededingingregels, na de inbreuk in juridische of economische zin heeft opgehouden te bestaan, past het Hof het zogenoemde criterium van de „economische continuïteit" toe. [83]

220. Met dit criterium kan worden vermeden dat ondernemingen ontsnappen aan sancties van de Commissie door eenvoudigweg hun

79 — Cursivering van mij. Zie met name arrest van 11 december 2007, ETI e.a. (C-280/06, Jurispr. blz. I-10893, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

80 — Zie met name arrest Commissie/Anic Partecipazioni, reeds aangehaald (punt 78).

81 — Zie arresten van 16 november 2000, KNP BT/Commissie (C-248/98 P, Jurispr. blz. I-9641, punt 71), Cascades/Commissie (C-279/98 P, Jurispr. blz. I-9693, punt 78), Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie (C-286/98 P, Jurispr. blz. I-9925, punt 37) en SCA Holding/Commissie (C-297/98 P, Jurispr. blz. I-10101, punt 25), en arrest ETI e. a., reeds aangehaald (punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

82 — Zie met name arrest SCA Holding/Commissie, reeds aangehaald (punt 25).

83 — Zie met name arrest Commissie/Anic Partecipazioni, reeds aangehaald (punt 145).

identiteit te veranderen door middel van herstructureringen, overdrachten of andere juridische of organisatorische wijzigingen, en kan dus een doeltreffende toepassing van de mededingingsregels worden gewaarborgd. [84]

221. Wanneer de exploitant van deze onderneming tussen het ogenblik van de inbreuk en dat waarop verantwoording moet worden afgelegd, juridisch heeft opgehouden te bestaan, moet volgens de gemeenschapsrechter eerst worden uitgemaakt met behulp van welk samenstel van materiële en menselijke factoren de inbreuk is begaan, om vervolgens te bepalen wie de verantwoordelijkheid voor de exploitatie van dit samenstel van factoren heeft overgenomen. [85]

222. Wat met name de toerekenbaarheid van inbreuken bij een groep van vennootschappen betreft, volstaat volgens het Hof het feit dat een dochteronderneming een eigen rechtspersoonlijkheid bezit, niet om haar gedrag niet te kunnen toerekenen aan de moederonderneming, met name niet wanneer de dochteronderneming haar marktgedrag niet zelfstandig bepaalt, doch in hoofdzaak de door de moederonderneming verstrekte instructies volgt. [86]

84 — Volgens het Hof zou in een dergelijke situatie de doelstelling wordt doorkruist, met de mededingingsregels strijdige gedragingen te bestraffen en herhaling daarvan te voorkomen door middel van afschrikkende sancties (zie arrest ETI e.a., reeds aangehaald, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

85 — Arrest Gerecht van 20 april 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie (T-305/94– T-307/94, T-313/94– T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, Jurispr. blz. II-931, punt 953).

86 — Zie met name arresten van 16 november 2000, Metsä-Serla e. a./Commissie (C-294/98 P, Jurispr. blz. I-10065, punt 27), en 2 oktober 2003, Aristrain/Commissie (C-196/99 P, Jurispr. blz. I-11005, punt 96).

223. Na te hebben herinnerd aan deze beginselen, wil ik thans de ontvankelijkheid en de gegrondheid van de door rekwirante aangevoerde grieven bespreken.

224. Ter ondersteuning van haar eerste grief stelt rekwirante in wezen de beoordeling van de feiten door het Gerecht ter discussie. Zij betwist de stelling in punt 327 van het bestreden arrest, dat GiroCredit de voor de bankactiviteiten verantwoordelijke rechtspersoon was op het moment dat de inbreuk werd gepleegd. Zij noemt dienaangaande een aantal feiten ten bewijze dat wat Bank Austria AG en GiroCredit betreft was voldaan aan de voorwaarden waaronder de aansprakelijkheid voor het gedrag van een dochteronderneming aan de moederonderneming kan worden toegerekend.

225. Ik ben van mening dat deze argumenten niet-ontvankelijk zijn, gelet op de beginselen die ik in de punten 65 tot en met 72 van de onderhavige conclusie heb uiteengezet. De vaststellingen van het Gerecht in punt 327 van het bestreden arrest betreffen immers feitenwaarderingen die in hogere voorziening niet kunnen worden getoetst. De gegevens die rekwirante ter ondersteuning van haar bewijsvoering aanvoert, vormen bovendien slechts een letterlijke herhaling van hetgeen zij reeds voor het Gerecht heeft aangevoerd. Met deze eerste grief tracht rekwirante in feite simpelweg een heronderzoek van het voor het Gerecht ingediende verzoekschrift en een herbeoordeling van de feiten te verkrijgen, hetgeen in hogere voorziening niet tot de bevoegdheden van het Hof behoort.

226. Ter ondersteuning van haar tweede grief voert rekwirante in wezen aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de aansprakelijkheid voor het gedrag van GiroCredit vóór haar overname moet worden toegerekend aan de nieuwe moederonderneming, namelijk Erste, en niet aan de voormalige moederonderneming, dat wil zeggen Bank Austria AG.

227. Ik denk dat deze grief om de volgende redenen ongegrond is.

228. Gelet op de door het Hof ontwikkelde beginselen was GiroCredit aansprakelijk voor de inbreuken die zij zelfstandig op de markt had gepleegd. Ondanks de meerderheidsdeelneming van de Bank Austria-groep [87], blijkt immers uit punt 479 van de considerans van de litigieuze beschikking dat het ondernemingsbeleid van deze dochteronderneming niet werd beïnvloed, laat staan bepaald, door haar moederonderneming of door derden. Uit genoemd punt 479 blijkt eveneens dat GiroCredit zelfstandig, op eigen verantwoordelijkheid en zonder instructies van anderen haar eigen belangen heeft behartigd. Gelet op de reeds aangehaalde rechtspraak behoefde de voormalige moederonderneming dus niet op te komen voor het gedrag van haar dochteronderneming.

229. Wegens haar overname door Erste hield de voor de exploitatie van GiroCredit verantwoordelijke rechtspersoon juridisch op te bestaan en werd Erste op grond van het beginsel van de „economische continuïteit" de verantwoordelijke rechtspersoon voor alle materiële en menselijke factoren van deze onderneming, ook voor degenen die betrokken waren bij het plegen van de inbreuk. De overname van deze onderneming omvatte dus voor Erste de overdracht van alle activa en passiva van deze onderneming, inclusief haar aansprakelijkheid voor inbreuken op het gemeenschapsrecht. [88]

230. Het feit dat GiroCredit werd gecontroleerd door een andere moederonderneming op het moment waarop zij zelfstandig de inbreuk pleegde, kan bijgevolg niet uitsluiten dat Erste, de nieuwe moederonderneming, aansprakelijk wordt gehouden voor het gedrag van deze dochteronderneming vóór haar overname. Het tegendeel zou er uiteindelijk op neerkomen de aan genoemde dochteronderneming verleende onafhankelijkheid ter discussie te stellen.

231. Volgens mij kon het Gerecht in deze omstandigheden terecht oordelen dat de toerekenbaarheid aan Erste van de aansprakelijkheid voor de door GiroCredit gepleegde inbreuk niet kon worden uitgesloten door het enkele feit dat GiroCredit op het moment dat zij de inbreuk pleegde door een andere moederonderneming werd gecontroleerd.

87 — Uit de vaststellingen van het Gerecht in punt 7 van het bestreden arrest blijkt dat het merendeel van de aandelen van GiroCredit in handen van de Bank Austria-groep was.

88 — Het Gerecht heeft deze rechtspraak duidelijk uiteengezet in de punten 323-326 en 330-333 van het bestreden arrest.

232. Daarenboven kan Erste niet onbekend zijn geweest met het mededingingsbeperkende gedrag van GiroCredit op het moment van de overname, aangezien beide sedert bijna drie jaar deelnamen aan de in de litigieuze beschikking bedoelde inbreuk. [89] Rekwirante heeft deze onderneming dus overgenomen terwijl zij volledig op de hoogte was.

233. Gezien deze omstandigheden ben ik van mening dat het door Erste aangevoerde middel, dat is ontleend aan een onjuiste toerekening van de aansprakelijkheid voor de inbreuk, voor een deel niet-ontvankelijk en voor een deel ongegrond kan worden verklaard, zonder dat de overige grieven behoeven te worden onderzocht.

234. Uit het bovenstaande volgt dat de door rekwirantes aangevoerde middelen ter ondersteuning van hun vordering tot nietigverklaring van artikel 1 van de litigieuze beschikking volgens mij in hun geheel moeten worden afgewezen.

89 — De betrokken gedragingen vallen sedert 1 januari 1995 onder artikel 81, lid 1, EG. Erste heeft GiroCredit in mei 1997 gekocht. De twee entiteiten zijn in oktober 1997 gefuseerd.

IX — De middelen betreffende schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, doordat de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk en van het basisbedrag van de geldboete onjuiste rechtsopvattingen en een ontoereikende motivering bevat en de rechten van de verdediging schendt

235. Met deze middelen trachten rekwirantes een vermindering van de hun in artikel 3 van de litigieuze beschikking opgelegde geldboeten te verkrijgen. Zij zijn gericht tegen de beoordelingen van het Gerecht omtrent, in de eerste plaats, de zwaarte van de inbreuk, in de tweede plaats, het bestaan van verzachtende omstandigheden en, in de derde plaats, de medewerking van rekwirantes aan de procedure.

A — *Eerste middel: onjuiste rechtsopvattingen wat de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk betreft*

236. BA-CA in haar eerste middel, alsook Erste en RZB in hun tweede middel, betwisten de juistheid van de beoordelingen van het Gerecht met betrekking tot de zwaarte van de inbreuk.

237. Volgens de in punt 1 van de richtsnoeren weergegeven methode wordt het bedrag van de geldboeten bepaald op basis van de criteria

die in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 zijn genoemd, namelijk de zwaarte en de duur van de inbreuk. [90]

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.

238. Punt 1 A, eerste en tweede alinea, van de 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.

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

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

— zware inbreuken:

— niet te ernstige inbreuken:

het kan hier gaan om — meestal verticale — beperkingen van het handelsverkeer,

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. […]

90 — Deze methode is uiteengezet in de punten 9 - 13 van de onderhavige conclusie.

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 […]

Mogelijke boetebedragen: meer dan 20 miljoen [EUR].”

239. De zwaarte van de inbreuk wordt vervolgens beoordeeld aan de hand van de kenmerken van elke betrokken onderneming. Binnen elk van deze categorieën, maakt de scala van sancties die aan de ondernemingen kunnen worden opgelegd, het mogelijk te differentiëren naar gelang van de aard van de gepleegde inbreuken. De Commissie houdt daarbij rekening met de daadwerkelijke economische macht van de betrokken ondernemingen om schade te berokkenen, en stelt de geldboete op een zodanig het bedrag dat daarvan een voldoende afschrikkende werking uitgaat. In dit stadium kan de Commissie de ondernemingen in verschillende categorieën indelen en het uitgangsbedrag van de geldboete voor elke onderneming wegen.

240. Na deze factoren te hebben herhaald, zal ik thans alle door Erste, RZB en BA-CA aangevoerde grieven, betreffende een onjuiste beoordeling van de zwaarte van de inbreuk, bespreken.

241. Zoals ik in punt 69 van de onderhavige conclusie heb gesteld, heeft de toetsing van het Hof tot doel om na te gaan in hoeverre het Gerecht correct de factoren in aanmerking heeft genomen die van belang zijn voor de beoordeling van de zwaarte van het gedrag van de onderneming vanuit het oogpunt van artikel 81 EG en artikel 15 van verordening nr. 17.

1. Eerste onderdeel van het middel: niet-richtsnoerconforme beoordeling

a) Argumenten van partijen

242. RZB stelt dat het bestreden arrest tegenstrijdig is gemotiveerd. Terwijl het Gerecht er in punt 226 van het bestreden arrest op wijst dat de Commissie niet mag afwijken van de methode die zij in de richtsnoeren heeft uiteengezet, oordeelt het in punt 237 dat het feit dat de Commissie bij de richtsnoeren haar benadering met betrekking tot de beoordeling van de zwaarte van een inbreuk heeft gepreciseerd, zich er niet tegen verzet dat zij die zwaarte beoordeelt aan de hand van factoren die niet uitdrukkelijk in de richtsnoeren zijn genoemd. Rekwirante verwijt het Gerecht dat

het is afgeweken van de in de richtsnoeren uiteengezette methodiek bij de toetsing van de rechtmatigheid van de litigieuze beschikking. Het Gerecht heeft aldus ten onrechte geoordeeld dat bij deze beoordeling rekening kon worden gehouden met criteria die niet uitdrukkelijk zijn genoemd in de richtsnoeren, hoewel deze bij de ondernemingen gewettigde verwachtingen doen ontstaan.

243. De Commissie voert aan dat wanneer zij inderdaad wordt beperkt door de door haar vastgestelde richtsnoeren, dat niet geldt voor het Gerecht in het kader van de uitoefening van zijn onbeperkte rechtsmacht. Bovendien blijkt duidelijk uit de rechtspraak dat de richtsnoeren slechts een „minimumprogramma" vaststellen, dat geen limitatieve opsomming bevat van de factoren waarmee rekening moet worden gehouden. Het is, wanneer de omstandigheden dat rechtvaardigen, zelfs mogelijk om van dit programma af te wijken.

b) Beoordeling

244. Volgens mij is deze grief ongegrond.

245. Het Gerecht heeft volgens mij niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te beslissen dat de door de Commissie in de richtsnoeren beschreven methode zich er niet tegen verzet dat rekening wordt gehouden met factoren die niet uitdrukkelijk in de richtsnoeren worden genoemd.

246. De richtsnoeren laten de Commissie enige speelruimte om bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk rekening te houden met tal van factoren, mits zij binnen de grenzen blijft die in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 zijn gesteld. [91]

247. Tot deze in punt 1 A van de richtsnoeren bedoelde factoren behoren niet alleen de factoren die betrekking hebben op de aard van de inbreuk, de weerslag en het geografische bereik ervan, maar eveneens de factoren die betrekking hebben op de kenmerken van de onderneming zelf en de noodzakelijkheid om een voldoende afschrikkende werking te waarborgen. Bij de beoordeling van elk van deze factoren moet de Commissie noodzakelijkerwijs rekening houden met de factoren die kenmerkend zijn voor de inbreuk en die de richtsnoeren niet uitputtend kunnen opsommen. [92]

91 — Zie naar analogie, arrest van 29 juni 2006, SGL Carbon/Commissie (C-308/04 P, Jurispr. blz. I-5977, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

92 — Ik herinner dienaangaande aan de vaste rechtspraak van het Hof, dat de zwaarte van de inbreuken moet worden vastgesteld met inachtneming van een groot aantal factoren, zonder dat er een dwingende of uitputtende lijst van verplicht in aanmerking te nemen criteria is [reeds aangehaalde arresten Ferriere Nord/Commissie (punt 33) en Dansk Rørindustri e. a./Commissie (punten 240 en 241)].

248. De Commissie kan zich wat dat betreft baseren op de talrijke factoren die het Hof zelf in de rechtspraak heeft aangeven. [93]

249. Zij kan om te beginnen de zwaarte van de inbreuk beoordelen aan de hand van de bijzondere omstandigheden van de zaak en rekening houden met de wettelijke en economische context van het gelaakte gedrag. Bij het onderzoek van de aard van de veroorzaakte beperking van de mededinging kan de Commissie de inhoud, de duur, het aantal, de intensiteit en de geografische omvang van de overeenkomst, alsook de waarde van de erdoor omvatte goederen in aanmerking nemen. Zij kan eveneens het aantal partijen bij de overeenkomst en hun relatieve belang op de markt in aanmerking nemen, door met name hun marktaandeel, hun omvang, hun gedrag en hun rol bij de totstandkoming van de overeenkomst te onderzoeken. De Commissie kan eveneens de marktsituatie onderzoeken in de periode waarin de inbreuk is gepleegd en rekening houden met de schade die de economische openbare orde heeft geleden. Ten slotte kan zij rekening houden met het gevaar dat de litigieuze overeenkomst vormt voor de doelstellingen van de Europese Gemeenschap.

250. Aldus beschouwd, denk ik niet dat de Commissie de methode die zij heeft vastgesteld in de richtsnoeren, heeft verlaten en de rechtszekerheid van de betrokken ondernemingen heeft geschonden. [94]

251. Gelet op deze omstandigheden ben ik van mening dat de beslissing van het Gerecht op dit punt juist is en niet tegenstrijdig is gemotiveerd.

252. Dit eerste onderdeel moet volgens mij derhalve worden afgewezen.

2. Tweede onderdeel van het middel: onjuiste beoordeling van de „eigen aard” van de inbreuk

a) Argumenten van partijen

253. Tot staving van het tweede onderdeel voert RZB vier grieven aan.

93 — Zie arresten van 15 juli 1970, ACF Chemiefarma/Commissie (41/69, Jurispr. blz. 661, punt 176), en 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie (40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punt 612), alsook reeds aangehaalde arresten Ferriere Nord/Commissie (punt 38), Aalborg Portland e.a./Commissie (punten 90 en 91, alsook aldaar aangehaalde rechtspraak) en Dansk Rørindustri e.a./Commissie (punten 241 en 242, alsook aldaar aangehaalde rechtspraak).

94 — In de punten 209-213 van het arrest Dansk Rørindustri e.a./Commissie, reeds aangehaald, heeft het Hof eraan herinnerd dat de richtsnoeren de rechtszekerheid van de betrokken ondernemingen waarborgen en het hen mogelijk maken kennis te nemen van de door de Commissie gehanteerde berekeningsmethode bij de toepassing van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17.

254. In de eerste plaats voert RZB aan dat het Gerecht in punt 240 van het bestreden arrest ten onrechte heeft geoordeeld dat de aard van de inbreuk bij de kwalificatie van de inbreuken als „zeer zwaar" een vooraanstaande rol speelt, terwijl de andere aspecten, namelijk de concrete weerslag van de inbreuk op de markt en de geografische omvang van de betrokken markt, minder zwaar wegen.

b) Beoordeling

255. Rekwirante stelt in de tweede plaats dat het Gerecht zijn beoordeling ten onrechte heeft gebaseerd op factoren die niet voorkomen in de richtsnoeren, namelijk het belang van de bankensector voor de economie, het brede gamma van bij het kartel betrokken bankproducten en de deelneming aan de gespreksronden van de overgrote meerderheid van de Oostenrijkse banken.

256. In de derde plaats verwijt rekwirante het Gerecht dat het geen rekening heeft gehouden met het overheidsbeleid, dat de bankensector tracht te beschermen tegen het vrije spel van de markt. Het heeft ook ten onrechte geoordeeld dat de deelneming van overheidsinstanties aan de onder artikel 81 EG vallende gedragingen een verzwarende omstandigheid vormt bij de vaststelling van de geldboete.

257. RZB voert in de vierde plaats aan dat het Gerecht ten onrechte de afschrikkende werking niet in aanmerking neemt om de intrinsieke zwaarte van de inbreuk te onderzoeken, hoewel het een globale beoordeling voorstaat.

258. Wat de eerste grief betreft ben ik van mening dat het Gerecht terecht heeft geoordeeld dat de eigen aard van de inbreuk daadwerkelijk een vooraanstaande rol speelt bij de kwalificatie van de inbreuken als zeer zwaar.

259. Om te beginnen blijkt uit vaste rechtspraak dat horizontale prijskartels steeds als de zwaarste inbreuken op het gemeenschapsrecht zijn beschouwd, omdat zij een rechtstreekse ingreep in de wezenlijke mededingingsvoorwaarden inhouden. [95] In het onderhavige geval lijkt het mij duidelijk dat een prijskartel als het „Lombardnetwerk", van een omvang als door de Commissie is vastgesteld, dat betrekking heeft op een zo belangrijke economische sector als de bankensector, de kwalificatie „zeer zware inbreuk" niet kan ontgaan.

95 — Zie met name arrest Hof van 2 oktober 2003, Thyssen Stahl/Commissie (C-194/99 P, Jurispr. blz. I-10821, punt 118), alsook arresten Gerecht van 12 juli 2001, Tate & Lyle e.a./Commissie (T-202/98, T-204/98 en T-207/98, Jurispr. blz. II-2035, punt 103), en 19 maart 2003, CMA CGM e.a./Commissie (T-213/00, Jurispr. blz. II-913, punt 262).

260. Het Gerecht heeft in het arrest van 30 september 2003, Michelin/Commissie [96], bovendien geoordeeld dat de zwaarte van de inbreuk kan worden vastgesteld aan de hand van de aard en het doel van de onrechtmatige gedragingen en dat factoren die met het doel van een gedraging verband houden, voor de vaststelling van de hoogte van de boete een grotere betekenis kunnen hebben dan de gevolgen van die gedraging. [97] Het Hof heeft deze benadering bevestigd door te oordelen dat het effect van een mededingingsverstorende praktijk geen doorslaggevende maatstaf vormt om te beoordelen of het bedrag van de geldboete passend is. [98]

261. Ten slotte, en zoals het Gerecht in punt 240 van het bestreden arrest terecht heeft opgemerkt, blijkt uit de richtsnoeren en met name uit de omschrijving van „zeer zware inbreuken", dat prijskartels reeds op basis van hun eigen aard als „zeer zwaar" kunnen worden gekwalificeerd, zonder dat de Commissie een concrete weerslag van de inbreuk op de markt behoeft te bewijzen of de omvang van de betrokken geografische markt behoeft te beoordelen. [99] Dit type overeenkomst kan aldus wegens haar eigen aard een zeer zware inbreuk vormen, los van de concrete weerslag ervan op de markt en van het geografische bereik ervan.

96 — T-203/01, Jurispr. blz. II-4071.

97 — Punten 258 en 259.

98 — Arrest Thyssen Stahl/Commissie, reeds aangehaald (punt 118).

99 — Zie eveneens arrest Gerecht van 26 april 2007, Bolloré e.a./Commissie (T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 en T-136/02, Jurispr. blz. II-947, punt 447). Tegen dit arrest zijn bij het Hof hogere voorzieningen aanhangig (C-322/07 P, C-327/07 P en C-338/07 P). Deze hogere voorzieningen hebben evenwel geen betrekking op dit punt.

262. Het Gerecht kan derhalve niet worden verweten dat het heeft geoordeeld dat de in punt 1 A van de richtsnoeren bedoelde drie criteria niet even zwaar wegen bij de beoordeling van de zwaarte van een inbreuk.

263. Wat de tweede grief betreft, heb ik in de punten 245 tot en met 251 van de onderhavige conclusie al uiteengezet dat het Gerecht de zwaarte van de inbreuk mocht beoordelen door andere factoren dan de uitdrukkelijk in de richtsnoeren genoemde in aanmerking te nemen. Ik stel het Hof derhalve voor om deze grief ongegrond te verklaren.

264. Met haar derde en vierde grief kritiseert rekwirante in wezen de weging van de criteria aan de hand waarvan de zwaarte van de inbreuk is beoordeeld. Gelet op de taak van het Hof in hogere voorziening, ben ik van mening dat het niet aan het Hof staat om een dergelijk onderzoek te verrichten. Bijgevolg geef ik het Hof in overweging om deze grieven niet-ontvankelijk te verklaren.

265. Gezien het bovenstaande ben ik van mening dat het tweede onderdeel van dit middel moet worden afgewezen.

3. Derde onderdeel van het middel: onjuiste beoordeling van de „concrete weerslag van de inbreuk op de markt"

a) Argumenten van partijen

266. RZB stelt dat het Gerecht ten onrechte heeft aanvaard dat de Commissie uit het simpelweg „uitvoeren" van het kartel het bestaan van een concrete weerslag van de inbreuk op de markt afleidde. Deze opvatting is in strijd met de bewoordingen van de richtsnoeren en bewijst dat het Gerecht het „uitvoeren" van overeenkomsten, een toepassingsvoorwaarde van artikel 81 EG, en het striktere criterium „concrete weerslag op de markt", dat relevant is voor de zwaarte van de inbreuk, door elkaar haalt. Het arrest Cascades/Commissie, reeds aangehaald, gaat in tegen de argumentatie van het Gerecht. [100] Het door rekwirantes overgelegde economische deskundigenrapport toont bovendien aan dat de op de essentiële producten betrekking hebbende afspraken geen enkele weerslag op de feitelijk toegepaste voorwaarden hebben gehad.

267. BA-CA voert aan dat de concrete gevolgen van de inbreuk op de markt onjuist zijn gewaardeerd. Het door rekwirantes overgelegde economische deskundigenrapport toont immers aan dat de gespreksronden niet hebben geleid tot dergelijke gevolgen op de Oostenrijkse markten.

268. Volgens BA-CA heeft het Gerecht bij zijn onderzoek van het economische deskundigenrapport bovendien de beginselen van de bewijsvoering geschonden. Door te eisen dat een dergelijk deskundigenrapport betrekking moet hebben op „alle potentiële gevolgen van de afspraken voor de markt", heeft het Gerecht het onmogelijke geëist van een economisch deskundigenrapport, dat is bedoeld om aan te tonen dat er geen sprake is van het uitvoeren van afspraken of van een causaal verband tussen de gespreksronden en de mededinging op de markt.

269. De Commissie stelt op haar beurt dat het door de banken overgelegde deskundigenrapport slechts betrekking had op twee bankproducten en niet op de potentiële gevolgen van de afspraak voor de markt. In ieder geval is de uitvoering, zij het gedeeltelijk, van een afspraak die tot doel heeft de mededinging te beperken, voldoende om de mogelijke conclusie dat er geen sprake is van een weerslag van genoemde afspraak op de markt, los te laten.

b) Beoordeling

270. De door rekwirantes aangevoerde grief vormt volgens mij een van de moeilijkste punten van deze zaak.

271. Noch de richtsnoeren, noch de communautaire rechtspraak zijn immers bijzonder duidelijk of het noodzakelijk is om het

100 — Punten 53 en 62.

criterium „concrete weerslag van de inbreuk op de markt" in aanmerking te nemen en de wijze waarop dat dient te geschieden.

272. Het Hof is van oordeel dat de Commissie moet uitgaan van de mededinging zoals die normaliter zonder inbreuk zou hebben bestaan, om de gevolgen van de inbreuk op de markt te beoordelen. [101] Bovendien, wanneer het gaat om op zich zware inbreuken op het mededingingsrecht, is het van oordeel dat het niet gaat om een doorslaggevende maatstaf om te beoordelen of het bedrag van de geldboete passend is. [102]

273. Krachtens punt 1 A van de richtsnoeren kan de Commissie daarenboven de concrete weerslag van de inbreuk op de markt uitsluitend in aanmerking nemen wanneer deze meetbaar is. Ik begrijp dit aldus, dat wanneer deze weerslag niet meetbaar is, de Commissie er geen rekening mee mag houden bij de berekening van de geldboete.

274. Daarentegen blijkt, wat de horizontale prijskartels en marktverdelingsregelingen betreft, uit de richtsnoeren en met name uit de beschrijving van „zeer zware inbreuken", dat deze kartels reeds op basis van hun eigen aard als „zeer zwaar" kunnen worden gekwalificeerd, zonder dat de Commissie een concrete weerslag van de inbreuk op de markt behoeft te bewijzen of de omvang van de betrokken geografische markt behoeft te beoordelen. [103] In dit geval vormt de concrete weerslag van de inbreuk een van meer factoren die, wanneer hij meetbaar is, de Commissie in staat stelt het bedrag van de geldboete te verhogen tot meer dan 20 miljoen EUR.

275. Hoewel de richtsnoeren de wijze waarop de Commissie de zwaarte van een inbreuk beoordeelt, hebben verhelderd, bestaan er nog talrijke onzekerheden omtrent de vraag wat er onder het begrip „meetbaar" valt. Tot welk punt moet de Commissie in staat zijn om de concrete weerslag van de inbreuk op de markt te meten om deze in aanmerking te nemen bij de berekening van de geldboete? Is het voldoende dat de Commissie, in verband met de berekening van de geldboete, bewijst dat de afspraken zijn uitgevoerd om te concluderen dat er sprake is van een concrete weerslag van de inbreuk op de markt, zoals het Gerecht in het bestreden arrest heeft geoordeeld, of moet zij nadere bewijzen leveren?

276. Het antwoord van de gemeenschapsrechter op dit punt is mijns inziens niet duidelijk, aangezien er nog onzekerheid bestaat omtrent de factoren die de Commissie in aanmerking moet nemen.

101 — Zie arrest Suiker Unie e.a./Commissie, reeds aangehaald (punten 619 en 620), alsook arrest Gerecht van 8 oktober 2008, Carbone-Lorraine/Commissie (T-73/04, Jurispr. blz. I-2661, punt 83 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

102 — Arrest Thyssen Stahl/Commissie, reeds aangehaald (punt 118).

103 — Zie eveneens arrest Bolloré e.a./Commissie, reeds aangehaald (punt 447), alsook bestreden arrest (punt 240).

i) De benadering van de gemeenschapsrechter

277. Volgens vaste rechtspraak van het Gerecht hoeft de Commissie de concrete weerslag van een inbreuk niet nauwkeurig te kwantificeren of een cijfermatige beoordeling te geven. [104] Het Gerecht noemt immers de moeilijkheden waarmee de Commissie te maken kan krijgen, aangezien bij dit „bewijs [van de concrete gevolgen van een inbreuk,] de uit de inbreuk resulterende situatie vergeleken moet worden met de situatie die bij ontbreken van de inbreuk zou zijn ontstaan en die uiteraard hypothetisch is". [105]

278. In deze omstandigheden acht het Gerecht de concrete weerslag van een kartel op de markt genoegzaam bewezen indien de Commissie in staat is concrete en geloofwaardige aanwijzingen te verstrekken waaruit met redelijke waarschijnlijkheid blijkt dat het kartel een weerslag op de markt heeft gehad. [106]

104 — Arresten Gerecht van 27 september 2006, Roquette Frères/Commissie (T-322/01, Jurispr. blz. II-3137, punten 71-80, in het bijzonder punt 75 en punten 133-144), Jungbunzlauer/Commissie (T-43/02, Jurispr. blz. II-3435, punten 151-163, in het bijzonder punt 155) en Archer Daniels Midland/Commissie (T-59/02, Jurispr. blz. II-3627; hierna: arrest „Archer Daniels Midland II", punten 157-168, in het bijzonder punt 161); arresten van 8 juli 2008, Knauf Gips/Commissie (T-52/03, II-1333, punten 388-415, in het bijzonder punt 392), BPB/Commissie (T-53/03, II-1333, punten 297-322, in het bijzonder punt 301) en Lafarge/Commissie (T-54/03, Jurispr. blz. II-00000, punten 575-604, in het bijzonder punt 583).

105 — Arrest Gerecht van 5 april 2006, Degussa/Commissie (T-279/02, Jurispr. blz. II-897, punt 231).

106 — Idem.

279. Op basis hiervan heeft de rechtspraak zich vervolgens in twee richtingen ontwikkeld.

280. De eerste richting houdt in dat het Gerecht oordeelt dat de Commissie zich mag baseren op de uitvoering van het kartel om tot het bestaan van een weerslag op de markt te concluderen.

281. Deze richting volgt het Gerecht in het bestreden arrest, in de lijn van de zaken die hebben geleid tot de reeds aangehaalde arresten Groupe Danone/Commissie [107] en Brasserie nationale/Commissie [108].

282. Het belang van het criterium concrete weerslag van de inbreuk op de markt en de aan het bewijs daarvan gestelde eisen worden hierbij gerelativeerd, aangezien in het geval van prijskartels of marktverdelingsregelingen de Commissie daar in de zin van de richtsnoeren geen rekening mee behoeft te houden om deze inbreuk als zeer zwaar te kwalificeren. [109]

107 — In de hogere voorziening tegen dit arrest is dit punt niet aan het Hof voorgelegd.

108 — Arrest Gerecht van 27 juli 2005 (T-49/02–T-51/02, Jurispr. blz. II-3033).

109 — Reeds aangehaalde arresten Groupe Danone/Commissie (punt 150) en Brasserie nationale/Commissie (punten 178 en 179), alsook bestreden arrest (punt 240).

283. In het geval van een prijskartel als het „Lombardnetwerk", mag de Commissie volgens het Gerecht concluderen dat de inbreuk gevolgen heeft gehad op de markt, als de kartelleden maatregelen hebben getroffen om de overeengekomen prijzen toe te passen. [110] In ieder geval kan, wanneer de uitvoering van een kartel is vastgesteld, van de Commissie niet kan worden verlangd dat zij stelselmatig aantoont dat de afspraken de betrokken ondernemingen daadwerkelijk in staat hebben gesteld een hogere transactieprijs te bereiken dan zonder het kartel het geval zou zijn geweest, omdat daarvoor aanzienlijke middelen moeten worden ingezet en hypothetische berekeningen moeten worden gemaakt. [111]

284. Het Gerecht kent bovendien beslissende betekenis toe aan de wil van partijen om een concrete weerslag te bereiken met hun afspraken. Het is van mening dat hoewel „[h]etgeen daarna met de reële marktprijzen gebeurde, kon worden beïnvloed door andere factoren waarop de leden van het kartel geen greep hadden", en dat de kartelleden externe factoren die hun inspanningen hebben tegengewerkt, niet in hun voordeel kunnen aanvoeren. [112]

285. Deze rechtspraak is door het Gerecht herhaald in een aantal van zijn recente arresten, waaronder het arrest van 18 juni 2008, Hoechst/Commissie [113] en Carbone-Lorraine/Commissie, reeds aangehaald [114].

286. In de tweede richting binnen de rechtspraak vereist het Gerecht van de Commissie meer dan het simpele bewijs dat het kartel is uitgevoerd, om aan te tonen dat het daadwerkelijk invloed op de markt heeft gehad.

287. In het arrest van 12 september 2007, Prym en Prym Consumer/Commissie [115], heeft het Gerecht opgemerkt dat „de uitvoering van een afspraak niet noodzakelijkerwijs gepaard gaat met reële gevolgen" op de markt. [116] In die zaak besliste het Gerecht dat de Commissie zich bij de berekening van de geldboete niet uitsluitend mocht baseren op een causaal verband en zich niet mocht beperken tot de opmerking dat de afspraak was uitgevoerd, om tot het bestaan van een concrete weerslag op de markt te concluderen.

288. In het arrest Roquettes Frères/Commissie, reeds aangehaald, en het arrest van het Gerecht van 27 september 2006, Archer Daniels Midland/Commissie [117], met betrekking tot een kartel op de markt voor natriumgluconaat, heeft het Gerecht boven-

110 — Bestreden arrest (punt 285).
111 — Ibidem (punt 286 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
112 — Ibidem (punt 287 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
113 — T-410/03, Jurispr. blz. II-881, punten 345 en 348.
114 — Punten 84 - 87.
115 — T-30/05. Tegen dit arrest is hogere voorziening ingesteld bij het Hof (C-534/07 P).
116 — Punt 110.
117 — T-329/01, Jurispr. blz. II-3255; hierna: „arrest Archer Daniels Midland I".

dien gesteld dat „[n]u de daadwerkelijke uitvoering van een kartel een voorafgaande voorwaarde is voor de concrete weerslag ervan, […] dit overigens een eerste aanwijzing [vormt] van het bestaan van een concrete weerslag van het kartel” [118]. Het kan om een sterke aanwijzing gaan, maar de Commissie mag zich niet tot die analyse beperken. [119]

289. In de zaken die hebben geleid tot beide reeds aangehaalde arresten had de Commissie niet alleen „nauwgezette” uitvoering van de kartelafspraken vastgesteld, maar eveneens bewezen dat er een overeenstemming bestond tussen de door het kartel vastgestelde prijzen en de door de betrokken ondernemingen werkelijk op de markt toegepaste prijzen. De Commissie had ook het belang van het marktaandeel dat de ondernemingen op de betrokken markt in handen hadden, alsook de aanzienlijke moeite die zij hadden besteed aan de organisatie, de opvolging en het toezicht op de afspraken, benadrukt. [120]

290. Overigens heeft het Gerecht in de arresten van 27 september 2006, Jungbunzlauer/Commissie en Archer Daniels Midland II, met betrekking tot het kartel op de markt voor citroenzuur, geoordeeld dat de Commissie de concrete weerslag op de markt juist had beoordeeld door aan te tonen dat er sprake was van een „nauwgezette” uitvoering van de kartelafspraken en dat er een overeenstemming tussen de door het kartel vastgestelde prijzen en de door de betrokken ondernemingen op de markt werkelijk toegepaste prijzen te zien was, en door het belang van hun marktaandelen op de betrokken markt en de duur van het kartel te benadrukken. [121]

291. In de reeds aangehaalde arresten van 8 juli 2008, Knauf Gips/Commissie, BPB/Commissie en Lafarge/Commissie, met betrekking tot het kartel op de markt voor gipsplaten, ten slotte had de Commissie, met uitzondering van de stabiliteit van de marktaandelen, de gevolgen van de inbreuk volgens het Gerecht voldoende bewezen door aan te tonen dat de deelnemers aan het kartel het merendeel van de betrokken markt in handen hadden en dat de tussen partijen overeengekomen afspraken waren uitgevoerd en bedoeld waren om de prijzen op een hoger niveau te brengen dan zij anders zouden hebben bereikt. Volgens het Gerecht leidden al deze aanwijzingen tot het bewijs dat de inbreuk aanzienlijke mededingingsverstorende gevolgen kon veroorzaken. [122]

292. Deze arresten dienen slechts ter illustratie van de rechtspraak van het Gerecht, die van de Commissie meer bewijs verlangt dan simpelweg het bewijs dat het kartel is uitgevoerd. In de genoemde arresten heeft het Gerecht gepreciseerd welke betekenis het hecht aan elk van deze aanwijzingen.

293. Wat de aan de uitvoering van het kartel ontleende aanwijzing betreft, is het Gerecht van oordeel dat het gewicht ervan kan toenemen naarmate het kartel langer bestaat. Het heeft opgemerkt dat de goede

118 — Respectievelijk punten 77 en 180.
119 — Respectievelijk punten 78 en 181.
120 — Respectievelijk punten 76-78 en 179-181.
121 — Respectievelijk punten 156 - 159 en 162 - 166.
122 — Respectievelijk punten 393 en 394, 302 en 303, alsook 585 en 586.

werking van een ingewikkeld kartel dat betrekking heeft op de vaststelling van prijzen, de verdeling van de markten en de uitwisseling van informatie, namelijk een belangrijke administratie en beheerskosten met zich brengt. Het komt het Gerecht derhalve voor dat terecht het standpunt kan worden ingenomen, dat uit het feit dat de ondernemingen de inbreuk gedurende een lange periode hebben volgehouden, en het doeltreffend administratief beheer ervan hebben verzekerd ongeacht het aan dergelijke onrechtmatige activiteiten verbonden risico, blijkt dat de kartelleden uit dat kartel een zeker voordeel hebben gehaald, zodat het bijgevolg een concrete weerslag op de betrokken markt heeft gehad. [123]

294. Wat de aanwijzing betreft inzake de betekenis en de stabiliteit van de marktaandelen van de ondernemingen, is het Gerecht van mening dat deze factor op zich niet voldoende is om het bestaan van een concrete weerslag vast te stellen. Het feit dat de kartelpartijen het grootste deel van de markt in handen hebben, vormt volgens het Gerecht immers het voorwerp van het kartel en niet de weerslag ervan, en is derhalve een aanwijzing dat de inbreuk aanzienlijke mededingingsbelemmerende effecten kon hebben, maar niet dat dit werkelijk het geval is geweest. [124] De Commissie moet volgens het Gerecht bij de beoordeling van deze factor dus gegevens betrekken over de situatie op de betrokken markt vóór het kartel. Het Gerecht is daarenboven van mening dat het gewicht van deze aanwijzing met de duur van het kartel toeneemt. [125]

295. Wat de aanwijzingen betreft ontleend aan een gecoördineerde ontwikkeling van de prijzen, heeft het Gerecht twee benaderingen gekozen.

296. In de arresten Jungbunzlauer/Commissie en Archer Daniels Midland II heeft het Gerecht geoordeeld dat bij de toetsing van de beoordeling door de Commissie van de concrete weerslag van het kartel op de markt, „vooral haar beoordeling van het prijseffect van de mededingingsregeling moet worden onderzocht". De Commissie moet volgens het Gerecht dus — met een redelijke mate van waarschijnlijkheid — vaststellen dat de litigieuze afspraken de betrokken partijen werkelijk in staat hebben gesteld hogere prijzen te bereiken dan zonder kartel het geval zou zijn geweest. Het is van mening dat de Commissie in dit verband alle objectieve omstandigheden op de betrokken markt in aanmerking moet nemen, met inbegrip van de economische context en zo nodig de toepasselijke bepalingen, en bewijzen dat bij een vrije mededinging de prijzen niet op dezelfde wijze zouden zijn geëvolueerd als de toegepaste prijzen. [126]

297. In het arrest Jungbunzlauer/Commissie bleek volgens het Gerecht uit de voortdurende congruentie tussen de door de kartelleden vastgestelde en de aan klanten feitelijk gevraagde prijzen genoegzaam aangetoond

123 — Reeds aangehaalde arresten Roquette Frères/Commissie (punt 79) en Archer Daniels Midland I (punt 182).

124 — Arrest Degussa/Commissie, reeds aangehaald (punt 232).

125 — Reeds aangehaalde arresten Jungbunzlauer/Commissie (punt 159) en Archer Daniels Midland II (punten 165 en 166). Zie eveneens reeds aangehaalde arresten Knauf Gips/Commissie (punten 395 en 403), BPB/Commissie (punten 304 en 312), alsook Lafarge/Commissie (punten 587 en 594).

126 — Reeds aangehaalde arresten Jungbunzlauer/Commissie (punten 177-190, in het bijzonder punt 179) en Archer Daniels Midland II (punten 180-192, in het bijzonder punt 182). Zie eveneens de benadering van het Gerecht in het arrest Degussa/Commissie, reeds aangehaald (punt 224).

„dat het kartel een concrete weerslag had op de markt, die in de zin van de richtsnoeren meetbaar was bij vergelijking tussen de hypothetische prijs die zou hebben gegolden zonder kartel en de prijs die in casu na de oprichting van het kartel werd toegepast". [127]

298. In het recente arrest Lafarge/Commissie heeft het Gerecht daarentegen geoordeeld dat, wanneer de uitvoering van een kartel is vastgesteld, van de Commissie niet kan worden verlangd dat zij stelselmatig aantoont dat de afspraken de betrokken ondernemingen daadwerkelijk in staat hebben gesteld een hogere transactieprijs te bereiken dan zonder het kartel het geval zou zijn geweest. Een dergelijk bewijs veronderstelt volgens het Gerecht de inzet van aanzienlijke middelen en het maken van hypothetische berekeningen op grond van economische modellen waarvan de juistheid door de rechter slechts moeilijk is na te gaan. In deze zaak heeft het Gerecht geoordeeld dat de Commissie rechtens genoegzaam had aangetoond dat het kartel een concrete weerslag op de prijzen had op basis van de publicatie van prijslijsten en de vaststelling van de prijzen, een weerslag die, zij het louter indicatief, de mededinging volgens het Gerecht ongunstig beïnvloedde. [128]

299. In het arrest Degussa/Commissie heeft het Gerecht aangevoerd dat deze aanwijzingen bovendien moeten zijn gebaseerd op objectieve economische factoren en niet op louter gissingen. [129]

300. Gelet op het bovenstaande zal ik thans bespreken of de door RZB aangevoerde grief gegrond is.

ii) Mijn standpunt

301. Zoals ik heb uiteengezet, verwijt rekwirante het Gerecht in wezen dat het heeft aanvaard dat de Commissie bij de berekening van de geldboete uit het simpelweg uitvoeren van het kartel het bestaan van een concrete weerslag van de inbreuk op de markt heeft afgeleid.

302. Volgens mij is deze grief gegrond.

303. Ik ben namelijk van mening dat het van belang is om een hoge bewijsdrempel te blijven stellen aan de Commissie, wanneer zij bij de beoordeling van de zwaarte van de

127 — Punt 185 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

128 — Arrest Lafarge/Commissie, reeds aangehaald (punten 587-593). Zie eveneens reeds aangehaalde arresten Knauf Gips/Commissie (punten 396-402) en BPB/Commissie (punten 307-311).

129 — Punt 240 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

inbreuk en de berekening van het bedrag van de geldboete stelt dat een kartel invloed heeft gehad op de markt.

304. Het is juist dat de Commissie volgens de rechtspraak van het Hof en de richtsnoeren geen rekening hoeft te houden met de weerslag van de inbreuk op de markt wanneer het, zoals bij de litigieuze afspraken, een zeer zware inbreuk betreft.

305. Wanneer de Commissie evenwel het bestaan van een concrete weerslag van de inbreuk aanvoert, kan zij de inbreuk als zwaarder waarderen en het basisbedrag van de geldboete hoger vaststellen dan de door de richtsnoeren vastgestelde drempel.

306. Het komt mij voor dat de geldboeten van artikel 15 van verordening nr. 17 naar hun aard en hun omvang vergelijkbaar zijn met een strafrechtelijke sanctie, hoewel zij strikt gezien het karakter van een bestuursrechterlijke sanctie hebben. Het optreden van de Commissie, dat vóór alles repressief is, behoort derhalve de procedurele en materiële beginselen van het strafrecht te eerbiedigen, en zij dient dus bewijs te leveren van de factoren waarop zij de berekening van het bedrag van de sanctie baseert.

307. Dat is des te belangrijker in het geval van een zeer zware inbreuk, omdat de Commissie slechts gebonden is aan het maximum van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17. Anders dan bij inbreuken die worden gekwalificeerd als „niet te ernstig" of „zwaar", kan de Commissie immers fors boven de in punt 1 A, derde gedachtestreepje, van de richtsnoeren voorziene drempel van 20 miljoen EUR uitgaan, hetgeen haar een ruime beoordelingsmarge laat.

308. Wanneer de Commissie ervoor kiest om bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk en de vaststelling van het daarbij behorende bedrag van de geldboete rekening te houden met de concrete weerslag van de inbreuk op de markt, moet zij in deze context dus in staat zijn om concrete, geloofwaardige en voldoende aanwijzingen te verschaffen die reële gevolgen van de inbreuk op de markt en een causaal verband bestaat tussen de mededingingsbeperkende afspraken en de verandering van de mededinging op de markt laten zien.

309. Dat is echter niet de benadering die het Gerecht in het bestreden arrest heeft gevolgd.

310. Hoewel het in punt 288 van het bestreden arrest terecht heeft beslist dat „de Commissie op goede gronden op basis van de uitvoering van het kartel" conclusies kon trekken, heeft het volgens mij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat een dergelijke analyse volstond om een weerslag op de markt aan te nemen.

311. Enerzijds, zoals het Gerecht heeft geoordeeld in het arrest Prym en Prym Consumer/Commissie, lijkt mij dat de uitvoering van een kartel niet noodzakelijkerwijs reële gevolgen op de markt impliceert. Nog minder „meetbaar" zijn deze gevolgen volgens mij als bedoeld in punt 1 A van de richtsnoeren. De uitvoering van een kartel vormt derhalve een belangrijke aanwijzing, als voorafgaande voorwaarde voor een concrete weerslag op de markt, maar is volgens mij slechts een begin van een aanwijzing. [130]

312. Ik ben van mening dat de Commissie bovendien aanwijzingen moet kunnen verzamelen over de ontwikkeling van de prijzen of de marktaandelen van ondernemingen, zonder dat dat de inzet van aanzienlijke middelen vergt. Bij een prijskartel, bijvoorbeeld, zoals het „Lombardnetwerk", is het mijns inziens essentieel en volstrekt consistent met het bewijs dat de Commissie geacht wordt te leveren, dat zij de gevolgen van het kartel voor de prijzen onderzoekt, uitgaande van de objectieve voorwaarden van de betrokken markt. Uit een dergelijke analyse kan een verhoging of daling van de prijzen worden vastgesteld als gevolg van de uitvoering van de afspraken blijken, of een congruentie tussen de door het kartel vastgestelde prijzen en de daadwerkelijk toegepaste prijzen. In het kader van deze beoordeling, en zoals het Gerecht zelf in punt 284 van het bestreden arrest heeft gememoreerd, moet de Commissie, om de concrete weerslag van een inbreuk op de markt te beoordelen, uitgaan van de mededinging zoals die normaliter zonder inbreuk zou hebben bestaan. Hoewel moeilijk van de Commissie kan worden verlangd dat zij cijfermatige beoordelingen verstrekt, ben ik niettemin van mening dat zij op basis van een vergelijking van de marktsituatie vóór de inbreuk met die na de uitvoering ervan, een bepaalde tendens kan aantonen.

313. Ik ben het derhalve evenmin eens met de argumentatie van het Gerecht in punt 287 van het bestreden arrest, dat het niet nodig is om de hoogte van de reële marktprijzen in aanmerking te nemen, omdat die kon zijn beïnvloed door andere factoren, waarop de leden van het kartel geen greep hadden. Ik hoef er immers niet aan te herinneren dat het bij de controle van de Commissie erom gaat de concrete weerslag van de inbreuk op de markt te bepalen, met name op de prijzen, rekening houdend met de economische en wettelijke context, zoals het Hof heeft geoordeeld.

314. Ten slotte wil ik slechts opmerken dat, hoewel ik de zorgen van het Gerecht deel met betrekking tot de moeilijkheden die de Commissie bij het bewijzen van een concrete weerslag van het kartel kan tegenkomen, [131] dit in het onderhavige geval mijns inziens niet het ontoereikende bewijs van de Commissie kan rechtvaardigen, vooral niet wanneer zij haar beoordeling op een enkele aanwijzing, namelijk de uitvoering van het kartel, baseert.

130 — Zie voetnoot onderaan blz. 118.

131 — Zie punt 286 van het bestreden arrest.

315. Gelet op het bovenstaande ben ik van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de Commissie zich bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk en de berekening van het basisbedrag van de geldboete kon baseren op de uitvoering van het kartel om tot een concrete weerslag op de markt te concluderen.

316. Ik stel het Hof derhalve voor dit derde onderdeel gegrond te verklaren.

4. Vierde onderdeel van het middel: onjuiste beoordeling van de „omvang van de betrokken geografische markt"

a) Argumenten van partijen

317. RZB verwijt het Gerecht dat het in de punten 308 tot en met 313 van het bestreden arrest niet het argument heeft onderzocht, dat de duidelijk en onweerlegbaar geringe omvang van het grondgebied van de Republiek Oostenrijk in de weg staat aan de kwalificatie van de vastgestelde inbreuk als „zeer zwaar". Een dergelijke argumentatie is bovendien in strijd met de bewoordingen van de richtsnoeren en de beschikkingspraktijk van de Commissie.

b) Beoordeling

318. Volgens mij is dit onderdeel ongegrond.

319. Enerzijds, en anders dan rekwirante stelt, heeft het Gerecht in de punten 308 tot en met 313 van het bestreden arrest duidelijk en voldoende gemotiveerd uiteengezet waarom de geringe omvang van de betrokken geografische markt er niet aan in de weg staat de vastgestelde inbreuk als „zeer zwaar" te kwalificeren.

320. Zoals het Gerecht in punt 240 van het bestreden arrest terecht heeft uiteengezet en zoals ik in punt 261 van de onderhavige conclusie heb opgemerkt, kunnen prijskartels als de onderhavige op grond van hun eigen aard een zeer zware inbreuk vormen, los van hun weerslag op de markt of de geografische omvang van de betrokken markt.

321. Ik herinner er bovendien aan dat de beschikkingspraktijk van de Commissie niet als rechtskader voor geldboeten in mededingingszaken kan fungeren.[132] Volgens vaste

132 — Arrest JCB Service/Commissie, reeds aangehaald (punt 205). Zie eveneens arrest Gerecht van 18 juli 2005, Scandinavian Airlines System/Commissie (T-241/01, Jurispr. blz. II-2917, punt 87 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

rechtspraak is dat de lering die uit deze praktijk kan worden getrokken slechts indicatief, aangezien de omstandigheden in de verschillende zaken, zoals de betrokken markten, producten, landen, ondernemingen en periodes, niet dezelfde zijn. [133] In deze omstandigheden kan rekwirante zich niet beroepen op eerdere Commissiebeschikkingen.

322. Ten slotte wil ik nog opmerken dat noch het EG-Verdrag, noch verordening nr. 17, de richtsnoeren en de rechtspraak, ruimte laten voor de gedachte dat alleen op zeer omvangrijke markten betrekking hebbende beperkingen als zeer zware inbreuken kunnen worden gekwalificeerd. Zoals het Gerecht in punt 312 van het bestreden arrest terecht heeft gesteld, kan volgens het Hof het gehele grondgebied van een lidstaat, of reeds een beperkt deel daarvan, een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt vormen. Zoals wij bovendien hebben gezien, beïnvloedt de in het onderhavige geval vastgestelde inbreuk niet uitsluitend de Republiek Oostenrijk ongunstig, maar kan ook de handel tussen lidstaten er ongunstig door worden beïnvloed.

323. In deze omstandigheden ben ik van mening dat het vierde onderdeel van dit middel moet worden afgewezen.

133 — Zie arrest JCB Service/Commissie, reeds aangehaald (punt 201).

5. Vijfde onderdeel van het middel: onjuiste beoordeling door het Gerecht van de invloed van het selectieve karakter van de vervolgingsmaatregelen en schending van de motiveringsplicht

a) Argumenten van partijen

324. Ter ondersteuning van het vijfde middel voert RZB twee grieven aan.

325. RZB verwijt het Gerecht in de eerste plaats dat het haar argument heeft afgewezen, dat de kwalificatie van de inbreuk als „zeer zwaar" onverenigbaar is met de keuze van de Commissie om slechts enkele van de daarbij betrokken ondernemingen te vervolgen.

326. In de tweede plaats voert RZB aan dat het Gerecht zijn motiveringsplicht heeft geschonden door niet te antwoorden op de argumenten dat, aan de ene kant, het hoge niveau van de geldboete in tegenspraak is met het symbolische karakter van een procedure die per slot van zaken tegen de gehele Oostenrijkse bankensector was gericht, en dat, aan de andere kant, verstoringen van de mededinging ontstaan wanneer de geldboete slechts aan 10 % van de banken wordt opgelegd. Ten slotte is de kwalificatie van de inbreuk als „zeer zwaar" niet met de grief „ onrecht voor individuele ondernemingen" verenigbaar.

b) Beoordeling

327. Met betrekking tot de eerste grief ben ik met de Commissie van mening dat deze uitsluitend een letterlijke herhaling vormt van een reeds voor het Gerecht aangevoerd middel en niet een bepaalde rechtsschending aanwijst. Overeenkomstig de in punt 65 van de onderhavige conclusie gememoreerde beginselen stel ik het Hof voor deze grief niet-ontvankelijk te verklaren.

328. De tweede grief, waarmee wordt geklaagd dat het bestreden arrest gebrekkig is gemotiveerd, moet volgens mij worden afgewezen. [134]

329. Ik herinner er om te beginnen aan dat krachtens artikel 36 van het Statuut van het Hof van Justitie, dat krachtens artikel 53 van genoemd Statuut toepasselijk is op het Gerecht, „[d]e arresten […] met redenen omkleed [zijn]".

330. Volgens het Hof moet de motivering van een arrest de redenering van het Gerecht duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking brengen, zodat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de gegeven beslissing kunnen kennen en het Hof zijn toezicht kan uitoefenen. [135] Wanneer het een beroep gebaseerd op artikel 230 EG betreft, impliceert het motiveringsvereiste uiteraard dat het Gerecht de door de verzoeker aangevoerde middelen tot nietigverklaring onderzoekt en de redenen uiteenzet die leiden tot afwijzing van het middel of tot nietigverklaring van de bestreden handeling. In het kader van met name de uitvoering van artikel 81 EG en artikel 15 van verordening nr. 17 acht het Hof zich verplicht om na te gaan of het Gerecht rechtens genoegzaam antwoord heeft gegeven op alle argumenten die de verzoeker heeft aangevoerd met het oog op opheffing of vermindering van de geldboete. [136]

331. Het Hof heeft echter in het arrest Connoly/Commissie [137] grenzen gesteld aan deze verplichting om op aangevoerde middelen te antwoorden. De motivering van een arrest moet worden beoordeeld rekening houdend met de omstandigheden van het geval [138], en het Gerecht hoeft niet op „elk argument van rekwirant in detail te antwoorden, met name wanneer het argument niet voldoende duidelijk en nauwkeurig is en niet wordt gestaafd door een omstandig bewijs" [139].

134 — Ik herinner eraan dat volgens vaste rechtspraak de vraag of het Gerecht is ingegaan op de middelen van partijen en zijn arrest regelmatig heeft gemotiveerd, een rechtsvraag is die als zodanig in een hogere voorziening kan worden aangevoerd [zie met name arrest van 7 mei 1998, Somaco/Commissie (C-401/96 P, Jurispr. blz. I-2587, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak)].

135 — Zie in deze zin arresten van 14 mei 1998, Raad/De Nil en Impens (C-259/96 P, Jurispr. blz. I-2915, punten 32-34), en 17 mei 2001, IECC/Commissie (C-449/98 P, Jurispr. blz. I-3875, punt 70), alsook beschikkingen van de president van het Hof van 19 juli 1995, Commissie/Atlantic Container Line e.a. [C-149/95 P(R), Jurispr. blz. I-2165, punt 58]; 14 oktober 1996, SCK en FNK/Commissie [C-268/96 P(R), Jurispr. blz. I-4971, punt 52], en 25 juni 1998, Nederlandse Antillen/Raad [C-159/98 P(R), Jurispr. blz. I-4147, punt 70].

136 — Zie aangehaalde rechtspraak in voetnoot onderaan bladzijde 19 van de onderhavige conclusie.

137 — Arrest van 6 maart 2001 (C-274/99 P, Jurispr. blz. I-1611).

138 — Punt 120.

139 — Punt 121. Zie eveneens arrest van 11 september 2003, België/Commissie (C-197/99 P, Jurispr. blz. I-8461, punt 81).

332. Gelet op het bovenstaande ben ik van mening dat het Gerecht niet hoefde te antwoorden op de door rekwirante in casu aangevoerde argumenten.

6. Zesde onderdeel van het middel: geen algehele beoordeling van de zwaarte van de inbreuk

a) Argumenten van partijen

335. RZB verwijt het Gerecht dat het de zwaarte van de inbreuk niet in zijn geheel heeft beoordeeld, rekening houdend met alle in de richtsnoeren genoemde factoren (de aard en de concrete weerslag van de inbreuk en de omvang van de betrokken geografische markt) alsook met exogene factoren, zoals de economische betekenis van de Oostenrijkse bankensector, het ontbreken van de noodzaak van een afschrikkende werking en het selectieve karakter van de vervolging. Wanneer het Gerecht een dergelijke analyse had verricht, zou het hebben geoordeeld dat de litigieuze inbreuk niet als „zeer zwaar" kon worden gekwalificeerd.

333. Het Gerecht heeft in punt 315 van het bestreden arrest immers vastgesteld dat het uitgangspunt van rekwirante, dat de Commissie de ondernemingen selectief en symbolisch heeft vervolgd, onjuist was. De Commissie had volgens het Gerecht feite als criterium voor de keuze van de adressaten van de beschikking hun veelvuldige deelneming aan de belangrijkste gespreksronden gehanteerd.[140] In deze omstandigheden was het Gerecht volgens mij niet verplicht om de andere door rekwirante aangevoerde, en op dit uitgangspunt gebaseerde argumenten te onderzoeken.

b) Beoordeling

336. Volgens mij is dit argument ongegrond. Ik heb bij de bespreking van het eerste onderdeel van dit middel immers gesteld dat het Gerecht terecht heeft beslist dat de Commissie bij haar beoordeling van de zwaarte van de inbreuk rekening mocht houden met andere factoren dan die uitdrukkelijk genoemd in de richtsnoeren, en met

334. Ik stel het Hof derhalve voor om dit vijfde onderdeel niet-ontvankelijk en ongegrond te verklaren.

140 — Punt 470 van de considerans van de litigieuze beschikking.

name met „exogene" factoren. [141] Rekwirante voert hier volgens mij iets aan dat simpelweg in tegenspraak is met hetgeen zij in het kader van het eerste onderdeel van dit middel heeft aangevoerd.

337. Dit zesde onderdeel moet bijgevolg ongegrond worden verklaard.

7. Zevende onderdeel van het middel: onjuiste beoordeling van de indeling van rekwirantes in categorieën

338. Uit de litigieuze beschikking blijkt dat de Oostenrijkse bancaire markt wordt gekarakteriseerd door de aanwezigheid van bankgroepen met een gelaagde, ook wel als „decentraal" aangeduide structuur.

339. De Sparkassen en Volksbanken hebben een tweelagige opbouw, de Raiffeisenbanken een drielagige. Aan het hoofd van elk van deze meerlagige structuren (hierna: „Sparkassensector", „Raiffeisensector" en „Volksbankensector" en tezamen „gedecentraliseerde sectoren") staat een instelling, gewoonlijk „centrale instelling" genoemd, die zich bezighoudt met de ondersteuning van en de dienstverlening aan de banken van de sector. Erste, RZB en ÖVAG zijn de centrale instellingen van respectievelijk de Sparkassensector, de Raiffeisensector en de Volksbankensector.

340. Krachtens punt 1 A van de richtsnoeren kan de Commissie bij zeer zware inbreuken het basisbedrag van de geldboete aanpassen, rekening houdend met de daadwerkelijke economische macht van de inbreukplegers om de mededinging te vervalsen.

341. De Commissie heeft in punt 515 van de considerans van de litigieuze beschikking gesteld dat deze gedifferentieerde aanpak in de onderhavige zaken aangewezen was, gezien de aanzienlijke verschillen in de grootte van de bij het „Lombardnetwerk" betrokken ondernemingen en bankgroepen.

342. De Commissie heeft de adressaten van de litigieuze beschikking daarom — op basis van de beschikbare informatie over hun marktaandelen — in vijf categorieën gemeend. Zij heeft geoordeeld dat aan Erste, RZB en ÖVAG, als centrale instellingen van respectievelijk de gedecentraliseerde Sparkassensector, de Raiffeisensector en de Volksbankensector, de marktaandelen van hun respectieve sectoren moesten worden toegerekend teneinde hun economische macht op de markt beter te waarderen. Erste en RZB zijn zodoende ingedeeld in de eerste categorie, terwijl ÖVAG in de derde categorie is ingedeeld.

141 — Punten 245-251 van de onderhavige conclusie.

a) Grieven van rekwirantes

343. In de eerste plaats stellen Erste, RZB en ÖVAG, onverminderd bepaalde specifieke met hun respectieve situatie verbonden kenmerken, het principe van een dergelijke toerekening ter discussie. Zij zijn van mening dat het Gerecht de juridische voorwaarden heeft miskend waaronder de Commissie hun als centrale instellingen van de gedecentraliseerde sectoren de marktaandelen van hun respectieve sectoren kon toerekenen bij de indeling in categorieën. Rekwirantes stellen wat dat betreft dat deze toerekening artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 schendt, alsook het beginsel evenredigheid van de sanctie, het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid voor inbreuken op het mededingingsrecht en het gelijkheidsbeginsel.

344. In de tweede plaats stellen Erste, RZB en ÖVAG dat het Gerecht hun rechten van de verdediging heeft geschonden.

345. In de derde plaats voeren zij aan dat het hun rol en hun taken binnen de bankgroepen niet juist heeft beoordeeld.

346. In de vierde plaats voert Erste aan dat de vaststellingen van het Gerecht omtrent het marktaandeel van de Sparkassengroep onjuist zijn.

347. In de vijfde plaats stelt ÖVAG dat het Gerecht de aangevoerde feiten en het overgelegde bewijs onjuist heeft voorgesteld.

i) Eerste grief: onrechtmatige toerekening aan de centrale instellingen van de marktaandelen van de banken van de gedecentraliseerde sectoren

348. Erste, RZB en ÖVAG voeren ter ondersteuning van deze grief meerdere argumenten aan.

— Het toerekeningsbeginsel en de voor dat doel gebruikte beoordelingscriteria

349. Erste, RZB en ÖVAG voeren aan dat het Gerecht in de punten 356 en 373 van het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de Commissie, door bij de berekening van de geldboete de marktaandelen van de banken van hun gedecentraliseerde sectoren aan hen toe te rekenen, hen niet het inbreukmakende gedrag van laatstgenoemden heeft toegerekend en hen uitsluitend „voor hun eigen gedrag" heeft gestraft.

350. Volgens hen komt een dergelijke toerekening er in feite op neer dat zij aansprakelijk worden gesteld voor de door de banken van

hun gedecentraliseerde sectoren gepleegde inbreuken, aangezien de positie van deze banken op de markt volledig in aanmerking wordt genomen bij de berekening van de geldboete. Erste, RZB en ÖVAG zijn derhalve van mening dat deze toerekening had moeten worden beoordeeld aan de hand van de criteria die het Hof heeft ontwikkeld op het gebied van de toerekening van inbreuken binnen een groep van vennootschappen, namelijk de mogelijkheid om de onderneming te controleren en het bestaan van een economische eenheid.

351. Door zich te baseren op het bestaan van stabiele betrekkingen binnen de bankgroepen en op de ondersteunende en dienstverlenende taken van de centrale instellingen, hebben de Commissie en het Gerecht de door de rechtspraak gestelde strikte eisen ontweken.

352. De Commissie voert aan dat het doorslaggevende criterium bij de indeling in categorieën de vergelijking van de werkelijke macht op de markt vormt, die is gebaseerd op de stabiele betrekkingen van de gedecentraliseerde banken met hun centrale instellingen.

— Schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, van het beginsel van de evenredigheid van de sanctie, van het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid voor inbreuken op het mededingingsrecht en van het gelijkheidsbeginsel

353. Erste stelt dat de toerekening aan de centrale instellingen (GiroCredit of Erste) [142] van de marktaandelen van ongeveer 70 Oostenrijkse spaarbanken, artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 juncto punt 1 A, zesde alinea, van de richtsnoeren schendt. Deze bepaling staat niet toe, aan een onderneming het marktaandeel toe te rekenen van derde ondernemingen die actief zijn binnen dezelfde sector.

354. Erste en RZB voeren eveneens aan dat een dergelijke toerekening het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid voor inbreuken op het mededingingsrecht en het beginsel evenredigheid van de sanctie schendt.

355. Ten slotte stellen RZB en ÖVAG dat het Gerecht eveneens het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden. RZB verwijt het Gerecht

142 — Deze toerekening aan GiroCredit betrof de periode van begin 1995 tot oktober 1997, toen zij de centrale instelling van de sector was, en had betrekking op Erste voor de periode tussen oktober 1997 en juni 1998, toen zij, na de overname van GiroCredit, de centrale instelling van de sector was geworden.

dienaangaande dat het bij de indeling in categorieën de centrale instellingen van de gedecentraliseerde sectoren heeft gelijkgesteld met de grote gecentraliseerde banken. Volgens rekwirante had het Gerecht moeten onderzoeken of niet enkel een deel van de marktaandelen van elke betrokken sector in aanmerking diende te worden genomen, teneinde rekening te houden met het feit dat, hoewel zij deelnam aan de gesprekronden van de banken, een centrale instelling zoals RZB zich beperkte tot het verschaffen van inlichtingen, omdat zij niet namens de banken kon optreden en geen opdracht kon geven om de mogelijke afspraken uit te voeren.

356. De Commissie herinnert eraan dat de toerekening van marktaandelen in de litigieuze beschikking niet is gebaseerd op specifieke vaststellingen met betrekking tot het daadwerkelijk medeplegen van de inbreuk door de gedecentraliseerde banken, maar uitsluitend op het feit dat de Commissie de centrale instellingen heeft gestraft voor hun eigen gedrag. Zij preciseert dat in het onderhavige geval geen gedrag van derden is toegerekend.

357. Wat de door RZB aangevoerde argumenten betreft, stelt de Commissie om te beginnen dat de aan de centrale instellingen opgelegde geldboeten, het maximum van 10 % van de omzet van de onderneming niet overschrijden, overeenkomstig artikel 15 van verordening nr. 17. Dat verschilt dus van de situatie waarin rekening had moeten worden gehouden met de totale omzet van de groep, wanneer de centrale instelling en de gedecentraliseerde banken als economische eenheid zouden zijn beschouwd. De Commissie stelt vervolgens dat rekwirante niet preciseert in hoeverre verschillende situaties zonder objectieve rechtvaardiging op dezelfde manier zouden zijn behandeld.

358. Ten slotte beroept de Commissie zich op de niet-ontvankelijkheid van het argument inzake de evenredigheid van de geldboete, aangezien het Hof zijn eigen beoordeling niet uit billijkheidsoverwegingen in de plaats mag stellen van die van het Gerecht.

ii) Tweede grief: schending van de rechten van de verdediging

359. Voor het Gerecht hebben Erste en ÖVAG de Commissie verweten in de mededeling van de punten van bezwaar niet haar voornemen te hebben genoemd om aan de centrale instellingen de marktaandelen toe te rekenen van hun respectieve groepen bij de berekening van de geldboete.

360. In hun respectieve verzoekschriften in hogere voorziening voeren Erste en ÖVAG aan dat het Gerecht hun rechten van de verdediging heeft geschonden door in punt 369 van het bestreden arrest te oordelen dat de verklaring in de mededeling van de punten van bezwaar, dat zij de centrale instellingen van de Sparkassensector en de Volksbankensector waren, toereikend was.

361. Erste en ÖVAG voeren aan dat de Commissie niet had mogen volstaan met een simpele algemene verklaring, maar de ondernemingen had moeten inlichten over de conclusies die zij uit alle feiten met betrekking tot de inbreuk wilde trekken.

iii) Derde grief: onjuiste beoordeling van de rol en de taken van de centrale instellingen binnen de bankgroepen

362. Erste, RZB en ÖVAG verwijten het Gerecht dat het hun rol en hun taken binnen de bankgroepen onjuist heeft beoordeeld.

363. Erste betwist de in punt 401 van het bestreden arrest weergegeven beoordeling van het Gerecht, dat zij in de gespreksronden optrad als „vertegenwoordigster" van de Sparkassensector.

364. ÖVAG stelt dat, anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, zij de zelfstandige Volksbanken niet kon binden en met hen geen economische eenheid vormde.

365. RZB voert op haar beurt aan dat zij, anders dan is gesteld in punt 405 van het bestreden arrest, niet over een „grotere deskundigheid en betere informatie" beschikte dan de banken van haar gedecentraliseerde sector. Zij stelt dat de vaststellingen van het Gerecht met betrekking tot de banden die zij onderhield met de gedecentraliseerde sector, het in ieder geval onmogelijk maken om de marktaandelen van deze sector in hun geheel aan haar toe te rekenen. Rekwirante stelt ten slotte dat zij niet over het met de grote hiërarchisch georganiseerde banken vergelijkbare vermogen beschikt om particulieren schade te berokkenen en benadrukt dat zij evenmin in staat is om van de litigieuze praktijken te profiteren wegens het ontbreken van een significant eigen marktaandeel of een aandeel in de winst van de banken binnen de sector.

iv) Vierde grief: onjuiste vaststelling van de marktaandelen van Erste en de Sparkassensector

366. Erste voert aan dat het Gerecht ten onrechte niet heeft vastgesteld dat de Commissie zich heeft gebaseerd op een te hoge raming van de marktaandelen om haar in een van de categorieën in te delen. Zowel vóór als na haar fusie met GiroCredit was haar marktaandeel immers duidelijk minder dan dat waarvan de Commissie is uitgegaan en dat door het Gerecht in de punten 455 en 458 van het bestreden arrest is bevestigd.

367. Het Gerecht heeft dus in punt 457 van het bestreden arrest blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te beslissen dat Erste in de eerste categorie bleef ingedeeld en dat de grief, zo zij al gegrond was, het dispositief van de bestreden beschikking niet ter discussie kon stellen. Het Gerecht heeft dienaangaande het gelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel geschonden, door met het oog op de indeling in categorieën geen onderscheid te maken tussen het bezit van een marktaandeel van 30 % en het bezit van een marktaandeel van 17 %.

368. De Commissie stelt dat zij bevoegd was, wat het juiste marktaandeel ook moge zijn geweest, om Erste na de fusie met GiroCredit in de eerste categorie in te delen. Wat het argument betreft dat de Commissie de marktaandelen en het gedrag van Erste Österreischiche Spar-Casse-Bank AG (Erste voor de fusie met GiroCredit; hierna: „EÖ") tweemaal in aanmerking heeft genomen, voert zij aan dat het niet-ontvankelijk is omdat Erste enkel probeert een heronderzoek van de feiten te verkrijgen, hetgeen niet tot de bevoegdheden van het Hof behoort.

v) Vijfde grief: onjuiste opvatting van de feiten en van het bewijs

369. ÖVAG stelt dat de analyse van het Gerecht het gevolg is van een onjuiste opvatting van het bewijs in het dossier. De informatie-uitwisseling en de activiteiten van ÖVAG als vermeende coördinatrice en vertegenwoordigster van de gedecentraliseerde Volksbanken is nooit bewezen (punten 401 tot en met 406 van het bestreden arrest). Het Gerecht heeft bovendien ten onrechte een arrest van het Oostenrijkse Verfassungsgerichtshof (Oostenrijks constitutioneel Hof) van 23 juni 1993 aangevoerd om de toerekening van de marktaandelen van de sectoren te rechtvaardigen (punten 392 tot en met 401 van het bestreden arrest). ÖVAG stelt dat zij in feite niet bij deze procedure was betrokken en dat het arrest uitsluitend betrekking had op aspecten die verband hielden met „liquiditeitsreserves". Het Gerecht heeft aldus een feitelijke fout en een juridische fout begaan en heeft bovendien zijn beoordelingsmarge overschreden. Ten slotte stelt rekwirante dat het Gerecht haar situatie niet uitdrukkelijk heeft onderzocht, in tegenstelling tot wat het met betrekking tot Erste en RZB alsook de banken van hun respectieve sectoren heeft gedaan.

370. De Commissie stelt dat rekwirante haar grief niet toelicht en concludeert tot afwijzingen ervan. Wat de onjuiste verwijzing van het Gerecht naar het arrest van het Oostenrijkse Verfassungsgerichtshof betreft, betwist de Commissie dat er sprake is van welke onjuiste opvatting dan ook. De Oostenrijkse rechter heeft zich namelijk formeel en in algemene zin over de banden tussen de „centrale instellingen" en hun „primaire banken" uitgesproken, en de Volksbanken worden in dat arrest uitdrukkelijk genoemd. Volgens de Commissie beweert ÖVAG niet dat haar rol als centrale instelling afwijkt van die van de centrale instellingen van de andere sectoren.

b) Beoordeling

i) Eerste grief: onrechtmatige toerekening aan de centrale instellingen van de marktaandelen van de banken van de gedecentraliseerde sectoren

371. Met deze grief wordt volgens mij een ander moeilijk punt van het dossier aan de orde gesteld. Het betreft de wijze waarop de Commissie het bedrag van de sanctie moet berekenen, gelet op de aansprakelijkheid die de inbreukmaker met het plegen van de inbreuk moet aanvaarden.

372. In de onderhavige zaken heeft de Commissie het bedrag van de geldboete die zij aan Erste, RZB en ÖVAG als centrale instellingen wilde opleggen, berekend door aan hen de marktaandelen van de banken van hun gedecentraliseerde sectoren toe te rekenen. Daardoor kon zij krachtens punt 1 A, vierde alinea, van de richtsnoeren rekening houden met hun economische macht.

373. In de punten 356 en 373 van het bestreden arrest heeft het Gerecht beslist dat de Commissie, door zo te handelen, hun niet het inbreukmakende gedrag van de banken van hun sectoren heeft toegerekend maar hun heeft „gestraft voor hun eigen gedrag".

374. Volgens mij heeft het Gerecht wat dat betreft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en het bestreden arrest tegenstrijdig gemotiveerd.

375. Het Gerecht bevestigt aldus immers dat de centrale instelling niet aansprakelijk is voor de door de banken van haar gedecentraliseerde sector gepleegde inbreuken, maar dat bij de berekening van de geldboete niettemin de marktaandelen van de totale groep aan haar kunnen worden toegerekend.

376. Dat is niet logisch. De Commissie kan ofwel de aansprakelijkheid voor de inbreuk toerekenen aan de centrale instelling, voor zover laatstgenoemde een economische eenheid met de gedecentraliseerde sector vormt en kan in dat geval bij de berekening van de geldboete de daadwerkelijke economische macht van de gehele sector in aanmerking nemen, ofwel de centrale instelling vervolgen wegens haar eigen deelneming aan de inbreuk, maar dan bij de berekening van de geldboete slechts haar marktaandelen, los van die van haar gedecentraliseerde sector, in aanmerking nemen.

377. De benadering van het Gerecht is dus niet samenhangend. Het is duidelijk dat het berekenen van het bedrag van de sanctie op basis van de marktaandelen van de banken van de gedecentraliseerde sectoren neerkomt op het „straffen" van de centrale instellingen voor het inbreukmakende gedrag van deze banken.

378. Ik ben van mening dat bij de berekening van de sanctie, in het onderhavige geval een geldboete, de Commissie uitsluitend de daadwerkelijke economische macht van de ondernemingen die zij aansprakelijk heeft gesteld voor de op de markt gepleegde inbreuk, in aanmerking kan nemen. Dat blijkt duidelijk uit punt 1 A, vierde alinea, van de richtsnoeren, dat uitdrukkelijk spreekt van de „daadwerkelijke economische macht van *de inbreukmakers*" [143]. In de litigieuze beschikking zijn echter enkel de centrale instellingen voor de inbreuk aansprakelijk gesteld. Het Gerecht voert dat zelf in punt 356 van het bestreden arrest aan, wanneer het preciseert dat in de „bestreden beschikking […] immers de marktaandelen niet [worden] toegerekend op basis van specifieke vaststellingen met betrekking tot de daadwerkelijke deelneming van de gedecentraliseerde banken aan de inbreuk" en dat de „Commissie de centrale instellingen [heeft] gestraft voor hun eigen gedrag".

379. In dit stadium van mijn bespreking ben ik van mening dat de eerste grief – onrechtmatige toerekening aan de centrale instellingen van de marktaandelen van de banken van de gedecentraliseerde sectoren — gegrond is zonder dat het noodzakelijk is de andere door rekwirantes aangevoerde grieven te onderzoeken, en dat het zevende onderdeel van dit eerste middel gegrond moet worden verklaard.

380. Gelet op het bovenstaande ben ik van mening dat het derde en het zevende onderdeel van het eerste middel gegrond zijn. Ik stel het Hof derhalve voor om dit middel, betreffende onjuiste rechtsopvattingen bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk, gegrond te verklaren en het bestreden arrest te vernietigen voor zover het Gerecht:

— ten onrechte heeft geoordeeld dat de Commissie bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk en de berekening van het basisbedrag van de geldboete, reeds op basis van de uitvoering van het kartel kon concluderen tot een concrete weerslag op de markt, en

— ten onrechte heeft geoordeeld en tegenstrijdig gemotiveerd, dat de Commissie bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk en de berekening van het basisbedrag van de geldboete, aan Erste, RZB en ÖVAG de marktaandelen van de banken van hun gedecentraliseerde sectoren kon toerekenen, terwijl zij hun niet het inbreukmakende gedrag van deze laatstgenoemden heeft toegerekend.

381. Ik stel het Hof niettemin voor, ook de andere middelen van rekwirantes te behandelen, omdat deze mede zijn gericht op vermindering van het bedrag van de door de Commissie opgelegde geldboete.

143 — Cursivering van mij.

B — *Tweede middel: onjuiste rechtsopvattingen, motiveringsgebrek en onjuiste opvatting van bewijs wat het bestaan van verzachtende omstandigheden betreft*

382. Krachtens punt 3 van de richtsnoeren kunnen, wanneer zij worden vastgesteld, als verzachtende omstandigheden gelden:

— het feit dat een onderneming een louter passieve rol vervulde of slechts meeloopster was bij de totstandbrenging van de inbreuk;

— het feit dat de inbreukmakende afspraken niet daadwerkelijk zijn toegepast;

— het feit dat reeds bij de eerste stappen van de Commissie de inbreuken zijn beëindigd;

— het feit dat een redelijke twijfel kon bestaan over het inbreukmakende karakter van de concurrentiebeperkende gedraging;

— het feit dat de inbreuken uit onachtzaamheid zijn gepleegd, en

— de daadwerkelijke medewerking van de onderneming in het kader van de procedure, buiten de werkingssfeer van de mededeling inzake medewerking.

383. Noch de Commissie in de litigieuze beschikking (punten 525 tot en met 542 van de considerans), noch het Gerecht in het bestreden arrest (punten 469 tot en met 511), heeft ten gunste van rekwirantes verzachtende omstandigheden in aanmerking genomen.

384. In de onderhavige hogere voorzieningen verwijt ÖVAG het Gerecht dat het haar passieve gedrag gedurende de inbreuk niet als verzachtende omstandigheid heeft erkend. BA-CA stelt dat het Gerecht eveneens blijk heeft gegeven van onjuiste rechtsopvattingen door de deelneming van overheidsinstanties aan de gespreksronden, alsmede het feit dat het publiek daarvan op de hoogte was, niet in aanmerking te nemen.

a) Eerste onderdeel van het middel: onjuiste beoordeling door het Gerecht van het passieve gedrag van ÖVAG

i) Argumenten van partijen

385. ÖVAG kritiseert in wezen de wijze waarop het Gerecht haar gedrag gedurende de inbreuk, als verzachtende omstandigheid, heeft beoordeeld. Zij voert dienaangaande meerdere grieven aan.

— Eerste grief: onjuiste uitoefening door het Gerecht van zijn rechterlijke bevoegdheid

386. Rekwirante verwijt het Gerecht dat het heeft volstaan met het herhalen van de tekst van de richtsnoeren, zonder de omstandigheden van de zaak te onderzoeken en met name de bijzondere rol van ÖVAG binnen het „Lombardnetwerk".

— Tweede grief: gebruik van een onjuist beoordelingscriterium

387. Rekwirante stelt dat het Gerecht in punt 483 van het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zijn beoordeling te baseren op de deelneming van de banken aan de gesprekronden, een criterium dat eveneens is gebruikt in het kader van de indeling van de banken in categorieën. Zodoende heeft het Gerecht het vraagstuk van de indeling van de banken op grond van hun macht op de markt verbonden met dat van de erkenning van een verzachtende omstandigheid. Volgens rekwirante kan de erkenning van een verzachtende omstandigheid echter niet afhangen van het „sporadische" karakter van de deelneming van een onderneming aan de bijeenkomsten. De richtsnoeren verplichten de Commissie immers tot een gedifferentieerde beoordeling van de rollen, niet tot een ongenuanceerde „alles of niets" voorstelling van zaken.

— Derde grief: onjuiste opvatting van het voorgelegde bewijs

388. Volgens rekwirante heeft het Gerecht haar uiteenzetting alsook de uit het dossier blijkende feiten met betrekking tot haar deelneming aan de inbreuk onjuist opgevat. Zij heeft namelijk nooit beweerd dat zij zich heeft gedistantieerd van het kartel, maar heeft voortdurend benadrukt dat zij daarbinnen een bescheiden rol heeft gespeeld.

— Vierde grief: tegenstrijdige motivering

389. Volgens ÖVAG is de analyse van het Gerecht tegenstrijdig voor zover het haar als „grote bank" en „vertegenwoordigster van een sector" kwalificeert, hoewel de Commissie geen inspectie ten kantore van rekwirante heeft uitgevoerd, zij geen deel uitmaakte van de „kleinere groep van banken" en zij slechts heeft deelgenomen aan een beperkt aantal bijeenkomsten.

390. De Commissie stelt dat deze grieven niet relevant zijn, eenvoudig omdat het niet aan het Hof is om uit billijkheidsoverwegingen zijn oordeel in de plaats te stellen van dat van het Gerecht.

ii) Beoordeling

391. Ik ben van mening dat dit eerste onderdeel in zijn geheel moet worden afgewezen.

392. Was de eerste grief betreft, denk ik dat de wijze waarop het Gerecht zijn rechterlijke toetsing heeft verricht, niet kan worden gekritiseerd. Ik wil er namelijk aan herinneren dat het Gerecht de rechtmatigheid van de bestreden beschikking in beperkte mate toetst, rekening houdt met de beoordelingsbevoegdheid die de Commissie bij de vaststelling van de geldboeten geniet. Bij het onderzoek van de door ÖVAG aangevoerde grieven is door het Gerecht derhalve enkel nagegaan of de procedure- en motiveringsvoorschriften zijn nageleefd, of de feiten materieel juist zijn en of er geen sprake is van een dwaling ten aanzien van het recht, van een kennelijk onjuiste beoordeling en van misbruik van bevoegdheid. Het Gerecht heeft dienaangaande in de punten 484 en 487 van het bestreden arrest gesteld dat rekwirante niet heeft aangetoond dat de Commissie bij haar analyse onjuiste feiten heeft vastgesteld, een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt of haar bevoegdheid heeft misbruikt.

393. Anders dan rekwirante aanvoert, heeft het Gerecht niet volstaan met het simpelweg herhalen van de tekst van de richtsnoeren, aangezien het in de punten 482 en 486 van het bestreden arrest de toepasselijke rechtspraak duidelijk heeft gememoreerd en daarna in de punten 483 tot en met 489 heeft onderzocht op welke wijze de Commissie met het gedrag van elke onderneming, en met name met dat van ÖVAG, tijdens de gespreksronden rekening heeft gehouden.

394. Het lijkt mij derhalve dat deze grief gemakkelijk ongegrond kan worden verklaard.

395. De tweede grief moet eveneens worden afgewezen. Enerzijds is het door het Gerecht bij zijn beoordeling gebruikte criterium,

namelijk de deelneming van de leden van het kartel aan de bijeenkomsten, in overeenstemming met de in punt 482 van het bestreden arrest uitdrukkelijk genoemde vaste rechtspraak. Met dit criterium kan het eigen gedrag van een onderneming gedurende de inbreuk in aanmerking worden genomen. Anderzijds verschilt genoemd criterium, anders dan ÖVAG stelt, van dat wat door de Commissie is gebruikt bij de indeling van rekwirantes in categorieën, dat alleen is gebaseerd op de economische macht van de ondernemingen.

398. Gelet op het bovenstaande ben ik van mening dat het eerste onderdeel van dit middel voor een deel niet-ontvankelijk en voor een deel ongegrond moet worden verklaard.

b) Tweede onderdeel van het middel: onjuiste beoordeling door het Gerecht van de deelneming van overheidsinstanties aan de gespreksronden van de banken [144]

396. Volgens mij is de derde grief niet-ontvankelijk, omdat de argumenten van ÖVAG geen serieuze elementen bevatten die zouden aantonen dat het Gerecht haar uiteenzetting of de gegevens in het dossier over haar deelneming aan het kartel onjuist heeft gewaardeerd. Het is volgens mij in ieder geval duidelijk dat rekwirante, door haar bescheiden rol binnen de gespreksronden te benadrukken, tracht te bewijzen dat zij afstand had genomen van de andere leden van het kartel.

i) Argumenten van partijen

399. BA-CA verwijt het Gerecht in wezen dat het de deelneming van bepaalde overheidsinstanties aan de bijeenkomsten niet als verzachtende omstandigheden in aanmerking heeft genomen. Hierdoor heeft het Gerecht het beginsel van gelijke behandeling geschonden, omdat BA-CA anders is behandeld dan andere ondernemingen in eerdere beschikkingen van de Commissie.

397. Ik stel het Hof met betrekking tot de vierde grief voor, om deze meteen ongegrond te verklaren, omdat het feit dat de Commissie geen onaangekondigde verificatie ten kantore van rekwirante heeft verricht, op geen enkele wijze het feit tegenspreekt dat zij als „grote bank" en als „vertegenwoordigster van de Volksbankensector" kan worden gekwalificeerd.

400. Volgens rekwirante blijkt uit de beschikkingspraktijk van de Commissie en de rechtspraak van het Hof, dat het gedogen van een inbreuk door de nationale wetgever en de deelneming van overheidsautoriteiten aan bijeenkomsten een verzachtende omstandig-

144 — Punten 261 en 504 - 506 van het bestreden arrest.

heid vormt en vermindering van het bedrag van de geldboete rechtvaardigt, ongeacht de omvang van de betrokken ondernemingen. [145] BA-CA verwijt het Gerecht met name dat het in punt 505 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat het gedogen van de inbreuk door de overheidsautoriteiten niet in aanmerking kan worden genomen, „met name gezien de middelen waarover de banken beschikken om zich nauwkeurige en correcte juridische adviezen te verschaffen". In de eerste plaats is deze voorwaarde niet in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof en met name niet met het arrest van 9 september 2003, CIF [146]. In de tweede plaats leidt een dergelijke voorwaarde tot discriminatie van bepaalde ondernemingen naar gelang hun vennootschappelijke doel.

ii) Beoordeling

401. Ik denk dat de door BA-CA geuite kritiek ongegrond is.

402. In de eerste plaats heeft het Gerecht in punt 505 van het bestreden arrest geoordeeld dat de door rekwirantes aangevoerde gegevens met betrekking tot de deelneming van bepaalde overheidsinstanties aan de bijeenkomsten niet volstonden als grond voor redelijke twijfel aan het onrechtmatige karakter van de gespreksronden in het licht van het communautaire mededingingsrecht. Het gaat volgens mij om een beoordeling die in het kader van een hogere voorziening, overeenkomstig de door mij in de punten 66 tot en met 68 van de onderhavige conclusie uiteengezette principes, niet door het Hof kan worden getoetst.

403. In de tweede plaats is het feit dat het Gerecht heeft geoordeeld dat de goedkeuring of het gedogen van de inbreuk door de Oostenrijkse autoriteiten niet als verzachtende omstandigheid in aanmerking kon worden genomen, niet in strijd met de communautaire rechtspraak en schendt volgens mij niet het beginsel van gelijke behandeling.

404. Enerzijds kan rekwirante zich volgens mij niet op het arrest CIF beroepen. In die zaak werd het kartel immers vergemakkelijkt door een nationale wet. In die omstandigheden heeft de gemeenschapsrechter in punt 57 van genoemd arrest geoordeeld dat „het marktgedrag van de betrokken ondernemingen bij de vaststelling van de hoogte van de sanctie kan worden beoordeeld in het licht van de verzachtende omstandigheid die het nationale rechtskader oplevert". Wij bevinden ons echter niet in een dergelijke situatie, omdat de litigieuze Oostenrijkse wet die het de banken toestond om overleg te plegen, uiterlijk op 1 januari 1994 is ingetrokken, dus een jaar vóór de in de litigieuze beschikking in aanmerking genomen periode.

145 — Rekwirante verwijst naar beschikkingen 77/327/EEG van de Commissie van 19 april 1977 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/28.841 — ABG/Aardoliemaatschappijen werkzaam in Nederland) (PB L 117, blz. 1), 92/204/EEG van de Commissie van 5 februari 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/31.572 en 32.571 — Bouwnijverheid in Nederland) (PB L 92, blz. 1, zie punt 141 van de beschikking) en 1999/271/EG van de Commissie van 9 december 1998 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (FIV/34.466 — Griekse veerdienstmaatschappijen) (PB L 109, blz. 24), alsook naar het arrest Jungbunzlauer/Commissie, reeds aangehaald (punt 88).

146 — C-198/01, Jurispr. blz. I-8055, punt 57.

405. Anderzijds ben ik van mening dat BA-CA zich niet kan beroepen op een schending van het beginsel van gelijke behandeling omdat zij verschillend zou zijn behandeld dan andere ondernemingen in eerdere beschikkingen van de Commissie.

406. Ik herinner eraan dat het beginsel van gelijke behandeling een algemeen rechtsbeginsel vormt, dat door de Commissie in het kader van een krachtens artikel 81 EG ingeleide procedure moet worden geëerbiedigd. Volgens vaste rechtspraak verzet het zich ertegen dat vergelijkbare situaties verschillend en verschillende situaties gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is. [147] De gemeenschapsrechter heeft erkend dat bij de berekening van de krachtens artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 opgelegde geldboeten een tot op zekere hoogte verschillende behandeling van de door een beschikking van de Commissie geraakte ondernemingen inherent is aan de toepassing van de methode die in de richtsnoeren is gekozen. [148] Door deze richtsnoeren kan de Commissie immers de sanctie individualiseren naargelang van het specifieke gedrag en de kenmerken van de ondernemingen, teneinde de doeltreffendheid van de communautaire mededingingsregels te waarborgen.

147 — Zie met name arrest Gerecht van 14 mei 1998, BPB de Eendracht/Commissie (T-311/94, Jurispr. blz. II-1129, punt 309), en arrest Archer Daniels Midland I, reeds aangehaald (punt 107).

148 — Zie wat dat betreft arrest Jungbunzlauer/Commissie, reeds aangehaald (punt 238).

407. Bovendien blijkt uit vaste rechtspraak, waaraan het Hof in het arrest JCB Service/Commissie, heeft herinnerd dat „de vroegere beschikkingspraktijk van de Commissie niet als rechtskader voor geldboeten in mededingingszaken fungeert, en dat beschikkingen in andere zaken een indicatieve waarde hebben wat het al dan niet bestaan van discriminaties betreft” [149]. Zoals het Hof preciseert, kan de uit deze praktijk te trekken lering namelijk slechts indicatief zijn, aangezien de omstandigheden in de verschillende zaken, zoals de betrokken markten, producten, landen, ondernemingen en periodes, niet dezelfde zijn. [150]

408. In deze omstandigheden komt het mij voor dat in de onderhavige zaken geen beroep kan worden gedaan op de mogelijke lering die uit vroegere beschikkingen van de Commissie kan worden getrokken.

409. Gelet op het bovenstaande ben ik van mening dat het tweede onderdeel van dit middel ongegrond moet worden verklaard.

149 — Punt 205. Zie eveneens arrest Scandinavian Airlines System/Commissie, reeds aangehaald (punt 87 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

150 — Arrest JCB Service/Commissie, reeds aangehaald (punt 201).

c) Derde onderdeel van het middel: onjuiste beoordeling door het Gerecht van het openbare karakter van de bijeenkomsten [151]

i) Argumenten van partijen

410. BA-CA stelt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van meerdere onjuiste rechtsopvattingen door geen enkele vermindering van de geldboete toe te kennen, hoewel het openlijke karakter van de gespreksronden vaststond. In de eerste plaats heeft het Gerecht ten onrechte geoordeeld dat het kartel niet in zijn gehele omvang openlijk bekend was, hoewel talrijke in het verzoekschrift gegeven middelen, en met name de persartikelen, aantonen dat het publiek op de hoogte was van de onderwerpen van de gespreksronden en het rechtstreekse verband dat er bestond tussen de gespreksronden en de ontwikkeling van de rentetarieven. Het Gerecht heeft bijgevolg de beginselen van de bewijsvoering geschonden door de door rekwirante overgelegde stukken niet inhoudelijk te onderzoeken. In de tweede plaats eist het Gerecht het onmogelijke door te oordelen dat het publiek volledig van de gespreksronden op de hoogte moet zijn, voordat een vermindering van de geldboete kan worden toegekend. In de derde plaats heeft het Gerecht de uiteenzetting van rekwirante onjuist weergegeven, omdat zij juist niet heeft gesteld dat het openlijke karakter van de gespreksronden tot de rechtmatigheid ervan leidde.

411. De Commissie wijst dit betoog af. Zij zet uiteen dat er geen rechtspraak bestaat op grond waarvan de deelnemers aan een kartel van mening zouden kunnen zijn dat hun praktijken geoorloofd zijn, omdat bepaalde gedragingen openlijk bekend zijn. Wanneer dat het geval zou zijn, zou het voldoende zijn om bepaalde praktijken openbaar te maken teneinde financiële sancties te voorkomen. Het Gerecht geeft duidelijk aan dat publieke bekendheid niet bepalend is.

ii) Beoordeling

412. Ik stel het Hof voor om dit onderdeel meteen niet-ontvankelijk te verklaren.

413. BA-CA beoogt immers in wezen een bepaald aantal door het Gerecht in punt 506 van het bestreden arrest gegeven beoordelingen van de feiten ter discussie te stellen. Rekwirante beperkt zich tot het kritiseren van de conclusies van het Gerecht, zonder de fouten aan te tonen die het tot een onjuiste opvatting van het bewijs zou hebben geleid. Haar kritiek vormt derhalve alleen een poging om haar versie van de feiten in de plaats te stellen van de beoordeling door het Gerecht.

151 — Punt 506 van het bestreden arrest.

414. Volgens mij is het derde onderdeel van het middel in deze omstandigheden niet-ontvankelijk.

415. Gelet op het bovenstaande stel ik het Hof voor om het tweede middel, betreffende de beoordeling van het bestaan van verzachtende omstandigheden door het Gerecht, voor een deel niet-ontvankelijk en voor een deel ongegrond te verklaren en het af te wijzen.

C — *Derde middel: onjuiste rechtsopvattingen, schending van het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en de rechten van verdediging, alsook ontoereikende en tegenstrijdige motivering wat de toepassing van deel D van de mededeling inzake medewerking betreft*

416. In haar mededeling inzake medewerking heeft de Commissie de voorwaarden aangegeven waaronder ondernemingen die met haar samenwerken wanneer deze een onderzoek naar een mededingingsregeling instelt, van geldboeten kunnen worden vrijgesteld of aanspraak kunnen maken op een vermindering van de boete die hun anders zou worden opgelegd (punt A 3).

417. Wat de toepassing van de mededeling inzake medewerking op rekwirantes betreft, wordt niet betwist dat hun gedrag krachtens deel D van deze mededeling, „Belangrijke vermindering van de geldboete", moet worden beoordeeld.

418. Deel D, punt 1, van genoemde mededeling bepaalt dat „[w]anneer een onderneming haar medewerking verleent zonder dat aan alle in deel B of C genoemde voorwaarden is voldaan, komt zij in aanmerking voor een vermindering van 10 tot 50 % van de geldboete die haar zou zijn opgelegd".

419. Deel D, punt 2, van de mededeling inzake medewerking preciseert:

„Dit kan met name het geval zijn indien:

— een onderneming, voordat een mededeling van de punten van bezwaar is verzonden, aan de Commissie inlichtingen dan wel schriftelijke of andere bewijsstukken verstrekt die bijdragen tot het bewijs van het bestaan van de inbreuk;

— de onderneming na ontvangst van de mededeling van de punten van bezwaar aan de Commissie mededeelt dat zij de feiten waarop de Commissie haar

beschuldigingen baseert, niet fundamenteel betwist."

420. Zoals het Gerecht in punt 530 van het bestreden arrest heeft gememoreerd, blijkt uit vaste rechtspraak dat een vermindering van het bedrag van de geldboete wegens medewerking tijdens de administratieve procedure alleen is gerechtvaardigd indien de betrokken onderneming zich aldus heeft gedragen dat het voor de Commissie gemakkelijker was om de inbreuk vast te stellen en daar, zo nodig, een eind aan te maken.

421. Het is overigens van belang om eraan te herinneren dat krachtens artikel 11, lid 1, van verordening nr. 17 de Commissie met name ter vervulling van de taken welke haar zijn opgedragen in artikel 81 EG, alle noodzakelijke inlichtingen kan inwinnen bij ondernemingen en ondernemersverenigingen, die krachtens lid 4 van genoemd artikel verplicht zijn tot het verstrekken van de gevraagde inlichtingen. Indien een onderneming of ondernemersvereniging de gevraagde inlichtingen niet binnen de door de Commissie gestelde termijn dan wel onvolledig verstrekt, kan de Commissie, overeenkomstig artikel 11, lid 5, van verordening nr. 17, de inlichtingen bij beschikking verlangen. De onderneming of de ondernemersvereniging stelt zich dientengevolge, voor het geval men blijft weigeren genoemde inlichtingen te verstrekken, bloot aan een geldboete of een dwangsom.

422. Zoals het Gerecht in punt 529 van het bestreden arrest terecht heeft gememoreerd, geeft medewerking van een onderneming aan het onderzoek geen enkel recht op vermindering van de geldboete, wanneer deze medewerking niet verder gaat dan waartoe de onderneming ingevolge artikel 11, leden 4 en 5, van verordening nr. 17 verplicht is. Wanneer een onderneming daarentegen, in antwoord op een verzoek om inlichtingen krachtens artikel 11 van verordening nr. 17, veel ruimere inlichtingen verstrekt dan de Commissie krachtens dit artikel kan eisen, kan de betrokken onderneming voor een vermindering van de geldboete in aanmerking komen.

423. In het licht van deze beginselen zal ik nagaan of het onderzoek van het Gerecht met betrekking tot de vermindering van het bedrag van de geldboete, die de Commissie overeenkomstig deel D, punt 2, eerste gedachtestreepje, van de mededeling inzake medewerking aan rekwirantes heeft verleend, berust op een onjuiste beoordeling.

424. In de litigieuze beschikking heeft de Commissie de medewerking van de banken gewaardeerd aan de hand van deel D van de mededeling inzake medewerking. Zij heeft aan deze banken, overeenkomstig deel D, punt 2, tweede gedachtestreepje, van deze mededeling, een vermindering van hun geldboete met 10 % verleend, omdat zij de in de mededeling van de punten van bezwaar vastgestelde feiten niet hebben bestreden. [152] De Commissie heeft daarentegen geweigerd om hen een vermindering te verlenen overeen-

152 — Punten 558 en 559 van de considerans van de litigieuze beschikking.

komstig deel D, punt 2, eerste gedachtestreepje, van genoemde mededeling, op grond waarvan de geldboete kan worden verminderd indien „een onderneming, voordat een mededeling van de punten van bezwaar is verzonden, aan de Commissie inlichtingen dan wel schriftelijke of andere bewijsstukken verstrekt die bijdragen tot het bewijs van het bestaan van de inbreuk".

425. Wat de antwoorden op de verzoeken om inlichtingen betreft, heeft de Commissie gesteld dat het verstrekken van data van en namen van deelnemers aan de gesprekskronden alsook het verstrekken van documenten met betrekking tot de gesprekskronden, niet vrijwillig is geschied. Derhalve kan het verstrekken van deze inlichtingen volgens de Commissie niet als „medewerking" worden aangemerkt. [153]

426. De Commissie heeft met betrekking tot de door de banken ingediende gemeenschappelijke beschrijving van de feiten geoordeeld dat deze ten opzichte van hetgeen wettelijk was vereist, geen meerwaarde heeft verschaft. Zij heeft erkend dat deze beschrijving inderdaad meer informatie omvatte dan gevraagd was, doordat hierin de historische context van het „Lombardnetwerk" uitvoerig werd beschreven en een samenvatting werd gegeven van de inhoud van de afzonderlijke gespreksronden. Volgens de Commissie diende genoemde beschrijving echter niet om de feiten te verduidelijken, maar eerder ter verdediging van de banken.

427. Van de stukken die samen met de gemeenschappelijke beschrijving van de feiten zijn ingediend, heeft de Commissie opgemerkt dat de banken desgevraagd niet in staat waren de stukken aan te wijzen die nieuwe feiten bevatten in vergelijking tot de feiten in de documenten die tijdens de verificaties in beslag waren genomen of in het kader van het verzoek om inlichtingen hadden moeten worden toegezonden, en zij heeft geconcludeerd dat deze documenten geen meerwaarde verschaften. [154]

428. In het bestreden arrest heeft het Gerecht alle middelen betreffende schending van de mededeling inzake medewerking afgewezen. Het heeft bovendien, rekening houdend met de zwaarte van de inbreuk, geoordeeld dat de medewerking van rekwirantes geen bijkomende vermindering van de hun opgelegde geldboeten rechtvaardigde.

429. In hun respectieve verzoekschriften in hogere voorziening verwijten rekwirantes het Gerecht dat het, wat de mededeling inzake medewerking betreft, de mate van hun medewerking niet juist heeft beoordeeld en het gelijkheids- en het vertrouwensbeginsel heeft geschonden. Zij stellen dat zij, met toepassing van deel D van de mededeling inzake medewerking, een grotere vermindering van de aan hen opgelegde geldboete hadden moeten krijgen.

153 — Punten 545 en 546 van de considerans van de litigieuze beschikking.

154 — Punten 547-557 van de considerans van de litigieuze beschikking.

1. Eerste onderdeel van het middel: onjuiste beoordeling door het Gerecht van de beoordelingsbevoegdheid van de Commissie en onjuiste uitoefening van zijn toetsingsbevoegdheid

a) Argumenten van partijen

430. BA-CA stelt dat het Gerecht de beoordelingsmarge waarover de Commissie in het kader van de toepassing van de mededeling inzake medewerking beschikt, alsook de grenzen van zijn toetsingsbevoegdheid niet juist heeft beoordeeld. Deel D van de mededeling inzake medewerking verschaft immers geen beoordelingsbevoegdheid aan de Commissie betreffende, enerzijds, de vraag of de door de onderneming verstrekte inlichtingen haar taak hebben vergemakkelijkt en, anderzijds, de vraag of de onderneming die heeft meegewerkt een vermindering van de geldboete moet worden verleend. De verwijzing naar het arrest Dansk Rørindustri e.a./Commissie, reeds aangehaald, kan evenmin dienen als bewijs van het feit dat de Commissie over een onbeperkte beoordelingsbevoegdheid beschikt. In strijd met hetgeen het Gerecht in punt 532 van het bestreden arrest heeft geoordeeld, valt de beoordeling van de medewerking van een onderneming bovendien onder de volledige rechtsmacht van het Gerecht. Rekwirante verwijst dienaangaande naar het arrest Groupe Danone/Commissie, reeds aangehaald, waarin het Gerecht heeft willen onderzoeken of de door de Commissie op basis van deel D, punt 2, eerste gedachtestreepje, van de mededeling inzake medewerking aan de onderneming verleende vermindering van het bedrag van de geldboete voortvloeide uit een onjuiste beoordeling van de mate van medewerking van de onderneming, met name in het licht van de beschikkingspraktijk van de Commissie. [155]

b) Beoordeling

431. Ik ben het niet eens met het standpunt van rekwirante omtrent de beoordelingsmarge waarover de Commissie beschikt bij de toepassing van de mededeling inzake medewerking.

432. Zoals ik immers heb gesteld, komt de Commissie volgens vaste rechtspraak een ruime beoordelingsbevoegdheid toe bij de berekening van het bedrag van de geldboete. Zij kan in dat kader meerdere factoren in aanmerking nemen, op voorwaarde dat zij binnen de door artikel 15, lid 2, verordening nr. 17 gestelde grenzen blijft. Wat het in aanmerking nemen van de medewerking door een onderneming aan de procedure betreft, heeft het Hof in het arrest Dansk Rørindustri e.a./Commissie uitdrukkelijk erkend dat de „Commissie […] dienaangaande immers over een beoordelingsbevoegdheid [beschikt], zoals blijkt uit de tekst zelf van [deel D, punt 2, van de mededeling inzake medewerking] en met name de eerste woorden,Dit kan met name het geval zijn […]”. In dat arrest heeft het Hof geoordeeld dat, binnen de bij die mededeling getrokken grenzen, de Commissie over een beoordelingsbevoegdheid beschikt bij de beoordeling of de door de ondernemingen vrijwillig verstrekte inlichtingen of documenten haar taak hebben vergemakkelijkt en of er aanleiding bestaat om op grond van genoemde mededeling een vermindering aan een onderneming te verlenen. [156]

155 — Punt 456.

156 — Punten 393 en 394.

433. In deze omstandigheden en zoals het Gerecht in punt 532 van het bestreden arrest stelt, kan voor deze beoordeling door de Commissie derhalve slechts een beperkte rechterlijke toetsing gelden.

434. Ten slotte wil ik benadrukken dat in het arrest Groupe Danone/Commissie, reeds aangehaald, het Gerecht goed heeft onderzocht of de door de Commissie op basis van deel D, punt 2, eerste gedachtestreepje, van de mededeling inzake medewerking aan de betrokken onderneming verleende vermindering van het bedrag van de geldboete, niet voortvloeide uit een onjuiste beoordeling van de mate van haar medewerking en geen schending van het gelijkheidsbeginsel vormde. Ik herinner rekwirante er nochtans aan dat het Gerecht in punt 458 van dat arrest heeft geweigerd rekening te houden met de vroegere beschikkingspraktijk van de Commissie, op grond dat „het feit dat [laatstgenoemde] in haar vroegere beschikkingspraktijk voor een bepaald gedrag een bepaalde vermindering heeft toegekend, niet betekent dat zij verplicht is de geldboete met eenzelfde percentage te verminderen bij de beoordeling van een soortgelijk gedrag in het kader van een latere administratieve procedure".

435. Gelet op het bovenstaande stel ik het Hof derhalve voor dit eerste onderdeel ongegrond te verklaren.

2. Tweede onderdeel van het middel: onjuiste rechtsopvattingen bij de toepassing van de mededeling inzake medewerking

436. RZB en BA-CA voeren ter ondersteuning van dit onderdeel twee grieven aan.

a) Eerste grief: gebruik van een onjuist beoordelingscriterium en schending van het gelijkheidsbeginsel

i) Argumenten van partijen

437. RZB en BA-CA stellen dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de Commissie kon verlangen dat, teneinde een vermindering van het bedrag van de geldboete mogelijk te maken, de medewerking een „toegevoegde waarde" heeft. [157]

438. Volgens BA-CA heeft het Gerecht, door dit criterium te gebruiken, eveneens het gelijkheidsbeginsel geschonden. Enerzijds had het Gerecht aan haar een hogere vermindering van het bedrag van haar geldboete moeten toekennen, omdat haar medewerking onweerlegbaar belangrijker en kwalitatief beter was dan die van andere ondernemingen.

157 — In haar verzoekschrift in hogere voorziening verwijst BA-CA naar het begrip „waardevolle" („Hilfreiche") medewerking van de onderneming. Dat begrip komt in het bestreden arrest niet voor.

Anderzijds heeft het Gerecht in punt 534 van het bestreden arrest ten onrechte geoordeeld dat uit het feit dat de Commissie in haar vroegere beschikkingspraktijk voor een bepaald gedrag een bepaalde vermindering heeft toegekend, niet kan worden afgeleid dat zij verplicht is de geldboete met eenzelfde percentage te verminderen bij de beoordeling van een soortgelijk gedrag in het kader van een latere administratieve procedure.

ii) Beoordeling

439. Ik stel het Hof voor om de argumenten van RZB en van BA-CA betreffende het gebruik van een onjuist beoordelingscriterium, overeenkomstig de in punt 65 van de onderhavige conclusie gememoreerde beginselen, meteen niet-ontvankelijk te verklaren. Uit het dossier blijkt immers dat RZB en BA-CA zich beperken tot een herhaling van de argumenten die zij reeds voor het Gerecht hebben aangevoerd.

440. Het argument van BA-CA betreffende een schending van het gelijkheidsbeginsel is volgens mij ongegrond.

441. Zoals ik heb gesteld, blijkt uit vaste rechtspraak dat de Commissie bij de beoordeling van de medewerking van een onderneming niet mag ingaan tegen het beginsel van gelijke behandeling. [158] Het beginsel van gelijke behandeling vormt een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht dat volgens vaste rechtspraak wordt geschonden wanneer vergelijkbare situaties verschillend of verschillende situaties gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is.

442. De gemeenschapsrechter heeft evenwel erkend dat bij de berekening van krachtens artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 opgelegde geldboeten een tot op zekere hoogte verschillende behandeling van de door de beschikking van de Commissie geraakte ondernemingen inherent is aan de toepassing van de methode die in de richtsnoeren is gekozen. [159] Wat de medewerking door een onderneming aan de procedure betreft, heeft het Gerecht in het arrest Groupe Danone/Commissie geoordeeld dat een verschillende behandeling van de betrokken ondernemingen kan zijn toe te schrijven aan een niet vergelijkbare mate van medewerking, met name voor zover die heeft bestaan in verstrekking van verschillende inlichtingen of in verstrekking van deze inlichtingen in verschillende fasen van de administratieve procedure of onder onvergelijkbare omstandigheden. [160]

158 — Zie arrest Groupe Danone/Commissie, reeds aangehaald (punt 453).

159 — Zie wat dat betreft arrest Jungbunzlauer/Commissie, reeds aangehaald (punt 238).

160 — Punt 454.

443. Ter ondersteuning van haar grief verwijt rekwirante het Gerecht dat het haar op basis van deel D van de mededeling inzake medewerking geen grotere vermindering heeft toegekend, terwijl zij meer heeft meegewerkt aan de procedure dan de andere betrokken banken. Volgens mij kan dit argument in hogere voorziening niet door het Hof worden getoetst, omdat het dan zijn eigen beoordeling in de plaats zou moeten stellen van die van het Gerecht.

444. In elk geval, en indien het Hof genoemd argument ontvankelijk zou verklaren, komt het mij voor dat het Gerecht aangaande de beoordelingsmarge van de Commissie terecht en zonder blijk te geven van onjuiste rechtsopvattingen die in hogere voorziening zouden kunnen worden gekritiseerd, kon oordelen dat de medewerking van rekwirante, hoewel deze in principe overeenkomstig deel D van de mededeling inzake medewerking een vermindering van het bedrag van de geldboete zou kunnen rechtvaardigen, de Commissie er niet noodzakelijkerwijs toe behoefde te brengen om aan rekwirante een grotere vermindering van de geldboete toe te kennen.

445. Ten slotte heeft het Gerecht, anders dan BA-CA stelt, niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 534 van het bestreden arrest te oordelen dat de Commissie niet is gehouden aan haar vroegere beschikkingspraktijk. Zoals ik reeds in punt 407 van de onderhavige conclusie heb uiteengezet, blijkt immers uit vaste rechtspraak dat de vroegere beschikkingspraktijk van de Commissie niet als rechtskader voor geldboeten in mededingingszaken fungeert en dat beschikkingen in andere zaken een indicatieve waarde hebben wat het al dan niet bestaan van discriminaties betreft. In deze omstandigheden denk ik dat BA-CA geen beroep kan doen op schending van het beginsel van gelijke behandeling omdat zij anders zou zijn behandeld dan andere ondernemingen in vroegere beschikkingen van de Commissie.

446. Gelet op het bovenstaande stel ik het Hof voor om deze eerste grief voor een deel niet-ontvankelijk en voor een deel ongegrond te verklaren.

b) Tweede grief: onjuiste rechtsopvattingen bij het onderzoek van de mate van de medewerking van de ondernemingen, schending van het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en van de eerbiediging van de rechten van de verdediging, alsook ontoereikende en tegenstrijdige motivering

447. Deze grief is aangevoerd door RZB en BA-CA.

448. Onder voorbehoud van aan hun respectieve situatie verbonden specifieke kenmerken, stellen zij in wezen dat het Gerecht blijk heeft gegeven van onjuiste rechtsopvattingen bij zijn beoordeling van hun medewerking met de Commissie gedurende de verschillende stadia van de procedure. Het Gerecht heeft artikel 11 van verordening nr. 17 niet juist toegepast en geen rekening gehouden met de beschik-

kingspraktijk van de Commissie. Het heeft bovendien het gelijkheids- en het vertrouwensbeginsel alsook de rechten van de verdediging van rekwirantes geschonden. Het Gerecht heeft, ten slotte, het bestreden arrest ontoereikend en tegenstrijdig gemotiveerd.

i) Eerste argument van RZB: onjuiste beoordeling van het vrijwillige karakter van de antwoorden op de verzoeken om inlichtingen en schending van de rechten van de verdediging

— Argumenten van partijen

449. RZB verwijt het Gerecht dat het haar antwoorden op het verzoek om inlichtingen van de Commissie niet als „vrijwillige" antwoorden heeft gekwalificeerd, hetgeen volgens haar op basis van de mededeling inzake medewerking een vermindering van de geldboete met zich had moeten brengen. Het Gerecht heeft daarbij goedgevonden dat de Commissie, zodra zij begon te twijfelen omtrent de bijeenkomsten van de concurrenten, zeer vaag geformuleerde verzoeken om inlichtingen heeft verzonden, die gevolgen hadden voor de ondernemingen die er niet op reageerden. De Commissie heeft aldus een onweerstaanbare druk op deze ondernemingen uitgeoefend door hen eenvoudige standaardvragen voor te leggen, die hen ertoe hebben gebracht tegen zichzelf te getuigen. Een dergelijke bewijsvoering schendt de rechten van de verdediging van genoemde ondernemingen, zoals deze zijn bevestigd in het arrest Orkem/Commissie, reeds aangehaald. [161]

450. Volgens de Commissie miskent RZB het feit dat zij slechts rekening kan houden met inlichtingen op basis van „vrijwillige" medewerking als bedoeld in de mededeling inzake medewerking, wanneer deze de taak van de Commissie hebben vergemakkelijkt om de inbreuk vast te stellen en tegen te gaan, waardoor is blijk gegeven van een werkelijke geest van medewerking. De door rekwirante verstrekte inlichtingen beschreven echter uitsluitend de historische context van het „Lombardnetwerk" en de inhoud van de bijeenkomsten van het kartel. Deze inlichtingen waren reeds in het bezit van de Commissie. Zij hadden derhalve geen toegevoegde waarde. De Commissie benadrukt overigens dat zij, op het moment dat zij rekwirantes heeft ondervraagd, op de hoogte was van het feit dat alle bankproducten tijdens talrijke gespreksronden werden besproken en dat zij deel uitmaakten van een netwerk, zodat het kader van de inbreuk, en dus het voorwerp van het onderzoek, duidelijk was bepaald, met name wat de deelnemende ondernemingen, de aard van de inbreuk en het voorwerp van de afspraken betreft. De Commissie preciseert ten slotte dat de vragen betrekking hadden op het geheel van de regelmatig bijeenkomende gespreksronden, zodat de ondernemingen niet de bijeenkomsten behoefden te kiezen of te beoordelen, die een inbreuk op artikel 81 EG zouden kunnen vormen.

161 — Punten 32 e.v.

— Beoordeling

451. Op 21 september 1998 heeft de Commissie aan talrijke bankinstellingen die ervan werden verdacht te hebben deelgenomen aan mededingingsbeperkende overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen, een verzoek om inlichtingen overeenkomstig artikel 11 van verordening nr. 17 toegezonden.

452. De tot de verschillende banken gerichte verzoeken om inlichtingen bevatten tussen 30 vragen (BA-CA) en 3 vragen (ÖVAG en Bank der Österreichischen Postsparkasse AG; hierna: „PSK-B"). De uitvoerigste vragen in de verzoeken waarop de banken hebben geantwoord, betroffen onder meer de opgave van de deelnemers aan de gespreksronden (namen, ondernemingen waartoe zij behoren en functies), de overlegging van alle desbetreffende interne documenten, alsook de beschrijving van de inhoud van de gesprekken. De verzoeken om inlichtingen bevatten voorts het volgende soort van vragen:

„Gelieve te verstrekken alle verslagen, dossieraantekeningen, correspondentie of andere documenten die betrekking hebben op bijeenkomsten, besprekingen of andere contacten van uw onderneming met andere Oostenrijkse kredietinstellingen in het kader van de hierna genoemde gespreksronden, of op eventuele andere regelmatig bijeenkomende gespreksronden (ongeacht of zij vóór, tijdens of na die contacten zijn opgesteld). Gelieve de data, met inbegrip van de eerste en de laatste bijeenkomst, en de deelnemers (naam, onderneming, functie) op te geven" (hierna volgde een lijst van bepaalde gespreksronden).

453. Ik denk dat deze kritiek niet gegrond is.

454. Het komt mij namelijk voor dat rekwirante de verplichtingen die op haar rusten in het kader van een door de Commissie krachtens artikel 11 van verordening nr. 17 geformuleerd verzoek om inlichtingen, verwart met de voordelen die haar in het kader van de mededeling inzake medewerking worden geboden.

455. Rekwirante heeft haar antwoorden op de verzoeken om inlichtingen van de Commissie verstrekt binnen de aan deze autoriteit toegekende onderzoeksbevoegdheden.

456. Krachtens artikel 11, leden 1 tot en met 5, van verordening nr. 17 en zoals blijkt uit het arrest Orkem/Commissie, is de Commissie bevoegd om een onderneming te verplichten, zo nodig door middel van een beschikking, om alle noodzakelijke inlichtingen te verstrekken over feiten waarvan zij eventueel kennis heeft, en om zo nodig de desbetref-

fende in haar bezit zijnde documenten over te leggen. [162] Dat geldt eveneens wanneer deze documenten „tegen haarzelf of tegen een andere onderneming bewijs kunnen opleveren van een gedraging die in strijd is met de mededingingsregels", zolang er geen afbreuk wordt gedaan aan de rechten van de verdediging van de onderneming. [163] Zoals het Hof stelt, legt verordening nr. 17 de onderneming een verplichting op om actief mee te werken; dit betekent, dat zij alle informatie die betrekking heeft op het voorwerp van het onderzoek, ter beschikking van de Commissie moet houden. [164] In de onderhavige zaak bevond rekwirante zich dus niet in een situatie van „vrijwillige" medewerking aan de procedure, die onder een in de mededeling inzake medewerking bedoelde situaties zou kunnen vallen.

457. Het lijkt mij dat het Gerecht in een dergelijke situatie terecht kon weigeren om de bijdrage van rekwirante als louter „vrijwillig" te kwalificeren en om aan haar op basis van de mededeling inzake samenwerking een vermindering van het bedrag van de geldboete toe te kennen.

458. Ik denk daarenboven dat het Gerecht, gelet op de rechtspraak van het Hof, de rechten van de verdediging van rekwirante niet heeft geschonden.

459. Wij weten dat het vereiste van eerbiediging van de rechten van de verdediging een grondbeginsel van de communautaire rechtsorde vormt, dat in acht moet worden genomen in administratieve procedures die tot oplegging van sancties kunnen leiden. [165] Zoals het Hof in het arrest Orkem/Commissie, heeft geoordeeld, moeten deze rechten vanaf de fase van het vooronderzoek worden geëerbiedigd, omdat dit beslissend kan zijn voor de totstandkoming van het bewijs van de onrechtmatigheid van gedragingen van ondernemingen. [166]

460. Het Hof tracht een evenwicht te vinden tussen datgene wat is vereist om mededingingsbeperkende kartels te ontdekken en te bestraffen, en het vereiste van eerbiediging van de rechten van de verdediging van ondernemingen die voorwerp zijn van een onderzoek door de Commissie.

461. Dit evenwicht lijkt mij moeilijk te vinden, zoals blijkt uit de bewoordingen van het Hof in punt 34 van het arrest Orkem/Commissie:

„Ook al kan de Commissie dus ter waarborging van de nuttige werking van artikel 11, leden 2 en 5, van verordening nr. 17 de onderneming verplichten om alle noodzakelijke inlichtingen te verstrekken over feiten waarvan zij eventueel kennis heeft, en om zo nodig de desbetreffende in haar bezit zijnde documenten over te leggen, *ook wanneer deze tegen haarzelf of tegen een andere onderneming bewijs kunnen opleveren van een gedra-*

162 — Punt 34.
163 — Idem.
164 — Punt 27.
165 — Zie arrest Hof van 9 november 1983, Nederlandsche Banden-Industrie Michelin/Commissie (322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 7), en arresten Hoechst/Commissie, reeds aangehaald (punt 15), alsook Orkem/Commissie, reeds aangehaald (punten 32 en 33).
166 — Punt 33.

ging die in strijd is met de mededingingsregels, toch mag zij, wanneer zij bij beschikking de mededeling van inlichtingen verlangt, geen afbreuk doen aan de rechten van de verdediging van de onderneming." [167]

Dat betekent, zoals het Hof in punt 35 van dat arrest stelt:„Zo kan de Commissie de onderneming niet verplichten antwoorden te geven, waardoor zij het bestaan van de inbreuk zou moeten erkennen, die de Commissie heeft te bewijzen." [168]

462. Deze rechtspraak, die volgens mij in sommige opzichten tegenstrijdig is, toont de problemen waarmee de gemeenschapsrechter in dit soort procedures kan worden geconfronteerd bij zijn toetsing van de eerbiediging van de rechten van de verdediging van ondernemingen.

463. Deze toetsing moet noodzakelijkerwijs per geval plaatsvinden. Daarbij is het met name de vraag welke inlichtingen het mededingingsbeperkende gedrag van de ondernemingen op de markt aan het licht kunnen brengen.

464. De onderhavige zaken lijken in dit opzicht geen reële problemen op te leveren.

465. Het Hof heeft immers reeds geoordeeld dat vragen over bijeenkomsten van de ondernemingen, die enkel beogen feitelijke gegevens over het houden van deze bijeenkomsten en over de hoedanigheid van de deelnemers te verkrijgen, alsook betreffende de verstrekking van documenten ter zake, niet vatbaar zijn voor kritiek. [169]

466. Het Gerecht heeft eveneens geoordeeld dat inlichtingen betreffende het onderwerp en het verloop van bijeenkomsten waaraan de ondernemingen hebben deelgenomen, alsmede de resultaten of conclusies van die bijeenkomsten, echter onverenigbaar zijn met de rechten van de verdediging aangezien zij de betrokken onderneming kunnen verplichten haar deelneming aan de inbreuk te bekennen. [170]

467. In de onderhavige zaken heeft het Gerecht vastgesteld dat de verzoeken van de Commissie beoogden om simpelweg feitelijke inlichtingen te verkrijgen over alle gespreksronden, een vaststelling die, zoals wij weten, door het Hof in hogere voorziening niet kan worden getoetst.

468. Bijgevolg, en gelet op de reeds aangehaalde rechtspraak, komt het mij voor dat het Gerecht in de punten 541 en 544 van het bestreden arrest terecht kon oordelen dat de

167 — Cursivering van mij.

168 — Zie eveneens arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, reeds aangehaald (punten 61-65).

169 — Arrest Orkem/Commissie, reeds aangehaald (punt 37).

170 — Zie in punt 540 van het bestreden arrest aangehaalde rechtspraak en met name arrest Gerecht van 20 februari 2001, Mannesmannröhren-Werke/Commissie (T-112/98, Jurispr. blz. II-729, punten 71-73, alsook aldaar aangehaalde rechtspraak).

door de Commissie gestelde vragen geen schending van de rechten van de verdediging van rekwirante vormden.

469. Gelet op het bovenstaande ben ik van mening dat het eerste argument van RZB, betreffende onjuiste beoordeling van het vrijwillige karakter van de antwoorden op de verzoeken om inlichtingen, ongegrond moet worden verklaard.

ii) Tweede argument: onjuiste rechtsopvattingen bij de beoordeling van de gemeenschappelijke beschrijving van de feiten

— Argumenten van partijen

470. Dit tweede argument is door RZB en BA-CA aangevoerd.

471. In de eerste plaats voeren beide ondernemingen aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 556 van het bestreden arrest te oordelen dat de begeleidende toelichting met betrekking tot de met het mededingingsrecht strijdige praktijken, niet kan worden beschouwd als medewerking aan de procedure in de zin van de mededeling inzake medewerking, omdat zij een verdedigingsmiddel van de ondernemingen kan vormen. Volgens BA-CA bestaat er geen rechtsregel die inhoudt dat een document dat partijen gebruiken met het oog op hun verdediging, niet tezelfdertijd de Commissie kan voorzien van inhoudelijk waardevolle en nuttige inlichtingen die bijdragen aan de vaststelling van de inbreuk.

472. RZB voert in de tweede plaats aan dat de beoordeling van het Gerecht onjuist is, omdat de redenering van de Commissie in strijd is met haar eigen beschikkingspraktijk. Rekwirante verwijst dienaangaande naar de hoofdstukken II, deel A, punt 9, sub a, en IV van de mededeling inzake medewerking van 2006 [171].

473. In de derde plaats voert BA-CA aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de Commissie bij haar beoordeling van het nut van de vrijwillige medewerking van de banken rekening mocht houden met het feit dat de banken haar samen met de gemeenschappelijke beschrijving van de feiten niet „alle documenten betreffende de gespreksronden" hadden verstrekt. Volgens BA-CA bestaat er geen rechtsregel van die strekking. Daarenboven kon rekwirante, gelet op de omvang van de inbreuk, deze documenten slechts gespreid in de tijd verstrekken.

474. BA-CA voert in de vierde plaats aan dat het bestreden arrest een tegenstrijdigheid bevat. Terwijl de gemeenschappelijke beschrijving van de feiten immers heeft

171 — Mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken (PB C 298, blz. 17).

bijgedragen aan de vaststelling van de inbreuk, heeft het Gerecht ten gunste van rekwirante geen vermindering van de geldboete toegekend.

— Beoordeling

475. RZB en BA-CA verwijten het Gerecht in wezen dat het de beoordeling van de Commissie, dat de banken de gemeenschappelijke beschrijving van de feiten als verdedigingsmiddel hebben gebruikt, niet heeft gekritiseerd. Ik stel het Hof voor om dit argument meteen ongegrond te verklaren, omdat het uitsluitend aan de Commissie staat om de mate waarin de ondernemingen aan de procedure hebben kunnen meewerken door een gemeenschappelijke beschrijving van de feiten te verstrekken, te beoordelen, en het Gerecht heeft enkel de beoordelingsmarge waarover de Commissie op dit gebied beschikt, geëerbiedigd.

476. Ik stel het Hof eveneens voor om het tweede argument van RZB ongegrond te verklaren. Zoals ik reeds heb aangegeven is de Commissie in de eerste plaats niet gehouden aan haar vroegere beschikkingspraktijk. In de tweede plaats kan RZB geen beroep doen op de bewoordingen van de mededeling inzake medewerking die door de Commissie in 2006, 4 jaar na de vaststelling van de litigieuze beschikking, is vastgesteld.

477. Het derde, door BA-CA aangevoerde argument moet eveneens worden afgewezen. Het Gerecht mocht zich baseren op de beoordelingsmarge waarover de Commissie op dit gebied beschikt, voor zijn oordeel dat laatstgenoemde bij de beoordeling van het nut van de medewerking van de onderneming rekening mocht houden met de onvolledigheid van de bijlagen bij de gemeenschappelijke beschrijving van de feiten.

478. Gelet op het bovenstaande ben ik van mening dat de beoordeling door het Gerecht van de door rekwirantes verstrekte gemeenschappelijke beschrijving van de feiten niet blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en geen tegenstrijdigheid bevat.

479. Ik stel het Hof derhalve voor om alle terzake door RZB en BA-CA geuite kritiek af te wijzen.

iii) Derde argument: onjuiste beoordeling van de erkenning door RZB van het mededingingsverstorende doel van de inbreuk en schending van het gelijkheidsbeginsel

— Argumenten van partijen

480. RZB verwijt het Gerecht dat het in punt 559 van het bestreden arrest de bijzondere waarde van haar erkenning heeft genegeerd, hoewel de Commissie er bij haar beoordeling uitdrukkelijk naar heeft verwezen. De redenering van het Gerecht is in strijd met zijn rechtspraak omdat het in het arrest Krupp Thyssen Stainless en Acciai speciali Terni/Commissie heeft aanvaard dat de erkenning door een onderneming van het bestaan van een onwettig kartel het werk van de Commissie vergemakkelijkt. Deze beoordeling komt bovendien neer op een miskenning van het gelijkheidsbeginsel, omdat RZB, ondanks haar erkenning, op dezelfde wijze als de andere banken is behandeld. Rekwirante verzoekt het Hof derhalve om de aan haar opgelegde geldboete met tenminste 10 % te verminderen.

481. De Commissie stelt dat niet aan de noodzakelijke voorwaarde om een grotere vermindering dan 10 % van de geldboete te verkrijgen, is voldaan, omdat zij reeds beschikte over de noodzakelijke documenten ter vaststelling van de essentiële feiten. Zij benadrukt het feit dat de mededeling inzake medewerking een van financiële prikkels voorziene maatregel van instructie vormt en niet een beloningsmaatregel ten gunste van ondernemingen die besluiten met de Commissie samen te werken, en herinnert eraan dat zij betreffende de vraag of een inlichting bijdraagt aan het bevestigen van het bestaan van een inbreuk, over een discretionaire bevoegdheid beschikt.

— Beoordeling

482. Ik denk dat dit argument eveneens moet worden afgewezen.

483. Het is juist dat het Gerecht in het arrest Krupp Thyssen Stainless en Acciai speciali Terni/Commissie heeft aanvaard dat „de erkenning van het bestaan van een mededingingsregeling de taak van de Commissie meer [vergemakkelijkt] dan de loutere erkenning van de juistheid van de feiten” [172]. Het gaat om een beginselverklaring, die evenwel per individueel geval moet worden toegepast, hetgeen het Gerecht in punt 559 van het bestreden arrest uitdrukkelijk heeft gesteld. Het Gerecht heeft rekening gehouden met de aan de Commissie toegekende beoordelingsmarge wat de medewerking van ondernemingen aan de procedure betreft. Het Gerecht heeft derhalve volgens mij terecht en zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting die in hogere voorziening kan worden gekritiseerd, kunnen oordelen dat het aan de Commissie stond om in elk individueel geval te beoordelen of een dergelijke bekentenis haar werk daadwerkelijk had vergemakkelijkt.

172 — Punt 276.

484. Daarenboven lijkt mij het argument van RZB, dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden omdat zij, ondanks haar bekentenis, op dezelfde wijze is behandeld als de andere banken, niet te kunnen slagen.

485. Uit het bestreden arrest blijkt immers dat de bekentenis van rekwirante de werkzaamheden van de Commissie niet heeft vergemakkelijkt, het criterium op basis waarvan tot een vermindering van de geldboete kan worden besloten. In deze omstandigheden kon het Gerecht oordelen dat de Commissie geenszins verplicht was om onderscheid te maken tussen deze onderneming en de anderen en haar in dat opzicht een aanvullende vermindering van het bedrag van haar geldboete toe te kennen.

iv) Vierde argument: omkering van de bewijslast wat de waarde van de medewerking van RZB betreft en schending van het vertrouwensbeginsel

— Argumenten van partijen

486. RZB verwijt het Gerecht dat het de bewijslast heeft omgekeerd door in de punten 546 tot en met 551 van het bestreden arrest te oordelen dat rekwirante had moeten bewijzen, om een grotere vermindering van de geldboete dan 10 % te verkrijgen, dat de Commissie niet in staat was om zonder het geleverde bewijs de inbreuk aan te tonen. In de eerste plaats is deze beoordeling in strijd met deel D, punt 2, tweede gedachtestreepje, van de mededeling inzake medewerking en schendt derhalve het vertrouwensbeginsel. In de tweede plaats is genoemde beoordeling niet verenigbaar met de verplichting van de Commissie om in administratieve procedures zowel de gunstige als de ongunstige feiten vast te stellen.

— Beoordeling

487. Ik stel het Hof voor om dit argument af te wijzen. Het komt mij namelijk voor dat RZB wederom de in artikel 11 van verordening nr. 17 voorziene procedure met betrekking tot verzoeken om inlichtingen die de Commissie in het kader van haar onderzoek kan formuleren, verwart met de gevallen waarin zij in het kader van de mededeling inzake medewerking in aanmerking kan komen voor een vermindering van de geldboete.

488. RZB betwist de redenering van het Gerecht in punt 551 van het bestreden arrest. Deze redenering betreft de antwoorden op de verzoeken om inlichtingen die door de Commissie krachtens verordening nr. 17 zijn geformuleerd. Rekwirante kan derhalve geen schending van de tekst van de mededeling inzake medewerking stellen en, a fortiori, niet van het vertrouwensbeginsel.

489. RZB kan bovendien niet stellen dat de beoordeling van het Gerecht in strijd is met de op het gebied van de bewijsvoering toepasselijke procedurevoorschriften.

490. De mededeling inzake medewerking is een maatregel van instructie waarmee de Commissie inlichtingen kan verkrijgen omtrent een vermeende inbreuk op het mededingingsrecht, door de ondernemingen financieel te prikkelen aan de procedure mee te werken. Zoals ik in de punten 420 en 422 van de onderhavige conclusie heb gesteld, geeft de medewerking van een onderneming, wanneer deze plaatsvindt in het kader van een verzoek om inlichtingen krachtens artikel 11 van verordening nr. 17, slechts recht op een vermindering van de geldboete, wanneer de onderneming veel ruimere inlichtingen verstrekt dan de Commissie krachtens dit artikel kan eisen. Het gedrag van deze onderneming moet de taak van de Commissie vergemakkelijken en haar in staat stellen de inbreuk met minder moeilijkheden vast te stellen.

491. In deze omstandigheden, en hoewel het in geval van een schending van artikel 81, lid 1, EG inderdaad aan de Commissie staat om de door haar vastgestelde inbreuk te bewijzen [173], staat het daarentegen aan de onderneming die om een vermindering van het bedrag van haar geldboete verzoekt, om aan te tonen dat haar medewerking de Commissie heeft geholpen bij het vervullen van haar taak.

173 — Zie wat dat betreft mijn redenering in punt 128 van de onderhavige conclusie.

492. Door aldus in punt 551 van het bestreden arrest te oordelen dat „verzoeksters niet hebben aangetoond dat de in antwoord op de verzoeken om inlichtingen overgelegde documenten noodzakelijk waren om de Commissie in staat te stellen alle belangrijke gespreksronden aan te wijzen, en ook niet dat bij gebreke daarvan het via de verificaties verkregen bewijs niet had volstaan om het wezen van de inbreuk te bewijzen en een boetebeschikking vast te stellen", heeft het Gerecht de bewijslast geenszins bij de ondernemingen gelegd.

493. Het vierde door RZB aangevoerde argument lijkt mij derhalve ongegrond.

v) Vijfde argument: onjuiste rechtsopvattingen en tegenstrijdige motivering bij de beoordeling door het Gerecht van de waarde van de door BA-CA overgelegde aanvullende documenten

— Argumenten van partijen

494. BA-CA betwist in wezen de beoordeling van het Gerecht van de waarde van de 33 ordners met meer dan 10 000 bladzijden aan bijkomende documenten, die zij aan de Commissie heeft overgelegd.

495. In de eerste plaats stelt BA-CA dat het Gerecht afbreuk heeft gedaan aan haar medewerking, door voortdurend de eisen aan te scherpen waaraan moest zijn voldaan om voor een vermindering van de geldboete in aanmerking te komen. Rekwirante kritiseert met name de vergelijking die het Gerecht maakt tussen de waarde die het hecht aan deze documenten en de waarde die het hecht aan de gemeenschappelijke beschrijving van de feiten.

496. In de tweede plaats voert rekwirante aan dat de argumentatie van het Gerecht tegenstrijdig is, omdat het weigert om op basis van de gemeenschappelijke beschrijving van de feiten een vermindering van de geldboete toe te kennen bij gebrek aan nieuwe documenten, terwijl vaststaat dat rekwirante, vrijwillig, 10 000 bladzijden aan nieuwe documenten heeft overgelegd, waarvan een deel onweerlegbaar ten behoeve van de litigieuze beschikking is gebruikt.

497. De Commissie stelt dat dit argument niet-ontvankelijk is omdat het een herhaling is van hetgeen voor het Gerecht is aangevoerd. De Commissie benadrukt bovendien dat het feit dat documenten nieuw zijn, dat wil zeggen dat zij nog niet eerder zijn overgelegd, op zichzelf niet voldoende is om genoemde documenten als een nuttige bijdrage aan de medewerking te kwalificeren.

— Beoordeling

498. In punt 560 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat de overlegging van bijkomende documenten door een van de banken een verdere verlaging van haar individuele geldboete enkel kan rechtvaardigen indien die medewerking daadwerkelijk nieuwe en nuttige gegevens heeft opgeleverd in verhouding tot die welke alle ondernemingen in de gemeenschappelijke beschrijving van de feiten hebben verstrekt.

499. In de eerste plaats lijkt mij deze beoordeling volstrekt logisch en samenhangend, omdat de waarde van een vrijwillige medewerking vóór alles afhangt van de relevantie van de overgelegde documenten en het nut daarvan voor de vaststelling van de inbreuk.

500. In de tweede plaats lijkt mij genoemde beoordeling geen tegenstrijdigheid te bevatten. Anders dan BA-CA stelt, heeft het Gerecht immers niet geweigerd het bedrag van de geldboete van rekwirantes te verminderen omdat de gemeenschappelijke beschrijving van de feiten geen enkel nieuw feit bevatte. Het heeft simpelweg geoordeeld, zoals blijkt uit de punten 552 tot en met 558 van het bestreden arrest, dat de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout heeft begaan door geen aanvullende vermindering toe te kennen op grond dat deze beschrijving haar werkzaamheden niet heeft vergemakkelijkt.

501. Het Gerecht heeft zowel bij zijn beoordeling van de gemeenschappelijke beschrijving van de feiten, als bij zijn onderzoek van de waarde van de door BA-CA overgelegde aanvullende documenten, een volstrekt samenhangende redenering ontwikkeld, die is gebaseerd op één en hetzelfde criterium, namelijk het nut voor de werkzaamheden van de Commissie en de relevantie van de door rekwirantes verstrekte inlichtingen.

502. In deze omstandigheden komt het mij voor dat de beoordeling van het Gerecht door rekwirante niet kan worden gekritiseerd en ik stel het Hof voor om dit vijfde argument ongegrond te verklaren.

vi) Zesde argument: niet-inaanmerkingneming van de antwoorden van BA-CA op de mededeling van de punten van bezwaar

— Argumenten van partijen

503. BA-CA betwist de beoordeling van het Gerecht in punt 564 van het bestreden arrest, dat de Commissie haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar niet als medewerking in aanmerking behoefde te nemen. Rekwirante heeft immers door middel daarvan het bewijs geleverd van de informatie-uitwisseling binnen de gedecentraliseerde sectoren, waardoor de Commissie de inbreuk heeft kunnen vaststellen. Bovendien kan niets de medewerking van een onderneming na de verzending van de mededeling van de punten van bezwaar, uitsluiten.

— Beoordeling

504. Ik ben van mening dat dit argument niet-ontvankelijk is, omdat BA-CA zich beperkt tot een letterlijke herhaling van een argument dat zij reeds voor het Gerecht heeft aangevoerd. Gezien de principes waaraan ik in punt 65 van de onderhavige conclusie heb herinnerd, kan genoemd argument in deze hogere voorziening door het Hof niet worden getoetst.

505. Gelet op het bovenstaande ben ik van mening dat het tweede onderdeel, betreffende onjuiste rechtsopvattingen bij de toepassing van de mededeling inzake medewerking, voor een deel niet-ontvankelijk en voor een deel ongegrond moet worden verklaard.

3. Derde onderdeel: miskenning van de rechten van de verdediging voor zover zij het recht om te worden gehoord, omvatten

a) Argumenten van partijen

506. BA-CA stelt dat het Gerecht de reikwijdte van haar recht om te worden gehoord heeft miskend door te weigeren een getuige, in casu een ambtenaar van de Commissie, te horen, die de gemeenschapsrechter in staat zou hebben kunnen stellen om de medewerking van rekwirante aan de procedure door middel van de documenten die zij heeft overgelegd, beter te beoordelen.

b) Beoordeling

507. Volgens mij moet dit onderdeel worden afgewezen.

508. In punt 563 van het bestreden arrest heeft het Gerecht dit verzoek om maatregelen van instructie niet toegewezen, op grond dat „dit bewijsaanbod voor de beoordeling van het nut van voornoemde documenten niet direct relevant [is]". Ter inleiding heeft het Gerecht gesteld dat het gebruik van documenten op zich niet aantoont dat de overlegging ervan het werk van de Commissie wezenlijk heeft vergemakkelijkt.

509. Uit vaste rechtspraak blijkt dat het uitsluitend ter beoordeling van het Gerecht staat, of de gegevens waarover het beschikt betreffende de aan hem voorgelegde zaken, eventueel aanvulling behoeven. De waardering van de bewijskracht van deze gegevens behoort tot zijn uitsluitende bevoegdheid tot beoordeling van de feiten. Volgens het Hof kan deze beoordeling derhalve in hogere voorziening niet worden getoetst, behoudens ingeval partijen een onjuiste opvatting van het aan het Gerecht voorgelegde bewijs aanvoeren of wanneer de materiële onjuistheid van hetgeen het Gerecht heeft vastgesteld, uit het dossier volgt. [174]

510. In de door BA-CA ingestelde hogere voorziening bevinden zich geen aanwijzingen op grond waarvan ik kan afleiden dat iets dergelijks in deze zaak het geval is. In deze omstandigheden ben ik van mening dat het Gerecht niet kan worden verweten dat het het bewijsaanbod van rekwirante niet heeft aanvaard.

511. Ik ben bijgevolg van mening dat het derde onderdeel van het derde middel ongegrond is en moet worden afgewezen.

512. Gelet op het bovenstaande stel ik het Hof voor om het derde middel, betreffende de beoordeling door het Gerecht van de medewerking van de ondernemingen aan de procedure, voor een deel ongegrond en voor

174 — Zie met name beschikking van 12 december 2006, Autosalone Ispra/Commissie (C-129/06 P, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

een deel niet-ontvankelijk te verklaren en het af te wijzen.

D — *Vierde middel: schending van de rechten van de verdediging, voor zover zij het recht om te worden gehoord omvatten, en van de verplichting van het Gerecht tot motivering van zijn conclusies omtrent de verzoeken tot vermindering van de geldboeten*

1. Argumenten van partijen

513. In haar verzoekschrift in hogere voorziening kritiseert BA-CA de algemene conclusies van het Gerecht met betrekking tot alle verzoeken om een vermindering van de geldboeten te verkrijgen. Zij stelt dat zij had moeten worden gehoord, omdat het Gerecht zijn eigen overwegingen betreffende het bedrag van de op te leggen geldboeten heeft gegeven.

514. De Commissie stelt dat de overwegingen in punt 566 van het bestreden arrest slechts ter aanvulling en afsluiting dienen, en de beoordeling van het Gerecht weergeven.

2. Beoordeling

515. In punt 566 van het bestreden arrest heeft het Gerecht gesteld dat „[a]angezien het niveau van de door de Commissie vastgestelde geldboeten in verhouding tot de zwaarte van de inbreuk niet erg hoog is, […] het Gerecht in het kader van de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht van oordeel [is] dat verzoeksters' medewerking in casu geen bijkomende verlaging van de hun opgelegde geldboeten rechtvaardigt".

516. Het Gerecht heeft bovendien in punt 570 van dat arrest geoordeeld dat verzoeksters' middelen betreffende een verlaging van de geldboeten uit hoofde van de wettigheidstoetsing moeten worden afgewezen en dat er, volgens het Gerecht, geen termen aanwezig zijn om de geldboeten uit hoofde van de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht om andere redenen te verlagen.

517. Ik denk niet dat het Gerecht verplicht was om, voordat het zijn oordeel gaf, BA-CA uit te nodigen om haar opmerkingen te maken. Ik ben namelijk van mening dat rekwirante haar standpunt betreffende de vaststelling van het bedrag van de geldboete voldoende kenbaar heeft kunnen maken.

518. Dat blijkt in de eerste plaats uit de door BA-CA voor het Gerecht aangevoerde argumentatie, in de tweede plaats uit de door

laatstgenoemde gestelde vragen en in de derde plaats uit de overwegingen in het bestreden arrest.

519. In de eerste plaats merk ik op dat vier van de zes door rekwirante voor het Gerecht aangevoerde middelen de vermindering van het bedrag van de opgelegde geldboete betroffen. Deze middelen hadden met name betrekking op de beoordelingen van de Commissie aangaande de kwalificatie van de inbreuk, het bestaan van verzachtende omstandigheden en de medewerking van rekwirante aan de procedure.

520. In de tweede plaats stel ik vast dat het Gerecht aan rekwirante talrijke vragen betreffende het bestaan van verzachtende omstandigheden en haar medewerking aan de procedure ter schriftelijke beantwoording heeft gesteld.

521. In de derde plaats heeft het Gerecht in het bestreden arrest, en alle voor hem uitgewisselde argumenten in aanmerking nemend, alle relevante gegevens met betrekking tot de vaststelling van het bedrag van de geldboete gedetailleerd onderzocht.

522. Het Gerecht heeft aldus in de punten 216 tot en met 571 van het bestreden arrest alle verzoeken tot vermindering van de opgelegde geldboeten onderzocht. Het heeft om te beginnen in de punten 217 en volgende van dat arrest de toepasselijkheid van de richtsnoeren en de mededeling inzake medewerking bevestigd. Het heeft vervolgens in punt 315 van genoemd arrest bevestigd dat de door rekwirantes gepleegde inbreuk als „zeer zwaar" moet worden gekwalificeerd. Op deze basis heeft het Gerecht in punt 463 van het bestreden arrest geoordeeld over de door de Commissie verrichte indeling in categorieën van de ondernemingen, en in punt 468 van dat arrest over de verhoging door de Commissie van het bedrag van de geldboeten in verband met de duur van de inbreuk. Het heeft vervolgens in punt 511 van genoemd arrest alle grieven van rekwirantes betreffende de beoordeling van de verzachtende omstandigheden door de Commissie, alsook in punt 565 van het bestreden arrest alle middelen betreffende schending van de mededeling inzake medewerking, afgewezen.

523. In deze omstandigheden komt het mij voor dat BA-CA op passende wijze haar standpunt omtrent alle relevante gegevens betreffende de vaststelling van het bedrag van de geldboete naar voren heeft kunnen brengen.

524. Ik stel het Hof bijgevolg voor om dit vierde middel als ongegrond af te wijzen.

X — Gevolgen van de vernietiging van het bestreden arrest

525. Zoals ik heb gesteld, stel ik het Hof voor om het bestreden arrest te vernietigen, omdat het Gerecht tweemaal blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk in verband met de berekening van het basisbedrag van de geldboeten.

A — *Eerste middel: onjuiste beoordeling van de zwaarte van de inbreuk en het basisbedrag van de geldboete, gezien het ontbreken van bewijs van een concrete invloed van het kartel op de markt*

1. Argumenten van partijen

526. Ik ben namelijk van mening dat het Gerecht in de eerste plaats blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, door te oordelen dat de Commissie reeds op basis van de uitvoering van het kartel kon concluderen dat sprake was van een concrete weerslag van de inbreuk op de markt. Het Gerecht heeft in de tweede plaats blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en het arrest tegenstrijdig heeft gemotiveerd door te oordelen dat de Commissie, door aan Erste, RZB en ÖVAG de marktaandelen van de banken van hun gedecentraliseerde sectoren toe te rekenen, hun slechts voor hun eigen gedrag heeft gestraft.

527. Omdat het geding volgens mij in staat van wijzen is, stel ik het Hof voor om overeenkomstig artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof zelf te beslissen op deze voor het Gerecht aangevoerde middelen tot nietigverklaring.

528. In hun voor het Gerecht ingestelde beroepen tot nietigverklaring hebben alle betrokken banken de wijze waarop de Commissie het basisbedrag van de geldboeten heeft vastgesteld, betwist.[175] Zij hebben aangevoerd dat de inbreuk ten onrechte als „zeer zwaar" is gekwalificeerd. Rekwirantes verwijten de Commissie met name dat zij geen onderzoek naar de concrete weerslag van de inbreuk op de betrokken markten heeft verricht en dat zij heeft volstaan met de stelling, op basis van de simpele verklaring dat het kartel was uitgevoerd, dat laatstgenoemde een weerslag op de markt heeft gehad, zonder, in strijd met de richtsnoeren, het belang daarvan te onderzoeken. De vaststelling van het basisbedrag van de geldboete is bijgevolg onjuist.

175 — Behalve rekwirantes hebben eveneens Bank für Arbeit und Wirtschaft AG (hierna: „BAWAG"), PSK, Niederösterreichische Landesbank-Hypothekenbank AG (hierna: „NÖ-Hypo") en Raiffeisenlandesbank Niederösterreich-Wien AG (hierna: „RLB") beroep ingesteld. RLB heeft in 1997 Raiffeisen Wien AG (hierna: „RBW") overgenomen.

2. Beoordeling

529. Ik denk dat dit middel om de volgende redenen gegrond is.

530. In de litigieuze beschikking vloeit de kwalificatie van de inbreuk als „zeer zwaar" voort uit het in aanmerking nemen van de aard van de inbreuk, de geografische omvang ervan en het bestaan van een gevolg van het kartel op de markt. Dit feit is in aanmerking genomen bij de kwalificatie van de inbreuk en derhalve bij de vaststelling van het uitgangsbedrag van de geldboete. Dit standpunt wordt bevestigd door simpelweg de litigieuze beschikking te lezen.

531. In punt 430 van de considerans van de litigieuze beschikking stelt de Commissie vast dat de tenuitvoerlegging van de samenwerkingsafspraken in het onderhavige geval tot gevolg had dat er sprake was van een reële invloed op de bankmarkt, en dat terwijl zij in punt 436 van de considerans van deze beschikking stelt dat het niet mogelijk is om deze invloed precies te kwantificeren, dat wil zeggen de voorwaarden en kosten te bepalen die de betrokken banken zouden hebben gehanteerd zonder de afspraken. De concrete gevolgen van het kartel, die in aanmerking zijn genomen bij de berekening van de geldboete, komen voor in de punten 508 tot en met 510 van de considerans van genoemde beschikking. Deze laatstgenoemde punten verwijzen naar de punten 410 en 430 tot en met 436 van de considerans van de litigieuze beschikking, waar, in verband met de toepassing van artikel 81, lid 1, EG, slechts de wijze wordt beschreven waarop de banken de betrokken afspraken hebben uitgevoerd.

532. Punt 431 van de considerans van de litigieuze beschikking verwijst naar concrete voorbeelden van de tenuitvoerlegging van kartelbesluiten, zoals een verlaging van de kredietrente of een wijziging van de spaarrente. Punt 432 van de considerans van deze beschikking zet uiteen dat de banken voor dat doel gebruik maakten van de kennis die zij tijdens de gespreksronden hadden verkregen en punt 433 van de considerans van genoemde beschikking maakt duidelijk dat de banken zelf de concrete tenuitvoerlegging van hun afspraken hebben beoordeeld. In punt 434 van de considerans van de litigieuze beschikking stelt de Commissie dat het onwaarschijnlijk lijkt dat de banken elkaar zo regelmatig en zo vaak op deze bijeenkomsten zouden hebben ontmoet indien deze volledig zonder gevolgen zouden zijn geweest. Ten slotte stelt de Commissie in punt 435 van de considerans van deze beschikking dat het concurrentiebeperkende effect van de uitwisseling van informatie over berekeningsmethoden en -parameters des te belangrijker moet worden geacht aangezien de rentemarges van de banken toch al krap zijn.

533. Uit de litigieuze beschikking blijkt niet dat de Commissie haar uiterste best heeft gedaan om de uitvoering van het kartel en de concrete weerslag ervan op de markt los van elkaar te onderzoeken. De Commissie noemt volgens mij in haar beoordeling geen enkele objectieve economische factor waarmee de reële invloed van de afspraken op de Oostenrijkse markt van bankproducten en -diensten kan worden gemeten, in de strikte betekenis van het begrip. Er wordt in feite nergens melding gemaakt van de marktsituatie of de prijzen en de gehanteerde bankkosten vóór en nadat de inbreuk werd gepleegd. In deze omstandigheden is het werkelijk moeilijk om aan te tonen in welke mate de uitvoering van de afspraken de structuur van de markt of het prijsniveau, dat het betrokken kartel juist

wilde beheersen [176], concreet heeft kunnen beïnvloeden. De in punt 434 van de considerans van de litigieuze beschikking genoemde aanwijzing betreffende de regelmatige bijeenkomsten van de banken, is volgens mij bovendien slechts een pure hypothese.

534. Gezien op het bovenstaande ben ik van mening dat de Commissie ten behoeve van de berekening van het bedrag van de geldboete rechtens onvoldoende de reële weerslag van het kartel op de markt van bankproducten en -diensten, in de periode tussen januari 1995 en juni 1998, heeft aangetoond.

535. Ik zal nu de betekenis van deze conclusie voor de kwalificatie van de inbreuk en het door de Commissie gehanteerde basisbedrag bespreken.

536. Ik denk in de eerste plaats dat de beoordelingsfout van de Commissie niet van invloed is op de kwalificatie van de inbreuk als „zeer zwaar".

537. Om de redenen die ik reeds in de punten 259 tot en met 261 van de onderhavige conclusie heb uiteengezet, kunnen prijskartels zoals de litigieuze, immers op basis van hun eigen aard een zeer zware inbreuk vormen, los van hun concrete weerslag op de markt en de geografische omvang van de betrokken markt. Ik herinner eraan dat deze afspraken tot de voorbeelden van kartels behoren die in artikel 81, lid 1, sub a, EG uitdrukkelijk onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt zijn verklaard. Behalve de ernstige aantasting van de mededinging die zij met zich meebrengen, werpen deze kartels, omdat zij de partijen verplichten zich aan de prijzen te houden, belemmeringen op bij de toegang tot de markt, waardoor aldus de belangrijkste doelstelling van het EG-Verdrag, namelijk de integratie van de communautaire markt, wordt tegengewerkt.

538. Het komt mij bovendien voor dat de Commissie aan het criterium concrete weerslag van de inbreuk op de markt geen doorslaggevende betekenis heeft gehecht bij de vaststelling van het uitgangsbedrag van de geldboete. Zij heeft haar beoordeling immers eveneens gebaseerd op andere factoren, namelijk de vaststelling dat de inbreuk op basis van de eigen aard ervan als zeer zwaar moest worden gekwalificeerd (punten 506 en 507 van de considerans van de litigieuze beschikking) en de mate waarin de betrokken ondernemingen door hun economische vermogen de concurrentie konden verstoren (punten 515 tot en met 519 van de considerans van dezelfde beschikking).

539. Derhalve denk ik dat de Commissie de inbreuk terecht als „zeer zwaar" kon kwalificeren.

176 — Punt 426 van de considerans van de litigieuze beschikking.

540. Ik ben daarentegen van mening dat het feit dat de Commissie de vermeende weerslag van de inbreuk op de markt niet heeft aangetoond, de beoordeling van het uitgangsbedrag van de geldboete, dat is vastgesteld aan de hand van de zwaarte van de inbreuk, ter discussie stelt. Zoals ik al eerder heb uiteengezet, heeft de Commissie het basisbedrag van de geldboete immers bepaald op basis van de zwaarte van de inbreuk en daarbij de omstandigheid in aanmerking genomen dat genoemde inbreuk volgens haar een weerslag op de markt had, terwijl een dergelijke weerslag tijdens de looptijd van het kartel niet is aangetoond.

541. In deze omstandigheden stel ik het Hof voor dit middel gegrond te verklaren en in het kader van de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht het uitgangsbedrag van de geldboeten die de Commissie jegens rekwirantes in punt 520 van de considerans van de litigieuze beschikking heeft vastgesteld, te wijzigen.

542. Daarvoor is het noodzakelijk om de methode uiteen te zetten die de Commissie heeft gehanteerd om het bedrag van deze geldboeten te berekenen.

543. Uit de punten 515 tot en met 519 van de considerans van de litigieuze beschikking blijkt dat de Commissie het bedrag van de geldboete, dat in de richtsnoeren voor zeer zware inbreuken is vastgesteld op 20 miljoen EUR, heeft gewogen teneinde rekening te houden met, enerzijds, de concrete weerslag van de inbreuk op de markt en, anderzijds, de daadwerkelijke economische macht van elke onderneming, alsook met het waarborgen van de afschrikkende werking van de geldboete. [177]

544. Uit punt 519 van de considerans van de litigieuze beschikking blijkt dat de Commissie met het oog daarop de ondernemingen, op basis van de beschikbare informatie over hun marktaandelen, in vijf categorieën heeft ingedeeld. Zoals zij heeft gesteld in punt 143 van haar memorie van antwoord heeft de Commissie bovendien voor elke categorie ondernemingen richtwaarden vastgesteld rond welke de marktaandelen van de betrokken ondernemingen liggen. Uit punt 520 van de considerans van de litigieuze beschikking blijkt dat zij eveneens een vast boetebedrag voor elke categorie ondernemingen heeft vastgesteld.

545. Het Gerecht heeft geoordeeld dat overeenkomstig de rechtspraak, de verschillen tussen die richtwaarden samenhangend en objectief gerechtvaardigd zijn, wat de eerste tot en met de vierde categorie betreft. [178] In de punten 424 tot en met 427 van het bestreden arrest heeft het Gerecht over de vijfde categorie geoordeeld dat de Commissie haar beoordelingsmarge niet heeft overschreden toen zij alle ondernemingen met een marktaandeel van minder dan 1 procent in deze categorie indeelde, ondanks hun verschillen in grootte.

177 — Punt 1 A, eerste en vierde alinea, van de richtsnoeren.

178 — De richtwaarde van de tweede tot en met de vierde categorie komt namelijk telkens overeen met de helft van de categorie daarboven, en hetzelfde geldt voor het desbetreffende uitgangsbedrag (zie punt 424 van het bestreden arrest).

546. Dit is de berekeningsbasis van de Commissie:

	Richtwaarden van de marktaandelen	Basisbedrag van de geldboete (in miljoenen EUR)
Categorie I(GiroCredit/Erste en RZB)	> 22 %	25
Categorie II (BA en CA)	11 %	12,5
Categorie III (Erste voor de fusie met GiroCredit, BAWAG en ÖVAG)	5,5 %	6,25
Categorie IV (PSK en PSK-B)	2,75 %	3,13
Categorie V (NÖ-Hypo en RBW/RLB)	< 1 %	1,25

547. Ik weet niet in welke mate de Commissie rekening heeft gehouden met het criterium betreffende de concrete weerslag van de inbreuk op de markt om het basisbedrag van de geldboete te berekenen. Ik ben niet op de hoogte van het respectieve aandeel van dit criterium in verhouding tot de twee andere criteria betreffende de economische macht van de onderneming en de afschrikkende werking van de geldboete. In deze omstandigheden zal ik de door de Commissie toegepaste verhoging als een ondeelbaar geheel beschouwen.

548. Ik stel in de eerste plaats vast dat bij de ondernemingen die tot de eerste categorie behoren, GiroCredit/Erste (na hun fusie) en RZB, het basisbedrag, vastgesteld op 20 miljoen EUR voor zeer zware inbreuken, is verhoogd met 5 miljoen EUR, teneinde met deze drie criteria rekening te houden. Om de gevolgen die zijn verbonden aan de verhoging van de geldboete als gevolg van het ten onrechte in aanmerking nemen van het criterium betreffende de concrete weerslag van de inbreuk, teniet te doen en rekening houdend met de opmerkingen die ik zojuist heb gemaakt, stel ik het Hof voor om dit bedrag te verminderen tot 20 miljoen EUR, namelijk het bedrag dat overwogen kan worden bij een zeer zware inbreuk.

549. Ik stel in de tweede plaats vast dat bij de ondernemingen die tot de andere categorieën behoren, waaronder BA-CA en ÖVAG, deze drempel aanzienlijk is verlaagd in verband

met de geringere economische macht van deze ondernemingen. Ik stel het Hof voor om op hen een vermindering toe te passen die overeenkomt met hetgeen ik voorstel voor de ondernemingen van de eerste categorie, namelijk een vermindering met een vijfde deel van het basisbedrag van de geldboete.

550. Ik stel het Hof derhalve voor om de basisbedragen van de door de Commissie aan Erste, RZB, BA-CA en ÖVAG opgelegde geldboeten in verband met de zwaarte van de inbreuk, rekening houdend met het ontbreken van een concrete weerslag van de inbreuk op de markt, als volgt te wijzigen:

	Adressaten van de litigieuze beschikking	Basisbedrag van de geldboete bij gebreke van een concrete weerslag van de inbreuk op de markt (in miljoenen EUR)
Categorie I	GiroCredit/Erste (na de fusie)	20
	RZB	20
Categorie II	BA	10
	CA	10
Categorie III	Erste (EÖ voor de fusie met GiroCredit)	5
	ÖVAG	5

B — *Tweede middel: onjuiste beoordeling van de indeling van Erste, van RZB en van ÖVAG in categorieën ten behoeve van de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk en de berekening van het basisbedrag van de geldboete*

551. In hun bij het Gerecht ingestelde beroepen hebben Erste, RZB en ÖVAG gesteld dat hun indeling in categorieën onwettig was, omdat de Commissie aan hen, als centrale instelling van respectievelijk de gedecentraliseerde sectoren van de spaarbanken, de Raiffeisenbanken en de volksbanken, alle marktaandelen van hun respectieve sectoren had toegerekend.

1. De litigieuze beschikking

552. De litigieuze beschikking rechtvaardigt de toerekening aan de centrale instellingen van de marktaandelen van hun respectieve gedecentraliseerde sectoren met de volgende overwegingen:

„(515) Binnen de categorie van de hier als zeer zwaar aangemerkte inbreuken maakt de scala van sancties het mogelijk de geldboeten te differentiëren naar gelang het werkelijke economische vermogen van de betrokken ondernemingen om de concurrentie aanzienlijk te verstoren. Deze scala van sancties maakt het ook mogelijk om de geldboeten op een zodanig niveau vast te stellen dat daarvan een voldoende afschrikkende werking uitgaat. Een dergelijke gedifferentieerde aanpak is in het onderhavige geval bijzonder aangewezen gezien de aanzienlijke onevenwichtigheden in de grootte van de bij de inbreuk betrokken ondernemingen respectievelijk concerns.

(516) In dit geval dient rekening te worden gehouden met de bijzondere kenmerken van de Oostenrijkse bankmarkt. Het zou namelijk weinig realistisch zijn om de betekenis van Erste, RZB en ÖVAG in het kader van het netwerk alsmede hun daadwerkelijke vermogen de concurrentie te beperken ten nadele van de consument, te beperken tot hun eigen zakelijke activiteiten als zakenbank.

(517) Uit het onderzoekdossier blijkt veeleer overduidelijk dat deze ondernemingen - overeenkomstig hun rol als centrale instelling van de betreffende groep - door middel van intensieve informatiestromen binnen de groep belangrijk bijdroegen tot de effectiviteit van het netwerk in heel Oostenrijk. Deze instellingen vertegenwoordigden niet alleen hun eigen belangen maar ook die van de groep waarvan zij deel uitmaakten, en in die zin werden zij door de andere deelnemers aan het kartel als vertegenwoordigers van de betrokken groep gezien. Er werden dus niet slechts afspraken tussen afzonderlijke instellingen gemaakt, maar ook tussen groepen.

(518) Indien de groepen die achter de centrale instellingen staan, te weten Spaarkassengroep, Raiffeisengroep en Volksbankengroep, zouden worden genegeerd, zou dit derhalve resulteren in een inadequate bepaling van de geldboete, los van de economische realiteit, ten koste van de afschrikkende werking. Een voldoende afschrikkende werking zal alleen dan gegeven zijn wanneer de betrokken centrale instellingen in de toekomst niet meer als vertegenwoordiger van hun groep aan de kartelafspraken deelnemen."

553. In punt 519 van de considerans van de litigieuze beschikking heeft de Commissie GiroCredit/Erste, alsook RZB, derhalve in de eerste categorie en ÖVAG in de derde categorie ingedeeld en heeft zij dienovereenkomstig het basisbedrag van hun geldboete berekend.

2. Samenvatting van de argumenten van partijen [179]

554. In de eerste plaats stellen Erste, RZB en ÖVAG dat de Commissie juridisch gezien de voorwaarden waaronder voor de berekening van de geldboete marktaandelen van de ene onderneming aan een andere mogen worden toegerekend, onjuist heeft beoordeeld. Zij verklaren dat wanneer aan de centrale instellingen de marktaandelen van de banken van hun respectieve gedecentraliseerde sectoren worden toegerekend, dit erop neerkomt dat het gedrag van al die banken aan hen wordt toegerekend. Zij stellen dat die toerekening een rechtsgrondslag mist en in strijd is met het persoonlijke karakter van de aansprakelijkheid voor inbreuken op het mededingingsrecht, aangezien die sectoren niet als economische eenheden kunnen worden beschouwd.

555. In de tweede plaats voeren Erste en ÖVAG aan dat de Commissie hun rechten van de verdediging en de motiveringsplicht heeft geschonden. Erste verwijt de Commissie dat zij haar rechten van de verdediging heeft geschonden, omdat in de mededeling van de punten van bezwaar geen melding werd gemaakt van het voornemen van de Commissie om aan de centrale instellingen de marktaandelen van hun groepen toe te rekenen. Bovendien voeren Erste en ÖVAG aan dat noch de gestelde toezending van informatie aan de gedecentraliseerde banken noch de gestelde vertegenwoordiging door de centrale instellingen in de mededeling van de punten van bezwaar werd vermeld.

556. In de derde plaats betwisten Erste, RZB en ÖVAG de feitelijke vaststellingen waarop de Commissie zich ter rechtvaardiging van de toerekening van de marktaandelen heeft gebaseerd, en de beoordeling van die feiten. Zij verwijten de Commissie in wezen dat zij geen acht heeft geslagen op de juridische en economische onafhankelijkheid van de gedecentraliseerde banken, en wijzen erop dat zij de instellingen van hun sector geen instructies kunnen geven.

179 — Ik verwijs naar de uiteenzetting van de argumenten van partijen in de punten 339-354 van het bestreden arrest.

557. Wat de uitwisseling van informatie tussen de centrale instellingen en de gedecentraliseerde banken betreft, erkent RZB dat een dergelijke uitwisseling in haar sector heeft plaatsgevonden, maar betwist zij dat interne informatie- en vertegenwoordigingsmechanismen speciaal voor de uitvoering van de afspraken zijn ingesteld.

558. Bovendien betwisten Erste en RZB de vaststellingen in met name de punten 61 en 517 van de considerans van de bestreden beschikking, volgens welke zij „vertegenwoordigers" van hun gedecentraliseerde sectoren waren en/of als zodanig door de andere banken werden beschouwd. Ten slotte voert Erste aan dat de Commissie de litigieuze toerekening niet met een beroep op de gestelde invloed van de Weense gespreksronden op de regionale gespreksronden, kan rechtvaardigen.

559. De Commissie voert vooral aan dat onderscheid moet worden gemaakt tussen het feit dat aan de ene onderneming het inbreukmakende gedrag van een andere wordt toegerekend, en de indeling van de ondernemingen in categorieën voor de vaststelling van het uitgangsbedrag van de geldboete, en stelt dat zij aan elke centrale instelling enkel wegens het eigen gedrag daarvan een sanctie heeft opgelegd, te weten wegens de bijdrage aan de werking van het kartel op het gehele Oostenrijkse grondgebied door middel van het doorgeven van informatie die voor de instellingen van hun gedecentraliseerde sectoren waren bestemd of daarvan afkomstig waren. De argumenten betreffende het ontbreken van een economische eenheid en de voor de ondernemersverenigingen geldende regels zijn volgens de Commissie dus irrelevant. De inaanmerkingneming van de marktaandelen werd, gezien de richtsnoeren, gerechtvaardigd door de noodzaak rekening te houden met de daadwerkelijke macht van de centrale instellingen om de mededinging schade toe te brengen. Zij betoogt dat de centrale instellingen met hun groepen immers eenheden vormen die op vergelijkbare wijze als economische eenheden een gemeenschappelijke economische activiteit uitoefenen.

3. Beoordeling

560. Ik acht de eerste door Erste, RZB en ÖVAG aangevoerde grief gegrond.

561. Ik ben namelijk van mening dat de Commissie het bedrag van de sanctie dat zij aan deze ondernemingen, als centrale instellingen, wilde opleggen niet mocht berekenen door aan hen de marktaandelen van de banken van hun gedecentraliseerde sectoren toe te rekenen, hoewel zij hen niet het inbreukmakende gedrag van laatstgenoemden heeft toegerekend.

562. Overeenkomstig punt 1 A, vierde alinea, van de richtlijnen kan de Commissie alleen „de daadwerkelijke economische macht van de inbreukmakers" bij de berekening van het basisbedrag van de geldboete in aanmerking nemen.

563. Uit de litigieuze beschikking blijkt dat de Commissie, met uitzondering van RLB, dat een van de acht regionale banken van de Raiffeisensector is, geen banken van de gedecentraliseerde sectoren krachtens artikel 81, lid 1, EG heeft vervolgd.

564. Uit deze beschikking blijkt eveneens dat de Commissie evenmin de aansprakelijkheid voor de inbreuken die de banken van de gedecentraliseerde sectoren eventueel zouden hebben gepleegd, aan de centrale instellingen heeft willen toerekenen.

565. Genoemde beschikking is immers uitsluitend gericht tot Erste, RZB en OVÄG, als centrale instellingen, maar zij beschouwt hen niet als vertegenwoordigers, handelend in naam en voor rekening van de banken van hun gedecentraliseerde sectoren.

566. Simpelweg lezen van punt 9 van de considerans van de litigieuze beschikking, dat betrekking heeft op de kredietinstellingen tot wie genoemde beschikking is gericht, volstaat om dat aan te tonen:

„b) [Erste]

c) [RZB]

RZB is de centrale instelling van de Oostenrijkse Raiffeisen-Bankengruppe. Deze groep heeft een drievoudige structuur […]. [Het eerste niveau omvat circa 615 juridisch zelfstandige lokale Raiffeisenbanken […]. De tweede laag wordt gevormd door acht regionale Raiffeisen-Landesbanken (hierna: „RLB") op het niveau van de Oostenrijkse Bondslanden […]. Het derde niveau wordt gevormd door RZB, waarvan RLB meer dan 80 % van de aandelen bezit. *De Raiffeisenbanken zijn weliswaar juridisch zelfstandige eenheden, die niet aan instructies van RLB en/of RZB zijn onderworpen*]. De Raiffeisengroep heeft een marktaandeel van circa 22 % […]. Naast haar functie als vertegenwoordiger van de

Raiffeisen-Bankengruppe verricht RZB zelf ook bankactiviteiten met als zwaartepunt transacties met het buitenland en key account management. [Het afzonderlijke marktaandeel van RZB bedraagt circa 2 %.]

[…]

f) [ÖVAG]

ÖVAG is de centrale instelling van de op twee niveaus opererende *Volksbanken-Gruppe*, die op het eerste niveau uit circa 60 zelfstandige Volksbanken bestaat. Deze Volksbanken werken op belangrijke terreinen […] nauw samen en hebben een meerderheidsbelang in ÖVAG. Het marktaandeel van de Volksbankengroep bedraagt circa 7 %. [Het afzonderlijke marktaandeel van ÖVAG bedraagt minder dan 1 %.] […].

[…]

h) [RLB]

In 1997 werd [RBW] door middel van een fusie samengevoegd met haar hoofdaandeelhoudster RLB. [Voordien oefende RLB slechts op zeer beperkte schaal eigen activiteiten uit.] De activiteiten van RLB/RBW beperken zich tot de hoofdstad Wenen, waar de bank een marktaandeel van circa 5 % heeft." [180]

567. Deze uiteenzetting verschaft ons aanwijzingen omtrent de entiteiten die de Commissie krachtens artikel 81, lid 1, EG heeft willen vervolgen. Zij stelt ons in staat om de structuur van de bankgroepen beter te begrijpen en geeft zeer duidelijk aan dat bepaalde banken van de gedecentraliseerde sectoren, in casu degenen die tot de Raiffeisensector behoren „juridisch zelfstandige eenheden [zijn], die niet aan instructies van RLB en/of RZB zijn onderworpen" [181].

180 — Cursivering van mij.

181 — Punt 9, sub c, van de considerans van de litigieuze beschikking, aangehaald in het voorgaande punt van de onderhavige conclusie.

568. Uit genoemde uiteenzetting blijkt niet, zelfs niet uit de in het vervolg van de beoordeling van de Commissie vermelde gegevens, dat de centrale instellingen met de banken van hun gedecentraliseerde sectoren een economische eenheid vormden en dat zij hen, gelet op hun rol binnen de bankgroepen, konden binden. [182]

569. Dat blijkt nog duidelijker uit het feit dat de Commissie RZB afzonderlijk heeft vervolgd, dat wil zeggen een van de regionale banken van de Raiffeisensector, wegens haar deelneming aan het „Lombardnetwerk" en aan haar een geldboete heeft opgelegd op basis van de eigen marktaandelen van de onderneming. Wat de Raiffeisensector betreft, heeft de Commissie dus specifiek een bank van het tweede, regionale, niveau, namelijk RLB, en een bank van het derde, centrale, niveau, namelijk RZB, vervolgd.

570. In deze omstandigheden kon de Commissie volgens mij met geen mogelijkheid de daadwerkelijke economische macht van de banken van de gedecentraliseerde sectoren in aanmerking nemen, en nog minder deze aan de centrale instellingen, die voor hun eigen gedrag zijn veroordeeld, toerekenen.

571. Het door de Commissie in punt 517 van de considerans van de litigieuze beschikking vermelde feit dat Erste, RZB en ÖVAG, als centrale instellingen, door middel van intensieve informatiestromen binnen de groep belangrijk hebben bijgedragen tot de effectiviteit van het netwerk, was onvoldoende reden en zelfs geen criterium op grond waarvan de Commissie aan hen de marktaandelen van deze groepen kon toerekenen.

572. Er moet immers een logisch en samenhangend verband bestaan tussen de toerekening van de aansprakelijkheid voor de inbreuk en de berekening van de desbetreffende sanctie. Anders dan de Commissie stelt, gaat het niet om twee onderscheiden procedures die op basis van verschillende criteria moeten worden gevoerd. De ene impliceert de andere en het bedrag van de sanctie kan alleen worden berekend op basis van de aan de inbreukmaker ten laste gelegde feiten, zoals deze in casu in artikel 1 van de litigieuze beschikking zijn gepreciseerd. In de onderhavige zaken heeft de Commissie de mogelijke informatiestromen tussen de centrale instellingen en de banken van hun gedecentraliseerde sectoren echter niet aangetoond en zelfs niet onder de invalshoek van artikel 81, lid 1, EG kunnen brengen. Door deze informatiestromen in het stadium van de berekening van de geldboete in aanmerking te nemen, wijzigt de Commissie niet alleen de aard van de aan rekwirantes verweten inbreuk, maar verzwaart eveneens hun situatie.

182 — Zie punten 58-62, 358-361 en 516-518 van de considerans van de litigieuze beschikking.

573. Het is duidelijk dat een dergelijke redenering elke juridische grondslag mist.

574. Deze redenering bevat bovendien een tegenstrijdigheid. Ik herinner eraan dat de Commissie RLB, wat gewoon een van de regionale banken van de Raiffeisensector is, afzonderlijk heeft vervolgd. Zoals blijkt uit punt 519 van de considerans van de litigieuze beschikking, is RLB op basis van haar marktaandeel ingedeeld in de vijfde categorie. De Commissie heeft derhalve de marktaandelen van deze onderneming tweemaal in aanmerking genomen. De eerste maal toen zij aan RZB de marktaandelen van alle banken van de Raiffeisensector heeft toegerekend en de tweede maal bij de indeling van RLB in een categorie.

575. Gelet op het bovenstaande meen ik dat de Commissie derhalve aan Erste, RZB en ÖVAG niet de marktaandelen van de banken van de gedecentraliseerde sectoren kon toerekenen in verband met hun indeling in categorieën. Erste, RZB en ÖVAG kunnen dus alleen worden gestraft voor hun deelneming aan het kartel als zakenbanken en niet als leidinggevende instellingen van hun gedecentraliseerde sectoren.

576. Bijgevolg ben ik van mening dat de indeling van Erste en van RZB in de eerste categorie en van ÖVAG in de derde categorie, onjuist is en het bedrag van de geldboeten die de Commissie aan hen heeft opgelegd, derhalve eveneens.

577. In deze omstandigheden stel ik het Hof voor om de door deze drie ondernemingen in eerste aanleg aangevoerde middelen, betreffende een onjuiste beoordeling van hun indeling in categorieën bij de berekening van het basisbedrag van de geldboete, gegrond te verklaren. Ik verzoek het Hof eveneens om artikel 3 van de litigieuze beschikking nietig te verklaren, omdat de Commissie het bedrag van de aan Erste, RZB en ÖVAG opgelegde geldboeten op basis van een onjuist beoordelingscriterium heeft berekend.

578. Het staat thans aan het Hof om te oordelen in welke categorie elke van deze drie ondernemingen moet worden ingedeeld en eventueel, in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht, het basisbedrag van de aan hen opgelegde geldboeten te wijzigen.

579. Deze berekening moet worden gebaseerd op de door de Commissie gehanteerde beoordelingsmethode en er moet rekening worden gehouden met de correctie die ik heb

voorgesteld, teneinde in aanmerking te nemen dat niet is bewezen dat het kartel een concrete weerslag op de markt heeft gehad.

580. Wat de door de Commissie gehanteerde methode betreft, herinner ik eraan dat zij de betrokken banken en bankgroepen, op basis van de beschikbare informatie over marktaandelen, in vijf categorieën heeft ingedeeld. Zoals blijkt uit mijn overzicht in punt 546 van de onderhavige conclusie, heeft de Commissie eveneens richtwaarden, rond welke de marktaandelen van de betrokken ondernemingen liggen, alsook een vast boetebedrag, voor elke categorie ondernemingen vastgesteld.

581. De marktaandelen van de betrokken ondernemingen worden voor het grootste deel weergegeven in de voetnoot onderaan bladzijde 17 van de litigieuze beschikking. De cijfers hebben betrekking op de gerealiseerde omzetten in het retail- en het wholesalebankbedrijf (actief- en passiefzijde), en zijn ontleend aan de bekendgemaakte versies van beschikkingen van de Commissie op het gebied van concentraties in de bankensector [183], jaarverslagen, publicaties en andere openbaar toegankelijke bronnen. Zoals blijkt uit punt 190 van de memorie van antwoord van de Commissie hebben deze gegevens betrekking op de jaren 1997 tot en met 1999.

582. De litigieuze beschikking bevat daarentegen noch het marktaandeel van de Sparkassensector vóór de overname ervan door Erste, noch het eigen marktaandeel van GiroCredit vóór deze overname. Uit punt 145 van de memorie van antwoord van de Commissie blijkt niettemin dat zij het eerstgenoemde marktaandeel op 23 % heeft geraamd. Uit de antwoorden van de Commissie op vraag 12, sub b, van het Gerecht kan bovendien worden opgemaakt dat het afzonderlijke marktaandeel van GiroCredit op 4,8 % is geraamd, op basis van de gegevens in beschikking IV/M.873 van de Commissie van 11 maart 1997, Bank Austria/Creditanstalt [184].

183 — Zie beschikkingen van de Commissie van 7 november 2000, COMP/M.2140, BAWAG/PSK (punt 9 van de considerans); 14 november 2000, COMP/M.2125, HypoVereinsbank/Bank Austria (punt 21 van de considerans), en 2 juli 2001, COMP/M.2402, Creditanstalt/RZB/JV (punt 15 van de considerans). Al deze beschikkingen zijn bekendgemaakt op de internet-site http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases.

184 — Deze beschikking is eveneens beschikbaar op de internet-site http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases.

583. Dit zijn de gegevens waarover ik in dit stadium van mijn bespreking beschik: [185]

	Marktaandelen	Beoordeling van de Commissie			Correctie nr. 1
		In aanmerking genomen marktaandelen	Categorie	Geldboete	Geldboete bij gebreke van concrete weerslag
Erste/Giro-Credit (na de fusie)	Sparkassengroep, met inbegrip van Erste, na de fusie: 30 % - Erste: 7 % Sparkassengroep, voor de fusie, met inbegrip van GiroCredit: 23 % - GiroCredit: 4,8 %	30 %	I	25	20

185 — Het bedrag van de geldboeten wordt uitgedrukt in miljoenen EUR.

RZB	Raiffeisengroep: 22 % - RZB: 2 %	22 %	I	25	20
Erste (EÖ voor de fusie)	7 %	7 %	III	6,25	5
ÖVAG	Volksbanken-groep: 7 % - ÖVAG: 1 %	7 %	III	6,25	5

584. Rekwirantes moeten thans opnieuw in een categorie worden ingedeeld, waarbij hun eigen marktaandelen in aanmerking worden genomen (correctie nr. 2).

585. Aangaande Erste/GiroCredit ben ik van mening dat, na de overname van GiroCredit in oktober 1997, Erste voor de door GiroCredit sedert 1 januari 1995 gepleegde inbreuk, als zakenbank en niet als centrale instelling van de Sparkassensector, aansprakelijk is geworden. De eigen marktaandelen van Erste en van GiroCredit, die samen 11,8 % bedragen, moeten derhalve in aanmerking worden genomen.

586. Ik ben bijgevolg van mening dat Erste/GiroCredit, na de fusie, voortaan tot de tweede categorie behoort. De Commissie heeft voor deze categorie het basisbedrag van de geldboete op 12,5 miljoen EUR vastgesteld, dat ik vervolgens heb gecorrigeerd en heb verminderd tot 10 miljoen EUR.

587. De marktaandelen van RZB en ÖVAG bedragen respectievelijk 2 % en 1 %. Beide ondernemingen moeten naar mijn mening worden ingedeeld in de vierde categorie. De Commissie heeft voor deze categorie het basisbedrag van de geldboete op 3,13 miljoen EUR vastgesteld, dat ik vervolgens heb gecorrigeerd en heb verminderd tot 2,5 miljoen EUR, in aanmerking nemende dat niet is bewezen dat het kartel een concrete weerslag op de markt heeft gehad.

588. Dit is de nieuwe indeling in categorieën van Erste, RZB en ÖVAG en het basisbedrag van de geldboete voor de zwaarte van de inbreuk, dat volgens mij moet worden opgelegd:

	In de litigieuze beschikking gehanteerde marktaandelen	Correctie nr. 2		
		In aanmerking te nemen marktaandelen	Categorieën	Basisbedrag van de geldboete voor de zwaarte van de inbreuk (in miljoenen EUR)
GiroCredit/Erste (na de fusie)	Erste: 7 % GiroCredit: 4,8 %	11,8 %	II	10
Erste (EÖ voor de fusie)	7 %	7 %	III	5
RZB	2 %	2 %	IV	2,5
ÖVAG	1 %	1 %	IV	2,5

589. Ik moet thans het uiteindelijke bedrag van de aan alle rekwirantes opgelegde geldboeten bepalen, in de eerste plaats rekening houdend met de verhoging die de Commissie in verband met de duur van de inbreuk heeft doorgevoerd.

590. De op grond van de zwaarte van de inbreuk vastgestelde bedragen zijn allemaal met 35 % verhoogd, met uitzondering van dat betreffende Erste vóór haar fusie met GiroCredit (EÖ). In het geval van deze onderneming heeft de Commissie een verhoging van

slechts 30 % doorgevoerd, omdat de duur van haar deelname aan de inbreuk als zakenbank slechts drie jaar heeft bedragen. [186]

591. Er moet in de tweede plaats rekening worden gehouden met het feit dat de Commissie geen enkele verzachtende of verzwarende omstandigheid in aanmerking heeft genomen [187], maar niettemin aan elk van de ondernemingen tot wie de litigieuze beschikking is gericht, met toepassing van de mededeling inzake medewerking, een vermindering van 10 % heeft toegekend. [188]

	Basisbedrag van de geldboete voor de zwaarte van de inbreuk (in miljoenen EUR)	Basisbedrag van de geldboete voor de zwaarte en de duur van de inbreuk (in miljoenen EUR)	Basisbedrag van de geldboete, rekening houdend met de medewerking van de ondernemingen (in miljoenen EUR)
BA	10	13,5	12,15
Erste/GiroCredit (na de fusie)	10	13,5	12,15
CA	10	13,5	12,15
Erste (EÖ vóór de fusie)	5	6,5	5,85
RZB	2,5	3,375	3,037
ÖVAG	2,5	3,375	3,037

592. Gelet op het bovenstaande stel ik het Hof voor om het eindbedrag van de aan BA-CA, Erste, RZB en ÖVAG opgelegde geldboete als volgt vast te stellen:

— BA-CA: 24 300 000 EUR

— Erste: 18 000 000 EUR

— RZB: 3 037 000 EUR

186 — Punten 521 en 522 van de considerans van de litigieuze beschikking.

187 — Punten 525-542 van de considerans van de litigieuze beschikking.

188 — Punten 543-559 van de considerans van de litigieuze beschikking.

— ÖVAG: 3 037 000 EUR

596. In de onderhavige zaken moet rekening worden gehouden met het feit dat rekwirantes voor het grootste deel van hun vorderingen in het ongelijk zijn gesteld.

XI — Kosten

593. Volgens artikel 122, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering beslist het Hof ten aanzien van de proceskosten wanneer de hogere voorziening gegrond is en het Hof de zaak zelf afdoet.

597. De middelen ter ondersteuning van een algehele nietigverklaring van de beschikking moeten volgens mij immers worden afgewezen. Rekwirantes hebben wel degelijk inbreuk gemaakt op artikel 81, lid 1, EG zoals de Commissie in artikel 1 van genoemde beschikking heeft gesteld. De door rekwirantes aangevoerde middelen ten behoeve van een vermindering van het basisbedrag van de door de Commissie in artikel 3 van de litigieuze beschikking vastgestelde geldboete, leiden volgens mij tot vernietiging van het bestreden arrest en tot nietigverklaring van artikel 3 van de litigieuze beschikking. Het basisbedrag van de geldboete is niettemin alleen ten aanzien van twee beoordelingscriteria gewijzigd.

594. Krachtens artikel 69, lid 2, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 118 van dit reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen voor zover dat is gevorderd.

595. Overeenkomstig artikel 69, lid 3, eerste alinea, van hetzelfde reglement kan het Hof evenwel de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld, en voorts wegens bijzondere redenen.

598. Het bedrag van de geldboete is aangepast voor de vier rekwirantes, gelet op het feit dat niet is bewezen dat het kartel een concrete

weerslag op de markt heeft gehad. Erste, RZB en ÖVAG hebben bovendien een aanvullende vermindering van hun geldboete verkregen, omdat de Commissie fouten heeft begaan bij hun indeling in categorieën in verband met de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk.

599. In deze omstandigheden stel ik het Hof voor om BA-CA in haar eigen kosten, alsook in 80 % van de kosten van de Commissie, te verwijzen.

600. Ik stel het Hof betreffende Erste, RZB en ÖVAG voor om hen in hun eigen kosten, alsook in 70 % van de kosten van de Commissie, te verwijzen.

XII — Conclusie

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

„1) Het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 14 december 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a./Commissie (T-259/02 tot en met T-264/02 en T-271/02) wordt vernietigd voor zover:

— het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen ten onrechte heeft geoordeeld dat de Commissie van de Europese Gemeenschappen bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk en de berekening van het basisbedrag van de geldboete reeds op basis van de uitvoering van het kartel kon concluderen dat de inbreuk een concrete weerslag op de markt had, en

— het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen ten onrechte heeft geoordeeld en tegenstrijdig gemotiveerd, dat de Commissie van de Europese Gemeenschappen bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk en de berekening van het basisbedrag van de geldboete, aan Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG en Österreichische Volksbanken AG de marktaandelen van de banken van hun gedecentraliseerde sectoren kon toerekenen, terwijl zij hun niet het inbreukmakende gedrag van deze laatstgenoemden heeft toegerekend.

2) De hogere voorzieningen worden verworpen voor het overige.

3) De bij het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen ingestelde beroepen tot nietigverklaring van beschikking 2004/138/EG van de Commissie van 11 juni 2002 in een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag in de zaak COMP/36.571/D-1 — Oostenrijkse banken (‚Lombardclub') worden toegewezen voor zover:

— Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG, Bank Austria Creditanstalt AG, en Österreichische Volksbanken AG nietigverklaring vorderen van artikel 3 van beschikking 2004/138 op grond dat de Commissie van de Europese Gemeenschappen bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk een concrete weerslag van de inbreuk op de markt niet heeft bewezen en het desbetreffende bedrag van de geldboete onjuist heeft gewaardeerd, en voor zover

— Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG en Österreichische Volksbanken AG nietigverklaring vorderen van artikel 3 van beschikking 2004/138 op grond dat de Commissie van de Europese Gemeenschappen bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk

en de berekening van het basisbedrag van de geldboete, hun het marktaandeel van de banken van hun gedecentraliseerde sectoren heeft toegerekend.

4) Het bedrag van de in artikel 3 van beschikking 2004/138 vastgestelde geldboeten wordt als volgt gewijzigd:

— in zaak C-125/07 P wordt het bedrag van de aan Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG opgelegde geldboete verminderd tot 18 000 000 EUR;

— in zaak C-133/07 P wordt het bedrag van de aan Raiffeisen Zentralbank Österreich AG opgelegde geldboete verminderd tot 3 037 000 EUR;

— in zaak C-135/07 P wordt het bedrag van de aan Bank Austria Creditanstalt AG opgelegde geldboete verminderd tot 24 300 000 EUR, en

— in zaak C-137/07 P wordt het bedrag van de aan Österreichische Volksbanken AG opgelegde geldboete verminderd tot 3 037 000 EUR.

5) In de zaken C-125/07 P, C-133/07 P en C-137/07 P worden Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG en

Österreichische Volksbanken AG elk verwezen in hun eigen kosten en in 70 % van de kosten van de Commissie van de Europese Gemeenschappen. Laatstgenoemde draagt 30 % van haar eigen kosten.

6) In zaak C-135/07 P wordt Bank Austria Creditanstalt AG verwezen in haar eigen kosten en in 80 % van de kosten van de Commissie van de Europese Gemeenschappen. Laatstgenoemde draagt 20 % van haar eigen kosten."