CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
E. TANCHEV
van 2 mei 2019[1]

Zaak C-39/18 P

Europese Commissie
tegen
NEX International Limited (voorheen Icap plc,
Icap Management Services Ltd en

Icap New Zealand Ltd)

„Hogere voorziening – Mededinging – Mededingingsregelingen – Sector van rentederivaten in yen – Geldboeten – Motiveringsplicht”

1. Met de onderhavige hogere voorziening verzoekt de Europese Commissie om vernietiging van het arrest van het Gerecht in de zaak Icap e.a./Commissie[2], voor zover hierin de geldboeten nietig worden verklaard die zijn opgelegd in artikel 2 van het besluit in de kartelzaak betreffende rentederivaten in yen (hierna: „RDIY”) (waarbij de Commissie aan Icap plc, Icap Management Services Ltd en Icap New Zealand Ltd ongeëvenaarde geldboeten van bijna 15 miljoen EUR heeft opgelegd voor de facilitering van kartels)[3]. Het Gerecht heeft geoordeeld dat de Commissie de toegepaste methode voor de vaststelling van de geldboeten ontoereikend had gemotiveerd in haar besluit, en heeft derhalve het deel van het besluit houdende vaststelling van die geldboeten nietig verklaard. Opgemerkt zij dat de methode van de Commissie geen eenvoudige vaststelling van een forfaitair bedrag inhield, maar een complexe toets van vijf stappen om het basisbedrag van de geldboeten te berekenen.

2. In de onderhavige hogere voorziening voert de Commissie aan dat het Gerecht de rechtspraak van het Hof over de bij oplegging van geldboeten vereiste motivering onjuist heeft toegepast.[4]

3. Zoals ik hieronder zal uiteenzetten, is de vraag die in deze hogere voorziening aan de orde is mijns inziens reeds grotendeels opgelost door het recente arrest van het Hof van 16 januari 2019, Commissie/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23; hierna: „arrest UPS”), voor zover het Hof in dat arrest de aanpak van het Gerecht in het bestreden arrest bevestigt.

I. Voorgeschiedenis van het geding en litigieus besluit

4. Uit de punten 1 tot en met 21 van het bestreden arrest blijkt dat NEX International Limited (voorheen Icap plc, Icap Management Services Ltd en Icap New Zealand Ltd; hierna: „NEX”) deel uitmaakt van een onderneming die makelaarsdiensten aanbiedt via spraaknetwerken en elektronische netwerken en ook posttransactionele diensten verstrekt.

1 Oorspronkelijke taal: Engels.

2 Arrest van het Gerecht van 10 november 2017, Icap e.a./Commissie (T-180/15, EU:T:2017:795).

3 Besluit C(2015) 432 final van de Commissie van 4 februari 2015 inzake een procedure op grond van artikel 101 VWEU en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (zaak AT.39861 – Rentederivaten in yen) (hierna: „litigieus besluit”).

4 In het bijzonder arrest van 22 oktober 2015, AC-Treuhand/Commissie (C-194/14 P, EU:C:2015:717, punten 66-68).

5. Bij het litigieuze besluit heeft de Commissie vastgesteld dat NEX had deelgenomen aan zes inbreuken op artikel 101 VWEU en artikel 53 van de EER-Overeenkomst betreffende de manipulatie van de interbancaire referentierentevoeten London Interbank Offered Rate (LIBOR, interbancaire referentierentevoet die wordt toegepast in Londen) en Tokyo Interbank Offered Rate (TIBOR, interbancaire referentierentevoet die wordt toegepast in Tokio) op de markt van RDIY. Deze inbreuken waren reeds vastgesteld bij besluit C(2013) 8602 final van de Commissie van 4 december 2013 inzake een procedure op grond van artikel 101 VWEU en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (zaak AT.39861 – Rentederivaten in yen), uit hoofde waarvan geldboeten van bijna 670 miljoen EUR werden opgelegd (hierna: „besluit van 2013").

6. Op 29 oktober 2013 heeft de Commissie een inbreukprocedure ingeleid tegen NEX.

7. Op 12 november 2013 heeft NEX de Commissie in kennis gesteld van haar voornemen om niet voor een schikkingsprocedure te kiezen.

8. Op 4 februari 2015 heeft de Commissie het litigieuze besluit vastgesteld, waarbij zij NEX zes geldboeten heeft opgelegd voor een totaalbedrag van 14 960 000 EUR wegens het „faciliteren" van zes inbreuken, te weten:

– de „UBS/RBS-inbreuk van 2007", tussen 14 augustus en 1 november 2007;

– de „UBS/RBS-inbreuk van 2008", tussen 28 augustus en 3 november 2008;

– de „UBS/DB-inbreuk", tussen 22 mei en 10 augustus 2009;

– de „Citi/RBS-inbreuk", tussen 3 maart en 22 juni 2010;

– de „Citi/DB-inbreuk", tussen 7 april en 7 juni 2010;

– de „Citi/UBS-inbreuk", tussen 28 april en 2 juni 2010.

9. De punten 18 tot en met 21 van het bestreden arrest luiden als volgt:

„18. De Commissie heeft vooraf eraan herinnerd dat het basisbedrag van de geldboete, overeenkomstig de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd (PB 2006, C 210, blz. 2; hierna: ‚richtsnoeren van 2006'), moet worden vastgesteld in het licht van de context waarin de inbreuk is begaan en in het bijzonder van de ernst en de duur van de inbreuk, en dat de rol van elk van de deelnemers individueel moet worden beoordeeld, rekening houdend met eventuele verzwarende of verzachtende omstandigheden (overweging 284 van het [litigieuze] besluit).

19. De Commissie heeft opgemerkt dat de richtsnoeren van 2006 weinig houvast boden bij de berekening van de geldboete voor facilitatoren. Aangezien [NEX] actief was op de markten voor makelaarsdiensten, en niet op de markt voor rentederivaten, was de Commissie van mening dat zij zich niet op de makelaarskosten in plaats van op de prijzen van rentederivaten in Japanse yen kon baseren om het omzetcijfer te bepalen en de hoogte van de geldboete vast te stellen, aangezien dit niet de ernst en de aard van de inbreuk zou weerspiegelen. Zij heeft hieruit in wezen afgeleid dat punt 37 van de richtsnoeren van 2006 diende te worden toegepast, dat toestaat dat van deze richtsnoeren wordt afgeweken bij de vaststelling van het basisbedrag van de geldboete (overweging 287 van het [litigieuze] besluit).

20. Gelet op de ernst van de gedragingen in kwestie en op de duur van de deelneming van [NEX] aan elk van de zes betrokken inbreuken, heeft de Commissie voor elk van de inbreuken een basisbedrag van de geldboete vastgesteld, namelijk 1 040 000 EUR voor de UBS/RBS-inbreuk van 2007, 1 950 000 EUR voor de UBS/RBS-inbreuk van 2008, 8 170 000 EUR voor de UBS/DB-inbreuk, 1 930 000 EUR voor de Citi/RBS-inbreuk, 1 150 000 EUR voor de Citi/DB-inbreuk en 720 000 EUR voor de Citi/UBS-inbreuk (overweging 296 van het [litigieuze] besluit).

21. Wat de vaststelling van de definitieve hoogte van de geldboete betreft, was er volgens de Commissie geen sprake van verzwarende of verzachtende omstandigheden en heeft zij opgemerkt dat het plafond van 10 % van de jaaromzet niet was overschreden (overweging 299 van het [litigieuze] besluit). In artikel 2 van het dispositief van het [litigieuze] besluit worden aan verzoeksters bijgevolg geldboeten opgelegd waarvan het definitieve bedrag gelijk is aan het basisbedrag."

II. Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest

10. Bij op 14 april 2015 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft NEX beroep ingesteld tot nietigverklaring van het litigieuze besluit en, subsidiair, tot verlaging van de opgelegde geldboeten.

11. Tot staving van haar beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit heeft NEX zes middelen aangevoerd. De eerste vier middelen hadden betrekking op de rechtmatigheid van artikel 1 van het litigieuze besluit, waarbij het bestaan van de inbreuken is vastgesteld. Het vijfde en zesde middel hadden betrekking op de rechtmatigheid van artikel 2 van dat besluit, waarbij de Commissie voor elk van deze inbreuken geldboeten heeft opgelegd.

12. Met het bestreden arrest is artikel 1 van het litigieuze besluit gedeeltelijk nietig verklaard en is artikel 2 daarvan in zijn geheel nietig verklaard.

13. In punt 91 van het bestreden arrest heeft het Gerecht het eerste middel, inzake onjuiste uitlegging van het begrip mededingingsbeperkende of vervalsende „strekking" in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU, afgewezen.

14. In de punten 133 tot en met 144 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat het bewijs van de deelneming van NEX aan de UBS/RBS-inbreuk van 2008 niet toereikend was. In punt 145 van dat arrest heeft het Gerecht het tweede middel, inzake onjuiste toepassing van het begrip „facilitering", gedeeltelijk bevestigd en artikel 1, onder b), van het litigieuze besluit nietig verklaard.

15. Met betrekking tot het derde middel, volgens hetwelk de duur van de betrokken inbreuken niet correct was vastgesteld, heeft het Gerecht in punt 252 van het bestreden arrest geoordeeld dat het bewijs waarvan de Commissie is uitgegaan om de duur van de deelneming van NEX aan vier van de vijf overige inbreuken vast te stellen, niet toereikend was. Het heeft dit middel gedeeltelijk gegrond verklaard. Derhalve heeft het artikel 1, onder a), d), e) en f), van het litigieuze besluit nietig verklaard.

16. Wat het vierde middel betreft, heeft het Gerecht in punt 269 van het bestreden arrest geoordeeld dat „de Commissie bij de vaststelling van het besluit van 2013 het vermoeden van onschuld van [NEX] heeft geschonden. Weliswaar moet worden vastgesteld dat deze schending van het vermoeden van onschuld van [NEX] in het kader van de vaststelling van het besluit van 2013 niet rechtstreeks de rechtmatigheid van het [litigieuze] besluit kan beïnvloeden, gelet op het onderscheiden en autonome karakter van de procedures die tot deze twee besluiten aanleiding hebben gegeven." In punt 280 van het bestreden arrest is het Gerecht tot de conclusie gekomen dat het vierde middel moest worden afgewezen.

17. In de punten 286 tot en met 299 van het bestreden arrest heeft het Gerecht het vijfde middel (betreffende de vaststelling van het bedrag van de geldboeten) gegrond verklaard. De punten 292 tot en met 299 van het arrest luiden als volgt:

„292. In casu moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat uit de lezing van overweging 287 van het [litigieuze] besluit kan worden afgeleid waarom de Commissie heeft besloten om krachtens punt 37 van de richtsnoeren van 2006 af te wijken van de in die richtsnoeren uiteengezette methode. De opgegeven redenen houden verband met het feit dat [NEX] niet actief was op de markt van de rentederivaten in Japanse yen en dat de ernst en de aard van de betrokken inbreuken derhalve niet correct zouden worden weerspiegeld indien de waarde van de verkopen, te weten de ontvangen makelaarskosten, in aanmerking werd genomen.

293. In de tweede plaats moet echter worden vastgesteld dat in overweging 287 van het [litigieuze] besluit niet nader wordt ingegaan op de alternatieve methode die de Commissie voorstaat, maar dat daarin slechts in het algemeen wordt verzekerd dat de basisbedragen de ernst, de duur en de aard van [NEX'] deelneming aan de betrokken inbreuken weerspiegelen alsook tegemoetkomen aan de noodzaak om ervoor te zorgen dat de geldboeten een voldoende afschrikkende werking hebben.

294. Op basis van de bewoordingen van overweging 287 van het [litigieuze] besluit kunnen verzoeksters de gegrondheid van de door de Commissie voorgestane methode dus niet begrijpen, en kan het Gerecht deze niet verifiëren. Dit motiveringsgebrek wordt ook aangetroffen in de overwegingen 290 tot en met 296 van dit besluit, die niet de minimuminformatie verschaffen die het mogelijk zou hebben gemaakt de relevantie en weging van de factoren waarmee de Commissie bij de vaststelling van het basisbedrag van de geldboeten rekening heeft gehouden, te begrijpen en te verifiëren, hetgeen in strijd is met de in punt 291 aangehaalde rechtspraak.

295. Uit de schriftelijke stukken van partijen blijkt dat de kwestie van de methode die de Commissie voornemens was te gebruiken voor de berekening van de hoogte van de geldboeten, aan de orde is gesteld in een bespreking met verzoeksters' vertegenwoordigers tijdens de administratieve procedure. Bij het onderzoek van de motivering van een bestreden handeling moet overeenkomstig de in punt 288 hierboven aangehaalde rechtspraak weliswaar acht worden geslagen op de context ervan, maar het voeren van dergelijke verkennende en informele besprekingen kan de Commissie niet ontheffen van haar verplichting om in het [litigieuze] besluit uit te leggen welke methode zij heeft toegepast voor het bepalen van de hoogte van de opgelegde geldboeten.

296. In punt 176 van haar verweerschrift wijst de Commissie erop dat er een toets van vijf stappen bestaat om het basisbedrag van de geldboeten te berekenen. Overeenkomstig de in punt 290 hierboven aangehaalde rechtspraak kan een dergelijke uitleg die in de fase van de procedure bij het Gerecht is verstrekt, echter niet in aanmerking worden genomen bij de beoordeling of de Commissie haar motiveringsplicht is nagekomen.

297. Gelet op het voorgaande moet worden vastgesteld dat het [litigieuze] besluit ontoereikend is gemotiveerd wat de vaststelling betreft van de geldboeten die aan [NEX] voor de betrokken inbreuken zijn opgelegd.

298. Het vijfde middel moet derhalve worden aanvaard en artikel 2 van het [litigieuze] besluit moet in zijn geheel nietig worden verklaard, zonder dat de andere grieven van dit middel of van het zesde middel, dat uitsluitend betrekking heeft op de rechtmatigheid van dit artikel, behoeven te worden onderzocht.

299. Aangezien artikel 2 van het [litigieuze] besluit in zijn geheel nietig wordt verklaard, is het bovendien niet nodig de door verzoeksters subsidiair ingediende vorderingen tot herziening te onderzoeken."

III. Hogere voorziening

A. Samenvatting van de argumenten van de partijen

18. De Commissie betoogt dat de redenering van het Gerecht met betrekking tot het vijfde middel blijk geeft van ernstige onjuiste rechtsopvattingen. Indien deze opvattingen werden aanvaard, zou afbreuk worden gedaan aan het vermogen van de Commissie om passende geldboeten vast te stellen waar een voldoende afschrikkende werking van uitgaat.

19. In de eerste plaats verwijt de Commissie het Gerecht dat het de toepasselijke beginselen van de relevante rechtspraak niet heeft vermeld. Het heeft het arrest van 22 oktober 2015, AC-Treuhand/Commissie (C-194/14 P, EU:C:2015:717, punten 66-68), niet vermeld, hoewel dit het beginselarrest is wat betreft de vereiste motivering wanneer een geldboete aan een facilitator wordt opgelegd.

20. Het Gerecht heeft evenmin verwezen naar het arrest van 28 januari 2016, Quimitécnica.com en de Mello/Commissie (C-415/14 P, niet gepubliceerd, EU:C:2016:58, punt 53). Uit dat arrest volgt dat de motivering van een handeling van de Commissie moet worden beoordeeld in het licht van de context van die handeling, waaronder de uitwisselingen die vóór en na de vaststelling van de betrokken handeling hebben plaatsgevonden. In casu heeft de Commissie bepaalde informatie over de berekening van de geldboeten tijdens en na de administratieve procedure aan NEX meegedeeld.

21. In de tweede plaats voert de Commissie aan dat in het bestreden arrest (punten 287 tot en met 291) weliswaar een deel van de rechtspraak inzake de motivering van geldboeten in herinnering wordt gebracht, maar dat de rechtspraak daarin niet correct wordt uitgelegd of niet in de praktijk wordt toegepast.

22. In overweging 287 van het litigieuze besluit verklaart de Commissie uitdrukkelijk dat de basisbedragen van de aan NEX opgelegde geldboeten de ernst, de duur en de aard van NEX' deelneming aan de betrokken inbreuken weerspiegelen alsook tegemoetkomen aan de noodzaak om ervoor te zorgen dat de geldboeten een voldoende afschrikkende werking hebben. Deze elementen volstaan als motivering van de besluiten van de Commissie [5], zodat geen wiskundige formules hoefden te worden meegedeeld.

23. In punt 291 van het bestreden arrest heeft het Gerecht enerzijds verwezen naar de rechtspraak volgens welke de Commissie geen nadere toelichting hoeft te verstrekken of de cijfergegevens betreffende de berekening van de geldboeten niet hoeft te vermelden, en anderzijds geoordeeld dat de Commissie in de onderhavige zaak geen nadere gegevens over de gebruikte methode heeft verstrekt. Volgens de Commissie is deze redenering tegenstrijdig.

24. Het in punt 291 van het bestreden arrest aangehaalde arrest Chalkor, volgens hetwelk de Commissie moet uiteenzetten hoe zij de in aanmerking genomen factoren heeft gewogen en beoordeeld met het oog op de berekening van het basisbedrag, kan niet aldus worden uitgelegd dat de Commissie de cijfergegevens betreffende de berekening van de geldboeten moet vermelden en haar interne berekeningen in detail moet toelichten. Dit is echter precies wat het Gerecht heeft verlangd en daarbij heeft het blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

5 De Commissie beroept zich op de arresten van 16 november 2000, Sarrió/Commissie (C-291/98 P, EU:C:2000:631, punt 78); 2 oktober 2003, Aristrain/Commissie (C-196/99 P, EU:C:2003:529, punt 56), en 22 oktober 2015, AC-Treuhand/Commissie (C-194/14 P, EU:C:2015:717, punt 68).

25. Volgens de Commissie is de gelijkenis tussen het litigieuze besluit en de beschikking inzake hittestabilisatoren (overwegingen 747 tot en met 750) bijzonder opvallend.[6] Die beschikking heeft geleid tot het arrest AC-Treuhand (C-194/14 P, EU:C:2015:717), waarin het Hof heeft geoordeeld dat de motivering toereikend was.

26. Wat de punten 295 en 296 van het bestreden arrest betreft, volstaan de door het Gerecht aangevoerde elementen niet om de vaststelling van een ontoereikende motivering met betrekking tot de geldboeten te staven. Het Gerecht herinnert er in die punten aan dat de kwestie van de methode voor de berekening van de geldboeten aan de orde is gesteld in een bespreking met NEX tijdens de administratieve procedure en tijdens de procedure bij het Gerecht zelf (de Commissie heeft er in haar verweerschrift met name op gewezen dat er een toets van vijf stappen bestaat om het basisbedrag van de geldboeten te berekenen). De Commissie betoogt dat het Gerecht ten onrechte heeft geconcludeerd dat deze elementen de ontoereikende motivering niet konden regulariseren. Een dergelijke beoordeling is in strijd met de rechtspraak.[7]

27. De reden waarom de Commissie verder is gegaan dan haar motiveringsplicht vroeg en bepaalde elementen van haar berekening van de geldboete aan NEX heeft meegedeeld (in punt 176 van haar verweerschrift), is dat NEX had beweerd ongelijk te zijn behandeld in vergelijking met de onderneming R.P. Martin, die een adressaat was van het besluit van 2013 in dezelfde YIRD-zaak en die volgens de Commissie eveneens is opgetreden als facilitator van bepaalde kartels die aan de orde waren in die zaak.

28. In haar memorie van repliek licht de Commissie de gehanteerde methode voor de berekening van de geldboeten toe. Uitgangspunt was dat voor alle betrokken ondernemingen dezelfde factoren voor de beoordeling van de ernst van de inbreuken in aanmerking waren genomen. Tussen R.P. Martin en NEX waren er echter objectieve verschillen die tot uiting moesten komen in de geldboeten die aan deze facilitatoren werden opgelegd. R.P. Martin kreeg een verlaging van 25 % op grond van de clementieregeling, terwijl NEX niet om een dergelijke verlaging heeft verzocht; R.P. Martin kreeg een korting van 10 % op grond van een schikking; de wereldwijde omzet van R.P. Martin voor 2012 bedroeg 82 miljoen EUR, terwijl die van NEX voor 2013 1 656 miljoen EUR bedroeg; de deelneming van R.P. Martin aan de inbreuk duurde ongeveer één maand, terwijl die van NEX meer dan twee maanden duurde.

29. Voor het geval dat het Hof zou beslissen om uitspraak te doen over de geldboeten, stelt de Commissie dat een pro-rataverlaging van de oorspronkelijke aan NEX opgelegde geldboeten een eenvoudige methode zou zijn om rekening te houden met de gedeeltelijke nietigverklaringen in het bestreden arrest. Dit kan bijvoorbeeld door de nieuwe duur van elke inbreuk uit te drukken in dagen en deze te delen door de oorspronkelijke duur in dagen.

30. NEX, van haar kant, verdedigt het bestreden arrest en stelt in wezen dat de hogere voorziening een fundamentele vraag opwerpt: kan de Commissie zich beroepen op specifieke en complexe methoden en factoren, terwijl zij tegelijkertijd aanvoert dat dergelijke methoden of factoren niet bestaan en dat een eenvoudig forfaitair bedrag is gebruikt? De motiveringsplicht heeft juist tot doel de Commissie ertoe aan te zetten haar besluiten toe te lichten en een rechterlijke toetsing van haar aanpak mogelijk te maken.

31. Anders dan de Commissie betoogt NEX in de eerste plaats dat de in de zaak AC-Treuhand gegeven uitleg duidelijk uitgebreider en specifieker was dan de generieke en ongedetailleerde uitleg die in het litigieuze besluit is gegeven. Eenvoudig gezegd, de uitleg in het litigieuze besluit zou „als zodanig" kunnen worden gebruikt in vrijwel elk besluit houdende oplegging van geldboeten waarbij

6 Beschikking C(2009) 8682 definitief van de Commissie van 11 november 2009 inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (COMP/38589 – Hittestabilisatoren).

7 Arrest van 28 januari 2016, Quimitécnica.com en de Mello/Commissie (C-415/14 P, niet gepubliceerd, EU:C:2016:58, punt 53).

een facilitator betrokken is, terwijl de uitleg in de beschikking betreffende hittestabilisatoren zou moeten worden aangepast om rekening te houden met de specifieke kenmerken van de verschillende zaken. In de tweede plaats, en belangrijker nog, zijn de onderliggende feiten in de situatie van NEX anders dan in de zaak AC-Treuhand. In de zaak AC-Treuhand wijst immers niets erop dat de Commissie een specifieke en gedetailleerde methode heeft gebruikt om tot de forfaitaire geldboete van 348 000 EUR te komen en, bij uitbreiding, dat zij anders te werk is gegaan dan in haar motivering is uiteengezet. Bijgevolg is er geen sprake van een aangetoonde discrepantie tussen wat de Commissie in die zaak heeft gedaan en wat zij daarin stelt te hebben gedaan.

32. In de onderhavige zaak heeft de Commissie daarentegen tijdens de procedure bij het Gerecht uitdrukkelijk erkend dat zij de hoogte van de geldboeten had vastgesteld aan de hand van een gedetailleerde methode en rekening had gehouden met specifieke factoren, maar heeft zij NEX geen verdere details verstrekt toen NEX in de gelegenheid verkeerde om haar recht van verdediging uit te oefenen. De Commissie zou zich hebben gebaseerd op een aantal factoren die zij vervolgens niet heeft uiteengezet. Indien de Commissie een benadering op basis van een forfaitair bedrag had gevolgd, rekening houdend met de vermelde basisfactoren, had zij voor NEX niet tot een geldboete kunnen komen die 22 keer hoger was dan de geldboete die was opgelegd aan R.P. Martin, die zij volgens haar verklaringen op dezelfde manier zou hebben behandeld als NEX.

33. De factoren die de situatie van R.P. Martin van de situatie van NEX onderscheiden en waarop de Commissie zich beroept, kunnen niet uitsluiten dat er sprake is van ongelijke behandeling. Met betrekking tot de duur is vastgesteld dat R.P. Martin de inbreuk heeft gefaciliteerd van 29 juni 2009 tot 10 augustus 2009, dat wil zeggen gedurende 43 dagen. NEX bleek de inbreuk van 22 mei 2009 tot 10 augustus 2009 te hebben gefaciliteerd, dat wil zeggen gedurende 81 dagen. Rekening houdend met het verschil in duur kan er dus van worden uitgegaan dat de geldboete van R.P. Martin 716 000 EUR zou hebben bedragen indien de duur vergelijkbaar was geweest met die van NEX. Hierbij wordt rekening gehouden met het vierde door de Commissie aangedragen verschil.

B. Bespreking

1. Opmerkingen vooraf

34. Het Gerecht is van oordeel dat de loutere vermelding van de ernst, de duur en de aard van de deelneming aan een inbreuk ontoereikend is in een situatie waarin de Commissie afwijkt van haar eigen richtsnoeren voor de berekening van geldboeten.

35. In de procedure bij het Gerecht heeft de Commissie te kennen gegeven dat zij in feite een complexe methode heeft gebruikt voor de berekening van de geldboeten die aan NEX moesten worden opgelegd. Aangezien de Commissie deze methode tijdens de administratieve procedure niet heeft bekendgemaakt, kon NEX deze methode niet aanvechten en kon het Gerecht geen adequate rechterlijke toetsing uitvoeren.

36. De hogere voorziening van de Commissie berust op één enkel middel, waarmee zij de benadering van het Gerecht betwist en aanvoert dat deze benadering afbreuk zou doen aan haar vermogen om passende geldboeten vast te stellen (met name in het geval van de facilitatoren) waar een voldoende afschrikkende werking van uitgaat. De Commissie wijst met name op de vermeende verschillen in benadering tussen het bestreden arrest van het Gerecht en het arrest van het Hof in de zaak AC-Treuhand (C-194/14 P, EU:C:2015:717).

37. NEX verdedigt de benadering in het bestreden arrest en tracht deze te rechtvaardigen door te wijzen op de praktische gevolgen ervan. Aangezien zij niet op de hoogte was van de door de Commissie gehanteerde methode/criteria, werd zij ongelijk behandeld in vergelijking met een andere facilitator in hetzelfde kartel (R.P. Martin). NEX legt ook uit hoe de Commissie, door haar methodologie en de criteria waarop zij zich heeft gebaseerd geheim te houden, NEX de mogelijkheid heeft ontnomen om deze criteria aan te vechten.

38. Ten eerste zijn er belangrijke verschillen tussen deze zaak en de zaak die heeft geleid tot het arrest AC-Treuhand (C-194/14 P, EU:C:2015:717), waarop de Commissie zich beroept.

39. In de laatstgenoemde zaak was er slechts één enkele facilitator. De Commissie, die geen rekening hoefde te houden met het risico van ongelijke behandeling (tussen facilitatoren), heeft toen een forfaitaire boete opgelegd.

40. In de onderhavige zaak waren er echter twee facilitatoren. De Commissie stelt („verzekert het Hof") dat zij één enkele methode heeft toegepast om het bedrag van de respectieve geldboeten van de facilitatoren te berekenen, maar weigert verdere details bekend te maken en beroept zich daarbij eenvoudigweg op het arrest AC-Treuhand (C-194/14 P, EU:C:2015:717).

41. Bovendien is de verwijzing door de Commissie naar het arrest AC-Treuhand niet overtuigend. In dat arrest is weliswaar vastgesteld dat er geen behoefte is aan een nadere toelichting of vermelding van de *cijfergegevens* betreffende de berekening van de geldboete, maar dit neemt niet weg dat de rechtspraak van het Hof bovenal ook duidelijk maakt dat de Commissie niettemin moet uiteenzetten hoe zij de in aanmerking genomen factoren heeft gewogen en beoordeeld voor de vaststelling van de boetebedragen (en dat de rechter verplicht is om van ambtswege het bestaan van een dergelijke motivering na te gaan) – in het bijzonder in het beginselarrest van 8 december 2011, Chalkor/Commissie (C-386/10 P, EU:C:2011:815, punt 61).

42. Hoe zouden de rechterlijke instanties anders een adequate rechterlijke toetsing kunnen uitvoeren en, op basis van de in het besluit van de Commissie gegeven motivering (en niet op basis van de loutere „waarborg" van de Commissie) kunnen nagaan of een bepaalde onderneming zich met het oog op de berekening van de geldboete en de door de Commissie gehanteerde criteria in een vergelijkbare of verschillende situatie bevond ten opzichte van de andere betrokken ondernemingen, en kunnen nagaan of de Commissie het beginsel van gelijke behandeling in acht heeft genomen – zoals het Hof in casu wordt verzocht te doen?

43. Vanuit dit oogpunt heeft het Gerecht het arrest Chalkor niet alleen correct toegepast in het bestreden arrest (Tweede kamer – uitgebreid), maar ook bijvoorbeeld in zijn arresten van 13 december 2016, Printeos e.a./Commissie [T-95/15, EU:T:2016:722 (Vierde kamer – uitgebreid)], en 28 maart 2019, Pometon/Commissie, [T-433/16, EU:T:2019:201 (Derde kamer – uitgebreid)]. Wat de laatstgenoemde twee arresten betreft, heeft de Commissie geen hogere voorziening ingesteld tegen het eerste arrest en heeft zij nog geen hogere voorziening ingesteld tegen het tweede arrest.

44. Hierbij breng ik in herinnering dat het Gerecht reeds in 1995 heeft benadrukt dat „het wenselijk is dat de ondernemingen – teneinde met volledige kennis van zaken hun standpunt te kunnen bepalen – op een door de Commissie opportuun geachte wijze gedetailleerd kennis kunnen nemen van de wijze van berekening van de hun opgelegde geldboete, zonder daarvoor de beschikking van de Commissie in rechte te moeten aanvechten – hetgeen zou indruisen tegen het beginsel van behoorlijk bestuur". [8]

8 Arrest van 6 april 1995, Trefilunion/Commissie (T-148/89, EU:T:1995:68, punt 142).

45. Later heeft het Gerecht hier in de welbekende zaak betreffende het zogenaamde „cementkartel”[9] op een vooruitziende wijze aan toegevoegd: „Dit geldt temeer, wanneer de Commissie – zoals in casu – precieze wiskundige formules heeft gebruikt ter berekening van de geldboeten. In een dergelijk geval is het wenselijk, dat de betrokken ondernemingen en in voorkomend geval het Gerecht kunnen nagaan, of de door de Commissie toegepaste methode en de daaraan gegeven uitwerking geen onjuistheden bevat en verenigbaar is met de regels en beginselen die voor geldboeten gelden, in het bijzonder met het discriminatieverbod.”

46. Het Gerecht heeft destijds de motivering die de Commissie achteraf in de loop van de gerechtelijke procedure heeft gegeven, toereikend geacht. De vraag rijst echter of het in de huidige procedurele context – waarin meer rekening wordt gehouden met de rechten van de verdediging – nog steeds mogelijk is om het op dit punt met de Commissie eens te zijn en een dergelijke oplossing te aanvaarden.

47. Volgens mij niet.[10]

48. Zoals ik hieronder zal uitleggen, ben ik van mening dat de vraag die in de onderhavige hogere voorziening aan de orde is, grotendeels is opgelost door het recente arrest van 16 januari 2019 in de zaak UPS.

2. Arrest UPS

49. Het is belangrijk om allereerst een parallel te trekken met het arrest in de zaak UPS. Ter terechtzitting heeft de Commissie aangevoerd dat dit arrest niet relevant is, omdat het een concentratiezaak betreft die geen betrekking heeft op de vaststelling van geldboeten en de rechten van de verdediging. Deze argumenten zijn echter niet overtuigend.

50. In de zaak UPS heeft de Commissie – niet anders dan in casu het geval is – in het kader van de administratieve procedure namelijk verzuimd een bepaalde methode bekend te maken die een belangrijke rol heeft gespeeld in haar besluit (in de zaak UPS was dit de methode die werd gebruikt om een concentratie te beoordelen).

51. In dat arrest wijst het Hof erop dat wanneer de Commissie van plan is haar besluit op econometrische modellen te baseren, de aanmeldende partijen de mogelijkheid moeten krijgen hun opmerkingen ter zake uiteen te zetten.

52. De methodologische gronden waarop deze modellen zijn gebaseerd, moeten zo objectief mogelijk zijn om niet vooruit te lopen op de uitkomst van die analyse in welke richting dan ook. Deze elementen dragen aldus bij tot de onpartijdigheid en de kwaliteit van de besluiten van de Commissie, die uiteindelijk bepalend zijn voor het vertrouwen van het publiek en de ondernemingen in de concentratiecontroleprocedure van de Unie.

53. De openbaarmaking van deze modellen en van de methodologische keuzen die aan deze modellen ten grondslag liggen, is temeer geboden daar zij bijdraagt tot de billijkheid van de procedure overeenkomstig het in artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie neergelegde beginsel van behoorlijk bestuur.

9 Arrest 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, EU:T:2000:77, punt 4735).

10 Zie punt 79 van deze conclusie.

54. Volgens het arrest in de zaak UPS moet de Commissie het vereiste van snelheid, dat de algemene opzet van de verordening betreffende de controle op concentraties van ondernemingen kenmerkt, in overeenstemming brengen met de eerbiediging van de rechten van de verdediging. Dit betekent dat zij na de bekendmaking van de mededeling van de punten van bezwaar geen wijzigingen mag aanbrengen in de inhoud van het econometrische model waarop zij haar bezwaren wil baseren, *zonder deze wijzigingen ter kennis van de belanghebbende ondernemingen te brengen en deze ondernemingen in staat te stellen hun opmerkingen dienaangaande kenbaar te maken*.

55. Bijgevolg heeft het Hof in het arrest UPS geoordeeld dat het Gerecht geen blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te concluderen dat de Commissie niet kon stellen dat zij niet verplicht was om aan verzoekster het eindmodel van de econometrische analyse mee te delen vóór de vaststelling van het litigieuze besluit.

56. In dit verband is het met name van belang te verwijzen naar punt 31 van het arrest UPS, waarin het Hof heeft geoordeeld dat „[d]e eerbiediging van de rechten van de verdediging vóór de vaststelling van een besluit betreffende de controle [...] dan ook [vereist] dat de aanmeldende partijen in de gelegenheid worden gesteld *naar behoren* hun standpunt kenbaar te maken over het werkelijk bestaan en de relevantie van alle gegevens waarop de Commissie haar besluit wil baseren” (cursivering van mij).

57. Zoals hierna zal blijken, is dat precies wat de Commissie heeft nagelaten, zowel in de zaak UPS als in de onderhavige zaak.

3. Onderhavige zaak als variant op de zaak UPS

58. De zaak UPS betrof een concentratie en het Hof heeft erop gewezen dat het econometrische model dat de Commissie niet in zijn eindvorm had bekendgemaakt, een *belangrijk element* was in het kader van het besluit van de Commissie.[11] Evenzo was de toets van vijf stappen die de Commissie heeft toegepast om de geldboeten in de onderhavige zaak vast te stellen, belangrijk en had deze openbaar moeten worden gemaakt (althans voor zover de Commissie naar behoren kan uiteenzetten hoe de in aanmerking genomen factoren zijn gewogen en beoordeeld).[12]

59. Zoals het Hof in punt 28 van het arrest UPS in herinnering heeft gebracht „[vormt] de eerbiediging van de rechten van de verdediging een algemeen Unierechtelijk beginsel [...] dat van toepassing is wanneer de administratie voornemens is ten opzichte van een bepaalde persoon een bezwarend besluit vast te stellen”.

60. Op grond van hetzelfde algemene beginsel heeft het Gerecht het litigieuze besluit (in de onderhavige zaak) in dit opzicht nietig verklaard.

11 Tevens kan een zekere parallel worden getrokken met het arrest van de Grote Kamer van 6 september 2017, Intel/Commissie (C-413/14 P, EU:C:2017:632). In die zaak was het Gerecht het eens met het argument van de Commissie dat getrouwheidskortingen die door een onderneming met een machtspositie worden verleend, reeds naar hun aard de mededinging konden beperken, zodat misbruik van machtspositie kon worden vastgesteld *zonder* alle omstandigheden van de zaak te onderzoeken en met name *zonder* het criterium van de „even efficiënte concurrent”. Het Gerecht heeft echter opgemerkt dat de Commissie weliswaar had benadrukt dat de betrokken kortingen naar hun aard de mededinging konden beperken, maar dat *zij niettemin de omstandigheden in de zaak grondig had onderzocht* in het kader van haar beschikking en aldus tot de conclusie was gekomen dat een even efficiënte concurrent prijzen had moeten hanteren die onhoudbaar zouden zijn geweest en dat de betrokken kortingsregeling derhalve tot uitsluiting van een dergelijke concurrent kon leiden. *Het criterium van de even efficiënte concurrent had dus daadwerkelijk een belangrijke rol gespeeld bij de beoordeling door de Commissie* van de mogelijkheid van uitsluiting van even efficiënte concurrenten door de betrokken kortingsregeling. Het Hof heeft dan ook geoordeeld dat het Gerecht verplicht was om alle argumenten van Intel met betrekking tot dat criterium te onderzoeken, wat het Gerecht niet had gedaan. Het Hof heeft derhalve het arrest van het Gerecht vernietigd wegens die tekortkoming in zijn onderzoek van de vraag of de betrokken kortingen de mededinging konden beperken.

12 Zie punt 74 van deze conclusie.

61. Het is interessant om vast te stellen dat de Commissie in de zaak UPS heeft aangevoerd dat de wijzigingen van de econometrische modellen konden worden gelijkgesteld met wijzigingen van interne documenten, waarop het recht van toegang tot het dossier niet van toepassing is (punt 35 van het arrest UPS).

62. Het Hof heeft dat argument afgewezen.

63. In de onderhavige zaak voert de Commissie opnieuw aan dat de methode voor de berekening van de geldboeten niets meer is dan een interne berekening die niet aan de adressaten van haar besluiten mag worden bekendgemaakt.

64. Mijns inziens moet dat argument worden afgewezen, net zoals het in het arrest UPS werd afgewezen. Bovendien bevat de informatie in punt 176 van het verweerschrift in eerste aanleg, zoals NEX betoogt, geen cijfergegevens of berekeningen. De Commissie maakt slechts bekend dat zij geen gebruik maakt van een forfaitair bedrag, maar van een complexe toets van vijf stappen om het basisbedrag van de geldboeten te berekenen.

65. In de hogere voorziening stelt de Commissie in wezen dat zij haar besluit toereikend heeft gemotiveerd door de (tamelijk vage) factoren uiteen te zetten waarmee rekening is gehouden om de ernst, de duur en de aard van de deelneming van NEX vast te stellen. Volgens de Commissie is dit in overeenstemming met het arrest AC-Treuhand (C-194/14, EU:C:2015:717). Zij voert voorts aan dat de in punt 295 van het bestreden arrest genoemde toelichting die zij bij de methode heeft gegeven niet verplicht was, maar dat zij hiermee wel verdere verduidelijkingen heeft verstrekt, hetgeen in het stadium van de gerechtelijke procedure nog steeds in aanmerking moet worden genomen.

66. Ten eerste heb ik reeds uiteengezet dat er belangrijke verschillen bestaan tussen de zaak AC-Treuhand en de onderhavige zaak en waarom deze rechtspraak op zich niets zou mogen veranderen aan de analyse van deze hogere voorziening (zie punt 38 en volgende van deze conclusie).

67. Ten tweede moeten de argumenten van de Commissie hoe dan ook worden afgewezen.

68. Anders dan in de zaak AC-Treuhand staat het in casu immers vast dat de Commissie niet louter een eenvoudig onderzoek van de „ernst", de „aard" en de „duur" van de gedragingen van NEX heeft verricht teneinde tot een bepaald forfaitair bedrag te komen, maar dat zij voor de vaststelling van de geldboeten een complexe methode heeft gehanteerd, die in feite verborgen was achter de vage en algemene verwijzingen in de mededeling van punten van bezwaar en het litigieuze besluit.

69. Zoals het Gerecht in punt 296 van het bestreden arrest opmerkt, „wijst de Commissie [er in haar verweerschrift in eerste aanleg op] dat er een toets van vijf stappen bestaat om het basisbedrag van de geldboeten te berekenen", die zij naar eigen zeggen heeft toegepast in de onderhavige zaak. Zoals de Commissie overigens heeft erkend, is deze toets van vijf stappen ter kennis van NEX gebracht tijdens een schikkingsvergadering in oktober 2013. Toen NEX in juni 2014 de mededeling van punten van bezwaar ontving en in de gelegenheid werd gesteld haar rechten van verdediging uit te oefenen, werd de methode die de Commissie in oktober 2013 had uiteengezet, echter niet toegelicht. Bovendien heeft de Commissie herhaaldelijk geweigerd om te bevestigen of te ontkennen dat zij inderdaad deze methode toepaste en hield zij in plaats daarvan vol dat zij een niet nader omschreven „forfaitair bedrag" zou vaststellen op basis van „de ernst, de duur en de aard van de inbreuk".

70. Zoals is gebleken, heeft de Commissie pas in het kader van de gerechtelijke procedure (in punt 176 van haar verweerschrift in eerste aanleg) eindelijk toegegeven dat zij bij het vaststellen van de geldboeten voor NEX inderdaad een complexe methode had gehanteerd. Hoewel zij zich haastte om hieraan toe te voegen dat zij „niet verplicht was" dit toe te geven, luidt de rechtspraak anders.[13]

71. Hoewel NEX terecht erkent dat „van [de Commissie niet] wordt verlangd dat zij de methode voor de berekening van de geldboeten met cijfers toelicht"[14], is de Commissie nog steeds verplicht de factoren toe te lichten die zij bij de vaststelling van de geldboeten heeft gebruikt.

72. Zoals het Gerecht in punt 293 van het bestreden arrest terecht heeft geoordeeld, kan de Commissie immers niet slechts „in het algemeen [verzekeren] dat de basisbedragen de ernst, de duur en de aard van [NEX'] deelneming aan de betrokken inbreuken weerspiegelen". Indien een dergelijke benadering zou worden aanvaard, zouden ondernemingen de methode van de Commissie niet kunnen aanvechten en zou het Hof deze niet kunnen toetsen.

73. In dit verband herinnert het Gerecht in punt 289 van het bestreden arrest als volgt aan de toepasselijke rechtspraak: „Wanneer de Commissie besluit om op basis van artikel 37 van de richtsnoeren van 2006 af te wijken van de algemene methoden die zijn opgenomen in deze richtsnoeren – waarmee zij zichzelf heeft beperkt in de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid met betrekking tot de vaststelling van boeten – dringen deze motiveringseisen zich des te meer op [...]. In dit verband [vormen] de richtsnoeren een gedragsregel voor de te volgen praktijk [...] waarvan de Commissie in een concreet geval niet mag afwijken zonder opgaaf van redenen die verenigbaar zijn met onder meer het beginsel van gelijke behandeling [...]. Deze motivering moet des te nauwkeuriger zijn aangezien punt 37 van de richtsnoeren zich beperkt tot een vage verwijzing naar de ‚bijzondere kenmerken van een gegeven zaak' en bijgevolg een ruime beoordelingsmarge aan de Commissie laat om over te gaan tot een buitengewone aanpassing van de basisbedragen van de boeten van de betrokken ondernemingen. In een dergelijk geval is de naleving door de Commissie van de door de rechtsorde van de Unie in administratieve procedures geboden waarborgen, waaronder de motiveringsverplichting, immers van des te groter fundamenteel belang [...]."

74. Vervolgens herinnert het Gerecht in punt 291 van het bestreden arrest terecht aan de rechtspraak volgens welke „[d]e Commissie [...] een besluit waarbij een geldboete wordt opgelegd met redenen [moet] omkleden, met name inzake de hoogte van de opgelegde boete en de in dat verband gekozen methode [...]. Zij moet in haar besluit de beoordelingsfactoren aangeven aan de hand waarvan zij de zwaarte en de duur van de inbreuk heeft bepaald, zonder dat zij dit nader hoeft toe te lichten of de cijfergegevens betreffende de berekening van de geldboete hoeft te vermelden [...]. *Zij moet niettemin uiteenzetten hoe zij de in aanmerking genomen factoren heeft gewogen en beoordeeld* [...]" (cursivering van mij).

75. In punt 292 van dat arrest wordt verklaard waarom de Commissie in de onderhavige zaak heeft besloten om krachtens punt 37 van de richtsnoeren van 2006 af te wijken van de in die richtsnoeren uiteengezette methode.

76. In punt 293 van het bestreden arrest wordt er terecht op gewezen dat „echter [moet] worden vastgesteld dat in overweging 287 van het [litigieuze] besluit niet nader wordt ingegaan op de alternatieve methode die de Commissie voorstaat, maar dat daarin slechts in het algemeen wordt verzekerd dat de basisbedragen de ernst, de duur en de aard van [NEX'] deelneming aan de betrokken

13 Zie punt 77 en voetnoot 16 van deze conclusie.

14 Arrest van 22 oktober 2015, AC-Treuhand/Commissie (C-194/14 P, EU:C:2015:717, punt 68).

inbreuken weerspiegelen alsook tegemoetkomen aan de noodzaak om ervoor te zorgen dat de geldboeten een voldoende afschrikkende werking hebben". De Commissie heeft in feite getracht haar onjuiste benadering te rechtvaardigen door ter terechtzitting voor het Gerecht dezelfde algemene waarborg te herhalen. [15]

77. Derhalve ben ik het eens met de vaststelling van het Gerecht in punt 294 van het bestreden arrest dat „[o]p basis van de bewoordingen van overweging 287 van het [litigieuze] besluit [NEX] de gegrondheid van de door de Commissie voorgestane methode dus niet [kan] begrijpen, en [...] het Gerecht deze niet [kan] verifiëren. Dit motiveringsgebrek wordt ook aangetroffen in de overwegingen 290 tot en met 296 van dit besluit, die niet de minimuminformatie verschaffen die het mogelijk zou hebben gemaakt de relevantie en weging van de factoren waarmee de Commissie bij de vaststelling van het basisbedrag van de geldboeten rekening heeft gehouden, te begrijpen en te verifiëren, hetgeen in strijd is met de in punt 291 [van het bestreden arrest] aangehaalde rechtspraak." [16]

78. Bovendien heeft het Gerecht geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat „[b]ij het onderzoek van de motivering van een bestreden handeling [...] weliswaar acht [moet] worden geslagen op de context ervan, maar het voeren van dergelijke verkennende en informele besprekingen [...] de Commissie niet [kan] ontheffen van haar verplichting om in het [litigieuze] besluit uit te leggen welke methode zij heeft toegepast voor het bepalen van de hoogte van de opgelegde geldboeten" (punt 295 van het bestreden arrest).

79. Het Gerecht heeft in punt 296 van het bestreden arrest ook terecht geoordeeld dat „[i]n punt 176 van haar verweerschrift [in eerste aanleg] [...] de Commissie erop [wijst] dat er een toets van vijf stappen bestaat om het basisbedrag van de geldboeten te berekenen. Overeenkomstig de [...] rechtspraak kan een dergelijke uitleg die in de fase van de procedure voor het Gerecht is verstrekt, echter niet in aanmerking worden genomen bij de beoordeling of de Commissie haar motiveringsplicht is nagekomen."

80. In dit verband moet erop worden gewezen dat het argument van de Commissie dat de benadering van het Gerecht afbreuk zou doen aan het vermogen van de Commissie om passende geldboeten vast te stellen waar een voldoende afschrikkende werking van uitgaat, niet overtuigend is.

81. Zoals hierboven is opgemerkt, moet de Commissie met name uiteenzetten hoe de in aanmerking genomen factoren zijn gewogen en beoordeeld, en ik zie niet in hoe de Commissie daardoor de mogelijkheid zou worden ontnomen om passende boetes vast te stellen en/of een voldoende afschrikkende werking te bereiken.

82. Dit is met name onontbeerlijk in een zaak als deze, waarin er – anders dan in de situatie in de zaak AC-Treuhand – twee facilitatoren waren en er een risico bestaat dat de Commissie het beginsel van gelijke behandeling bij het opleggen van geldboeten aan R.P. Martin en NEX heeft geschonden.

83. Ter terechtzitting heeft de Commissie benadrukt dat er in deze zaak geen sprake was van discriminatie met betrekking tot de hoogte van de geldboeten „omdat zij voor beide facilitatoren *dezelfde* methode voor de berekening van geldboeten had toegepast".

15 De Commissie zou het liefst hebben dat de berekening van de geldboete een soort Coca-Cola-formule is: de partijen en de rechters van de Unie kunnen er wel van genieten en „proeven", maar zij moeten aanvaarden dat ze geheim is en de Commissie eenvoudigweg op haar woord geloven dat deze formule correct en zonder enige discriminatie is toegepast in een zaak als deze, waarin het risico bestaat dat twee facilitatoren in een kartel ongelijk worden behandeld.

16 Arresten van 27 september 2006, Jungbunzlauer/Commissie (T-43/02, EU:T:2006:270, punt 91); 13 juli 2011, Schindler Holding e.a./Commissie (T-138/07, EU:T:2011:362, punt 243), en 8 december 2011, Chalkor/Commissie (C-386/10 P, EU:C:2011:815, punt 61).

84. Afgezien van het feit dat de rechterlijke instanties niet in staat zijn deze methode te toetsen indien zij geheim wordt gehouden, dient erop te worden gewezen dat de toepassing van dezelfde methode op twee verschillende situaties niet uitsluit dat een discriminerende uitkomst wordt bereikt, met name wanneer de methode op een discriminerend criterium berust. Bovendien moet er rekening mee worden gehouden dat discriminatie vaak het gevolg is van het feit dat hetzelfde criterium wordt toegepast op situaties die niet vergelijkbaar zijn. Het „beginsel van gelijke behandeling" of het „non-discriminatiebeginsel" zijn immers slechts twee benamingen voor hetzelfde algemene beginsel van het Unierecht, op grond waarvan het verboden is om vergelijkbare situaties verschillend te behandelen en verschillende situaties op dezelfde manier te behandelen, tenzij er objectieve redenen zijn voor een dergelijke behandeling. [17]

85. Het is duidelijk dat op basis van de algemene en vage informatie en waarborgen die in de onderhavige zaak zijn verstrekt, noch NEX, noch het Gerecht (noch op zijn beurt het Hof) in staat is om deze methode te beoordelen of te onderzoeken of de Commissie het beginsel van gelijke behandeling heeft geschonden.

86. Dit staat in schril contrast met de rechtspraak, volgens welke de eerbiediging van de rechten van de verdediging vereist dat de adressaten van besluiten die hun belangen aanmerkelijk raken, in staat worden gesteld *naar behoren* hun standpunt kenbaar te maken over *alle elementen* waarop het bestuur zijn besluit wil baseren. [18]

87. Net als het econometrische model dat in het arrest UPS aan de orde is, vormt de methode voor de berekening van een geldboete voor een facilitator als die welke hier aan de orde is, ongetwijfeld een dergelijk belangrijk *element* waarop de Commissie haar besluit heeft gebaseerd.

88. Bovendien is „[d]e openbaarmaking van deze modellen en van de methodologische keuzen die aan deze modellen ten grondslag liggen, [...] temeer geboden daar zij [...] bijdraagt tot de billijkheid van de procedure overeenkomstig het in artikel 41 van het [Handvest] neergelegde beginsel van behoorlijk bestuur", zoals het Hof in het arrest UPS heeft geoordeeld.

89. Het is duidelijk dat in de onderhavige zaak dezelfde overwegingen moeten gelden voor de berekening van de geldboeten, a fortiori in een zaak waarin de Commissie afwijkt van haar richtsnoeren voor de berekening van geldboeten.

90. Dit is met name van belang in dergelijke situaties, omdat anders een facilitator uiteindelijk slechter af zou zijn dan een eigenlijk kartellid wanneer het erom gaat te kunnen beoordelen of het besluit van de Commissie passend is en of het mogelijk is om dat besluit door het Hof te laten onderzoeken. Dit zou immers indruisen tegen de vaste rechtspraak van het Hof dat de richtsnoeren „gedragsregels [vormen] voor de te volgen praktijk waarvan de administratie in een concreet geval niet mag afwijken zonder opgaaf van redenen die verenigbaar zijn met het beginsel van gelijke behandeling". [19]

91. Uit alle voorgaande overwegingen volgt dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 297 van het bestreden arrest te concluderen dat het litigieuze besluit ontoereikend is gemotiveerd voor zover het gaat om de vaststelling van de geldboeten die voor de betrokken inbreuken aan NEX zijn opgelegd.

92. Bijgevolg moet het enige middel van de hogere voorziening ongegrond worden verklaard en moet de hogere voorziening in haar geheel worden afgewezen.

17 Zie onder meer arrest van 12 december 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, EU:C:2002:752, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

18 Arresten van 24 oktober 1996, Commissie/Lisrestal e.a. (C-32/95 P, EU:C:1996:402, punt 21); 22 oktober 2013, Sabou (C-276/12, EU:C:2013:678, punt 38), en 14 juni 2016, Marchiani/Parlement (C-566/14 P, EU:C:2016:437, punt 51); zie ook de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak UPS (C-265/17 P, EU:C:2018:628, punt 38).

19 Zoals het arrest van 11 juli 2013, Ziegler/Commissie, (C-439/11 P, EU:C:2013:513, punt 60).

IV. Conclusie

93. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging:

1) de hogere voorziening af te wijzen;

2) de Europese Commissie te verwijzen in de kosten.