CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL P. MENGOZZI van 30 april 2009 [1]

I — Voorgeschiedenis, procedure en conclusies van partijen

1. Bij beschikking C(2004) 4221 def. van 26 oktober 2004 in een procedure op grond van artikel 81 EG (zaak COMP/F-1/38.338 — PO/naalden) (hierna: „litigieuze beschikking") heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen in artikel 1 van deze beschikking vastgesteld dat William Prym GmbH & Co. KG en Prym Consumer GmbH & Co. KG artikel 81, lid 1, EG hebben geschonden door het aangaan van een aantal overeenkomsten in het kader waarvan deze ondernemingen in de eerste plaats productmarkten (door segmentering van de Europese markt voor „harde" fournituren) en in de tweede plaats geografische markten (door segmentering van de Europese markt voor naalden) verdeelden of bijdroegen tot de verdeling ervan. Deze overeenkomsten zijn aangegaan samen met twee Britse ondernemingen en hun respectieve dochterondernemingen, te weten enerzijds Coats Holdings Ltd en J & P Coats Ltd (hierna samen: „Coatsgroep") en, anderzijds, Entaco Group Ltd en Entaco Ltd (hierna samen: „Entaco-groep").

2. In artikel 2 van de litigieuze beschikking heeft de Commissie rekwiranten een geldboete opgelegd van 30 miljoen EUR.

3. In de litigieuze beschikking heeft de Commissie het bedrag van deze geldboete laten afhangen van de ernst en de duur van de inbreuk, zijnde de twee criteria die worden vermeld in zowel artikel 15, lid 2, van verordening (EEG) nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962: Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het Verdrag [2], zoals nadien gewijzigd (hierna: „verordening nr. 17"), als artikel 23, lid 3, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag. [3] Voor de berekening van het bedrag van deze in de litigieuze beschikking aan rekwiranten opgelegde geldboete heeft de Commissie eveneens, zonder dit evenwel uitdrukkelijk te vermelden, gebruikgemaakt van de methode die is uiteengezet in de richtsnoeren van 1998 voor de berekening van geldboeten die worden opgelegd uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, en artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag [4] (hierna: „richtsnoeren").

4. Zo heeft de Commissie met betrekking tot de in de punten 317-321 van de considerans van de beschikking onderzochte ernst van de inbreuk rekening gehouden met de aard van de inbreuk, haar „concrete weerslag op de markt", alsmede de omvang van de betrokken geografische markt. Op basis van deze factoren hebben de bij het kartel betrokken

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — PB 1962, 13, blz. 204.
3 — PB 2003, L 1, blz. 1.
4 — PB 1998, C 9, blz. 3.

ondernemingen volgens de Commissie een als „zeer zwaar" te beschouwen inbreuk gepleegd, hetgeen haar ertoe heeft gebracht het basisbedrag van de geldboete voor rekwiranten op 20 miljoen EUR vast te stellen.

5. Met betrekking tot de duur van de inbreuk, heeft de Commissie geconstateerd dat deze zich heeft uitgestrekt over een periode van ten minste vijf jaar en drie maanden, dat wil zeggen van 10 september 1994 tot en met 31 december 1999. Om rekening te houden met de duur van de inbreuk heeft de Commissie bijgevolg het basisbedrag vermeerderd met 50 %. Het totale bedrag dat rekwiranten aan geldboete moeten betalen, is hiermee door de Commissie vastgesteld op 30 miljoen EUR.

6. Bovendien heeft de Commissie in punt 331 van de considerans van de litigieuze beschikking geweigerd om ten aanzien van rekwiranten verzachtende omstandigheden in aanmerking te nemen, hierbij met name benadrukkend dat de voortijdige beëindiging van het kartel geen gevolg was van haar optreden en dat zij deze voortijdige beëindiging reeds in aanmerking had genomen bij de vaststelling van de duur van de inbreuk.

7. Voorts heeft de Commissie overwogen dat enkel de Entaco-groep voldeed aan de voorwaarden als bedoeld in punt B van de mededeling van de Commissie van 18 juli 1996 inzake het niet-opleggen of verminderen van geldboeten in kartelzaken [5] (hierna: „clementieregeling"). Het totale bedrag dat bij de litigieuze beschikking aan rekwiranten als geldboete is opgelegd, bedraagt bijgevolg 30 miljoen EUR.

8. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen op 28 januari 2005, hebben rekwiranten verzocht om, primair, nietigverklaring van de litigieuze beschikking, voor zover zij hierdoor worden geraakt en, subsidiair, opheffing of vermindering van de geldboete die hun hoofdelijk is opgelegd.

9. In zijn arrest van 12 september 2007 (hierna: „bestreden arrest") [6] heeft het Gerecht het beroep gedeeltelijk toegewezen, namelijk voor zover dit strekte tot vermindering van de geldboete, door vast te stellen dat met betrekking tot rekwiranten ten onrechte geen toepassing is gegeven aan punt D, lid 2, van de clementieregeling op grond van niet-betwisting van de in de mededeling van punten van bezwaar van de Commissie van 15 maart 2004 vastgestelde feiten. Bijgevolg heeft het Gerecht in het kader van zijn volledige rechtsmacht uit hoofde van artikel 229 EG het bedrag van de opgelegde geldboete teruggebracht tot 27 miljoen EUR. Het beroep werd verworpen voor het overige. Met betrekking tot de verdeling van

5 — PB C 207, blz. 4.
6 — Prym en Prym Consumer/Commissie (T-30/05, Jurispr. blz. II-107).

de kosten, heeft het Gerecht rekwiranten verwezen in 90 % van hun eigen kosten, in 90 % van de kosten van de Commissie en de Commissie in de overblijvende kosten.

10. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 30 november 2007, hebben rekwiranten hogere voorziening ingesteld tegen het bestreden arrest. Primair verzoeken zij het Hof dit arrest te vernietigen voor zover zij hierdoor worden geraakt en de beschikking nietig te verklaren voor zover deze betrekking heeft op hen. Subsidiair verzoeken rekwiranten de hun bij artikel 2 van de litigieuze beschikking opgelegde geldboete op te heffen of te verminderen, of, subsidiair, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht voor afdoening. Tevens verzoeken zij om verwijzing van de Commissie in de kosten van de gehele procedure.

11. In haar memorie van antwoord verzoekt de Commissie het Hof de hogere voorziening af te wijzen en rekwiranten te verwijzen in de kosten.

12. Partijen zijn gehoord ter terechtzitting van 5 maart 2009.

II — Juridische analyse

A — *Inleidende opmerkingen*

13. Ter ondersteuning van hun hogere voorziening voeren rekwiranten vijf middelen aan. De eerste twee middelen, ontleend aan respectievelijk schending van de rechten van de verdediging en weigering van toegang tot de rechter, worden aangevoerd tot staving van de conclusie tot (volledige) vernietiging van het bestreden arrest. De overige drie middelen hebben, zoals ik hierna uitgebreider zal toelichten, alle uitsluitend betrekking op de vaststelling van de hoogte van de hoofdelijk aan hen opgelegde geldboete en zouden derhalve, wanneer ten minste een van deze middelen wordt aanvaard, enkel kunnen leiden tot een gedeeltelijke vernietiging van het bestreden arrest en, in voorkomend geval, de herziening van de litigieuze beschikking, indien het Hof, overeenkomstig artikel 61, lid 1, van zijn Statuut, het geding in staat van wijzen acht.

14. Ik wijs er evenwel reeds nu op dat mijns inziens geen van de middelen die rekwiranten ter ondersteuning van hun hogere voorziening hebben aangevoerd, kan leiden tot de — zelfs gedeeltelijke — vernietiging van het bestreden arrest, ook al valt in bepaalde opzichten, zoals ik hierna zal uiteenzetten, iets aan te merken op de motivering ervan.

B — *Eerste middel in hogere voorziening: schending van de rechten van de verdediging, in het bijzonder het recht om te worden gehoord*

1. Overwegingen van het Gerecht

15. Rekwiranten hebben voor het Gerecht betoogd dat de Commissie hun recht om te worden gehoord heeft geschonden door de oorspronkelijke enkele procedure inzake „fournituren" te splitsen in twee (deel)procedures, te weten, in de eerste plaats, een procedure geheten „fournituren: naalden" (hierna: „zaak ‚naalden'"), die heeft geleid tot de litigieuze beschikking en, in de tweede plaats, een procedure geheten „fournituren: sluitingen" (hierna: „zaak ‚sluitingen'"). Volgens rekwiranten zouden zij, indien de Commissie hun recht om te worden gehoord had gerespecteerd, haar hebben medegedeeld dat de vaststelling van de hoogte van de in de bestreden beschikking opgelegde geldboete moest worden bepaald op grond van een totaalbeoordeling wegens de samenhang tussen de zaak „naalden" en de zaak „sluitingen". Rekwiranten hebben benadrukt dat de Commissie in de bestreden beschikking geen rekening heeft gehouden met zaak „sluitingen", hetgeen ertoe zou hebben geleid dat de geldboete die in deze beschikking aan rekwiranten is opgelegd veel hoger is uitgevallen (8,9 % van de mondiale omzet van rekwiranten), dan het geval zou zijn geweest wanneer beide zaken samen zouden zijn onderzocht.

16. Het Gerecht heeft dit betoog afgewezen en, om te beginnen, in punt 61 van het bestreden arrest vastgesteld dat de mededeling van punten van bezwaar van 15 maart 2004 geschiedde onder de eenduidige titel „mededeling van punten van bezwaar in de zaak PO/fournituren: naalden" en dat rekwiranten derhalve op zijn laatst op die datum wisten dat de Commissie een afzonderlijke procedure met betrekking tot de markt voor naalden had ingeleid. Volgens het Gerecht waren rekwiranten hiermee in staat zich in hun antwoord op deze mededeling van punten van bezwaar uit te spreken over de splitsing van de procedure.

17. In de punten 63-66 van het bestreden arrest heeft het Gerecht het navolgende hieraan toegevoegd:

„63. Met betrekking tot de argumenten inzake het plafond van 10 % en een gestelde verplichting van de Commissie tot een ‚algehele beoordeling' van de zaken naalden en sluitingen, zij erop gewezen dat artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 enkel bepaalt dat voor elke bij de inbreuk betrokkene de geldboete niet groter is dan 10 % van de totale omzet die in het voorafgaande boekjaar is behaald. Deze bepaling zegt niets over de som van de verschillende aan een onderneming opgelegde geldboeten. Wanneer verzoeksters daadwerkelijk verschillende inbreuken hebben gepleegd, is het niet van belang of deze inbreuken in verschillende beschikkingen, dan wel in één enkele beschikking worden vastgesteld. Het gaat bijgevolg enkel om de vraag of al dan niet daadwerkelijk sprake is van verschillende inbreuken.

64. In dit verband is het recht van de Commissie om op objectieve gronden procedures te splitsen of samen te voegen impliciet erkend in het arrest van het Gerecht van 15 juni 2005, Tokai Carbon e.a. (T-71/03, T-74/03, T-87/03 en T-91/03, […], hierna: ‚arrest Tokai II'). In punt 118 hiervan heeft het Gerecht verklaard dat de Commissie aan SGL Carbon, een van de verzoeksters in deze zaken, drie verschillende boeten mocht opleggen (in twee beschikkingen) die alle de in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 vastgestelde maxima in acht hielden, op voorwaarde dat SGL Carbon drie verschillende inbreuken op artikel 81, lid 1, EG zou hebben gepleegd.

65. In het onderhavige geval is de situatie niet helemaal vergelijkbaar met die van het arrest Tokai II, punt 64 supra, aangezien de zaken naalden en sluitingen volgens verzoeksters elkaar overlappen ten aanzien van hun oorsprong, de betrokken markten, de periodes waarin de inbreuken plaatsvonden, alsmede de betrokken ondernemingen. Verzoeksters wijzen er namelijk op dat de definitie van markt die wordt gebruikt in de mededeling van punten van bezwaar in de zaak ‚sluitingen' ‚bijna woord voor woord' overeenkomt met die in punt 46 van de considerans van de [litigieuze] beschikking.

66. Deze beweringen kunnen evenwel pas worden geverifieerd na de vaststelling van de beschikking in de zaak ‚sluitingen'. Tijdens de mondelinge behandeling heeft de Commissie bevestigd dat de administratieve procedure in de zaak ‚sluitingen' nog niet is afgesloten en dat nog geen beschikking is vastgesteld. Bijgevolg zijn alle veronderstellingen met betrekking tot de mogelijke uitkomst ervan en het gestelde ontbreken van objectieve redenen voor de splitsing van de procedures (zie met betrekking tot dit vereiste de punten 119-124 van het arrest Tokai II, punt 64 supra) speculatief en niet geschikt om de wettigheid van de [litigieuze] beschikking in twijfel te trekken."

2. Argumenten van partijen

18. In de onderhavige hogere voorziening betogen rekwiranten dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 61 van het bestreden arrest te verklaren dat rekwiranten op zijn laatst vanaf het tijdstip van de mededeling van punten van bezwaar van 15 maart 2004 wisten dat de Commissie een afzonderlijke procedure met betrekking tot de markt voor naalden had ingeleid en dat zij derhalve in staat waren om zich te verweren tegen de opsplitsing van de procedure. Volgens rekwiranten is de enkele kennis van de splitsing van de procedure onvoldoende om hun rechten van verdediging doeltreffend te kunnen uitoefenen. Volgens hen had de Commissie moeten mededelen op grond van welke feiten en redenen zij de procedure heeft gesplitst, aangezien uit de mededeling van punten van bezwaar van 15 maart 2004 enkel blijkt dat de Commissie van mening was dat de handelingen van rekwiranten op het gebied van „fournituren: naalden" een zelfstandige inbreuk vormden ten opzichte van de handelingen op het gebied van „fournituren: sluitingen". Rekwiranten zijn van mening dat zij door de onjuiste rechtsopvatting waarvan het Gerecht blijk zou hebben gegeven niet de mogelijkheid hebben gehad om aan te tonen

dat sprake was van een aanzienlijk aantal elementen, uiteengezet in hun hogere voorziening, dat erop wijst dat de handelingen in de zaken naalden en sluitingen op zijn minst gedeeltelijk moeten worden aangemerkt als één enkele en voortdurende inbreuk als bedoeld in artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003. Ter terechtzitting hebben rekwiranten benadrukt dat zij bij het Gerecht van eerste aanleg een beroep tot nietigverklaring hebben ingesteld tegen beschikking C(2007) 4257 def. van de Commissie van 19 september 2007 in de zaak COMP/E-1/39.168 — PO/Metalen en plastic fournituren: sluitingen [7] (hierna: „beschikking: ‚sluitingen'").

19. In haar memorie van antwoord betoogt de Commissie in de eerste plaats dat dit middel moet worden afgewezen als niet-ontvankelijk, voor zover rekwiranten voor het eerst aanvoeren dat de vierde in de beschikking „sluitingen" vastgestelde inbreuk samen met de in de litigieuze beschikking geconstateerde inbreuk één enkele en voortdurende inbreuk vormt. Volgens de Commissie hebben rekwiranten voor het Gerecht namelijk nooit iets dergelijks, ook niet in meer algemene zin, betoogd. De Commissie verwijst dienaangaande met name naar de punten 12-23 van het inleidend verzoekschrift voor het Gerecht, volgens welke rekwiranten zouden hebben betoogd dat zij, wanneer zij op de hoogte waren geweest van de splitsing van de twee procedures, zouden hebben opgemerkt dat de geldboete niet hoger mocht zijn dan 10 % van de omzet in beide procedures. In de tweede plaats is de Commissie van mening dat de bewering van rekwiranten dat zij door de procedure te splitsen de motiveringsplicht zou hebben geschonden, niet-ontvankelijk en, subsidiair, ongegrond is.

7 — Dit beroep is momenteel onder nummer T-454/07 aanhangig bij het Gerecht.

3. Beoordeling

a) Reikwijdte van de hogere voorziening en haar ontvankelijkheid

20. Om te beginnen moet eraan worden herinnerd dat in hogere voorziening het Hof in beginsel enkel bevoegd is om te oordelen over de rechtsbeslissing die is gegeven met betrekking tot de middelen die voor de rechter in eerste aanleg zijn aangevoerd. [8] In beginsel kan een partij dus een middel dat zij voor het Gerecht niet heeft ingebracht, niet voor het eerst voor het Hof aanvoeren, aangezien dit erop zou neerkomen dat het Hof de wettigheid van de oplossing van het Gerecht toetst met inaanmerkingneming van middelen die laatstgenoemde niet kende. [9]

21. In de onderhavige zaak staat vast dat rekwiranten zich voor het Gerecht in het kader van een middel, ontleend aan de schending van wezenlijke vormvoorschriften, erop hebben beroepen dat hun recht om te worden gehoord is geschonden, omdat zij zich

8 — Zie in die zin onder andere arrest van 1 februari 2007, Sison/Raad (C-266/05 P, Jurispr. blz. I-1233, punt 95 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

9 — Zie in die zin arrest Sison/Raad (aangehaald in voetnoot 8).

voor de vaststelling van de litigieuze beschikking niet zouden hebben kunnen uitspreken over de splitsing in de procedures „naalden" en „sluitingen".

22. In hun hogere voorziening herhalen rekwiranten dit betoog door meer in het bijzonder vraagtekens te plaatsen bij punt 61 van het bestreden arrest, maar lijken zij hun middel uit te breiden tot „schending van de rechten van de verdediging, meer bepaald het recht om te worden gehoord", zonder overigens te beweren dat het Gerecht zelf tijdens de procedure die tot het bestreden arrest heeft geleid een dergelijk recht zou hebben miskend. Aangezien het recht om te worden gehoord slechts één van de uitdrukkingsmodaliteiten is van de rechten van de verdediging, moet het onderzoek van het eerste middel in hogere voorziening mijns inziens worden beperkt tot de vraag of het Gerecht de grief van rekwiranten inzake schending van het recht om te worden gehoord terecht heeft afgewezen.

23. Alvorens bij deze vraag stil te staan, moet eerst worden ingegaan op de twee redenen voor niet-ontvankelijkheid die door de Commissie zijn aangevoerd. Ik merk reeds nu op dat deze mijns inziens moeten worden afgewezen.

24. Wat de eerste reden van niet-ontvankelijkheid betreft, moet allereerst worden opgemerkt dat het middel in hogere voorziening, zoals zojuist door mij afgebakend, dat is ontleend aan de schending van het recht om te worden gehoord, geenszins een nieuw middel vormt dat door de rechter in eerste aanleg niet is behandeld en waarvan het Hof in hogere voorziening in beginsel geen kennis mag nemen. [10]

25. Door dienaangaande zowel het begrip „argument" als het begrip „middel" te hanteren, geeft de Commissie verder in haar memorie van antwoord blijk van enige aarzeling met betrekking tot de kwalificatie van het vermeend nieuwe middel dat rekwiranten zouden hebben aangevoerd met hun betoog dat in het kader van de procedures „naalden" en „sluitingen" sprake is van één enkele, voortdurende inbreuk. [11]

26. Ook al lijkt deze kwalificatie wezenlijk om te kunnen bepalen of een betoog strekkende tot niet-ontvankelijkheid dat is ontleend aan het aanvoeren van een nieuw middel in hogere voorziening voor het Hof, al dan niet hout snijdt, is het juist dat het Hof tamelijk zelden stilstaat bij deze vraag en zich een enkele keer ertoe beperkt dergelijke grieven als „argument" te kwalificeren en ontvankelijk te verklaren, zonder vooraf na te gaan of in werkelijkheid niet sprake is van een middel [12], dan wel, hetgeen bedenkelijker en mijns inziens onjuist is, elk nieuw argument van

10 — Zie de in voetnoot 8 aangehaalde rechtspraak.

11 — Zie dienaangaande punt 3 van de memorie van antwoord.

12 — Zie dienaangaande met betrekking tot de ontvankelijkheid van argumenten, ontleend aan het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, arrest van 18 januari 2007, PKK en KNK/Raad (C-229/05 P, Jurispr. blz. I-439, punt 66), waarin het Hof heeft verklaard dat „het in het kader van een hogere voorziening de rekwirant vrij staat elk relevant argument aan te voeren onder het enkele voorbehoud dat in hogere voorziening het voorwerp van het geding voor het Gerecht niet wordt gewijzigd. Anders dan de Raad stelt, bestaat er geen verplichting dat elk in het kader van de hogere voorziening aangevoerd argument vooraf in eerste aanleg is behandeld. Een beperking in die zin kan niet worden aanvaard, omdat daardoor de hogere voorziening voor een belangrijk deel aan betekenis zou verliezen."

rekwiranten ter ondersteuning van een middel over een kam te scheren met de niet-ontvankelijkheid van nieuwe middelen en dit argument niet-ontvankelijk te verklaren. [13]

27. In de onderhavige zaak moet, volgens mij, worden nagegaan of de grief dat sprake zou zijn van één enkele inbreuk, een andere juridische grondslag heeft dan het middel, ontleend aan de schending van het recht om te worden gehoord, in welk geval deze eerste grief een afzonderlijk en nieuw middel vormt dat niet-ontvankelijk moet worden verklaard op grond dat het voor het eerst voor het Hof is aangevoerd, dan wel of deze grief slechts naar voren is gebracht ter ondersteuning van het middel dat is ontleend aan de schending van het recht om te worden gehoord, in welk geval het enkel gaat om een argument dat bijgevolg ontvankelijk moet worden verklaard. [14]

28. In casu volgt uit de hogere voorziening alsook uit de memorie van antwoord van de Commissie dat de grief, ontleend aan het bestaan van één enkele, voortdurende inbreuk, waarvan vaststaat dat deze niet in die bewoordingen voor het Gerecht is aangevoerd, slechts naar voren is gebracht als een uitvloeisel van de gestelde miskenning door de Commissie van het recht om te worden gehoord. In met name de punten 12 en 13 van hun hogere voorziening vermelden rekwiranten namelijk uitdrukkelijk de gevolgen van de gestelde procedurele fout, die zij in de hogere voorziening uiteenzetten onder het kopje „gevolgen van de vormfout voor de materiële situatie van rekwiranten", onder verwijzing naar de rechtspraak, volgens welke de schending van het recht om te worden gehoord slechts tot nietigverklaring kan leiden, indien de procedure zonder die onregelmatigheid een andere afloop had kunnen hebben. [15] Rekwiranten betogen in hun hogere voorziening dus enkel vanuit het oogpunt van de uitwerking die de gestelde schending van het recht om te worden gehoord zou hebben gehad op hun situatie en op de litigieuze beschikking, dat sprake was van talrijke aanwijzingen dat de handelingen in de zaken „naalden" en „sluitingen" moesten worden aangemerkt als één enkele, voortdurende inbreuk. Het gaat bijgevolg om een grief die enkel is aangevoerd ter ondersteuning van het middel, ontleend aan de schending van het recht om te worden gehoord. Deze grief moet derhalve als een ontvankelijk te verklaren argument worden beschouwd.

29. Ten slotte blijkt uit de punten 63-66 van het bestreden arrest dat het Gerecht zich in het kader van het middel, ontleend aan de miskenning van het recht om te worden gehoord, wel degelijk heeft uitgesproken over de mogelijke splitsing door de Commissie van één enkele, voortdurende inbreuk. Gelet op de in de punten 15 en 28 van deze conclusie herhaalde argumenten van rekwiranten inzake het gevolg dat de miskenning van het recht om te worden gehoord door de Commissie zou hebben gehad voor

13 — Zie in het bijzonder arrest van 21 september 2006, JCB Service/Commissie (C-167/04 P, Jurispr. blz. I-8935), waarin het Hof in punt 114 heeft geoordeeld dat „[i]n hogere voorziening […] het Hof dus enkel bevoegd [is] om te oordelen over de rechtsbeslissing die is gegeven ten aanzien van de middelen en argumenten die voor de rechter in eerste aanleg zijn aangevoerd". Zie ook arrest van 2 april 2009, France Télécom/Commissie (C-202/07 P, Jurispr. blz. I-2369, punten 59 en 60).

14 — Op basis van het onderscheid tussen juridisch argument en middel, zoals gehanteerd door het Hof in het arrest van 25 oktober 2007, Komninou e.a./Commissie (C-167/06 P, punt 24).

15 — Zie dienaangaande in het bijzonder arrest van 14 februari 1990, Frankrijk/Commissie (C-301/87, Jurispr. blz. I-307, punt 31). Zie in die zin ook arrest van 29 juni 2006, SGL Carbon/Commissie (C-308/04 P, Jurispr. blz. I-5977, punt 98 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

het dictum van de litigieuze beschikking, kunnen deze overwegingen van het Gerecht, ondanks hun enigszins onduidelijke bewoordingen, enkel ten overvloede zijn aangevoerd, aangezien het Gerecht het middel van rekwiranten, ontleend aan de schending van het recht om te worden gehoord, heeft afgewezen.

30. In het kader van een middel dat ontvankelijk is, staat het niettemin in beginsel aan de rekwirant om de argumenten ter onderbouwing daarvan te formuleren zoals het hem het beste lijkt, of het nu is door zich te baseren op argumenten die reeds zijn aangevoerd voor het Gerecht of door nieuwe argumenten te formuleren, met name met betrekking tot de standpuntbepalingen van het Gerecht. Anders zou de hogere voorziening ten dele aan betekenis verliezen. [16]

31. Gelet op het voorgaande, is het hoe dan ook overduidelijk dat de beweringen van rekwiranten in de punten 13-29 van hun hogere voorziening inzake het bestaan van één enkele, voortdurende inbreuk die de zaken „naalden" en „sluitingen" gemeen hebben, niet aldus mogen worden uitgelegd dat zij beogen hiermee voor het Hof een middel aan te voeren dat is ontleend aan een onjuiste rechtsopvatting of een verkeerde beoordeling met betrekking tot de uiteenzettingen in de punten 250-260 van de considerans van de litigieuze beschikking, volgens welke sprake was van één enkele, voortdurende inbreuk op de in die beschikking geïdentificeerde markten. Zou dit wel het geval zijn, dan zou namelijk, volgens vaste rechtspraak, een dergelijk middel dat betrekking heeft op de gegrondheid van de litigieuze beschikking, niet-ontvankelijk zijn, aangezien buiten kijf staat dat dit voor het Gerecht niet is aangevoerd.

32. Met betrekking tot, in de tweede plaats, de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid ter zake van het betoog van rekwiranten dat de splitsing van de procedure gebrekkig zou zijn gemotiveerd, ben ik van mening dat ook deze exceptie niet moet worden toegewezen.

33. Ik erken dat dit argument zou moeten worden gekwalificeerd als een ander middel dan het middel, ontleend aan de schending van het recht om te worden gehoord en dat vaststaat dat het voor het Gerecht niet is aangevoerd.

34. Deze dubbele constatering zou kunnen leiden tot verwerping van dit middel op grond dat het om een nieuw middel gaat. Ik merk overigens op dat het Hof reeds in zijn arrest O'Hannrachain/Parlement een voor het Gerecht niet aangevoerde grief, ontleend aan een gestelde schending door een gemeenschapsinstelling van de motiveringsplicht, heeft afgewezen op grond dat het bij het Hof aanhangig gemaakte geschil geen ruimere strekking mag hebben dan dat waarvan het Gerecht kennis heeft genomen. [17]

16 — Zie arrest PKK en KNK/Raad (aangehaald in voetnoot 12, punt 64 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

17 — Arrest van 5 juni 2003 (C-121/01 P, Jurispr. blz. I-5539, punt 39).

35. Ik vind de benadering in het zojuist aangehaalde arrest evenwel veel te star, aangezien deze voorbijgaat aan de rechtspraak van het Hof, inhoudend dat de schending van de motiveringsplicht een middel van openbare orde is dat door de gemeenschapsrechter ambtshalve moet worden opgeworpen. [18] Zoals het Hof recentelijk in de punten 49 en 50 van zijn in hogere voorziening gewezen arrest Chronopost en La Poste/UFEX e.a. heeft verklaard, kan een middel van openbare orde in elke stand van het geding worden onderzocht, ook al heeft de partij die er gebruik van maakt dit middel niet voor het Gerecht aangevoerd. [19] Dienaangaande moet erop worden gewezen dat het Hof in punt 49 van het voornoemde arrest Chronopost en La Poste/UFEX e.a. verwijst naar punt 25 van zijn arrest Commissie/Daffix [20], waarin schending van de motiveringsplicht werd aangevoerd. Uit deze verwijzing leid ik af dat het Hof impliciet maar noodzakelijkerwijs heeft erkend dat een middel, ontleend aan schending van de motiveringsplicht, in het bijzonder een ontoereikende motivering, moet kunnen worden aangevoerd in hogere voorziening, ondanks het feit dat het voor de rechter in eerste aanleg niet is opgeworpen.

36. Hoe dan ook lijken rekwiranten het Gerecht te verwijten het beweerde motiveringsgebrek, waarmee de splitsing van de onderzoeksprocedure in twee afzonderlijke procedures zou zijn behept, niet ambtshalve te hebben opgeworpen.

37. Bijgevolg ben ik van mening dat het Hof de twee overwegingen van de Commissie om het eerste middel in hogere voorziening niet-ontvankelijk te verklaren, zou moeten afwijzen.

b) Ten gronde

38. Mijns inziens moet het eerste middel ten gronde worden afgewezen.

39. In de eerste plaats kunnen rekwiranten het Gerecht mijns inziens niet verwijten dat het in punt 61 van het bestreden arrest heeft verklaard dat zij de gelegenheid hadden om opmerkingen te maken met betrekking tot de splitsing van de procedure in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar van 15 maart 2004 die het ondubbelzinnig

18 — Zie in het bijzonder arresten van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France (C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 67), en 30 maart 2000, VBA/Florimex e.a. (C-265/97 P, Jurispr. blz. I-2061, punt 114). Zie ook met betrekking tot het begrip „middel van openbare orde" punten 102-104 van mijn conclusie in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 13 september 2007, Common Market Fertilizers/Commissie (C-443/05 P, Jurispr. blz. I-7209). Met betrekking tot de verplichting tot motivering van een handeling als een aangelegenheid van dwingend recht waarbij de rechter ambtshalve moet stilstaan, maakt de rechtspraak kennelijk geen onderscheid naargelang de dubbele functie van het motiveringsvoorschriften, namelijk, enerzijds, de gemeenschapsrechter in staat stellen zijn toezicht uit te oefenen (objectieve doelstelling), en, anderzijds, de belanghebbenden de gelegenheid bieden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel te kennen, zodat zij hun rechten kunnen verdedigen en de gegrondheid van de handeling kunnen verifiëren (subjectieve doelstelling) (zie met betrekking tot deze dubbele functie onder andere arresten van 17 januari 1984, VBVB en VBBB/Commissie, 43/82 en 63/82, Jurispr. blz. 19, punt 22; 17 januari 1995, Publishers Association/Commissie, C-360/92 P, Jurispr. blz. I-23, punt 39, en 18 september 2003, Volkswagen/Commissie, C-338/00 P, Jurispr. blz. I-9189, punt 124). De niet-ontvankelijkheidsverklaring in het in voetnoot 17 aangehaalde arrest O'Hannrachain/Parlement lijkt niet op een dergelijk onderscheid te berusten. Met het oog op de uitsluitend subjectieve doelstelling van de eerbiediging van de rechten van de verdediging kan, hoe dan ook, een middel dat is ontleend aan de schending van die rechten (of van het recht om te worden gehoord) mijns inziens niet worden gekwalificeerd als een middel van openbare orde. De gemeenschapsrechter zou bijgevolg niet bevoegd mogen zijn om ambtshalve bij een dergelijk middel stil te staan.

19 — Arrest van 1 juli 2008 (C-341/06 P en C-342/06 P, Jurispr. blz. I-4777).

20 — Arrest van 20 februari 1997 (C-166/95 P, Jurispr. blz. I-983, punt 25).

kopje „Mededeling van punten van bezwaar in de procedure PO/fournituren: naalden" droeg.

40. Wat dit betreft moet eraan worden herinnerd dat de mededeling van punten van bezwaar als bedoeld in verordening nr. 17 (en verordening nr. 1/2003) een procedureel document is ter voorbereiding van de beschikking waarmee de procedure wordt afgesloten. Dit document omschrijft het doel van de ingeleide administratiefrechtelijke procedure en belet aldus de Commissie in haar beschikking andere bezwaren in aanmerking te nemen. De mededeling van punten van bezwaar moet de belangrijkste feiten vermelden waarop de Commissie zich in dat stadium van de procedure baseert. De door de Commissie in dit stuk uitgebrachte beoordeling is derhalve zuiver van voorlopige aard. [21]

41. Verder verlangt de eerbiediging van de rechten van de verdediging ook dat de betrokken onderneming tijdens de administratieve procedure in staat is gesteld om op nuttige wijze haar standpunt kenbaar te maken met betrekking tot de juistheid en relevantie van de gestelde feiten en omstandigheden, alsook met betrekking tot de stukken waarmee de Commissie de door haar gestelde inbreuk op het Verdrag heeft gestaafd. [22] De Commissie moet rekening houden met het resultaat van de administratieve procedure, hetzij door niet-gegrond gebleken bezwaren te laten vallen, hetzij door argumenten ter ondersteuning van de door haar gehandhaafde bezwaren zowel feitelijk als rechtens aan te passen of aan te vullen. [23]

42. Anders gezegd: de mededeling van punten van bezwaar licht de betrokken onderneming in over alle wezenlijke elementen waarop de Commissie zich in dit stadium van de procedure baseert. De betrokken onderneming kan dus pas na de verzending van deze mededeling de rechten van de verdediging ten volle uitoefenen. [24]

43. In casu bevatte de mededeling van punten van bezwaar van 15 maart 2004 een ondubbelzinnige omschrijving van het voorwerp van de administratieve procedure die heeft geleid tot de litigieuze beschikking in de zaak „fournituren: naalden".

44. Deze omschrijving volstond om rekwiranten in staat te stellen hun zienswijze met betrekking tot de splitsing van de procedure naar voren te brengen en, voor zover zij deze nadelig achtten, aan te vechten.

21 — Zie in die zin beschikking van 18 juni 1986, British American Tobacco en Reynolds Industries/Commissie (142/84 en 156/84, Jurispr. blz. 1899, punt 13), alsmede arresten van 17 november 1987, British American Tobacco en Reynolds Industries/Commissie (142/84 en 156/84, Jurispr. blz. 4487, punt 70), en 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 67 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

22 — Arrest Aalborg Portland e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 21, punt 66 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

23 — Zie arrest van 15 juli 1970, ACF Chemiefarma/Commissie (41/69, Jurispr. blz. 661, punt 92), en arrest Aalborg Portland e.a/Commissie (aangehaald in voetnoot 21, punt 67), alsmede beschikking British American Tobacco en Reynolds Industries/Commissie (aangehaald in voetnoot 21, punt 13).

24 — Zie arrest van 25 januari 2007, Dalmine/Commissie (C-407/04 P, Jurispr. blz. I-829, punt 59 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

45. Ik wijs er overigens op, zonder mij over de gegrondheid ervan uit te spreken, dat rekwiranten in punt 10 van hun hogere voorziening uitdrukkelijk erkennen, dat uit de mededeling van punten van bezwaar van 15 maart 2004 bleek dat de Commissie hun handelwijze in de zaak „naalden" als een zelfstandige inbreuk ten opzichte van hun optreden op het gebied van „sluitingen" beschouwde.

46. Uit deze erkenning blijkt dat rekwiranten zich wel degelijk op nuttige wijze hadden kunnen uitspreken over het feit dat de procedure in de fase van de mededeling van punten van bezwaar werd gesplitst. Rekwiranten blijven duidelijk het antwoord schuldig op de vraag waarom zij, hoewel geïnformeerd en in kennis van dit — op zijn minst voorlopige — standpunt van de Commissie, geen opmerkingen naar voren hebben gebracht, zelfs geen summiere, met betrekking tot dit standpunt in het kader van hun antwoord op deze mededeling van punten van bezwaar, waarvoor zij vanaf de bekendmaking ervan meer dan twee maanden de tijd hadden.

47. Ik voeg hieraan toe dat dergelijke opmerkingen in die fase van de procedure rekwiranten niet ertoe zouden hebben gebracht het bestaan van een inbreuk in de zaak „sluitingen" te erkennen [25], hetgeen overigens door rekwiranten ook niet wordt beweerd.

48. In de tweede plaats snijdt ook de bewering dat de splitsing van de procedure in de fase van de mededeling van punten van bezwaar gebrekkig zou zijn gemotiveerd, geen hout.

49. De administratieve procedure die leidt tot de vaststelling van een beschikking, waarin een inbreuk op artikel 81, lid 1, EG wordt geconstateerd, bestaat in de regel uit twee achtereenvolgende perioden die beide hun *eigen innerlijke logica* hebben. De eerste periode, dat wil zeggen de periode van het aan de mededeling van punten van bezwaar voorafgaande onderzoek, moet de Commissie in staat stellen om na onderzoek haar standpunt te bepalen over de richting die de procedure zal nemen. De tweede periode loopt van de mededeling van punten van bezwaar tot de vaststelling van de definitieve beschikking. Zij moet de Commissie in staat stellen zich definitief uit te spreken over de ten laste gelegde inbreuk. [26]

25 — Volgens vaste rechtspraak kan de Commissie een onderneming in voorkomend geval bij beschikking verplichten om alle noodzakelijke inlichtingen te verstrekken over feiten waarvan zij eventueel kennis heeft, maar kan zij de onderneming niet verplichten antwoorden te geven waardoor zij het bestaan van de inbreuk, die de Commissie dient te bewijzen, zou moeten erkennen (zie arrest Dalmine/Commissie, aangehaald in voetnoot 24, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

26 — Zie dienaangaande arresten van 15 oktober 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P en C-254/99 P, Jurispr. blz. I-8375, punten 182-184), en 21 september 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissie (C-105/04 P, Jurispr. blz. I-8725, punt 38).

50. Zoals rekwiranten in hun hogere voorziening hebben erkend, bleek uit de mededeling van punten van bezwaar van 15 maart 2004 dat de Commissie van mening was dat de in dat document bedoelde inbreuk, te weten de inbreuk inzake „fournituren: naalden", *één enkele, voortdurende inbreuk vormde*. Rekwiranten hebben dus, op zijn laatst op het tijdstip van de betekening van de mededeling van punten van bezwaar van 15 maart 2004, een goed begrip gehad van de reden voor de splitsing van de procedure, vanaf voornoemde mededeling, in twee afzonderlijke procedures, waarvan een heeft geleid tot de vaststelling van de litigieuze beschikking.

51. Dienaangaande ben ik, anders dan rekwiranten, niet van mening dat de Commissie de verplichting heeft om uitgebreider toe te lichten waarom zij het voorwerp heeft afgebakend van een document als een mededeling van punten van bezwaar, dat juist de bedoeling heeft om het voorwerp te omschrijven van de fase van de administratieve procedure die de Commissie in staat moet stellen zich definitief uit te spreken over de ten laste gelegde inbreuk. [27] De aanpak zoals rekwiranten die voorstaan, zou namelijk erop neerkomen dat de Commissie haar voorlopige standpunt, zoals omschreven in de mededeling van punten van bezwaar, moet motiveren met inaanmerkingneming van de elementen van de voorafgaande onderzoeksmaatregelen die zij in deze fase van de administratieve procedure niet meende te moeten opnemen. De Commissie zou dan niet alleen verplicht zijn om, overeenkomstig de rechtspraak, in de mededeling van punten van bezwaar alle wezenlijke punten te vermelden waarop zij, in deze fase van de procedure, haar bewering van het bestaan van een inbreuk baseert, maar tevens een duidelijke motivering te geven met betrekking tot de — uiteraard niet-wezenlijke — elementen, waarop zij zich in het kader van die administratieve procedure niet wil baseren.

52. Het gaat mijns inziens te ver om in deze fase van de administratieve procedure een dergelijke motiveringsplicht op te leggen.

53. In deze zaak moet overigens worden benadrukt dat, zoals rekwiranten schriftelijk hebben opgemerkt, op het tijdstip van de vaststelling van de mededeling van punten van bezwaar van 15 maart 2004, de Commissie de onderzoeksprocedure op het gebied „sluitingen" nog niet had afgesloten en bijgevolg de mededeling van punten van bezwaar in deze zaak, die pas op 16 september 2004 werd vastgesteld, nog niet aan rekwiranten had verzonden. In dergelijke omstandigheden valt nog minder in te zien hoe de Commissie had kunnen worden verplicht tot een specifieke motivering van de splitsing van de procedure bij de vaststelling van haar eerste mededeling van punten van bezwaar op het gebied „fournituren: naalden", terwijl in die fase nog geen sprake was van een ander document, waarin een andere inbreuk op artikel 81, lid 1, EG werd geconstateerd.

54. Afgezien daarvan wijs ik erop dat in het arrest Landwyck e.a./Commissie een middel, ontleend aan de onrechtmatige en niet-gemotiveerde voeging van drie aanvankelijk afzonderlijke procedures in de fase van de beschikking waarin een inbreuk op artikel 81 EG werd geconstateerd, door het Hof is

27 — Zie dienaangaande arrest Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 26, punt 183).

afgewezen op grond dat de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen in de gelegenheid waren gesteld hun standpunt kenbaar te maken met betrekking tot de in de administratieve procedure tegen hen aangevoerde grieven die hun oorsprong vonden in verschillende klachten die tijdens de procedure achtereenvolgens waren ingediend. [28] Ondanks het ontbreken van een motivering van de beschikking, waartegen in die zaak is opgekomen met betrekking tot de „voeging" van de drie procedures, heeft het Hof verklaard dat niets zich ertegen verzet dat de Commissie zich bij één beschikking uitspreekt over eenzelfde inbreuk die aanleiding heeft gegeven tot verschillende klachten die tijdens eenzelfde procedure achtereenvolgens zijn ingediend. [29]

55. Ik zie niet in waarom voor de Commissie een zwaardere motiveringsplicht zou moeten gelden, wanneer zij een procedure splitst en de mededeling van punten van bezwaar rekwiranten in staat heeft gesteld om zich met betrekking tot deze splitsing uit te spreken in het kader van de administratieve procedure die tot de litigieuze beschikking heeft geleid. Dienaangaande herinner ik eraan dat rekwiranten voor het Gerecht nooit hebben aangevoerd dat de Commissie blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting of beoordeling van het recht in de litigieuze beschikking ter zake van de in de punten 250-260 van de considerans van deze beschikking opgenomen constatering dat op de in die beschikking bedoelde gebieden sprake was van „één enkele en voortdurende inbreuk" op artikel 81, lid 1, EG.

28 — Arrest van 29 oktober 1980 (209/78–215/78 en 218/78, Jurispr. blz. 3125, punten 29-32).

29 — Idem (punt 32).

56. Ik ben derhalve van mening dat het Gerecht het beweerde motiveringsgebrek met betrekking tot de splitsing van de administratieve procedure niet ambtshalve behoefde op te werpen.

57. Bijgevolg zou het eerste middel in hogere voorziening als ongegrond moeten worden afgewezen.

C — *Tweede middel in hogere voorziening: rechtsweigering en schending van het recht op doeltreffende rechterlijke bescherming*

1. Argumenten van partijen

58. Rekwiranten verwijten het Gerecht dat het niet heeft stilgestaan bij de wettigheid van de splitsing van de procedure, terwijl het wel, in de eerste plaats, zou hebben erkend dat de onderhavige zaak verschilde van die, welke heeft geleid tot het reeds aangehaalde arrest „Tokai II" en, in de tweede plaats, zou beschikken over aanwijzingen, te weten de mededelingen van punten van bezwaar van 16 september 2004 en van 8 maart 2006 met betrekking tot de procedure „fournituren: sluitingen", dat de Commissie zou zijn overgegaan tot een arbitraire splitsing van één enkele, voortdurende inbreuk. In tegenstelling tot hetgeen het Gerecht in punt 66 van het bestreden arrest zou hebben verklaard, zou de uitkomst van die procedure niet meer speculatief van aard zijn geweest. Het Gerecht zou tevens het feit hebben miskend dat de wettigheid van de litigieuze beschikking afhing van

de vraag of de hierin geconstateerde en bestrafte inbreuk een afzonderlijke inbreuk vormde ten opzichte van de vierde, in het kader van de beschikking „sluitingen" verweten inbreuk.

59. De Commissie herinnert er, in wezen, aan dat de beschikking „sluitingen" nog niet was vastgesteld toen het Gerecht zich boog over de zaak die uitmondde in het bestreden arrest en dat een mededeling van punten van bezwaar een voorbereidend karakter heeft. Zij geeft in overweging dit middel af te wijzen.

2. Beoordeling

60. Zoals ik reeds heb opgemerkt bij mijn beoordeling van het eerste middel in hogere voorziening, hebben de overwegingen van het Gerecht in de punten 63-66 van het bestreden arrest (zie punt 17 van deze conclusie), impliciet, maar noodzakelijkerwijs plaatsgevonden in het kader van de beoordeling van de beweerde gevolgen van de schending van het recht om te worden gehoord in verband met de wettigheid van de litigieuze beschikking.

61. Aangezien het Gerecht, mijns inziens op goede gronden, heeft verklaard dat rekwiranten in staat zijn gesteld om zich te verdedigen tegen de splitsing van de procedure, zijn de overwegingen in de punten 63-66 van het bestreden arrest bijgevolg ten overvloede aangevoerd.

62. Volgens vaste rechtspraak dienen grieven tegen ten overvloede aangevoerde overwegingen van een arrest van het Gerecht te worden afgewezen. [30]

63. Het tweede middel in hogere voorziening moet derhalve mijns inziens worden afgewezen.

64. In ieder geval is dit middel volgens mij ongegrond.

65. Om te beginnen heeft het Gerecht in punt 65 van het bestreden arrest niet verklaard, anders dan rekwiranten beweren, dat de onderhavige procedure verschilt van de procedure die is uitgemond in het arrest „Tokai II" van het Gerecht, maar heeft het enkel een samenvatting gegeven van de argumenten die rekwiranten hadden gevoerd ter ondersteuning van hun opvatting dat de zaken „naalden" en „sluitingen" elkaar zodanig overlapten dat de betrokken situatie niet geheel vergelijkbaar was met die van de zaak „Tokai II". In punt 66 van het bestreden arrest constateert het Gerecht namelijk dat „[d]eze beweringen [van rekwiranten] [evenwel pas] kunnen […] worden geverifieerd na de vaststelling van de beschikking in de zaak ‚sluitingen'".

30 — Zie in het bijzonder arresten van 28 oktober 2004, van den Berg/Raad en Commissie (C-164/01 P, Jurispr. blz. I-10225, punt 60), en 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 148).

66. Verder staat het juist met betrekking tot de overweging in punt 66 van het bestreden arrest vast dat op het moment van het instellen van het beroep bij het Gerecht en de beraadslaging over de zaak na de mondelinge behandeling ervan, nog geen beschikking was vastgesteld die de administratieve procedure in de zaak „sluitingen" zou hebben beëindigd. Het feit dat, zoals rekwiranten opmerken, het Gerecht op het tijdstip van de terechtzitting in de zaak die tot het bestreden arrest heeft geleid, in het bezit was van de twee mededelingen van punten van bezwaar, met name gericht aan de rekwiranten in de zaak „sluitingen", stelde het Gerecht, vanwege het voorlopige karakter van de overwegingen in deze documenten [31], geenszins in staat deze documenten als aanwijzing te zien voor een gesteld ontbreken van objectieve redenen ter rechtvaardiging van de splitsing van de procedure. Had het Gerecht de door rekwiranten ter ondersteuning van het onderhavige middel voorgestelde benadering gevolgd en rekening gehouden met de in de voornoemde mededelingen van punten van bezwaar opgenomen elementen, dan hadden mijns inziens de overwegingen van het bestreden arrest blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, omdat in dat geval rekening zou zijn gehouden met een voorlopige beoordeling, zonder rekening te houden met mogelijke opmerkingen van de ondernemingen tot wie deze mededelingen waren gericht, waarmee op onjuiste wijze op de beschikking in de zaak „sluitingen" vooruit zou zijn gelopen. [32]

67. Rekwiranten hebben overigens voor het Gerecht nooit betoogd dat de Commissie blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting of een verkeerde beoordeling door in de litigieuze beschikking uit te gaan van één enkele, voortdurende inbreuk op artikel 81, lid 1, EG.

68. Het Gerecht kon dus niet anders dan constateren dat de beweringen van rekwiranten, ontleend aan de documenten die dienden ter voorbereiding van de beschikking „sluitingen", die noch op het moment van de beraadslaging over de zaak en zelfs niet bij het wijzen van het bestreden arrest was vastgesteld, louter speculatief waren en de wettigheid van de litigieuze beschikking niet op losse schroeven konden zetten.

69. Door in punt 66, eerste volzin, van het bestreden arrest te verklaren dat deze beweringen pas kunnen worden geverifieerd na de vaststelling van de beschikking in de zaak „sluitingen", heeft het Gerecht derhalve geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het heeft integendeel op de argumenten van rekwiranten gereageerd door zijn toetsing op goede gronden te beperken tot die van de wettigheid van de litigieuze beschikking in het licht van de door rekwiranten aangevoerde middelen. Mijns inziens kan dan ook niet worden betoogd dat het Gerecht zich schuldig heeft gemaakt aan rechtsweigering en de schending van het recht op doeltreffende rechterlijke bescherming.

70. Daarenboven blijkt uit de beoordeling in punt 66, eerste zin, van het bestreden arrest, alsook de precisering in punt 232 in fine van hetzelfde arrest inzake de evenredigheid van de in de litigieuze beschikking opgelegde geldboete ten opzichte van de geldboete die mogelijk in de beschikking „sluitingen" zou worden opgelegd, inhoudende dat het door rekwiranten aangevoerde argument zou kunnen worden aangevoerd in een eventuele latere procedure tegen de beschikking in de zaak „sluitingen", mijns inziens het streven

31 — Zie dienaangaande de in voetnoot 21 van deze conclusie aangehaalde rechtspraak.

32 — Zie met betrekking tot de hoogte van de geldboeten arrest Dansk Rørindustri e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 30, punt 434).

van het Gerecht om rekwiranten te verduidelijken dat deze grieven zich met meer relevantie zouden moeten richten tegen de beschikking die mogelijkerwijs in de zaak „sluitingen" zou worden vastgesteld. [33]

71. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat het tweede middel, ontleend aan rechtsweigering en de schending van het recht op doeltreffende rechterlijke bescherming, moet worden afgewezen, omdat het, primair, geen hout snijdt, dan wel, subsidiair, ongegrond is.

D — *Derde middel in hogere voorziening: onvoldoende inaanmerkingneming door het Gerecht van de constatering van de schending door de Commissie van de motiveringsplicht inzake de kwalificatie van de ernst van de inbreuk*

72. Het derde middel bestaat uit twee onderdelen, die zijn ontleend aan, respectievelijk, de onvoldoende inaanmerkingneming door het Gerecht van de constatering van de schending door de Commissie van de motiveringsplicht met betrekking tot de omvang van de betrokken markten en de onvoldoende inaanmerkingneming door het Gerecht van de constatering van de schending door de Commissie van de motiveringsplicht met betrekking tot de concrete weerslag van de inbreuk op de markt.

33 — Zoals rekwiranten ter terechtzitting in de onderhavige zaak hebben opgemerkt, hebben zij beroep ingesteld tegen de beschikking „sluitingen" (zie punt 18 van deze conclusie).

1. Eerste onderdeel van het derde middel: onvoldoende inaanmerkingneming door het Gerecht van de constatering van de schending door de Commissie van de motiveringsplicht met betrekking tot de omvang van de betrokken markten

a) Overwegingen van het Gerecht

73. In hun beroep voor het Gerecht hebben rekwiranten de Commissie met name verweten dat zij haar beoordeling van de omvang van de in de litigieuze beschikking opgenomen betrokken markten onvoldoende heeft gemotiveerd.

74. Het Gerecht heeft, om te beginnen, in punt 87 van het bestreden arrest opgemerkt dat, gelet op het met de mededinging strijdige karakter van de overeenkomsten, de Commissie niet de verplichting had om in casu ten behoeve van de toepassing van artikel 81, lid 1, EG de markt af te bakenen.

75. In punt 88 van het bestreden arrest heeft het Gerecht evenwel overwogen dat gezien het feit dat in het dictum van de litigieuze beschikking een geldboete overeenkomstig verordening nr. 1/2003 is opgelegd, de feitelijke constateringen met betrekking tot de betrokken markt relevant waren, ook al kon de gebrekkigheid ervan niet tot de algehele nietigverklaring van de litigieuze beschikking leiden.

76. In punt 89 van het bestreden arrest heeft het Gerecht verklaard als volgt:

„89. Ingevolge de richtsnoeren dient bij de beoordeling van de ernst van een inbreuk namelijk niet alleen ‚rekening te worden gehouden' met de eigen aard van de inbreuk, maar ook ‚met de concrete weerslag ervan op de markt wanneer die meetbaar is' (punt 1 A, eerste alinea). De beoordeling van de concrete weerslag van de inbreuk op de markt vereist een afbakening van die markt. De richtsnoeren schrijven ook voor dat bij de beoordeling van de ernst van de inbreuk ‚ook rekening [zal] moeten worden gehouden met de daadwerkelijke economische macht van de inbreukmakers om andere marktdeelnemers, met name de consumenten, aanzienlijke schade te berokkenen' (punt 1 A, vierde alinea), hetgeen de noodzaak met zich brengt om de omvang van de markten en het aandeel van de betrokken ondernemingen hierin te bepalen."

77. Na te hebben verklaard dat geen sprake was van een gebrekkige motivering met betrekking tot de afbakening van de markten (punt 95 van het bestreden arrest), heeft het Gerecht zich gebogen over de constateringen van de Commissie in de punten 45 en 46 van de considerans van de litigieuze beschikking met betrekking tot de omvang van de markt.

78. In punt 98 van het bestreden arrest heeft het Gerecht erop gewezen dat de beoordelingen van de Commissie met betrekking tot de omvang van de drie door haar geïdentificeerde productmarkten onvolledig waren en hiermee niet de omvang van alle betrokken markten kon worden geverifieerd. Het Gerecht heeft in punt 99 van het bestreden arrest verklaard dat de litigieuze beschikking „behept was met ontoereikende motivering, hetgeen zou kunnen leiden tot een gedeeltelijke nietigverklaring van deze beschikking, tenzij de constateringen van de Commissie met betrekking tot de daadwerkelijke economische macht van de betrokken ondernemingen om aanzienlijke schade te berokkenen op andere overwegingen van de [litigieuze] beschikking zijn gegrond".

79. In de punten 100 en 101 van het bestreden arrest merkt het Gerecht het navolgende op:

„100. Verzoeksters hebben in deze zaak nooit vraagtekens geplaatst bij de constateringen van de Commissie in de [considerans van de litigieuze] beschikking dat ook bij gebreke van bovengenoemde gegevens het bestaan van een dergelijke macht kan worden aangenomen. De Commissie heeft namelijk in [punt] 325 van de [considerans van de litigieuze] beschikking geconstateerd dat Prym en Entaco gedurende de periode van de inbreuk de Europese marktleiders waren op het gebied van de fabricage van naalden en dat de concurrentie erg beperkt was [voornamelijk van de kant van Needle Industries (India) Ltd]; dat Prym de Europese leider was in andere sectoren van metalen en kunststof fournituren, zoals sluitingen en spelden, en een van de grootste concurrenten op de markt voor ritssluitingen, en dat wat de detail-

verkoop betreft Coats en Prym met hun respectieve handnaaldenmerken Milward en Newey de voornaamste concurrenten waren.

101. Hoewel deze constateringen het kopje ‚Gedifferentieerde behandeling' dragen, zijn zij in de [litigieuze] beschikking opgenomen in het onderdeel ‚Ernst van de inbreuk' en bevatten zij verwijzingen naar de criteria die relevant zijn voor de beoordeling van het daadwerkelijke economische vermogen van de inbreukmakers om aanzienlijke schade te berokkenen. Bovendien hebben verzoeksters nooit betwist bij de machtigste marktdeelnemers van de betrokken sector te horen."

b) Argumenten van partijen

80. Volgens rekwiranten zou het Gerecht voorbij zijn gegaan aan het feit dat de schending van de motiveringsplicht inzake de omvang van de productmarkten gevolgen heeft gehad voor de bepaling van de concrete ernst van de inbreuk, aangezien deze de cumulatieve toepassing van verschillende criteria impliceert. Dienaangaande wijzen rekwiranten erop dat de Commissie in punt 333 van de considerans van de litigieuze beschikking zelf zou hebben opgemerkt dat zij de concrete ernst van de inbreuk heeft bepaald op basis van de omvang van de betrokken markten en het economische vermogen van de inbreukmakers om aanzienlijke schade te berokkenen.

81. Het Gerecht zou ook blijk hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door ervan uit te gaan dat de Commissie de concrete weerslag van de inbreuk op de markt naar behoren heeft weergegeven, door in punt 101 van het bestreden arrest te verwijzen naar de leidende positie van de betrokken ondernemingen. Het Gerecht zou hiermee geen rekening hebben gehouden met het verschil tussen de bepaling van het daadwerkelijke economische vermogen van een onderneming om aanzienlijke schade te berokkenen en de beoordeling van de concrete weerslag op de markt wanneer die meetbaar is. Volgens rekwiranten is de verwijzing naar de positie van marktleider hooguit toereikend voor een inschatting van het economische vermogen van een onderneming om aanzienlijke schade te berokkenen, maar niet voor de bepaling van de concrete weerslag op de markt die de vaststelling van de omvang van de markten zou vergen. Bovendien zijn rekwiranten van mening dat wat de motivering betreft punt 89 en de punten 99 en 100 van het bestreden arrest met elkaar in tegenspraak zijn. Volgens rekwiranten moeten bijgevolg de fouten waarmee het bestreden arrest is behept tot de nietigverklaring van de litigieuze beschikking leiden.

82. De Commissie brengt hiertegen in dat uit een juiste lezing van het bestreden arrest blijkt dat het Gerecht de verplichting om de omvang van de productmarkten te bepalen enkel heeft aanvaard voor zover deze verband houdt met het vermogen van de betrokken ondernemingen om aanzienlijke schade te berokkenen. Kan dit vermogen evenwel anderszins worden bepaald, hetgeen in casu het geval zou zijn geweest, dan zou de Commissie niet de omvang van de markten hoeven te bepalen (punten 89, 90, 99 en 101 van het bestreden arrest). Voorts zou volgens de rechtspraak van het Gerecht de in de richtsnoeren opgenomen berekeningswijze van de geldboeten geenszins de verplichting inhouden om bij de vaststelling van het basisbedrag van de geldboete rekening te houden met de omvang van de productmarkten.

83. Volgens de Commissie heeft het Gerecht de vraag van de bepaling van het daadwerkelijke vermogen van de onderneming om aanzienlijke schade te berokkenen en de vraag van de beoordeling van de concrete weerslag van de inbreuk niet door elkaar gehaald, aangezien het in punt 115 van het bestreden arrest een gebrekkige motivering van de concrete weerslag heeft geconstateerd.

84. Zij voegt hieraan toe dat het Gerecht door in punt 89 van het bestreden arrest te verklaren dat de Commissie gehouden was de betrokken markt af te bakenen en dus de omvang ervan te bepalen, stellig niet kan hebben gedacht dat een dergelijke afbakening overeenkomt met de in het kader van artikel 82 EG vereiste afbakening, anders zou de vaste rechtspraak, inhoudende dat de Commissie niet verplicht is om bij de toepassing van artikel 81, lid 1, EG de markt af te bakenen, haar betekenis volledig verliezen. Hoe dan ook zouden mogelijke fouten met betrekking tot de constateringen inzake de omvang van de markten niet tot de algehele nietigverklaring van de litigieuze beschikking kunnen leiden.

c) Beoordeling

85. Om te beginnen moet erop worden gewezen dat met dit onderdeel van het derde middel de kritiek van rekwiranten op het bestreden arrest zich enkel richt op de beoordeling door het Gerecht van de motivering van de litigieuze beschikking inzake de omvang van de betrokken markten ten behoeve van de bepaling van de ernst van de inbreuk. Aangezien de ernst van de inbreuk, zoals ik reeds heb uiteengezet, een van de twee in artikel 23, lid 3, van verordening nr. 1/2003 genoemde criteria is bij de berekening van het bedrag van de geldboete, kan dit onderdeel, gesteld dat het wordt aanvaard, behalve tot de vernietiging van het bestreden arrest, enkel leiden tot de gedeeltelijke nietigverklaring van de litigieuze beschikking, zoals geconstateerd door het Gerecht in de punten 88 en 99 van het bestreden arrest, en, in voorkomend geval, tot herziening ervan.

86. Ik denk evenwel dat dit onderdeel niet zal slagen.

87. In de eerste plaats geven rekwiranten, zoals de Commissie in haar memorie van antwoord terecht heeft opgemerkt, in verschillende opzichten blijk van een onjuiste lezing van de in twijfel getrokken overwegingen van het bestreden arrest, door de overwegingen van het Gerecht inzake de omvang van de markten te verwarren met de overwegingen — die overigens het voorwerp vormen van het tweede onderdeel van het onderhavige middel en die in andere punten van de motivering van het bestreden arrest zijn uiteengezet — inzake de concrete weerslag van de inbreuk op de markt. Anders dan rekwiranten betogen, heeft het Gerecht namelijk op geen enkel moment geconstateerd dat de Commissie de concrete weerslag van de inbreuk op de markt naar behoren heeft beschreven, door in punt 101 van het bestreden arrest te verwijzen naar de leidende positie van de betrokken ondernemingen. Punt 101 van het bestreden arrest heeft enkel betrekking op het daadwerkelijke economische vermogen van de betrokken ondernemingen om aan andere marktdeelnemers aanzienlijke schade te berokkenen in

de zin van punt 1 A, vierde alinea, van de richtsnoeren, en niet op de concrete weerslag op de markt als bedoeld in punt 1 A, eerste alinea, van de richtsnoeren.

88. In de tweede plaats lijken rekwiranten zich op het standpunt te stellen, ofschoon hun betoog dienaangaande niet helemaal helder is, dat de criteria inzake de beoordeling van de ernst van een inbreuk ten behoeve van de berekening van het bedrag van de geldboete cumulatief van aard zijn. Aangezien de Commissie in de litigieuze beschikking slechts naar één van deze criteria zou hebben verwezen, namelijk de omvang van de markt, had het Gerecht bijgevolg niet tot het oordeel kunnen komen dat de gebrekkige motivering van dit criterium kon worden aangevuld met een verwijzing in de litigieuze beschikking naar de constateringen inzake het daadwerkelijke economische vermogen van de betrokken ondernemingen om aanzienlijke schade te berokkenen.

89. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de ernst van de inbreuken moet worden bepaald met inachtneming van een groot aantal factoren, zoals onder meer de bijzondere omstandigheden van de zaak, de context ervan en de afschrikkende werking van de geldboeten, zonder dat een dwingende of uitputtende lijst van verplicht in aanmerking te nemen criteria is opgesteld. [34]

90. Tot de factoren die van belang kunnen zijn voor de beoordeling van de ernst van de inbreuken behoren, volgens de vaste rechtspraak van het Hof, het gedrag van elk van de ondernemingen, de rol die elk van hen heeft gespeeld bij de totstandkoming van de mededingingsregeling, de winst die zij hieruit hebben kunnen behalen, hun omvang, de waarde van de betrokken goederen en het gevaar dat dergelijke inbreuken opleveren voor de doelstellingen van de Gemeenschap. [35]

91. In beginsel is de Commissie derhalve geenszins verplicht om bij de beoordeling van de ernst van de inbreuk rekening te houden met de omvang van de productmarkten, aangezien de omvang van de betrokken markten slechts één van de relevante factoren is. [36]

92. Hoewel rekwiranten anders betogen, valt uit het door hen aangevoerde punt 91 van het reeds aangehaalde arrest Aalborg Portland e. a./Commissie geen andere conclusie te trekken. In dit punt wordt enkel opgemerkt dat rekening moet worden gehouden met „de grootte van de betrokken markt", waarmee ongetwijfeld de geografische omvang van de betrokken markt wordt bedoeld, zoals blijkt uit punt 1 A van de richtsnoeren, en niet de economische omvang (of de omzet) van de betrokken markten.

34 — Zie arresten van 17 juli 1997, Ferriere Nord/Commissie (C-219/95 P, Jurispr. blz. I-4411, punt 33), en 15 oktober 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 26, punt 465), en arresten Dansk Rørindustri e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 30, punt 241) en Dalmine/Commissie (aangehaald in voetnoot 24, punt 129).

35 — Zie in het bijzonder arrest van 7 juni 1983, Musique Diffusion française e.a./Commissie (100/80–103/80, Jurispr. blz. 1825, punt 129), en arresten Dansk Rørindustri e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 30, punt 242) en Dalmine/Commissie (aangehaald in voetnoot 24, punt 130).

36 — Zie in die zin arrest Dalmine/Commissie (aangehaald in voetnoot 24, punt 132).

93. Er zij aan herinnerd dat de Commissie in de litigieuze beschikking heeft opgemerkt dat zij zich bij de beoordeling van de ernst van de inbreuk heeft gebaseerd op verschillende elementen, waaronder de omvang van de markten en het daadwerkelijke vermogen van de ondernemingen om aan andere marktdeelnemers aanzienlijke schade te berokkenen, waarbij het laatstgenoemde element uitdrukkelijk wordt vermeld in punt 1 A, vierde alinea, van de richtsnoeren.

94. Dienaangaande zij erop gewezen dat rekwiranten niet de constatering van het Gerecht in punt 89 van het bestreden arrest betwisten dat het ten behoeve van de beoordeling van de ernst van de inbreuk noodzakelijk (en dus in feite functioneel) was de omvang van markten te bepalen, teneinde het daadwerkelijke economische vermogen om aan andere marktdeelnemers aanzienlijke schade te berokkenen in de zin van de richtsnoeren te beoordelen.

95. Zij zijn echter van mening dat het Gerecht zich tegenspreekt door eerst van een dergelijke noodzaak uit te gaan en vervolgens, in de punten 99 en 100 van het bestreden arrest, te aanvaarden dat de gebrekkige motivering die het heeft geconstateerd met betrekking tot de bepaling van de omvang van de markten kan worden gecompenseerd door de — door rekwiranten onweersproken — verwijzing van de Commissie in punt 325 van de considerans van de litigieuze beschikking naar de leidende marktpositie.

96. Hoewel rekwiranten mijns inziens volledig terecht wijzen op de tegenstrijdigheid die blijkt uit de in de punten 89, 99 en 100 van het bestreden arrest opgenomen motivering [37], ben ik niettemin van mening dat deze grief om de navolgende redenen geen hout snijdt.

97. Het Gerecht heeft in punt 90 van het bestreden arrest eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak van het Hof het marktaandeel van een onderneming relevant is om vast te stellen welke invloed zij op de markt kon uitoefenen. [38]

98. Uit deze rechtspraak kan evenwel niet worden afgeleid dat ten behoeve van de bepaling van de invloed van een onderneming op de markt, of, om de bewoordingen van de richtsnoeren te gebruiken, de daadwerkelijke economische macht van de inbreukmakers om andere marktdeelnemers, met name de consumenten, aanzienlijke schade te berokkenen, de Commissie dit vermogen moet berekenen door eerst de markt af te bakenen, alsmede de omvang van de onderneming, uitgedrukt in de omzet, vast te stellen. [39]

37 — Volgens vaste rechtspraak is de vraag, of de motivering van een arrest van het Gerecht tegenstrijdig of ontoereikend is, een rechtsvraag die als zodanig in het kader van een hogere voorziening kan worden aangevoerd (zie in het bijzonder arrest Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissie, aangehaald in voetnoot 26, punt 71 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

38 — Arrest van 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie (C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punt 139).

39 — Ik breng in herinnering dat het Gerecht in punt 95 van het bestreden arrest, onweersproken door rekwiranten, heeft verklaard dat de Commissie met betrekking tot de afbakening van de betrokken markten had voldaan aan de motiveringsplicht.

99. Zoals de Commissie terecht betoogt, leidt de opvatting dat punt 89 van het bestreden arrest een dergelijk vereiste inhoudt ertoe dat op haar een bewijslast rust waartoe zij zelfs in het kader van de constatering van een inbreuk op artikel 81, lid 1, EG niet is gehouden, wanneer een dergelijke inbreuk, door haar eigen aard, in strijd is met dit artikel, zoals het Gerecht in de punten 86 en 87 van het bestreden arrest (overigens door rekwiranten onweersproken) heeft verklaard onder verwijzing naar de vaste rechtspraak. [40]

100. Een dergelijke benadering zou tevens neerkomen op een bijzonder beperkte uitlegging van de richtsnoeren.

101. Daarom ben ik van mening dat ook al heeft het Gerecht zich mijns inziens terecht op het standpunt gesteld dat de Commissie ten behoeve van de bepaling van de ernst van de inbreuk en de vaststelling van het bedrag van de geldboete, overeenkomstig punt 1 A, vierde alinea, van de richtsnoeren de daadwerkelijke economische macht van de inbreukmakers om andere marktdeelnemers aanzienlijke schade te berokkenen in aanmerking diende te nemen, deze inaanmerkingneming — anders dan het Gerecht in punt 89 van het bestreden arrest heeft verklaard — niet „de noodzaak met zich brengt om de omvang van de markten […] te bepalen”.

102. Volgens mij is het veeleer juister om ervan uit te gaan dat een dergelijke macht van de inbreukmakers kan worden aangetoond met alle hiertoe geëigende middelen, waaronder de bepaling van de omvang van de markten, uitgedrukt in de omzet.

103. Het is juist dit criterium dat het Gerecht in de punten 99-101 van het bestreden arrest hanteert. Het Gerecht heeft namelijk verklaard, na te hebben geconstateerd dat de litigieuze beschikking inzake de bepaling van de in de omzet uitgedrukte omvang van de markten gebrekkig was gemotiveerd, dat dit gebrek in de motivering kon worden verholpen door andere in de litigieuze beschikking opgenomen overwegingen, in casu de constateringen in punt 325 van de considerans van de beschikking met betrekking tot, in wezen, hetgeen partijen in deze zaak hebben omschreven als de leidende marktpositie van rekwiranten.

104. Dienaangaande moet erop worden gewezen dat rekwiranten in de punten 63 en

40 — Het Hof heeft verklaard dat „de definitie van de relevante markt in het kader van de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag [thans artikel 81, lid 1, EG] enkel ertoe sterkt te bepalen of de betrokken overeenkomst de handel tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en ten doel of tot gevolg heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst” (beschikking van 16 februari 2006, Adriatica di Navigazione/Commissie (C-111/04 P, punt 31). Evenals in punt 86 van het bestreden arrest trekt het Gerecht hieruit de voor de hand liggende conclusie dat de verplichting om in een beschikking op grond van artikel 81 EG de betrokken markt af te bakenen niet absoluut is, maar voor de Commissie enkel geldt wanneer zonder een dergelijke afbakening niet kan worden uitgemaakt of de betrokken overeenkomst de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en of zij ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst (zie ook bijvoorbeeld arresten van het Gerecht van 19 maart 2003, CMA CGM e.a./Commissie (T-213/00, Jurispr. blz. II-913, punt 206); 6 juli 2000, Volkswagen/Commissie (T-62/98, Jurispr. blz. II-2707, punt 230), en 8 juli 2004, Mannesmannröhren-Werke/Commissie (T-44/00, Jurispr. blz. II-2223, punt 132).

66 van hun hogere voorziening uitdrukkelijk het belang erkennen van een dergelijk criterium voor de beoordeling van de daadwerkelijke economische macht van een onderneming om aanzienlijke schade te berokkenen. In dit verband maken rekwiranten de Commissie enkel het verwijt dat zij, gelet op de omstandigheden van de zaak, onvoldoende bewijs heeft geleverd voor een dergelijke leidende marktpositie. Een dergelijke grief die strekt tot de vaststelling van de feiten en hun beoordeling is als zodanig niet vatbaar voor toetsing door het Hof, behoudens in het geval van een onjuiste opvatting van deze bewijzen [41], hetgeen in casu niet door rekwiranten is aangevoerd.

105. Niettegenstaande de onjuiste rechtsopvatting en de tegenstrijdige motivering van het Gerecht in de punten 89, 99 en 100 van het bestreden arrest, hebben deze gebreken bijgevolg geen zodanig gevolg voor het dictum van het arrest gehad dat dit moet worden vernietigd.

106. Bijgevolg geef ik in overweging het eerste onderdeel van het derde middel ongegrond te verklaren.

41 — Zie dienaangaande in het bijzonder arrest van 19 maart 2009, Archer Daniels Midland/Commissie (C-510/06 P, Jurispr. blz. I-1843, punt 105 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

2. Tweede onderdeel van het derde middel: onvoldoende inaanmerkingneming door het Gerecht van de constatering van de schending door de Commissie van de motiveringsplicht met betrekking tot de concrete weerslag van de inbreuk op de markt

a) Overwegingen van het Gerecht

107. Het Gerecht herinnert er in punt 108 van het bestreden arrest aan dat ingevolge punt 1 A, eerste alinea, van de richtsnoeren, de Commissie bij de beoordeling van de ernst van een inbreuk enkel rekening moet houden met de concrete weerslag ervan op de markt wanneer die meetbaar is.

108. Voorts heeft het Gerecht in punt 109 van het bestreden arrest opgemerkt dat de Commissie nooit heeft beweerd dat de weerslag in casu niet meetbaar was, en dat zij zelfs, in de contentieuze procedure, heeft aangegeven dat de inbreuk had plaatsgevonden en noodzakelijkerwijs een concrete weerslag had op de mededingingsvoorwaarden op de betrokken markten.

109. Het Gerecht heeft dit standpunt als niet „overtuigend” afgewezen op grond dat de tenuitvoerlegging van een overeenkomst niet noodzakelijkerwijs inhoudt dat deze een concrete weerslag heeft, en heeft zich hierbij gebaseerd op de beslissingspraktijk van de Commissie en een van zijn eigen arresten. Verder verwijt het Gerecht de Commissie niet

te hebben geantwoord op het argument van rekwiranten dat de betrokken overeenkomsten niet hebben geleid tot een stijging van de verkoopprijzen van handnaalden (punt 110 van het bestreden arrest). Ten slotte heeft het Gerecht geconstateerd dat de Commissie zich uitsluitend heeft gebaseerd op een oorzakelijke samenhang tussen de uitvoering van het kartel en de concrete weerslag ervan, hetgeen onvoldoende was voor de vaststelling van het bedrag van de geldboete (punt 111 van het bestreden arrest). Het Gerecht heeft hieruit in punt 112 van het bestreden arrest de conclusie getrokken dat de Commissie haar motiveringsplicht onvoldoende is nagekomen.

110. Het Gerecht heeft in punt 190 van het bestreden arrest stilgestaan bij de juridische gevolgen van een dergelijke miskenning van de motiveringsplicht. In dit punt heeft het Gerecht in het bijzonder benadrukt dat het betoog van de Commissie inzake de vaststelling van het bedrag van de geldboete geen uitleg bevatte met betrekking tot de vraag waarom de vermindering van de weerslag na 13 maart 1997, door haar bovendien uitdrukkelijk erkend in punt 320 van de considerans van de litigieuze beschikking, geen invloed had op de berekening van de geldboete. Het Gerecht heeft evenwel verklaard dat „deze gebrekkige motivering in casu niet kan leiden tot opheffing of vermindering van de opgelegde geldboete, aangezien de kwalificatie van de inbreuk als ‚zeer ernstig' gegrond was [op grond van de overwegingen in de punten 188 en 189 van het bestreden arrest] en de Commissie het voor een dergelijke inbreuk in de richtsnoeren opgenomen basisbedrag heeft gekozen (en zelfs, om precies te zijn, het maximumbedrag voor een ‚zware' inbreuk), namelijk 20 miljoen EUR. De Commissie wijst er namelijk terecht op dat met de keuze voor het basisbedrag in casu voldoende rekening was gehouden met de vermindering van de weerslag in de inbreukperiode."

b) Argumenten van partijen

111. Volgens rekwiranten heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 190 van het bestreden arrest te verklaren dat de gebrekkige motivering inzake de beoordeling van de concrete weerslag van de inbreuk in casu niet diende te leiden tot opheffing of vermindering van de geldboete, aangezien de kwalificatie van de inbreuk als „zeer ernstig" gegrond was. Het Gerecht zou hiermee vragen met betrekking tot de materiële wettigheid van de beschikking in verband brengen met vragen ten aanzien van de juridische gevolgen van een formele schending van de motiveringsplicht. Aangezien de Commissie op het gebied van kartels beschikt over een ruime beoordelingsbevoegdheid, zou de inachtneming van de procedurele bepalingen en de motiveringsplicht van doorslaggevend belang zijn voor de rechten van de verdediging.

112. De Commissie wijst dit standpunt van rekwiranten van de hand. Zij merkt evenwel op dat het Gerecht in de punten 109-112 blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Enerzijds zou het Gerecht van de Commissie een bewijs hebben geëist voor de

afwezigheid van een meetbare concrete weerslag, hoewel het zelf niet zou hebben geconstateerd dat deze weerslag meetbaar was. Anderzijds zou het standpunt van het Gerecht in tegenspraak zijn met de vaste rechtspraak, volgens welke de uitvoering van een mededingingsbeperkende overeenkomst volstaat om de afwezigheid van een weerslag op de markt uit te sluiten. Bijgevolg geeft de Commissie het Hof in overweging om de motivering in de punten 109-112 van het bestreden arrest te vervangen, voor zover het hierin gaat om het bewijs en de meetbaarheid van de weerslag op de markt.

c) Beoordeling

113. Vóór de beoordeling van het tweede onderdeel dat rekwiranten aanvoeren tot staving van hun middel en dat betrekking heeft op punt 190 van het bestreden arrest, moet eerst worden stilgestaan bij het verzoek van de Commissie tot vervanging van de motivering, waarmee het Hof zou kunnen constateren dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en deze zou kunnen herstellen, zonder evenwel afbreuk te doen aan het dictum van het arrest van het Gerecht, dat op andere rechtsgronden gerechtvaardigd zou zijn. [42]

42 — Zie bijvoorbeeld arresten van 9 juni 1992, Lestelle/Commissie (C-30/91 P, Jurispr. blz. I-3755, punt 28); 12 november 1996, Ojha/Commissie (C-294/95 P, Jurispr. blz. I-5863, punt 52); 13 juli 2000, Salzgitter/Commissie (C-210/98 P, Jurispr. blz. I-5843, punt 58), en 9 september 2008, FIAMM e.a./Raad en Commissie (C-120/06 P en C-121/06 P, Jurispr. blz. I-6513, punt 187).

i) Verzoek van de Commissie tot vervanging van de overwegingen

114. In de grieven van de Commissie ten aanzien van de motivering van het Gerecht in de punten 109-112 van het bestreden arrest staan twee rechtsvragen centraal.

115. In de eerste plaats is de Commissie van mening dat het Gerecht ten onrechte heeft geconstateerd dat zij de afwezigheid van een concrete weerslag van de inbreuk op de markt moest aantonen, terwijl, enerzijds deze verplichting haar enkel wordt opgelegd wanneer deze weerslag meetbaar is, hetgeen volgens haar in casu niet het geval was omdat de afspraken ertoe strekten de mogelijke concurrentie op de betrokken markten uit te schakelen, en, anderzijds, het Gerecht uiteindelijk niet zou hebben geconstateerd dat de weerslag op de markt in casu meetbaar was.

116. In de tweede plaats heeft het Gerecht, volgens de Commissie, blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te overwegen dat zij de litigieuze beschikking onvoldoende had gemotiveerd door enkel uiteen te zetten dat de daadwerkelijke gevolgen van de inbreuk voor de markt konden worden afgeleid uit de uitvoering van het kartel.

117. Mijns inziens kunnen deze grieven niet volledig worden aanvaard.

118. Wat de eerste reeks grieven betreft, is het weliswaar juist dat ingevolge punt 1 A, eerste alinea, van de richtsnoeren de Commissie enkel de concrete weerslag van een inbreuk op de markt dient te bewijzen wanneer die meetbaar is. Met betrekking tot horizontale prijsafspraken of de verdeling van markten volgt tevens uit de richtsnoeren dat dergelijke kartels reeds op grond van hun eigen aard als zeer ernstig kunnen worden gekwalificeerd, zonder dat de Commissie gehouden is om een concrete weerslag op de markt aan te tonen. In een dergelijk geval is de concrete weerslag enkel één van de constitutieve elementen.

119. Zoals het Gerecht evenwel in punt 111 van het bestreden arrest heeft geconstateerd, heeft de Commissie een onderdeel van de litigieuze beschikking besteed aan de „daadwerkelijke weerslag van de inbreuk", waarin zij onder andere heeft opgemerkt dat de inbreuk een weerslag heeft gehad op de markt en dat deze weerslag tussen 13 maart 1997 en 31 december 1999 is afgenomen. Het is van tweeën één: óf de Commissie kiest ervoor om geen gebruik te maken van het criterium van de concrete weerslag op de markt, in welk geval de beschikking, waarmee zij aan de bij het kartel betrokken ondernemingen een geldboete oplegt, ten behoeve van de beoordeling van de ernst van de inbreuk enkel de eigen aard van de inbreuk in aanmerking neemt en, eventueel de omvang van de geografische markt overeenkomstig punt 1 A van de richtsnoeren, óf zij gaat in haar beschikking uit van een dergelijke weerslag, zoals in de litigieuze beschikking, in welk geval mijns inziens sprake is van een vermoeden dat zij een dergelijke weerslag meetbaar acht. Aangezien de Commissie bij gebruikmaking van een dergelijk criterium immers de geldboete die zij voornemens is op te leggen op een hoger bedrag *kan* vaststellen dan het basisbedrag van 20 miljoen EUR dat in de richtsnoeren is opgenomen voor zeer ernstige inbreuken, kan redelijkerwijs niet worden verondersteld dat deze instelling, wanneer zij in een beschikking waarbij een geldboete wordt opgelegd drie punten besteedt aan de „daadwerkelijke weerslag van de inbreuk", niet de bedoeling had om deze beschikking te baseren op het criterium van de concrete weerslag van de inbreuk. Bijgevolg is het mijns inziens juridisch correct om, zoals het Gerecht in het bestreden arrest in wezen heeft gedaan, hieruit af te leiden dat de Commissie de door haar in de beschikking omschreven weerslag in beginsel zeer wel meetbaar acht, tenzij deze beschikking ten aanzien hiervan een specifieke andersluidende motivering bevat.

120. Het Gerecht heeft bijgevolg in deze samenhang en op basis van een dergelijke veronderstelling van de meetbaarheid van de concrete weerslag op de markt, in punt 109 van het bestreden arrest benadrukt dat de Commissie in de contentieuze procedure in casu niet had opgemerkt dat de weerslag niet meetbaar was. Het Gerecht heeft bijgevolg geenszins de Commissie een negatieve bewijslast opgelegd, maar enkel geconstateerd dat, gelet op het vermoeden waarbij ik zojuist heb stilgestaan, de Commissie in de loop van de contentieuze procedure het bestaan van een dergelijk vermoeden dat uit de litigieuze beschikking kon worden afgeleid, niet had weerlegd.

121. Bovendien kan de uitleg van de Commissie in haar memorie van antwoord voor het Hof dat op grond van de aard van het kartel, dat - zoals gezegd - strekte tot verdeling van de geografische en de productmarkten

door mogelijke concurrenten niet op de markt toe te laten, de weerslag ervan niet meetbaar was, niet worden aanvaard, aangezien een dergelijke overweging in de litigieuze beschikking niet voorkomt en, hoe dan ook, in eerste aanleg niet is aangevoerd.

122. Ten slotte stond het niet aan het Gerecht om bij de beoordeling van de grief inzake de toereikende motivering van de litigieuze beschikking, zoals aangevoerd door rekwiranten, te constateren dat de weerslag daadwerkelijk meetbaar was, aangezien een dergelijke beoordeling betrekking heeft op de materiële wettigheid van de litigieuze beschikking.

123. Ik geef daarom in overweging de eerste reeks van grieven van de Commissie met betrekking tot de motivering van punt 109 van het bestreden arrest af te wijzen.

124. De tweede reeks grieven die betrekking heeft op de in de punten 110-112 van het bestreden arrest opgenomen overwegingen van het Gerecht inzake de ontoereikendheid van het bewijs van de concrete weerslag van de inbreuk op de markt, verdient meer in het bijzonder aandacht.

125. Allereerst moet erop worden gewezen dat de redenering van het Gerecht onder het kopje „motivering van de berekening van de geldboete" in deze punten verwarrend is. Het Gerecht voert namelijk op onsamenhangende wijze tegelijkertijd zowel overwegingen aan van formele aard inzake de gebrekkige motivering van de litigieuze beschikking (door bijvoorbeeld de Commissie in punt 110 van het bestreden arrest te verwijten niet te zijn ingegaan op de argumenten van rekwiranten inzake de afwezigheid van een stijging van de verkoopprijzen van handnaalden), als overwegingen van materiële aard, die overigens duidelijk meer gewicht in de schaal werpen, ter zake van de motivering in de punten 318-320 van de considerans van de litigieuze beschikking die niet „overtuigend" of onjuist zou zijn. [43]

126. Mijns inziens maakt de Commissie het Gerecht terecht het verwijt de motivering van de litigieuze beschikking met betrekking tot de concrete weerslag van de inbreuk op de markt ontoereikend te hebben geacht.

127. In de eerste plaats wordt namelijk, volgens vaste rechtspraak inzake de omvang van de motiveringsplicht met betrekking tot de berekening van een wegens schending van de communautaire mededingingsbepalingen opgelegde geldboete, aan de wezenlijke vormvereisten van een dergelijke motivering voldaan, wanneer de Commissie in haar beschikking de factoren aangeeft op basis waarvan zij de ernst en de duur van de inbreuk

43 — Zie met betrekking tot dit onderscheid onder andere arrest Commissie/Sytraval en Brink's France (aangehaald in voetnoot 18, punten 67 en 72), en punt 92 van het bestreden arrest.

heeft beoordeeld.[44] Met betrekking tot de ernst van de inbreuk, waar het hier uitsluitend om gaat, staat het buiten kijf dat deze factoren in de punten 316-325 van de considerans van de litigieuze beschikking aan de orde zijn geweest, aangezien het criterium van de concrete weerslag in de punten 318-320 van de considerans van de beschikking is onderzocht.

128. In de tweede plaats blijkt onomstotelijk uit de overwegingen in punt 110, eerste en tweede volzin, van het bestreden arrest, zoals uiteengezet in punt 111, laatste volzin, ervan, dat het Gerecht de gegrondheid van de motivering van de litigieuze beschikking heeft onderzocht, aangezien het de daar gevolgde redenering niet steekhoudend heeft verklaard, en niet enkel heeft nagegaan of de Commissie duidelijk en ondubbelzinnig heeft uiteengezet waarom zij tot de conclusie van een concrete weerslag op de markt kwam.

129. Ik ben derhalve van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 112 van het bestreden arrest de door hem in de punten 110 en 111 van dat arrest geconstateerde gebreken van de litigieuze beschikking te kwalificeren als betrekking hebbende op een ontoereikende motivering wat het criterium van de concrete weerslag op de markt betreft.[45]

130. Niettemin kan mijns inziens aan het verzoek van de Commissie om de motivering te vervangen geen gevolg worden gegeven, tenzij dit aldus moet worden begrepen (hetgeen ik betwijfel) dat het Gerecht een onjuiste rechtsopvatting had moeten constateren.

131. Ik ben namelijk, om hierna uiteen te zetten redenen, van mening dat het Gerecht terecht heeft verklaard dat, kort gezegd, de Commissie zich voor de berekening van de geldboete niet uitsluitend kon baseren op een oorzakelijke samenhang tussen de uitvoering van het kartel en de concrete weerslag ervan op de markt.

132. Anders dan de Commissie, zowel in haar memorie van antwoord als ter terechtzitting heeft betoogd, vormt de vraag of de daadwerkelijke uitvoering van een kartel voldoende bewijs is voor de concrete weerslag van de

44 — Zie arresten van 16 november 2000, KNP BT/Commissie (C-248/98 P, Jurispr. blz. I-9641, punt 42), en Sarrió/Commissie (C-291/98 P, Jurispr. blz. I-9991, punt 73), en arrest Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 26, punt 463).

45 — Dienaangaande moet erop worden gewezen dat terwijl in de Franstalige versie van punt 115 van het bestreden arrest het Gerecht gebruikmaakt van de uitdrukkingswijze „défaut de motivation", uit de in de procestaal (Duits), de enige taalversie die rechtskracht heeft, gebezigde uitdrukking „unzureichende Begründung" ondubbelzinnig blijkt dat hiermee niet het ontbreken van een motivering (in het Duits: „Begründungsmangel") wordt bedoeld, maar een onvoldoende of gebrekkige motivering („unzureichende Begründung"). Deze uitlegging wordt bevestigd door het feit dat deze uitdrukkingswijze identiek is aan die in punt 99 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht met betrekking tot de omvang van de markten een „ontoereikende motivering" heeft geconstateerd.

inbreuk op de markt, nog lang geen voorwerp van „vaste rechtspraak" van het Hof. Het Hof heeft in elk geval tot op heden nog nooit bij dit vraagstuk stilgestaan en moet zich, niet enkel in het onderhavige geval maar ook in de zogenaamde „Oostenrijkse banken"-zaken, voor het eerst hierover buigen. [46]

133. Zoals advocaat-generaal Bot benadrukt in zijn conclusie van 26 maart 2009 in de laatstgenoemde zaken, bestaan er nog talrijke onzekerheden omtrent de vraag wat er onder het begrip „meetbaar" in de zin van de richtsnoeren valt. [47]

134. Deze onzekerheden komen gedeeltelijk voort uit de rechtspraak van het Gerecht die tegenstrijdig is met betrekking tot de vraag of de constatering van de daadwerkelijke uitvoering van het kartel volstaat als bewijs voor het bestaan van een concrete weerslag van de inbreuk op de markt.

135. In voornoemde conclusie [48] wijst advocaat-generaal Bot terecht erop dat de rechtspraak zich wat deze vraag betreft in twee richtingen heeft ontwikkeld.

136. De eerste richting houdt in dat het Gerecht oordeelt dat de Commissie zich terecht mag baseren op de uitvoering van het kartel om tot het bestaan van een weerslag op de markt te concluderen. Deze richting volgt het Gerecht in de zaken van de Oostenrijkse banken [49], en in het arrest Groupe Danone/Commissie [50] alsook, meer recentelijk, in de arresten Hoechst/Commissie [51] en Carbone Lorraine/Commissie. [52]

137. In het bestreden arrest daarentegen heeft het Gerecht verklaard, zoals ik reeds heb uiteengezet, dat de Commissie zich ten behoeve van het bewijs van de concrete weerslag van de inbreuk op de markt niet kon beperken tot de enkele vaststelling dat het kartel daadwerkelijk was uitgevoerd. Die benadering maakt deel uit van de tweede richting die in de rechtspraak is vast te stellen. In deze tweede richting eist het Gerecht van de Commissie concrete en geloofwaardige aanwijzingen die met een redelijke mate van waarschijnlijkheid de conclusie toelaten dat het kartel een weerslag heeft gehad op de markt. De daadwerkelijke uitvoering van het kartel is hierbij enkel een sterke aanwijzing, zonder dat de Commissie evenwel in haar

46 — Gevoegde zaken Erste Bank der österreichischen Sparkassen/Commissie (C-125/07 P), Raiffeisen Zentralbank Österreich/Commissie (C-133/07 P), Bank Austria Creditanstalt/Commissie (C-135/07 P) en Österreichische Volksbanken/Commissie (C-137/07 P), alle aanhangig bij het Hof.

47 — Punt 275 van de conclusie in voornoemde zaken.

48 — Idem, punten 279-300.

49 — Arrest van 14 december 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich/Commissie (T-259/02–T-264/02 en T-271/02, Jurispr. blz. II-5169, punt 288). Dit arrest is gewezen door dezelfde kamer in gelijke samenstelling als de kamer die het bestreden arrest heeft gewezen.

50 — Arrest van 25 oktober 2005, (T-38/02, Jurispr. blz. II-4407). In punt 148 van dit arrest heeft het Gerecht verklaard dat „[d]e, zij het gedeeltelijke, uitvoering van een overeenkomst met een mededingingsverstorend doel volstaat om de mogelijkheid uit te sluiten dat deze overeenkomst geen weerslag op de markt heeft gehad". In het kader van de hogere voorziening die heeft geleid tot het arrest van 8 februari 2007, Groupe Danone/Commissie (C-3/06 P, Jurispr. blz. I-1331) is dit punt voor het Hof niet naar voren gebracht.

51 — Arrest Gerecht van 18 juni 2008 (T-410/03, Jurispr. blz. II-881, punten 345 en 348).

52 — Arrest Gerecht van 8 oktober 2008 (T-73/04, Jurispr. blz. II-2661, punt 84). Tegen dit arrest is bij het Hof een hogere voorziening aanhangig (C-554/08 P, Carbone Lorraine/Commissie).

beoordeling met een dergelijke aanwijzing kan volstaan. [53]

138. Volgens deze benadering is de uitvoering van een kartel enkel een voorafgaande voorwaarde voor het bewijs van de concrete weerslag van een kartel op de markt. [54]

139. Evenals advocaat-generaal Bot in zijn reeds aangehaalde conclusie [55] kies ik voor de redenering die in de tweede richting van de rechtspraak wordt gevolgd.

140. Ik ben namelijk van mening dat de Commissie, wanneer zij een beschikking waarmee zij een onderneming beboet wegens inbreuk op artikel 81, lid 1, EG wil baseren op het bestaan van een concrete weerslag van de inbreuk op de markt, voldoende concrete en geloofwaardige aanwijzingen moet kunnen leveren om de daadwerkelijke weerslag van de inbreuk op de mededinging op de markt te kunnen beoordelen. Met name wanneer sprake is van een concrete weerslag van de inbreuk, die in geval van een op grond van zijn eigen aard zeer ernstige inbreuk, de Commissie de mogelijkheid biedt deze zwaarder te laten wegen en het basisbedrag te verhogen tot meer dan het minimum van 20 miljoen EUR, kan de Commissie zich niet beperken tot de enkele constatering dat het kartel daadwerkelijk is uitgevoerd en dus zonder enige verdere aanwijzingen zonder meer aannemen dat dit kartel naar alle waarschijnlijkheid een weerslag op de markt heeft gehad.

141. Gelet op de in de rechtspraak genoemde doelstelling dat de geldboeten die worden opgelegd aan ondernemingen die inbreuk hebben gemaakt op artikel 81, lid 1, EG met name onrechtmatige gedragingen moeten tegengaan, lijkt een dergelijke eis mij a fortiori gepast. [56]

142. In dit verband kan het mijns inziens niet zo zijn, dat de Commissie met betrekking tot concurrentiebeperkende afspraken over bijvoorbeeld prijzen of de verdeling van product- en/of geografische markten, niet alleen geen bewijs hoeft te leveren voor de gevolgen van deze afspraken ten behoeve van de constatering van het *bestaan* van een inbreuk, maar tevens geen concrete en geloofwaardige aanwijzingen hoeft te leveren voor

53 — Zie arresten Gerecht van 27 september 2006, Roquette Frères/Commissie (T-322/01, Jurispr. blz. II-3137, punten 77 en 78); Archer Daniels Midland/Commissie (T-329/01, Jurispr. blz. II-3255, punten 178-181); Jungbunzlauer/Commissie (T-43/02, Jurispr. blz. II-3435, punten 155-159), en Archer Daniels Midland/Commissie (T-59/02, Jurispr. blz. II-3627, punten 161-165). Zie ook in die zin arresten van 8 juli 2008, Knauf Gips/Commissie (T-52/03, punten 392-395); BPB/Commissie (T-53/03, Jurispr. blz. II-1333, punten 301-304), en Lafarge/Commissie (T-54/03, punten 584-587). Tegen de in de zaken T-52/03 en T-54/03 gewezen arresten is bij het Hof hogere voorziening ingesteld (respectievelijk Knauf Gips/Commissie, C-407/08 P, en Lafarge/Commissie, C-413/08).

54 — Zie arresten Roquettes Frères/Commissie (aangehaald in voetnoot 53, punt 77), en Archer Daniels Midland/Commissie (T-329/01, aangehaald in voetnoot 53, punt 180).

55 — Zie punten 303-314 van de aangehaalde conclusie.

56 — Zie in het bijzonder arresten ACF Chemiefarma/Commissie (aangehaald in voetnoot 23, punt 173) en SGL Carbon/Commissie (aangehaald in voetnoot 15, punt 37), en arrest van 7 juni 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Commissie (C-76/06 P, Jurispr. blz. I-4405, punt 22).

de daadwerkelijke weerslag van de inbreuk op de markt, terwijl zij het wel nodig acht om een dergelijk criterium te hanteren bij de bepaling van de *ernst* van de inbreuk en, uiteindelijk, bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete die zij voornemens is aan de betrokken ondernemingen op te leggen.

143. Bijgevolg heeft het Gerecht in de punten 110 en 111 van het bestreden arrest mijns inziens terecht verklaard dat, kort gezegd, de Commissie uit de uitvoering van het kartel niet zonder meer het bestaan van daadwerkelijke gevolgen voor de markt mocht afleiden en dat zij haar beschikking niet enkel mocht baseren op een oorzakelijk verband tussen de uitvoering van het kartel en de daadwerkelijke weerslag ervan op de markt.

144. Ik geef derhalve in overweging om het door de Commissie gedane verzoek tot vervanging van de motivering af te wijzen.

ii) Grieven van rekwiranten ter ondersteuning van het tweede onderdeel van het derde middel in hogere voorziening

145. Rekwiranten verwijten het Gerecht te hebben geweigerd de litigieuze beschikking nietig te verklaren, hoewel het had geconstateerd dat de Commissie niet had voldaan aan de motiveringsplicht met betrekking tot het criterium van de concrete weerslag van de inbreuk op de markt. [57] Volgens hen had het Gerecht in punt 190 van het bestreden arrest niet kunnen overwegen, zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting, dat het basisbedrag van de geldboete passend was.

146. Gesteld dat het Gerecht met betrekking tot de concrete weerslag van de inbreuk op de markt op goede gronden een gebrekkige motivering van de litigieuze beschikking heeft geconstateerd, in plaats van uit te gaan van een (kennelijk) onjuiste beoordeling van dit criterium, moet het betoog van rekwiranten toch worden afgewezen.

147. Er zij aan herinnerd dat met betrekking tot beroepen tegen beschikkingen waarbij de Commissie aan ondernemingen geldboeten oplegt wegens schending van de mededingingsregels, het Gerecht een dubbele bevoegdheid heeft. Enerzijds moet het die beschikkingen krachtens artikel 230 EG op hun wettigheid toetsen. Daarbij moet het met name nagaan of de motiveringsplicht is nagekomen. Schending van deze plicht kan tot *nietigverklaring* van de beschikking leiden. Anderzijds is het Gerecht in het kader van de hem bij artikel 229 EG en verordening nr. 1/2003 verleende volledige rechtsmacht

57 — De overwegingen in voetnoot 46 van deze conclusie met betrekking tot de uitdrukkingswijze „défaut de motivation" in punt 115 van de Franstalige versie van het bestreden arrest gelden eveneens met betrekking tot het gebruik van deze uitdrukkingswijze in punt 190 van dit arrest. Overeenkomstig de Duitstalige versie van het bestreden arrest doelt deze uitdrukkingswijze dus op een ontoereikende of gebrekkige motivering en niet op het ontbreken ervan.

bevoegd om te beoordelen of de opgelegde geldboeten passend zijn. [58]

148. Hieruit volgt dat de constatering van een gebrekkige motivering met betrekking tot een van de criteria voor de vaststelling van het bedrag van de aan een onderneming opgelegde geldboete wegens schending van artikel 81, lid 1, EG niet ipso facto leidt tot de — zelfs gedeeltelijke — nietigverklaring van de beschikking waarbij deze geldboete is opgelegd. De verklaring hiervoor is het aantal criteria die de Commissie kan hanteren ten behoeve van de bepaling van de ernst en de duur van een bepaalde inbreuk. Het dictum van de betrokken beschikking (hieronder dus begrepen het bedrag van de door haar opgelegde boete) kan zonder meer rechtsgeldig worden gebaseerd op andere overwegingen dan de overwegingen die met een door de rechter in eerste aanleg geconstateerde fout of gebrek zijn behept.

149. In de litigieuze beschikking is de Commissie op grond van de ernst van de inbreuk uitgekomen op een basisbedrag van 20 miljoen EUR. Bij de vaststelling van dit bedrag is rekening gehouden met in het bijzonder de eigen aard van de inbreuk, de concrete weerslag ervan op de markt en de omvang van de geografische markt.

58 — Zie in die zin arresten KNP BT/Commissie (aangehaald in voetnoot 44, punten 38-40) en Sarrió/Commissie (aangehaald in voetnoot 44, punten 69-71).

150. In het bestreden arrest is het Gerecht, na eerst te hebben gewezen op de gebreken in de bij het onderzoek van de ernst van de inbreuk door de Commissie gegeven beoordeling van de concrete weerslag op de markt, nagegaan of deze gebreken gevolgen konden hebben voor de berekening van de geldboete, dat wil zeggen het met betrekking tot rekwiranten in de litigieuze beschikking vastgestelde basisbedrag van 20 miljoen EUR.

151. In het kader van de toetsing waartoe het Gerecht uit hoofde van zijn volledige rechtsmacht bevoegd is, heeft het, na in de punten 188 en 189 van het bestreden arrest te hebben geconstateerd dat de kwalificatie in de litigieuze beschikking van de inbreuk als „zeer ernstig" op grond van de aard van het betrokken kartel gerechtvaardigd was, in punt 190 van dit arrest op goede gronden geoordeeld dat de geconstateerde inbreuken in de omstandigheden van de zaak niet kunnen *leiden tot opheffing of vermindering van de opgelegde geldboete*, aangezien de kwalificatie van de inbreuk als „zeer ernstig" gegrond was en de Commissie het laagste basisbedrag had gekozen dat de richtsnoeren voor een dergelijke inbreuk kennen (wat overigens overeenkomt met het maximumbedrag voor een „ernstige" inbreuk), te weten 20 miljoen EUR.

152. Anders gezegd: het Gerecht heeft overwogen dat hoewel de Commissie wegens de concrete weerslag van de inbreuk op de markt het basisbedrag van de geldboete had kunnen verhogen, wanneer de omstandigheden van het onderhavige geval dit zouden hebben toegelaten, de gebreken waardoor de toepassing van dit criterium was aangetast hoe dan ook geen enkele invloed hebben gehad op de in casu vastgestelde hoogte van de geldboete

(en dus op het dictum van de litigieuze beschikking) aangezien deze hoogte van de geldboete overeenkwam met het maximumbedrag voor een ernstige inbreuk in de zin van de richtsnoeren, terwijl deze op grond van zijn eigen aard als een „zeer ernstige" inbreuk kon worden gekwalificeerd. In deze omstandigheden heeft het Gerecht in het kader van zijn volledige rechtsmacht, gemeend geen gebruik te hoeven maken van zijn bevoegdheid tot wijziging van de litigieuze beschikking, omdat gelet op de kwalificatie van de inbreuk als „zeer ernstig" het vastgestelde basisbedrag gematigd en derhalve passend was.

153. Een dergelijke beoordeling en benadering geeft mijns inziens geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

154. Ik geef derhalve in overweging om de grieven die rekwiranten hebben aangevoerd ter ondersteuning van het tweede onderdeel van het derde middel in hogere voorziening af te wijzen. Bijgevolg ben ik van mening dat dit middel in zijn geheel moet worden afgewezen.

E — *Vierde middel in hogere voorziening: schending van de richtsnoeren en onjuiste beoordeling van de ernst van de inbreuk*

155. Dit middel berust op twee onderdelen. Het eerste hiervan is hieraan ontleend dat de onjuiste bepaling van de concrete weerslag van de inbreuk op de markt buiten beschouwing is gebleven. Het tweede onderdeel van dit middel houdt in dat de vrijwillige beëindiging van de inbreuk door rekwiranten niet als een verzachtende omstandigheid is meegewogen.

1. Eerste onderdeel van het vierde middel: de onjuiste bepaling van de concrete weerslag van de inbreuk op de markt is buiten beschouwing gebleven

a) Argumenten van partijen

156. Rekwiranten betogen dat het Gerecht in de punten 188-190 van het bestreden arrest in tweeërlei opzicht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. In de eerste plaats zou het Gerecht de ernst van de inbreuk enkel in het licht van de abstracte aard van de inbreuk hebben onderzocht. Het buiten beschouwing laten van de concrete omstandigheden van de inbreuk zou in strijd zijn met de richtsnoeren, alsook met de rechtspraak van het Hof en de vaste beslissingspraktijk van de Commissie. In de tweede plaats zou het Gerecht ten onrechte van mening zijn geweest dat het in de richtsnoeren opgenomen basisbedrag voor een „zeer ernstige" inbreuk een minimumbedrag vormt waarvan niet mag worden afgeweken. Deze aanpak zou in strijd zijn met de beslissingspraktijk van de Commissie en een schending van het evenredigheidsbeginsel vormen.

157. De Commissie verwijst ten dele naar haar betoog in het kader van het derde middel met betrekking tot de concrete weerslag van de inbreuk op de markt. Zij voegt hieraan toe dat het Gerecht het in de richtsnoeren opgenomen basisbedrag niet heeft beschouwd als een drempel waarvan niet mag worden afgeweken, maar in de punten 206-223 van het bestreden arrest juist de evenredigheid ervan heeft onderzocht. Met betrekking tot de argumenten van rekwiranten inzake de beslissing van de Commissie zouden de aangehaalde voorbeelden ofwel niet relevant, ofwel nieuw of onjuist zijn.

b) Beoordeling

158. Er zij eraan herinnerd, dat in het kader van een hogere voorziening, ingesteld tegen een arrest van het Gerecht waarbij het bedrag is vastgesteld van de geldboete die is opgelegd aan een onderneming die de communautaire mededingingsbepalingen heeft geschonden, het Hof, in de eerste plaats, dient na te gaan, of het Gerecht op een juridisch correcte wijze alle wezenlijke factoren in aanmerking heeft genomen om de ernst van een bepaalde gedraging aan de artikelen 81 en 82 van het Verdrag en artikel 15 van verordening nr. 17 (of artikel 23 van verordening nr. 1/2003) te toetsen, en, in de tweede plaats, of het rechtens genoegzaam antwoord heeft gegeven op alle door rekwiranten aangevoerde argumenten die strekken tot opheffing of vermindering van de geldboete. [59]

159. Wat de onderhavige zaak betreft, herinner ik eraan dat het Gerecht in punt 188 van het bestreden arrest heeft overwogen dat op grond van zijn eigen aard de in geding zijnde inbreuk, die een verdeling van de productmarkten en de geografische markt tot doel had, een overduidelijke schending van het mededingingsrecht vormde en bijgevolg zeer ernstig was. In punt 189 van het bestreden arrest trok het Gerecht hieruit de conclusie dat, gelet op de omschrijving in de richtsnoeren, de kwalificatie van de inbreuk als „zeer ernstig" gerechtvaardigd was.

160. Mijns inziens geeft deze analyse als zodanig op geen enkele wijze blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

161. In het arrest Thyssen Stahl/Commissie [60] is het Hof immers reeds in de gelegenheid geweest om zijn goedkeuring te verlenen aan de benadering van het Gerecht dat ten behoeve van de bepaling van de ernst van de inbreuk kan worden verwezen naar de aard en het doel van de onwettige gedragingen, en dat de met het doel van een gedraging samenhangende elementen bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete meer gewicht in de schaal kunnen werpen dan de elementen die te maken hebben met de weerslag ervan. In die zin heeft het Hof verklaard dat het effect van een mededingingsverstorende praktijk geen doorslaggevende maatstaf is bij de beoordeling van het bedrag van de geldboete. [61]

59 — Zie in het bijzonder arresten Baustahlgewebe/Commissie (aangehaald in voetnoot 38, punt 128), Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissie (aangehaald in voetnoot 26, punt 217) en Groupe Danone/Commissie (aangehaald in voetnoot 50, punt 69).

60 — Arrest van 2 oktober 2003 (C-194/99 P, Jurispr. blz. I-10821).
61 — Idem, punt 118.

162. Zoals bovendien het Gerecht in punt 189 van het bestreden arrest terecht heeft opgemerkt, heeft de Commissie in de richtsnoeren uiteengezet dat het wat de zeer ernstige inbreuken betreft „in hoofdzaak [gaat] om horizontale beperkingen van het type prijskartel en marktverdelingsregeling, of andere gedragingen die de goede werking van de interne markt in het gedrang brengen, zoals maatregelen tot afscherming van nationale markten" (punt 1 A, tweede alinea, derde streepje).

163. Uit deze indicatieve omschrijving volgt dat overeenkomsten of onderling afgestemde gedragingen die, zoals in casu, tot doel hebben om, in de eerste plaats, de productmarkten te verdelen door segmentering van de Europese markt voor handnaalden en andere harde fournituren, en, in de tweede plaats, de geografische markt te verdelen door segmentering van de Europese markt voor hand-, borduur-, brei- en haaknaalden, op de enkele grond van hun eigen aard als „zeer ernstig" kunnen worden gekwalificeerd, zonder dat deze gedragingen een bijzondere weerslag hoeven te hebben.

164. Ik ben derhalve van mening dat rekwiranten het Gerecht niet kunnen verwijten te hebben verklaard dat, kort gezegd, de in punt 1 A, eerste alinea, van de richtsnoeren genoemde criteria niet hetzelfde gewicht toekomt bij de beoordeling van de ernst van de inbreuk.

165. Bovendien heeft het Gerecht, zoals ik in de punten 151 en 152 van deze conclusie heb uiteengezet, na te hebben gewezen op de gebrekkige beoordeling door de Commissie van de concrete weerslag van de inbreuk, niettemin geweigerd om gebruik te maken van zijn bevoegdheid tot herziening van het basisbedrag van de in de litigieuze beschikking vastgestelde geldboete op grond dat, kort samengevat, in de omstandigheden van het geval, het in de beschikking vastgestelde bedrag mild was in verhouding tot de reeds uit de eigen aard ervan voortgevloeide kwalificatie van de inbreuk als „zeer ernstig". Anders dan rekwiranten betogen, heeft blijkens punt 190 van het bestreden arrest [62] het Gerecht zich dus niet op het standpunt gesteld dat het in de litigieuze beschikking vastgestelde basisbedrag van 20 miljoen EUR een drempel vormt, waarvan niet mag worden afgeweken, maar heeft het zich in het kader van zijn volledige rechtsmacht veeleer gebogen over de vraag of dit bedrag al dan niet moest worden herzien. Het feit dat, gelet op de omstandigheden van het onderhavige geval, het Gerecht een herziening van het in de litigieuze beschikking vastgestelde basisbedrag van de geldboete niet geboden achtte, waarbij het heeft stilgestaan bij de gronden hiervoor, kan op zichzelf geen schending van het evenredigheidsbeginsel vormen. Bovendien heeft het feit dat de Commissie andere onwettige gedragingen in andere zaken anders heeft beoordeeld geen enkele relevantie, aangezien de beschikkingspraktijk van de Commissie geen rechtskader vormt voor de berekening van geldboeten op het gebied van mededinging. [63]

62 — Zie voor een soortgelijke aanpak onder andere arrest Gerecht van 9 juli 2003, Kyowa Hakko Kogyo en Kyowa Hakko Europe/Commissie (T-223/00, Jurispr. blz. II-2553, punten 77-89).

63 — Zie onder meer arresten Dansk Rørindustri e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 30, punten 209-213), JCB Service/Commissie (aangehaald in voetnoot 13, punt 205) en Archer Daniels Midland/Commissie (aangehaald in voetnoot 41, C-510/06 P, punt 82).

166. Bijgevolg moet het eerste onderdeel van het vierde middel worden afgewezen.

2. Tweede onderdeel van het vierde middel: de vrijwillige beëindiging van de inbreuk door rekwiranten is niet als een verzachtende omstandigheid in aanmerking genomen

a) Argumenten van partijen

167. Met dit onderdeel betogen rekwiranten dat het Gerecht in de punten 211-213 van het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te verklaren dat een verzachtende omstandigheid slechts kan worden erkend, wanneer de betrokken ondernemingen door het optreden van de Commissie ertoe zijn gebracht hun concurrentievervalsende gedragingen te staken. Volgens rekwiranten moet de vrijwillige beëindiging van de inbreuk die nog vóór de eerste onderzoekshandeling van de Commissie plaatsvond, logischerwijs in aanmerking worden genomen in het kader van de verzachtende omstandigheden, aangezien hiermee zeker geen rekening is gehouden bij de beoordeling van de duur van de inbreuk.

168. Volgens de Commissie komt de zienswijze van het Gerecht overeen met zijn rechtspraak die niet in twijfel hoeft te worden getrokken.

b) Beoordeling

169. Vaststaat dat het Gerecht het verzoek van rekwiranten om de Commissie in het ongelijk te stellen voor de weigering om een verzachtende omstandigheid, als bedoeld in punt 3 van de richtsnoeren, ten gunste van hen te erkennen, heeft afgewezen op grond dat, in het bijzonder, de inbreuk reeds vóór de eerste stappen van de Commissie werd beëindigd.

170. In punt 211 van het bestreden arrest heeft het Gerecht verklaard dat de voortijdige beëindiging van de onwettige overeenkomst geen recht geeft op erkenning van een verzachtende omstandigheid in de zin van punt 3 van de richtsnoeren. Een vermindering zou in dergelijke omstandigheden namelijk erop neerkomen dat de duur van de inbreuken bij de berekening van de geldboeten twee keer in aanmerking wordt genomen. In casu heeft het Gerecht in punt 212 van het bestreden arrest geconstateerd dat de voortijdige beëindiging van de onwettige overeenkomst niet het gevolg was van ingrijpen van de Commissie of het besluit van rekwiranten om de inbreuk te beëindigen, maar in wezen, zoals rekwiranten in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar hebben uiteengezet, van de gestegen productiecapaciteit van Prym in de Tsjechische Republiek. In punt 213 van het bestreden arrest heeft het Gerecht erop gewezen dat de voortijdige beëindiging van het kartel reeds bij de beoordeling van de duur van de inbreuk in aanmerking is genomen en daarom geen verzachtende omstandigheid kon vormen.

171. Los van de (feitelijke) vraag of rekwiranten de inbreuk volledig vrijwillig, dan wel

om dwingende economische redenen voortijdig hebben beëindigd, geeft de opvatting van het Gerecht van de richtsnoeren mijns inziens geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

172. Ingevolge punt 3 van de richtsnoeren wordt het door de Commissie vastgestelde basisbedrag immers onder andere verlaagd, wanneer de betrokken onderneming reeds bij de eerste stappen van de Commissie de inbreuk heeft beëindigd.

173. In het arrest Dalmine/Commissie is het Hof reeds in de gelegenheid geweest om de opvatting van het Gerecht te bevestigen dat geen vermindering van het boetebedrag op grond van een verzachtende omstandigheid in de zin van punt 3 van de richtsnoeren kan worden toegekend, wanneer de geconstateerde inbreuk reeds vóór de eerste verificaties van de Commissie is beëindigd of wanneer de betrokken onderneming bezig was deze te beëindigen. [64]

174. Recentelijk is deze benadering — zij het in iets andere omstandigheden — bevestigd in het arrest Archer Daniels Midland/Commissie, waarin het Hof heeft verklaard dat de betrokken onderneming terecht geen vermindering van het basisbedrag van de haar opgelegde geldboete kon verlangen op grond dat zij haar onrechtmatige gedrag had beëindigd na de eerste stappen van de Amerikaanse mededingingsautoriteiten die vóór die van de Commissie hadden plaatsgevonden. [65] Het Hof heeft zich hierbij gebaseerd op de noodzaak van de afschrikkende werking van de door de Commissie opgelegde geldboete en het nuttig effect van artikel 81, lid 1, EG. [66]

175. Voor het onderhavige geval betekent dit dat het Gerecht met zijn bevestiging van de weigering van de Commissie in de litigieuze beschikking om de voortijdige beëindiging door rekwiranten van de door hen niet betwiste inbreuk op artikel 81, lid 1, EG te erkennen als een verzachtende omstandigheid, in geen enkel opzicht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

176. Bijgevolg ben ik van mening dat het tweede onderdeel van het vierde middel geen hout snijdt. Ook dit middel moet dus in zijn geheel worden afgewezen.

64 — Aangehaald in voetnoot 24, punten 158 en 160.

65 — Aangehaald in voetnoot 41, punt 150.

66 — Idem, punt 149.

F — *Vijfde middel in hogere voorziening: schending van het evenredigheidsbeginsel bij de berekening van de geldboete*

1. Argumenten van partijen

177. Rekwiranten zijn van mening dat het Gerecht bij de bepaling van de ernst van de inbreuk in het kader van de berekening van de geldboeten het evenredigheidsbeginsel in tweeërlei opzicht heeft geschonden. In de eerste plaats zou het Gerecht blijk hebben gegeven van een formalistische toepassing van de richtsnoeren, zonder rekening te houden met de concrete omstandigheden van de inbreuk. In de tweede plaats zou het Gerecht de evenredigheid van de geldboete enkel hebben onderzocht in het licht van afzonderlijke individuele criteria, zonder rekening te houden met alle omstandigheden van het geval. Dienaangaande hebben rekwiranten met name kritiek op de punten 228-232 van het bestreden arrest.

178. Volgens de Commissie moet dit middel worden afgewezen, omdat het Hof hiermee wordt verzocht om een nieuwe beoordeling van de hoogte van de geldboete. Subsidiair benadrukt de Commissie dat het Gerecht nauwgezet heeft stilgestaan bij de evenredigheid van de geldboete en dat de argumenten van rekwiranten ongegrond zijn.

2. Beoordeling

179. De eerste grief van rekwiranten, ontleend aan de formalistische toepassing van de richtsnoeren, moet worden afgewezen op grond van dezelfde overwegingen als die in punt 165 van deze conclusie. Tot staving van hun grief voeren rekwiranten immers enkel opnieuw aan dat het Gerecht het basisbedrag van 20 miljoen EUR zou hebben beschouwd als een drempel waarvan niet mag worden afgeweken. Zoals ik hierboven reeds heb uiteengezet, treft dit verwijt geen doel.

180. Wat de tweede grief betreft, blijkt uit de vaste rechtspraak dat het niet aan het Hof staat om, wanneer het zich in het kader van een hogere voorziening uitspreekt over rechtsvragen, 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 geldboeten die ondernemingen wegens schending van het gemeenschapsrecht opgelegd hebben gekregen. [67]

181. Bijgevolg is het Hof in het kader van een hogere voorziening niet bevoegd tot een algeheel heronderzoek van de geldboeten. [68]

182. In casu verzoeken rekwiranten het Hof in feite om een heronderzoek van het bedrag van de door het Gerecht opgelegde geldboete. In de punten 103-108 van hun hogere voorziening betogen zij immers dat het gestelde ontbreken van een concrete weerslag op de markt, de duur en de wisselende gevolgen van de inbreuk, de voortijdige beëindiging ervan, de gestelde wanverhouding tussen de geldboete en de algehele omzet, de beweerde geringe omvang van de betrokken markten, alsmede het percentage dat de door de Commissie opgelegde geldboete vertegenwoordigt in verhouding tot het jaarvolume van het eerste niveau van de betrokken markten, voor het Gerecht aanleiding hadden moeten zijn om het bedrag van de in de litigieuze beschikking opgelegde geldboete te verlagen.

183. De taak van het Hof in hogere voorziening is met name erop toe te zien dat het Gerecht rechtens genoegzaam antwoord heeft gegeven op alle argumenten die de rekwirant heeft aangevoerd met het oog op opheffing of vermindering van de geldboete. [69]

184. Dienaangaande heeft het Gerecht, zoals de Commissie in haar memorie van antwoord heeft uiteengezet en ik heb laten zien in mijn beoordeling van het derde en het vierde middel van de hogere voorziening, zeer nauwgezet stilgestaan bij de argumenten van rekwiranten die zijn herhaald in de punten 103-108 van hun hogere voorziening, als hierboven vermeld.

185. Met betrekking tot de zeer uitvoerige kritiek inzake de vermeende wanverhouding van de geldboete ten opzichte van de totale omzet van rekwiranten en het volume van het eerste niveau van de betrokken markten en voor zover nog niet onderzocht bij de behandeling van de eerdere middelen van de hogere voorziening, is het Gerecht bovendien in de punten 228-232 van het bestreden arrest op goede gronden nagegaan of, rekening houdend met de argumenten van rekwiranten en zijn volledige rechtsmacht, het in de litigieuze beschikking vastgestelde bedrag evenredig was in verhouding tot deze elementen. Dienaangaande moet erop worden gewezen dat het Gerecht zich bij zijn beoordeling niet heeft vastgelegd op de in

67 — Zie onder meer arresten van 15 december 1994, Finsider/Commissie (C-320/92 P, Jurispr. blz. I-5697, punt 46), en 8 juli 1999, Hercules Chemicals/Commissie (C-51/92 P, Jurispr. blz. I-4235, punt 109), en arresten Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 26, punt 614) en Dansk Rørindustri e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 30, punt 245).

68 — Zie in die zin arrest Dansk Rørindustri e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 30, punt 246 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

69 — Zie in het bijzonder arresten Baustahlgewebe/Commissie (aangehaald in voetnoot 38, punt 128) en Groupe Danone/Commissie (aangehaald in voetnoot 50, punt 69).

artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 bedoelde bovengrens van 10 % van de totale omzet, waarvan de inachtneming, zoals in punt 226 van het bestreden arrest door het Gerecht op goede gronden is opgemerkt, niet automatisch de evenredigheid van de geldboete waarborgt.

186. Gelet op het voorgaande geef ik in overweging het vijfde middel van de hogere voorziening en derhalve de hogere voorziening in haar geheel af te wijzen.

III — Kosten

187. Volgens artikel 122, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering beslist het Hof ten aanzien van de proceskosten wanneer de hogere voorziening ongegrond is. Krachtens artikel 69, lid 2, van dit Reglement, dat krachtens artikel 118 ervan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen voor zover dat is gevorderd. Aangezien de Commissie heeft geconcludeerd tot verwijzing van rekwiranten in de kosten en deze mijns inziens niet slagen met hun middelen dienen zij te worden verwezen in de kosten.

IV — Conclusie

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

1) de hogere voorziening af te wijzen;

2) William Prym GmbH & Co. KG en Prym Consumer GmbH & Co. KG te verwijzen in de kosten.