CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. WATHELET
van 25 juni 2015 [1]

Zaak C-373/14 P

Toshiba Corporation
tegen

Europese Commissie

„Hogere voorziening — Mededingingsregelingen — Markt van energietransformators — Mondelinge overeenkomst inzake verdeling van markten (‚gentlemen's agreement') — Begrip mededingingsbeperkende strekking — Criterium van publieke distantiëring — Punt 18 van de richtsnoeren van 2006"

1. Met deze hogere voorziening verzoekt Toshiba Corporation om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie in de zaak Toshiba/Commissie (T-519/09, EU:T:2014:263; hierna: „bestreden arrest") houdende verwerping van haar beroep tot nietigverklaring van beschikking C (2009) 7601 definitief van de Commissie van 7 oktober 2009 betreffende een procedure overeenkomstig artikel 81 EG (COMP/39.129 – Energietransformators; hierna: „litigieuze beschikking").

2. Met dit beroep wordt het Hof opnieuw verzocht zich te buigen over het begrip mededingingsbeperkende „strekking" in de zin van artikel 81, lid 1, EG (thans artikel 101, lid 1, VWEU), en meer bepaald aan te geven welke punten moeten worden onderzocht om vast te stellen dat er sprake is van omstandigheden waarin een praktijk een dergelijke strekking kan hebben.

3. Ook het begrip „publieke distantiëring" en punt 18 van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd [2] (hierna: „richtsnoeren van 2006") staan in deze procedure centraal.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — PB 2006, C 210, blz. 2.

I – **Toepasselijke bepalingen**

A – *Unierecht*

1. Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

4. Artikel 101, lid 1, VWEU bepaalt:

„Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in:

a) het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan– of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden,

b) het beperken of controleren van de productie, de afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen,

c) het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen,

d) het ten opzichte van handelspartners toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmede nadeel berokkenend bij de mededinging,

e) het afhankelijk stellen van het sluiten van overeenkomsten van de aanvaarding door de handelspartners van bijkomende prestaties welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten."

2. Richtsnoeren van 2006

5. Punt 13 van de richtsnoeren van 2006 bepaalt:

„Om het basisbedrag van de op te leggen boete vast te stellen zal de Commissie uitgaan van de waarde van de op de desbetreffende geografische markt in de EER [Europese Economische Ruimte] verkochte goederen of diensten van de onderneming die rechtstreeks of indirect [...] verband houden met de inbreuk. De Commissie zal over het algemeen gebruik maken van de verkopen van de onderneming in het laatste volledige jaar waarin zij aan de inbreuk heeft deelgenomen [...]."

6. Punt 18 van de richtsnoeren van 2006 houdt evenwel een afwijking van deze regel in:

„Wanneer het geografisch bereik van een inbreuk het grondgebied van de [EER] overschrijdt (bijvoorbeeld bij mondiale kartels), dan komt het aandeel van elke onderneming in de inbreuk onvoldoende tot uiting in de verkopen van die onderneming binnen de EER. Dit kan met name het geval zijn wanneer markten op wereldwijd niveau worden verdeeld.

Om zowel de omvang van de betrokken verkopen in de EER als het relatieve aandeel van elke onderneming in de inbreuk weer te geven kan de Commissie de totale waarde van de op de desbetreffende geografische markt (die groter is dan de EER) verkochte goederen of diensten welke verband houden met de inbreuk ramen, het aandeel van de verkopen van elke onderneming die op deze markt aan de inbreuk heeft deelgenomen vaststellen en dit aandeel toepassen op de totale verkopen van deze ondernemingen in de EER. Het resultaat wordt vervolgens als waarde van de verkopen gebruikt met het oog op de vaststelling van het basisbedrag van de boete."

7. In punt 37 van de richtsnoeren van 2006 ten slotte wordt verduidelijkt, dat „[h]oewel de algemene methode voor de vaststelling van geldboeten in deze richtsnoeren uiteen wordt gezet [...] de bijzondere kenmerken van een gegeven zaak of de noodzaak om een bepaald afschrikkend niveau te bereiken, een afwijking van deze methode of van de in punt 21 vastgestelde maxima [kunnen] rechtvaardigen".

II – **Voorgeschiedenis van het geding**

8. De sector waarop deze zaak betrekking heeft, is die van energietransformators, spaartransformators en laadstroomcompensatiespoelen met een spanningsbereik van 380 kV en meer. Een energietransformator is een belangrijke elektrische component die de spanning in een elektrisch circuit moet verlagen of verhogen.

9. Toshiba Corporation (hierna: „Toshiba") is een Japanse vennootschap die voornamelijk op drie gebieden actief is, te weten de markt van digitale producten, die van elektronische apparaten en componenten en die van infrastructuursystemen.

10. Wat de activiteiten van deze onderneming in de betrokken sector betreft, moeten twee fasen worden onderscheiden voor de door het onderzoek van de Commissie bestreken periode (die loopt van 9 juni 1999 tot 15 mei 2003; hierna: „relevante periode"). Tussen 9 juni 1999 en 30 september 2002 was Toshiba actief via haar dochteronderneming Power System Co. Vanaf 1 oktober 2002 heeft verzoekster haar activiteiten uitgevoerd via TM T&D, een joint venture van Toshiba en Mitsubishi Electric waarin beide ondernemingen hun productie van energietransformators hadden ondergebracht.

11. Op 30 september 2008 heeft de Commissie besloten een procedure met betrekking tot de markt van energietransformators in te leiden. De mededeling van punten van bezwaar is op 20 november 2008 vastgesteld. Toshiba heeft daarop op 19 januari 2009 geantwoord. De hoorzitting vond plaats op 17 februari 2009.

12. Bij de litigieuze beschikking heeft de Commissie vastgesteld dat Toshiba gedurende de gehele relevante periode had deelgenomen aan een ongeoorloofd kartel dat het gehele EER-gebied en Japan bestreek. Het kartel bestond in een mondelinge overeenkomst tussen Europese en Japanse producenten van energietransformators die ertoe strekte dat beide groepen transformatorproducenten elkaars thuismarkten zouden respecteren en daar geen producten zouden verkopen (hierna: „gentlemen's agreement").

13. De Commissie heeft dit gentlemen's agreement aangemerkt als overeenkomst met mededingingsbeperkende strekking.

14. In de punten 165 tot en met 169 van de litigieuze beschikking heeft zij het argument van sommige bij de procedure in kwestie betrokken ondernemingen onderzocht dat dit kartel geen effect had op de mededinging aangezien de Japanse en de Europese producenten vanwege de onoverkomelijke toetredingsdrempels op de EER-markt geen concurrenten van elkaar waren. Dienaangaande heeft zij

in wezen betoogd dat de Koreaanse producent Hyundai kort tevoren de Europese markt van energietransformators had betreden en dat de Japanse ondernemingen hoge omzetten in de Verenigde Staten hadden gerealiseerd. Deze ondernemingen hadden niet weten aan te tonen dat de toegangsdrempels op de Amerikaanse markt wezenlijk verschilden van die op de Europese markt.

15. Wat de opzet van het gentlemen's agreement betreft, heeft de Commissie vastgesteld dat elke groep producenten een onderneming moest aanwijzen die als secretariaat zou fungeren. Ook heeft zij geconstateerd dat er naast de marktverdelingsovereenkomst nog een tweede overeenkomst bestond die inhield dat het secretariaat van de ene groep werd ingelicht over aanbestedingen op de markt van de andere, zodat deze onderling konden worden verdeeld.

16. Daarnaast is volgens de Commissie vast komen te staan dat de ondernemingen tijdens de relevante periode een- of tweemaal per jaar zijn bijeengekomen, te weten in Malaga van 9 tot 11 juni 1999, in Singapore op 29 mei 2000, in Barcelona op 29 oktober en 1 november 2000, in Lissabon op 29 en 30 mei 2001, in Tokyo op 18 en 19 februari 2002, in Wenen op 26 en 27 september 2002 (hierna: „bijeenkomst van Wenen") en in Zürich op 15 en 16 mei 2003 (hierna: „bijeenkomst van Zürich"). Volgens de Commissie waren deze bijeenkomsten met name bedoeld om het gentlemen's agreement te bevestigen.

17. Gelet op al het bovenstaande heeft de Commissie vastgesteld dat Toshiba inbreuk had gepleegd op artikel 81 EG en artikel 53 EER-Overeenkomst en haar bijgevolg een geldboete van 13,2 miljoen EUR opgelegd. De litigieuze beschikking was niet tot TM T&D en Mitsubishi Electric gericht.

III – **Procesverloop voor het Gerecht en bestreden arrest**

18. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 23 december 2009, heeft Toshiba beroep tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking ingesteld, waarvoor zij vier middelen heeft aangevoerd. De onderhavige hogere voorziening betreft enkel de overwegingen van het Gerecht ten aanzien van drie van de voor hem aangevoerde middelen.

19. In het kader van zijn onderzoek van het tweede middel, dat met name betrekking had op het bestaan van een mededingingsbeperking, heeft het Gerecht in de eerste plaats geoordeeld dat de Commissie terecht tot de slotsom was gekomen dat het gentlemen's agreement kon worden aangemerkt als een praktijk die ertoe strekte de mededinging te beperken en dat het bijgevolg niet nodig was de concurrentieverstorende gevolgen daarvan aan te tonen.

20. In de tweede plaats heeft het Gerecht zich gebogen over het argument van Toshiba dat het gentlemen's agreement, ondanks de aard ervan, de mededinging niet kon beperken omdat de Japanse producenten op de EER-markt geen concurrenten van de Europese ondernemingen waren. Dienaangaande heeft het Gerecht opgemerkt dat de vraag of een kartel tot doel heeft de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen, niet alleen in het licht van de inhoud van de overeenkomst, maar ook in relatie tot de economische context daarvan moet worden onderzocht, en dat, gelet op het feit dat artikel 101 VWEU behalve de daadwerkelijke ook de potentiële mededinging beschermt, een overeenkomst als het gentlemen's agreement de – feitelijke of potentiële – mededinging kon beperken, tenzij er op de Europese markt onoverkomelijke toetredingsdrempels bestonden waardoor alle concurrentie door Japanse producenten uitgesloten was.

21. Om te bepalen of de toetredingsdrempels in casu onoverkomelijk waren, heeft het Gerecht allereerst opgemerkt dat het bestaan op zich van het gentlemen's agreement kon worden gezien als een sterke aanwijzing dat er tussen de Japanse en Europese producenten een concurrentieverhouding bestond.

22. Onder verwijzing naar de punten 91 tot en met 98 van de litigieuze beschikking heeft het vervolgens vastgesteld dat de Japanse producent Hitachi projecten van Europese klanten had aanvaard. Voorts heeft het erop gewezen dat deze vennootschap in de brief die zij tijdens de administratieve procedure, op 30 maart 2009, aan de Commissie heeft gestuurd (hierna: „brief van Hitachi"), van haar standpunt was teruggekomen door zich akkoord te verklaren met de conclusies van de Commissie inzake het bestaan en de strekking van het gentlemen's agreement zoals uiteengezet in de mededeling van punten van bezwaar.

23. Wat het derde middel betreft, aangaande, onder andere, het beweerdelijke feit dat Toshiba afstand had genomen van het kartel, heeft het Gerecht om te beginnen in herinnering gebracht, dat wanneer een onderneming, zelfs zonder daarin een actief aandeel te hebben, deelneemt aan bijeenkomsten die tot doel hebben de mededinging te verstoren, en zich niet publiekelijk van de inhoud ervan distantieert, waardoor zij bij de andere ondernemingen de indruk wekt dat zij aan de uit deze bijeenkomsten resulterende mededingingsregeling deelneemt, ervan kan worden uitgegaan dat zij aan de betrokken mededingingsregeling heeft deelgenomen.

24. Vervolgens heeft het Gerecht weliswaar erkend dat de beschikbare documenten twijfel konden doen ontstaan over de deelname van Toshiba aan het gentlemen's agreement na de bijeenkomst van Wenen, doch geoordeeld dat deze documenten niet konden aantonen dat Toshiba zich reeds tijdens die bijeenkomst van het gentlemen's agreement had gedistantieerd.

25. Uit deze documenten bleek immers dat de ondernemingen die aan de bijeenkomst van Wenen hadden deelgenomen, de ongeoorloofde afspraken en de daarin vervatte regels voor het meedelen van projecten hadden bevestigd, waaruit volgens het Gerecht volgde dat de partijen bij het gentlemen's agreement, waaronder Toshiba, deze overeenkomst in elk geval tot de eerstvolgende bijeenkomst hadden willen verlengen.

26. De argumenten inzake de deelname van Toshiba aan het kartel tot de bijeenkomst van Zürich en het beweerdelijke ontbreken van een mededingingsverstorend doel van die overeenkomst heeft het Gerecht niet ter zake dienend geacht, omdat zij niet konden afdoen aan de vaststelling van de Commissie dat Toshiba tot 15 mei 2003 aan het gentlemen's agreement had deelgenomen.

27. Voorts heeft het vastgesteld dat Toshiba niet kon stellen haar deelname aan het kartel te hebben beëindigd op het moment waarop TM T&D werd opgericht. Verzoekster had zich immers niet publiekelijk van het kartel gedistantieerd en de andere partijen niet ervan in kennis gesteld dat deze joint venture daaraan niet zou deelnemen.

28. Wat het vierde middel betreft, aangaande de berekening van de geldboete, heeft het Gerecht geoordeeld dat de Commissie de methode van punt 18 van de richtsnoeren van 2006 juist had toegepast en dat derhalve niet kon worden aanvaard dat enkel de verkopen in Japan en in de EER voor de berekening van de geldboete in aanmerking moesten worden genomen. Dienaangaande heeft het in wezen vastgesteld dat de Commissie, door uit te gaan van de wereldwijde marktaandelen, ermee rekening kon houden dat de betrokken ondernemingen niet hun wereldwijde concurrentiepotentieel hadden ingezet om de EER-markt te veroveren.

29. Bovendien heeft de Commissie zich naar het oordeel van het Gerecht terecht gebaseerd op het vermoeden dat de marktaandelen van de Japanse producenten in de EER zonder het gentlemen's agreement gelijk zouden zijn geweest aan hun marktaandelen op de mondiale markt.

30. Wat meer specifiek de evenredigheid van de geldboete betreft, heeft het Gerecht geoordeeld dat het niet passend zou zijn uit te gaan van de feitelijke verkopen van de Japanse producenten in de EER, aangezien dit in casu zou betekenen dat Toshiba zou worden beloond voor het strikt naleven van het gentlemen's agreement. Voorts heeft het vastgesteld dat een methodologie die uitgaat van de wereldwijde marktaandelen in het geval van een marktverdelingsovereenkomst tussen ondernemingen

die wereldwijd met elkaar concurreren, een beter beeld geeft van het vermogen van deze ondernemingen om aanzienlijke schade te berokkenen aan de andere Europese marktdeelnemers en ook een indicatie geeft van hun bijdrage tot de doeltreffendheid van het kartel in zijn geheel of, omgekeerd, van de instabiliteit van het kartel die uit hun niet-deelneming zou zijn voortgevloeid. Ten slotte heeft het Gerecht geoordeeld dat een dergelijke aanpak het mogelijk maakte rekening te houden met de eventuele toetredingsdrempels die in de verschillende segmenten van de wereldwijde markt konden bestaan.

IV – **Conclusies van partijen en procesverloop voor het Hof**

31. Toshiba verzoekt het Hof:

— het bestreden arrest te vernietigen voor zover haar verzoek tot nietigverklaring van de artikelen 1 en 2 van de litigieuze beschikking daarbij is afgewezen, en die beschikking nietig te verklaren;

— subsidiair, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht voor afdoening in overeenstemming met de rechtsopvatting van het Hof;

— de Commissie te verwijzen in de kosten van de procedure in eerste aanleg en in hogere voorziening.

32. Ter ondersteuning van haar hogere voorziening voert Toshiba vier middelen aan.

33. Met haar eerste middel betoogt Toshiba dat het Gerecht een onjuist juridisch criterium heeft toegepast door te oordelen dat de Japanse fabrikanten van energietransformators gezien het ontbreken van onoverkomelijke toetredingsdrempels op de EER-markt en het bestaan op zich van het gentlemen's agreement potentiële concurrenten op die markt waren. Volgens Toshiba had het Gerecht moeten nagaan of de Japanse producenten reële en concrete mogelijkheden hadden om toe te treden tot de EER-markt en of een dergelijke toetreding voor hen economisch haalbaar was. Aangezien het uitgesloten was dat Japanse en Europese producenten met elkaar konden concurreren, kon het gentlemen's agreement niet in strijd zijn met artikel 81 EG en mocht de Commissie dus geen verder gevolg geven aan deze zaak. Derhalve moet het bestreden arrest worden vernietigd en de litigieuze beschikking nietig worden verklaard voor zover zij Toshiba betreffen.

34. Met haar tweede middel voert Toshiba aan dat het Gerecht de inhoud van een brief waarin een andere partij in de procedure (namelijk Hitachi) stelde dat zij de vaststellingen van de Commissie niet zou betwisten, onjuist heeft weergegeven. De Commissie was van mening dat die onderneming in deze brief afstand had genomen van haar eerdere verklaring dat zij niets had verkocht in de EER. Volgens Toshiba is dit een onjuiste voorstelling van het bewijs, waarop het Gerecht zich vervolgens heeft gebaseerd om vast te stellen dat de toetredingsdrempels op de EER-markt niet onoverkomelijk waren.

35. Met haar derde middel betoogt Toshiba dat het Gerecht het bestreden arrest op tegenstrijdige wijze heeft gemotiveerd, niet het juiste criterium inzake publieke distantiëring heeft toegepast en daarmee het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid heeft geschonden door te oordelen dat haar grief dat zij niet had deelgenomen aan de bijeenkomst van Zürich „niet ter zake dienend" was. Derhalve moet het bestreden arrest worden vernietigd en de litigieuze beschikking nietig worden verklaard voor zover daarbij is vastgesteld dat Toshiba tot in mei 2003 was blijven deelnemen aan het gentlemen's agreement.

36. Met haar vierde middel ten slotte voert Toshiba aan dat het Gerecht punt 18 van de richtsnoeren van 2006 onjuist heeft uitgelegd, aangezien het haar wereldwijde marktaandeel heeft gehanteerd als maatstaf voor haar aandeel in de inbreuk.

37. De Commissie verzoekt het Hof de hogere voorziening af te wijzen en Toshiba te verwijzen in de kosten van de procedure.

V – **Beoordeling**

A – *Eerste middel: onjuiste rechtsopvattingen bij de toepassing van het begrip mededingingsbeperkende strekking*

38. Met haar eerste middel betoogt Toshiba dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het gentlemen's agreement aan te merken als overeenkomst die naar haar strekking de mededinging beperkt. Volgens Toshiba had het Gerecht enkel tot deze vaststelling kunnen komen na te hebben nagegaan of de eventuele toetreding tot de EER-markt voor de Japanse producenten economisch haalbaar was. Het Gerecht heeft evenwel enkel vastgesteld dat de partijen als potentiële concurrenten konden worden beschouwd omdat, ten eerste, de toetredingsdrempels op de EER-markt niet onoverkomelijk waren en, ten tweede, er een gentlemen's agreement bestond.

39. Hier is dus in wezen wederom de vraag aan de orde wat onder mededingingsbeperkende strekking moet worden verstaan en welke procedurele gevolgen in termen van bewijs daarmee zijn verbonden.

1. Algemene opmerkingen vooraf over de definitie van mededingingsbeperkende strekking

40. Overeenkomsten, besluiten van een ondernemersvereniging of onderling afgestemde feitelijke gedragingen vallen slechts onder het in artikel 101, lid 1, VWEU geformuleerde verbod indien zij „ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst".

41. Het onderscheid tussen mededingingsbeperkende strekking en mededingingsbeperkend gevolg vloeit dus voort uit het Verdrag zelf. Vastgesteld moet worden dat dit onderscheid, hoewel het niet nieuw is, de afgelopen jaren centraal stond in verscheidene zaken, die in de rechtsleer met kritische aandacht zijn gevolgd. [3]

42. Enige verduidelijking van de rechtspraak dienaangaande lijkt mij wenselijk.

a) Lering van de rechtspraak betreffende het onderscheid tussen mededingingsbeperkende strekking en mededingingsbeperkend gevolg

43. Het Hof heeft reeds halverwege de jaren zestig, in het arrest LTM (56/65, EU:C:1966:38), verklaard dat de voorwaarde van artikel 101, lid 1, VWEU inzake het bestaan van een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging die „ertoe [strekt] of ten gevolge [heeft]" dat de mededinging wordt beperkt, een alternatief karakter heeft, en heeft dit nadien steeds opnieuw bevestigd. [4]

3 — Arresten Beef Industry Development Society en Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643), T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343), GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, EU:C:2009:610), Football Association Premier League e.a. (C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631), Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160), Siemens e.a./Commissie (C-239/11 P, C-489/11 P en C-498/11 P, EU:C:2013:866) en CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204).

4 — Arresten Beef Industry Development Society en Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, punt 15), T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punt 28) en GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, EU:C:2009:610, punt 55).

44. Vanaf het begin heeft het Hof verduidelijkt, dat aangezien het niet om cumulatieve maar om alternatieve voorwaarden gaat, hetgeen blijkt uit het voegwoord „of", in de eerste plaats moet worden gelet op de strekking van de overeenkomst, rekening houdend met de economische omstandigheden waarin zij moet worden toegepast. [5]

45. Eerst wanneer en voor zover uit het onderzoek van de clausules van de betrokken overeenkomst niet blijkt van een voldoende mate van schade voor de mededinging moeten de gevolgen ervan worden onderzocht. Om haar te verbieden, moeten alle elementen aanwezig zijn waaruit blijkt dat de mededinging inderdaad in merkbare mate is verhinderd, beperkt of vervalst. [6]

46. Op de concrete gevolgen van een overeenkomst hoeft dus niet te worden gelet wanneer eenmaal is gebleken dat de overeenkomst tot doel heeft de mededinging binnen de interne markt te verhinderen, te beperken of te vervalsen. [7] Anders gezegd, de gevolgen van een overeenkomst hoeven niet te worden onderzocht wanneer vaststaat dat deze een mededingingsbeperkende strekking heeft. [8]

47. Bij de beoordeling van die strekking moet met name worden gelet op de bewoordingen en de doelstellingen van de overeenkomst, alsmede op de economische en de juridische context ervan. [9] Voorts is de bedoeling van de partijen weliswaar geen noodzakelijke factor om te bepalen of een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging beperkend is, maar niets belet de Commissie of de Unierechter daarmee rekening te houden. [10]

48. Bovendien volstaat het dat de overeenkomst negatieve gevolgen voor de mededinging *kan* hebben, dat wil zeggen dat zij concreet, gelet op de juridische en economische context ervan, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt kan verhinderen, beperken of vervalsen. [11] Zoals advocaat-generaal Wahl in zijn conclusie in de zaak CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:1958) heeft onderstreept, „veronderstelt de meer gestandaardiseerde beoordeling waartoe het gebruik van het begrip mededingingsbeperkende strekking leidt [weliswaar] een uitgebreid en individueel onderzoek van de litigieuze overeenkomst", doch dit moet „duidelijk [...] worden onderscheiden van het onderzoek van de werkelijke of potentiële gevolgen van het gedrag van de aangeklaagde ondernemingen". [12]

49. Het onderscheid tussen „beperkingen naar strekking" en „beperkingen naar gevolg" berust immers op de vaststelling dat bepaalde vormen van collusie tussen ondernemingen naar hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de mededinging. [13]

5 — Arresten LTM (56/65, EU:C:1966:38), Beef Industry Development Society en Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, punt 15), T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punt 28), GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, EU:C:2009:610, punt 55) en Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punt 33).

6 — Arresten LTM (56/65, EU:C:1966:38), Beef Industry Development Society en Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, punt 15), T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punt 28), GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, EU:C:2009:610, punt 55) en Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punt 34).

7 — Arresten Consten en Grundig/Commissie (56/64 en 58/64, EU:C:1966:41), Beef Industry Development Society en Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, punt 16) en T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punt 29).

8 — Arresten T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punt 30), GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, EU:C:2009:610, punt 55) en Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punt 34).

9 — Arrest GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C515/06 P en C-519/06 P, EU:C:2009:610, punt 58). Zie ook, wat een onderling afgestemde feitelijke gedraging betreft, arrest T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punt 27).

10 — Arresten T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punt 27), GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, EU:C:2009:610, punt 58), Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punt 37) en CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 54).

11 — Arresten T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punt 31) en Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punt 38).

12 — Punt 40. Zie ook punt 44.

13 — Arresten Beef Industry Development Society en Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, punt 17), T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punt 29), Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punt 35), CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 50) en Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie (C-286/13 P, EU:C:2015:184, punt 114).

50. Vaststaat derhalve dat „bepaalde kartelafspraken, zoals die welke tot horizontale prijsbepaling door kartels leiden, beschouwd kunnen worden als afspraken die een zodanig groot risico op negatieve beïnvloeding van inzonderheid de prijs, de hoeveelheid en de kwaliteit van de producten en diensten inhouden, dat het overbodig kan worden geacht voor de toepassing van artikel [101, lid 1, VWEU] aan te tonen dat zij concrete effecten hebben op de markt [...]”. [14] Indien evenwel „uit de analyse van een bepaalde vorm van coördinatie tussen ondernemingen [...] niet blijkt dat de mededinging daardoor in voldoende mate wordt verstoord, moeten de gevolgen ervan worden onderzocht en kan deze vorm van coördinatie slechts worden verboden indien alle factoren aanwezig zijn waaruit blijkt dat de mededinging daadwerkelijk merkbaar is verhinderd, beperkt of vervalst [...]”. [15]

51. Wij kunnen hier, denk ik, gerust spreken van vaste rechtspraak.

52. In een van de meest recente van de hierboven aangehaalde arresten, het arrest Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160), heeft het Hof evenwel verschillende nieuwe, bij de beoordeling van de economische en juridische context in aanmerking te nemen factoren genoemd die interfereren met het effect van het onderscheid tussen „beperking naar strekking” en „beperking naar gevolg” in termen van bewijs.

53. Volgens het Hof moet „[b]ij de beoordeling van die context [...] ook rekening worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten [...]”. [16] Concreet betekent dit dat de rechter die moet beoordelen of er gevaar van uitschakeling of ernstige verzwakking van de mededinging op de betrokken markt bestaat, „met name de structuur van de markt, de beschikbaarheid van alternatieve distributiekanalen en hun relatieve belang, alsmede de marktmacht van de betrokken [vennootschappen] in aanmerking [dient] te nemen”. [17]

54. Ik onderschrijf in dit verband de vaststelling van advocaat-generaal Wahl in zijn conclusie in de zaak CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:1958) dat deze ontwikkeling in de rechtspraak „het noodzakelijke onderscheid tussen het onderzoek van de mededingingsverstorende strekking en dat van de gevolgen van overeenkomsten tussen ondernemingen voor de mededinging lastig [lijkt] te hebben gemaakt”. [18] Net zoals hij denk ik dat „de scheidslijn tussen de respectievelijke begrippen beperking naar strekking en beperking naar gevolg [niet vaag mag zijn en dat] het gebruik van dit begrip duidelijker moet worden afgebakend”. [19] De onderhavige hogere voorziening biedt het Hof, dunkt mij, opnieuw een gelegenheid om zijn rechtspraak te verduidelijken. Ik kom hier nog op terug, maar laat ik eerst uiteenzetten wat de voordelen en het belang van een dergelijke scheidslijn zijn.

b) Belang van het onderscheid tussen mededingingsbeperkende strekking en mededingingsbeperkend gevolg

55. Het alternatieve karakter van de voorwaarde van het bestaan van een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging die „ertoe [strekt] of ten gevolge [heeft]” dat de mededinging wordt beperkt, dat voortvloeit uit de bewoordingen van artikel 101, lid 1, VWEU zelf, wordt door niemand betwist.

14 — Arrest CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 51).

15 — Ibidem (punt 52).

16 — Arrest Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punt 36).

17 — Ibidem (punt 48).

18 — Punt 46.

19 — Punt 52. Het lijkt mij dat het Hof die duidelijkheid in het arrest CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204) niet uitdrukkelijk heeft verschaft.

56. Het belang van dit onderscheid ligt op het vlak van het bewijs: in geval van een beperking naar strekking hoeven de feitelijke of potentiële mededingingsverstorende gevolgen ervan niet te worden aangetoond om onverenigbaarheid in te roepen. [20] De vaststelling van een mededingingsbeperkende strekking volstaat immers voor de kwalificatie als beperking van mededinging en dus voor sanctionering. [21] Wordt de beoogde mededingingsbeperkende strekking van de overeenkomst (of onderling afgestemde feitelijke gedraging) aangetoond, dan eindigt het onderzoek en is de inbreuk bewezen zonder dat de feitelijke of potentiële gevolgen voor de mededinging van de overeenkomst (of onderling afgestemde feitelijke gedraging) hoeven te worden aangetoond. [22]

57. Men hoort wel zeggen dat op beperkingen naar strekking een „vermoeden" van onrechtmatigheid rust. [23] Het gebruik van deze term kan echter tot verwarring leiden. Zoals advocaat-generaal Kokott het uitstekend heeft verwoord in haar conclusie in de zaak T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:110), kan het verbod op mededingingsbeperkingen naar strekking niet aldus worden opgevat „dat de mededingingsbeperkende strekking slechts een soort vermoeden van onrechtmatigheid schept, dat kan worden weerlegd wanneer in het concrete geval geen negatieve gevolgen voor de werking van de markt kunnen worden aangetoond. [...] Een dergelijke uitlegging leidt namelijk tot een ontoelaatbare vermenging van de twee, van elkaar onafhankelijke alternatieven van artikel [101], lid 1, [VWEU]: het verbod van de collusie met mededingingsbeperkende *strekking* enerzijds en het verbod van collusie met mededingingsbeperkende *gevolgen* anderzijds". [24]

58. De voordelen van deze dichotomie zijn bekend. Bezien vanuit het hierboven uiteengezette procedurele oogpunt zorgt het gebruik van het begrip mededingingsverstorende strekking „voor ondernemingen onmiskenbaar voor *voorspelbaarheid*, en dus *rechtszekerheid*, aangezien zij hierdoor de rechtsgevolgen (in de zin van met name verboden en sancties) kunnen kennen van een aantal van hun handelingen [...] Daarnaast heeft het benoemen van afspraken die een mededingingsbeperkende strekking hebben ook een *afschrikkende werking* en draagt het bij aan het voorkomen van mededingingsverstorend gedrag. Ten slotte schept het *procedurele efficiëntie*, aangezien de mededingingsautoriteiten hierdoor ten aanzien van een aantal vormen van collusie de mededingingsverstorende invloed ervan kunnen vaststellen zonder dat zij een veelal ingewikkeld en moeizaam onderzoek behoeven te doen naar de potentiële of werkelijke gevolgen ervan voor de betrokken markt". [25]

20 — Petit, N., *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien-Lextenso éditions, Parijs, 2013, nr. 574.

21 — Prieto, C. en Bosco, D., *Droit européen de la concurrence. Entente et abus de position dominante*, Bruylant, Brussel, 2013, nr. 566.

22 — Zie met name Geradin, D., Layne-Farrar, A. en Petit, N., *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, nr. 3-114, blz. 135, en Whish, R. en Bailey, D., *Competition law*, 7e druk, Oxford University Press, 2012, blz. 119 en 120. Zie ook Graham, C., „Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on *Allianz Hungária*", *EL Rev.*, 2013 (38), blz. 542-551, inzonderheid blz. 543; Nagy, C. I., „The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?", *World Competition*, 2013, nr. 4, blz. 541-564, inzonderheid blz. 543; Harrison, D., „The *Allianz Hungária* case. The ECJ's judgment could have ugly consequences", *Competition Law Insight.*, 2013, vol. 12, blz. 10-12, inzonderheid blz. 10; Idot, L. en Prieto, C., „La Cour de justice revient une nouvelle fois sur la notion d'‚objet anticoncurrentiel'", *Revue des contrats*, 2013, blz. 955-959, inzonderheid blz. 957.

23 — Lemaire, Chr., *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Brussel, 2013, nr. 8; Petit, N., *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien-Lextenso éditions, Parijs, 2013, nr. 594; Bourgeois, J.H.J., „On the Internal Morality of EU Competition Law", in *Mundi et Europae civis: liber amicorum Jacques Steenbergen*, Larcier, Brussel, 2014, blz. 347-374, inzonderheid blz. 350; Waelbroeck, D. en Slater, D., „The scope of object vs effect under article 101 TFEU", in Bourgeois, J. en Waelbroeck, D. (red.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, blz. 131-157, inzonderheid blz. 135 en blz. 137. Zie in die zin ook conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón in de zaak Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2012:663, punt 64).

24 — Punt 45.

25 — Conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punt 35; cursivering van mij). Zoals opgemerkt door Geradin, D., Layne-Farrar, A. en Petit, N., „[i]n a nutshell, it imposes a light evidentiary burden on the competition authority, which does not need to assess the effects of the agreement under scrutiny" (Geradin, D., Layne-Farrar, A. en Petit, N., *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, nr. 3-118, blz. 136). Zie aangaande dit voordeel ook Nagy, C. I., „The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?", *World Competition*, 2013, nr. 4, blz. 541-564, inzonderheid blz. 545, en Graham, C., „Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on *Allianz Hungária*", *EL Rev.*, 2013 (38), blz. 542-551, inzonderheid blz. 547.

59. Zoals advocaat-generaal Wahl heeft gepreciseerd in zijn conclusie in de zaak CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punt 36), zouden die voordelen zich echter alleen voordoen en enkel gerechtvaardigd zijn indien het gebruik van het begrip mededingingsbeperkende strekking duidelijk is afgebakend. Wat dit aangaat, deel ik het standpunt van advocaat-generaal Kokott in haar conclusie in de zaak T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:110) dat het begrip overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging met mededingingsbeperkende strekking enerzijds niet te ruim mag worden uitgelegd, vanwege de ingrijpende gevolgen die voor de betrokken ondernemingen kunnen ontstaan in geval van een inbreuk op artikel 101, lid 1, VWEU, maar anderzijds ook weer niet dusdanig eng dat het gevaar bestaat dat het in het primaire recht verankerde verbod van mededingingsbeperkingen naar strekking wordt „weggeïnterpreteerd”. [26]

60. Dienaangaande moet worden erkend dat het arrest Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160) aldus is opgevat dat daardoor het onderscheid tussen beperking naar strekking en beperking naar gevolg weleens zou kunnen verdwijnen, of althans zou kunnen vervagen [27], terwijl juist een heldere definitie nodig is van beperking naar strekking en van de criteria om te bepalen of daarvan sprake is [28].

61. Zoals eerder aangegeven, heeft het Hof de nationale rechter die hem om een prejudiciële beslissing had verzocht, in dit arrest duidelijk gemaakt dat hij bij de beoordeling van de economische en juridische context „met name de structuur van [de] markt, de beschikbaarheid van alternatieve distributiekanalen en hun relatieve belang, alsmede de marktmacht van de betrokken verzekeringsmaatschappijen in aanmerking [zou moeten] nemen”. [29]

62. Toch denk ik dat het mogelijk is de hierboven in herinnering gebrachte vaste rechtspraak van het Hof en dit arrest Allianz Hungária Biztosító e.a.(C-32/11, EU:C:2013:160) op één lijn te brengen.

c) Criteria om te bepalen of sprake is van mededingingsbeperkende „strekking”

63. Zoals ik bij het onderzoek van de relevante rechtspraak in herinnering heb geroepen, hoeven de gevolgen van een overeenkomst niet te worden onderzocht wanneer vaststaat dat deze een mededingingsbeperkende strekking heeft. [30] Wel zal dus moeten worden vastgesteld dat de overeenkomst in kwestie naar haar strekking de mededinging beperkt.

26 — Conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:110, punt 44).

27 — Wat dit arrest Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160) betreft: „[de] motivering van het Hof van Justitie lijkt het onderscheid tussen beide kwalificaties te *doen vervagen*. Een al te genuanceerde benadering kan tot gevolg hebben dat zowel het inzicht van ondernemingen als het inzicht in de beslissingspraktijk van mededingingsautoriteiten en nationale rechters afneemt. *Een dergelijke verwatering van de beperking naar strekking leidt tot verwarring* en kan betekenen dat deze de facto verdwijnt, ten gunste van de op de gevolgen gebaseerde benadering” (Prieto, C. en Bosco, D., *Droit européen de la concurrence. Entente et abus de position dominante*, Bruylant, Brussel, 2013, nr. 582; cursivering van mij); „the Court of Justice seems to propose a new approach which would *blur* the distinction between agreements with the object and those with the effect of restricting competition” (Graham, C., „Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on *Allianz Hungária*”, *EL Rev.*, 2013 (38), blz. 542-551, inzonderheid blz. 542, *Abstract*; cursivering van mij); „the Court of Justice's judgment in *Allianz Hungária* would seem to *blur* this distinction” (Nagy, C. I., „The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?”, *World Competition*, 2013, nr. 4, blz. 541-564, inzonderheid blz. 547; cursivering van mij).

28 — Zie in die zin Lemaire, Chr., *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Brussel, 2013, nr. 66: „Since the effect category can be deduced from the object one, *it is crucial* to have a clear definition of what is anticompetitive by object” (cursivering van mij).

29 — Arrest Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punt 48).

30 — Arresten T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punt 30), GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, EU:C:2009:610, punt 55) en Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punt 34).

64. Bij de beoordeling dienaangaande is de bedoeling van de partijen geen noodzakelijk element, al kan daarmee eventueel rekening worden gehouden.[31] Wel relevant daarentegen zijn de bewoordingen en doelstellingen alsook de economische en de juridische context van de overeenkomst.[32]

65. Het moge immers zo zijn dat de mededingingsverstorende gevolgen in het kader van een mededingingsbeperking naar strekking niet hoeven te worden aangetoond, die beperking moet uiteraard wel een minimaal effect op de markt kunnen hebben.[33]

66. Anders gezegd, om de formulering van advocaat-generaal Wahl in zijn conclusie in de zaak CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punt 41) te gebruiken, de vraag of een overeenkomst een beperkende strekking heeft, kan niet *los worden gezien* van de economische en juridische overwegingen die de partijen tot het sluiten van de overeenkomst hebben gebracht.[34]

67. De economische en de juridische context helpt de instantie die de vermeende beperking naar strekking heeft te onderzoeken, *inzicht te verkrijgen* in de economische functie en de werkelijke betekenis van de overeenkomst.[35]

68. Zoals advocaat-generaal Kokott heeft uiteengezet in haar conclusie in de zaak T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:110, punt 46) betekent rekening houden met de economische en juridische context dus dat de litigieuze overeenkomst slechts *concreet* geschikt hoeft te zijn om te leiden tot verhindering, beperking of vervalsing van de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt.

69. Wij moeten immers niet uit het oog verliezen dat het voordeel in de zin van voorzienbaarheid en een minder zware bewijslast dat is verbonden aan de kwalificatie als overeenkomst met mededingingsbeperkende strekking „in gevaar [zou] komen indien die kwalificatie uiteindelijk afhankelijk [zou zijn] van een grondig onderzoek van de mededingingsgevolgen van die overeenkomst dat veel verder [zou gaan] dan een uitgebreid onderzoek van de overeenkomst”.[36]

31 — Arresten T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punt 27), GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, EU:C:2009:610, punt 58), Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punt 37) en CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 54).

32 — Arresten T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punt 27, aangaande een onderling afgestemde feitelijke gedraging) en GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, EU:C:2009:610, punt 58).

33 — „[...] the fact that there is no need to prove anti-competitive effects in the case of object restrictions does not mean that there is no quantitative component to object analysis at all. There is a rule that any restriction of competition must be *appreciable*: even a restriction of competition by object could fall outside Article 101(1) if its likely impact on the market is minimal. [...] Because of the need to prove appreciability, it is necessary for the Commission to define the relevant market even in a case involving an object restriction” (Whish, R., en Bailey, D., *Competition law*, 7e druk, Oxford University Press, 2012, blz. 120). Zie in die zin ook conclusie van advocaat-generaal Mazák in de zaak Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:113): „Hoewel bepaalde soorten overeenkomsten op grond van de ervaring op het eerste gezicht een verboden strekking lijken te hebben, ontheft dit de Commissie of een nationale mededingingsautoriteit [...] niet van de verplichting een overeenkomst op zichzelf te beoordelen. Ik meen dat een dergelijke beoordeling in bepaalde gevallen tamelijk beknopt kan zijn, bijvoorbeeld wanneer er duidelijke bewijzen zijn van een horizontaal kartel dat erop gericht is door beheersing van de productie de prijzen in stand te houden, maar zij kan niet volledig achterwege worden gelaten” (punt 27).

34 — Ter illustratie van zijn betoog noemt advocaat-generaal Wahl het sprekende voorbeeld van „een inbreuk die, gezien de opgedane ervaring, wordt geacht een van de ernstigste beperkingen voor de mededinging op te leveren, te weten een horizontale prijsafspraak over een bepaald goed. Hoewel wordt aanvaard dat een dergelijke afspraak in het algemeen zeer schadelijk is voor de mededinging, geldt die conclusie niet wanneer de betrokken ondernemingen bijvoorbeeld slechts een miniem deel van de markt in handen hebben” [conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punt 42)]. Zie in die zin ook Waelbroeck, D. en Slater, D., „The scope of object vs effect under article 101 TFEU”, in Bourgeois, J. en Waelbroeck, D. (red.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, blz. 131-157, inzonderheid blz. 135 en blz. 146.

35 — Zie in die zin Nagy, C. I., „The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?”, *World Competition*, 2013, nr. 4, blz. 541-564, inzonderheid blz. 558.

36 — Conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punt 60).

70. Niettemin kan een oppervlakkige aanpak slechts gerechtvaardigd zijn bij gedrag dat, en ik gebruik hier opnieuw een formulering van advocaat-generaal Wahl, *een intrinsiek risico meebrengt voor een bijzonder ernstig schadelijk gevolg*[37], dat wil zeggen beperkingen die intrinsiek in een bepaalde mate nadelig zijn[38].

71. Deze benadering is ook in lijn met de rechtspraak van het Hof dat „het essentiële juridische criterium om uit te maken of een coördinatie tussen ondernemingen een dergelijke mededingingsbeperkende ‚strekking' heeft, samenvalt met de vraag of die coördinatie op zich de mededinging in voldoende mate aantast".[39]

72. In concreto meen ik dat wij thans, op grond van ruim zestig jaar ervaring, kunnen stellen dat de gevallen bedoeld in artikel 101, lid 1, VWEU voldoen aan het vereiste dat er sprake is van een intrinsiek nadelig karakter.

73. Een benadering waarbij de opsomming in deze bepaling als *„harde kern"* van de mededingingsbeperkingen naar strekking wordt opgevat[40], beantwoordt aan het tweevoudige uitgangspunt dat voortvloeit uit de rechtspraak van het Hof, te weten, enerzijds, dat de soorten overeenkomsten bedoeld in artikel 101, lid 1, VWEU niet een uitputtende lijst van verboden vormen van collusie vertegenwoordigen[41], en, anderzijds, dat het begrip mededingingsbeperkende strekking niet ruim kan worden uitgelegd[42].

74. Voor de overeenkomsten die uitdrukkelijk in artikel 101, lid 1, VWEU worden genoemd, zou het immers niet nodig zijn af te wijken van de vaste rechtspraak van het Hof dat het bestaan van een plausibele alternatieve verklaring voor het gelaakte optreden (namelijk het ontbreken van een commercieel belang) niet ertoe mag leiden dat striktere eisen worden gesteld aan de voor te leggen bewijzen.[43] Voor het verbieden van andersoortige – atypische of complexe – overeenkomsten daarentegen zal, hoewel niet valt uit te sluiten dat zij naar hun strekking de mededinging kunnen verhinderen, beperken of vervalsen, een diepgaander onderzoek van de economische en de juridische context moeten worden verricht, dat echter niet zo ver dient te gaan dat ook de gevolgen van de overeenkomst worden onderzocht.

75. De recente arresten Siemens e.a./Commissie (C-239/11 P, C-489/11 P en C-498/11 P, EU:C:2013:866) en Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160) zijn niet in tegenspraak met elkaar en sluiten aan op het hier door mij voorgestelde kader.

76. In het eerstgenoemde arrest diende het Hof zich met name te buigen over de vraag of het Gerecht de beginselen inzake bewijslast en bewijsvoering met betrekking tot beperkingen van de mededinging naar strekking juist had toegepast. Zijn beslissing is dus alleszins relevant voor de onderhavige problematiek. Het Hof heeft niet alleen geoordeeld dat „overeenkomsten die een verdeling van markten beogen, op zich een mededingingsbeperkend doel hebben *en behoren tot een groep overeenkomsten die*

37 — Conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punt 55).

38 — Ibidem (punt 58).

39 — Arrest CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 57).

40 — Min of meer volgens het idee van de „object box" dat sommige commentatoren aanhangen.

41 — Arrest Beef Industry Development Society en Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, punt 23).

42 — Arrest CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 58). Een nauwe uitlegging van beperkingen naar strekking is inherent aan het „vermoeden" van onrechtmatigheid dat erop rust: „The finding of *‚restriction by object'* must be underpinned by strong evidence from past experience and/or consensus on the underlying economic theory. A narrow reading of this provision, limited to cases based on solid empirical and theoretical foundations can potentially justify a reversal of the presumption of innocence" (Waelbroeck, D. en Slater, D., „The scope of object vs effect under article 101 TFEU", in Bourgeois, J. en Waelbroeck, D. (red.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, blz. 131-157, inzonderheid blz. 156).

43 — Arrest Sumitomo Metal Industries en Nippon Steel/Commissie (C-403/04 P en C-405/04 P, EU:C:2007:52, punt 45).

uitdrukkelijk door artikel 101, lid 1, VWEU zijn verboden” [44], maar tevens de gevolgtrekking gemaakt dat „[e]en dergelijk doel [...] niet [kon] worden gerechtvaardigd op basis van een analyse van de economische context waarbinnen de betrokken mededingingsverstorende gedragingen [waren] verricht”. [45]

77. In het tweede van de bovengenoemde arresten daarentegen werd het Hof geconfronteerd met een situatie die ik atypisch zou willen noemen, en die hoe dan ook niet onder een van de in artikel 101, lid 1, VWEU bedoelde categorieën kan worden geschaard. Dat verklaart waarom het twee verduidelijkingen met betrekking tot het onderzoek van de economische en de juridische context heeft gegeven.

78. Om te beginnen heeft het Hof aangegeven dat bij de beoordeling van die context „rekening [moest] worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten”. [46]

79. Vervolgens heeft het de nationale rechter die hem om een prejudiciële beslissing had verzocht, duidelijk gemaakt dat hij, om het risico te beoordelen dat de mededinging zou worden uitgeschakeld of ernstig zou worden verzwakt, de structuur van de betrokken markt, maar ook „de beschikbaarheid van alternatieve distributiekanalen en hun relatieve belang, alsmede de marktmacht van de betrokken verzekeringsmaatschappijen” in aanmerking diende te nemen. [47]

80. Mijns inziens laat de vermelding van deze aanvullende criteria, waarmee wij niet meer ver verwijderd zijn van een analyse van de gevolgen van een overeenkomst of afspraak, zich uitsluitend verklaren door de specifieke feiten die ten grondslag lagen aan het verzoek om een prejudiciële beslissing en door het streven van het Hof de verwijzende rechter zo volledig mogelijk te antwoorden.

81. In deze zaak draaide het namelijk om een aantal overeenkomsten waarbij autoverzekeringsmaatschappijen met hetzij autodealers die tevens een reparatiebedrijf hadden, hetzij een hen vertegenwoordigende vereniging, tweezijdige afspraken maakten over de uurtarieven die de verzekeringsmaatschappij zou betalen voor de reparatie van bij haar verzekerde auto’s. Daarbij werd bepaald dat dit tarief onder meer zou afhangen van het aantal en het percentage verzekeringscontracten dat de dealer als tussenpersoon voor de verzekeringsmaatschappij in kwestie zou hebben verkocht. [48]

82. Deze dealers stonden dus in een duale verhouding tot de verzekeringsmaatschappijen. Enerzijds repareerden zij in geval van schade de verzekerde auto’s voor rekening van de verzekeringsmaatschappijen, anderzijds fungeerden zij als tussenpersoon voor die verzekeringsmaatschappijen door in opdracht van hun eigen verzekeringsagenten of daarmee verbonden agenten klanten bij de verkoop of reparatie van een voertuig een autoverzekering aan te bieden.

83. Los van elkaar hadden de overeenkomsten op zichzelf dus geen nadelige invloed op de goede werking van de mededinging op de betrokken markt (die van de reparatie van beschadigde voertuigen en die van bemiddeling op het gebied van autoverzekeringen). Uitgesloten was echter niet dat zij gezamenlijk en in hun totaliteit een dergelijk effect konden hebben.

44 — Arrest Siemens e.a./Commissie (C-239/11 P, C-489/11 P en C-498/11 P, EU:C:2013:866, punt 218). Cursivering van mij.

45 — Idem.

46 — Arrest Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punt 36).

47 — Ibidem (punt 48).

48 — Deze bijzonderheid houdt ermee verband dat Hongaarse autodealers bij de verkoop of reparatie van voertuigen voor rekening van hun klanten als tussenpersoon of verzekeringsagent kunnen optreden.

84. De bijzondere beoordelingsfactoren die in punt 48 van het arrest Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160) worden genoemd – de beschikbaarheid van alternatieve distributiekanalen en hun relatieve belang, en de marktmacht van de betrokken verzekeringsmaatschappijen – zijn dus specifiek voor deze zaak en kunnen niet algemeen worden toegepast, omdat dan het onderscheid tussen beperkingen naar strekking en beperkingen naar gevolg dreigt te vervagen.

85. De rechtspraak die is gevolgd op het arrest Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160) bevestigt dat het hier om een specifieke, geïsoleerde uitspraak gaat.

86. Het Hof wijst er immers nog steeds op dat bij de beoordeling of een overeenkomst tussen ondernemingen of een besluit van een ondernemersvereniging de mededinging in voldoende mate nadelig beïnvloedt, moet worden gelet op de bewoordingen en doelstellingen van die overeenkomst of dat besluit, alsook op de economische en juridische context ervan. Nu lijkt het Hof weliswaar, wat de beoordeling van die context betreft, sommige van de in het arrest Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160) geïntroduceerde factoren over te nemen waar het verwijst naar de aard van de betrokken goederen of diensten en de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten [49], maar de verdergaande criteria die specifiek waren voor het concrete geval dat ten grondslag lag aan voornoemd arrest, laat het verder ongenoemd.

d) Beoordeling van gevallen waarin mogelijk sprake is van mededingingsbeperkende strekking: poging tot synthese

87. Na deze algemene inleidende opmerkingen over de afbakening van het begrip mededingingsbeperkende strekking zie ik twee mogelijkheden.

88. Het uitgangspunt is in beide gevallen gelijk: bij de beoordeling of een overeenkomst tussen ondernemingen of een besluit van een ondernemersvereniging naar haar aard de mededinging in die mate nadelig beïnvloedt dat zij kan worden geacht een mededingingsbeperkende „strekking” in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU te hebben, moet worden gelet op de bewoordingen, op de bedoeling – de doelstellingen die ermee worden beoogd – en op de economische en de juridische context ervan. Dit geldt, mutatis mutandis, ook voor onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

89. Is de uitkomst van dit onderzoek positief en valt de overeenkomst, het besluit van een ondernemersvereniging of de onderling afgestemde feitelijke gedraging onder een categorie die uitdrukkelijk in artikel 101, lid 1, VWEU wordt genoemd, dan kan het onderzoek van de economische en de juridische context marginaal zijn.

90. Blijkt uit hetzelfde onderzoek daarentegen dat de overeenkomst, het besluit van een ondernemersvereniging of de onderling afgestemde feitelijke gedraging niet tot een van de in artikel 101, lid 1, VWEU bedoelde gevallen behoort of kenmerken van een atypische of complexe vorm van een overeenkomst, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging vertoont, dan zal de economische en de juridische context diepgaander moeten worden onderzocht.

91. In dit laatste geval kunnen bij de beoordeling van de economische en juridische context ook de aard van de betrokken goederen of diensten en de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten, alsook – in uitzonderlijke gevallen – de in punt 48 van het arrest Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160) genoemde

49 — Het betreft de criteria die worden genoemd in punt 36 van het arrest Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160) en die nadien zijn herhaald in de arresten CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 53) en Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie (C-286/13 P, EU:C:2015:184, punt 117). Zie ook conclusie van advocaat-generaal Kokott in de gevoegde zaken Fresh Del Monte Produce/Commissie en Commissie/Fresh Del Monte Produce (C-293/13 P en C-294/13 P, EU:C:2014:2439, punt 209) en van advocaat Wahl in de zaak ING Pensii (C-172/14, EU:C:2015:272, punt 41).

aanvullende kenmerken in aanmerking worden genomen. Voorts is de bedoeling van partijen weliswaar geen noodzakelijke factor om te bepalen of een overeenkomst, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging beperkend is, maar niets staat eraan in de weg daarmee rekening te houden.[50]

2. Beoordeling van het bestaan van een beperking naar strekking in het onderhavige geval

92. Met haar eerste middel betoogt Toshiba dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat „een overeenkomst zoals het gentlemen's agreement, die tot doel heeft de Europese producenten op hun thuismarkt te beschermen tegen feitelijke of potentiële concurrentie van Japanse producenten, de mededinging kan beperken, tenzij er onoverkomelijke toetredingsdrempels op de Europese markt bestaan die elke mogelijke concurrentie van Japanse producenten uitsluiten".[51]

93. Volgens Toshiba had het Gerecht moeten nagaan of de Japanse fabrikanten reële en concrete mogelijkheden hadden om tot de markt toe te treden en of een dergelijke toetreding voor hen economisch haalbaar was. Het Gerecht is ten onrechte enkel nagegaan of er sprake was van onoverkomelijke toegangsdrempels en tot de slotsom gekomen dat „de Commissie zich dus ertoe kon beperken aan te tonen dat de toegangsdrempels op de Europese markt niet onoverkomelijk waren".[52]

94. Voorts heeft het Gerecht eveneens blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zich op het bestaan van het gentlemen's agreement te baseren om aan te tonen dat er sprake was van een concurrentieverhouding tussen de Japanse en Europese fabrikanten, daar waar het heeft beslist dat „het bestaan op zich van het gentlemen's agreement een sterke aanwijzing vormt dat er tussen de Japanse en Europese producenten een concurrentieverhouding bestond".[53]

95. De kritiek van Toshiba betreft dus in wezen het antwoord van het Gerecht op het voor hem aangevoerde argument dat de Commissie geen uitvoerige economische analyse van de situatie had verricht.

96. Dienaangaande moet evenwel worden vastgesteld dat het Gerecht nog vóór de bekritiseerde punten heeft verklaard:

— ten eerste, dat artikel 81, lid 1, EG een verbod inhoudt op regelingen die ertoe strekken of tot gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt en dat het derhalve niet nodig is de concrete gevolgen van een regeling aan te tonen wanneer die een mededingingsbeperkende strekking heeft (punt 227 van het bestreden arrest), en

— ten tweede, dat de Commissie „terecht in aanmerking [had] genomen dat het gentlemen's agreement een marktverdelingsovereenkomst was en dus moest worden aangemerkt als beperking naar strekking" (punt 228 van het bestreden arrest), en bijgevolg „op goede gronden [had] vastgesteld dat zij niet verplicht was aan te tonen dat het gentlemen's agreement de mededinging had verstoord" (punt 228 van het bestreden arrest).

97. Deze analyse lijkt mij geheel in overeenstemming te zijn met de benadering die ik hierboven heb uitgewerkt.

50 — Arresten T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punt 27), GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, EU:C:2009:610, punt 58), Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punt 37) en CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 54).

51 — Punt 230 van het bestreden arrest.

52 — Idem.

53 — Punt 231 van het bestreden arrest.

98. Het gentlemen's agreement was immers de belichaming van een informeel kartel tussen de Europese en Japanse producenten om van elkaars thuismarkten weg te blijven, en de kwalificatie ervan als beperking naar strekking strookt met de gebruikelijke opvatting van dit soort overeenkomsten of kartels. [54]

99. Bijgevolg heeft het Gerecht, gelet op de gevolgen in termen van bewijsvoering en de omvang van de toetsing die voortvloeien uit de erkenning van een mededingingsbeperkende strekking, op goede gronden geoordeeld dat „een overeenkomst zoals het gentlemen's agreement, die tot doel heeft de Europese producenten op hun thuismarkt te beschermen tegen feitelijke of potentiële concurrentie van Japanse producenten, de mededinging kan beperken, tenzij er onoverkomelijke toetredingsdrempels op de Europese markt bestaan die elke mogelijke concurrentie van Japanse producenten uitsluiten [en dat] de Commissie zich dus ertoe kon beperken aan te tonen dat de toegangsdrempels op de Europese markt niet onoverkomelijk waren" [55], hetgeen zij heeft gedaan door erop te wijzen dat een Japanse producent die markt had betreden.

100. Zo heeft het Gerecht evenmin van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven door het gentlemen's agreement te beschouwen als een „sterke aanwijzing [...] dat er tussen de Japanse en Europese producenten een concurrentieverhouding bestond" [56] en overigens ook dat de toetredingsdrempels op de Europese markt niet onoverkomelijk waren. Het gentlemen's agreement is als zodanig immers een bestanddeel van de relevante economische en juridische context.

101. Zou van het Gerecht worden verlangd dat het nagaat „of de Japanse fabrikanten reële en concrete mogelijkheden hadden om tot de markt toe te treden en of een dergelijke toetreding voor hen economisch haalbaar was", zoals Toshiba stelt ter ondersteuning van haar eerste middel, dan zou het striktere eisen aan de voor te leggen bewijzen stellen. Dat zou in strijd zijn met de rechtspraak van het Hof [57] en met het kader dat ik in mijn algemene inleidende opmerkingen heb voorgesteld.

102. Bijgevolg moet de conclusie luiden dat het eerste middel ongegrond is.

B – *Tweede middel: onjuiste opvatting van het bewijs waarop het Gerecht zich baseert om vast te stellen dat de toetredingsdrempels op de EER-markt niet onoverkomelijk waren*

103. Om aan te tonen dat de eventuele toetredingsdrempels op de Europese markt niet onoverkomelijk waren, heeft het Gerecht zich, behalve op het bestaan op zich van het gentlemen's agreement, ook gebaseerd op het feit dat een van de Japanse ondernemingen die partij waren bij die overeenkomst, projecten van klanten in Europa had aanvaard.

54 — Artikel 101, lid 1, onder c), VWEU noemt uitdrukkelijk besluiten of gedragingen die bestaan in „het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen". Zie ook Geradin, D., Layne-Farrar, A. en Petit, N., *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, nr. 3-114, blz. 135 en Whish, R., en Bailey, D., *Competition law*, 7e druk, Oxford University Press, 2012, blz. 122; Lemaire, Chr., *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Brussel, 2013, nr. 68; Bourgeois, J.H.J., „On the Internal Morality of EU Competition Law", in *Mundi et Europae civis: liber amicorum Jacques Steenbergen*, Larcier, Brussel, 2014, blz. 347-374, inzonderheid blz. 351, en Harrison, D., „The *Allianz Hungária* case. The ECJ's judgment could have ugly consequences", *Competition Law Insight*, 2013, vol. 12, blz. 10-12, inzonderheid blz. 10.

55 — Punt 230 van het bestreden arrest.

56 — Punt 231 van het bestreden arrest.

57 — Arrest Sumitomo Metal Industries en Nippon Steel/Commissie (C-403/04 P en C-405/04 P, EU:C:2007:52, punt 45).

104. Toshiba betoogde daarentegen dat de onderneming in kwestie, Hitachi, in haar antwoord op het inlichtingenverzoek van 28 februari 2008 en tijdens de hoorzitting had beweerd tussen 2001 en 2003 geen energietransformators in de Unie of de EER te hebben verkocht. Het Gerecht heeft daartegenover gesteld dat „in dit verband in herinnering [moest] worden gebracht dat Hitachi nadien, in haar brief van 30 maart 2009, [was] teruggekomen van die beweringen door zich akkoord te verklaren met de conclusies van de Commissie inzake het bestaan en de reikwijdte van het gentlemen's agreement zoals uiteengezet in de mededeling van punten van bezwaar". [58]

105. Toshiba meent dat het Gerecht daarmee de inhoud van de brief van Hitachi heeft verdraaid en deze onjuist heeft uitgelegd.

106. Volgens vaste rechtspraak volgt uit artikel 256 VWEU en artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie dat de hogere voorziening alleen rechtsvragen kan betreffen en dat het Gerecht derhalve bij uitsluiting bevoegd is om de feiten vast te stellen, behoudens het geval waarin de feitelijke onjuistheid van hetgeen het heeft vastgesteld, voortvloeit uit de hem overgelegde processtukken, en om die feiten te beoordelen. Met andere woorden, de beoordeling van de feiten levert, behoudens het geval van een onjuiste voorstelling van de aan het Gerecht voorgelegde bewijselementen, geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof. [59]

107. Een gestelde onjuiste opvatting van de feiten moet duidelijk uit de processtukken blijken zonder dat daartoe een nieuwe beoordeling van de feiten en de bewijzen noodzakelijk is. [60]

108. Uit het onderzoek van de brief van Hitachi blijkt niet dat het Gerecht de feiten onjuist heeft opgevat. In die brief staat immers uitdrukkelijk dat Hitachi zich niet verzet tegen de conclusies inzake het bestaan en de reikwijdte van het gentlemen's agreement zoals uiteengezet in de mededeling van punten van bezwaar. Uit het antwoord van Toshiba zelf op de mededeling van punten van bezwaar nu blijkt dat de kwestie van de aanvaarding door Hitachi van drie contracten op de Europese markt door de Commissie reeds in de voornoemde mededeling van punten van bezwaar was aangeroerd. [61]

109. Het Gerecht heeft de in de brief van Hitachi genoemde feiten dus niet onjuist opgevat door in de punten 232 tot en met 234 van het bestreden arrest vast te stellen dat Hitachi na haar antwoord op het verzoek om inlichtingen van de Commissie van 28 februari 2008 en na de hoorzitting van haar beweringen was teruggekomen en zich akkoord had verklaard met de conclusies van de Commissie inzake het bestaan en de reikwijdte van het gentlemen's agreement zoals uiteengezet in de mededeling van punten van bezwaar.

110. Ik wijs er voorts op dat het tweede door Toshiba ter onderbouwing van haar hogere voorziening aangevoerde middel enkel op punt 233 van het bestreden arrest betrekking heeft. In het punt dat daaraan direct voorafgaat, stelt het Gerecht echter al dat het feit dat de Commissie in de litigieuze beschikking vermeldt dat Hitachi drie Europese projecten had aanvaard, „aantoont dat de toetredingsdrempels voor een Japanse producent niet onoverkomelijk waren". Noch dit punt, noch de punten waarin het Gerecht de kwestie onderzoekt (en waarnaar het aan het einde van punt 233 van zijn arrest verwijst) [62] worden door Toshiba in het kader van de onderhavige hogere voorziening bekritiseerd.

58 — Punt 233 van het bestreden arrest.

59 — Zie in die zin met name arresten Wunenburger/Commissie (C-362/05 P, EU:C:2007:322, punt 66), YKK e.a./Commissie (C-408/12 P, EU:C:2014:2153, punt 44) en Marktgemeinde Straßwalchen e.a. (C-531/13, EU:C:2015:79, punt 38).

60 — Zie in die zin met name arresten Wunenburger/Commissie (C-362/05 P, EU:C:2007:322, punt 67), YKK e.a./Commissie (C-408/12 P, EU:C:2014:2153, punt 44) en Marktgemeinde Straßwalchen e.a. (C-531/13, EU:C:2015:79, punt 39).

61 — Zie de punten 83-88 van het antwoord van Toshiba op de mededeling van punten van bezwaar, bijlage A.03.24a bij het verzoekschrift in hogere voorziening.

62 — Te weten de punten 59-62 van het bestreden arrest.

111. Nu Toshiba een en ander niet bekritiseert, kan van een onjuiste opvatting van de feiten geen sprake zijn, aangezien deze, zoals gezegd, duidelijk uit de processtukken moet blijken zonder dat daartoe een nieuwe beoordeling van de feiten en de bewijzen noodzakelijk is.

112. De conclusie moet derhalve luiden dat uit het onderzoek van de brief van Hitachi niet blijkt dat het Gerecht de daarin genoemde feiten kennelijk onjuist heeft opgevat.

C – *Derde middel, betreffende de duur van de deelname van Toshiba aan de inbreuk: tegenstrijdige motivering en onjuiste opvatting van het bewijs, onjuiste toepassing van het criterium van publieke distantiëring en schending van het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid*

113. Het derde door Toshiba aangevoerde middel heeft betrekking op de duur van haar deelname aan het gentlemen's agreement. Dit middel valt uiteen in drie onderdelen. Ten eerste is het arrest van het Gerecht volgens Toshiba tegenstrijdig gemotiveerd ten aanzien van de feitelijke constateringen en het eerder vastgestelde bewijs, waardoor dit onjuist is opgevat. Ten tweede heeft het Gerecht het criterium van publieke distantiëring onjuist toegepast. Ten derde heeft het het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid geschonden door te oordelen dat de grief van Toshiba dat zij niet aan de bijeenkomst van Zürich had deelgenomen, „niet ter zake dienend" was. Het tweede en het derde onderdeel betreffen in feite dezelfde overwegingen van het Gerecht; ik zal ze daarom samen behandelen.

1. Tegenstrijdige motivering en onjuiste opvatting van het bewijs

114. Volgens Toshiba heeft het Gerecht zichzelf tegengesproken door enerzijds, in punt 208 van het bestreden arrest, vast te stellen dat zij „deelname aan toekomstige bijeenkomsten had uitgesloten", en anderzijds te oordelen dat „twijfel bestond over de toekomstige deelname van verzoekster aan het gentlemen's agreement" (punt 209 van het bestreden arrest) en dat die deelname zou afhangen van die van TM T&D (punt 211 van het bestreden arrest).

115. Deze beweringen van Toshiba vloeien zonder meer voort uit een partiële lezing van het bestreden arrest en de stukken waarop zij zich tot staving van die lezing beroept.

116. Wat het Gerecht immers vaststelt in punt 208 van zijn arrest, is dat over de deelname van Toshiba aan toekomstige bijeenkomsten vanwege de oprichting van de joint venture TM T&D nog een besluit moest worden genomen. Het Gerecht leidt uit bepaalde documenten af dat Toshiba inderdaad had uitgesloten dat zij afzonderlijk zou deelnemen, maar ook dat de andere deelnemers duidelijk hadden aangegeven dat het zonder haar geen zin meer had het gentlemen's agreement in stand te houden.

117. Na in punt 210 van het bestreden arrest te hebben opgemerkt dat uit geen enkel document kon worden afgeleid dat Toshiba tijdens de bijeenkomst van Wenen afstand zou hebben genomen van het gentlemen's agreement, stelt het Gerecht in punt 211 van het arrest volstrekt logisch vast „dat uit de documenten waarop verzoekster zich beroept, tevens blijkt dat, nadat verzoekster had meegedeeld dat over de deelname van TM T&D aan toekomstige bijeenkomsten nog een besluit moest worden genomen en dat haar deelname daarvan zou afhangen, de aan deze bijeenkomst deelnemende ondernemingen het gentlemen's agreement en de regels voor het meedelen van onder die afspraak vallende projecten niettemin hebben bevestigd".

118. Anders dan Toshiba betoogt, bevestigt elk van de documenten waarop zij zich beroept, dat het onzeker was, ten eerste, of zij bij de eerstvolgende bijeenkomst aanwezig zou zijn en, ten tweede, of zij haar deelname aan het gentlemen's agreement zou voortzetten, hetzij afzonderlijk, hetzij via TM T&D.

119. Om te beginnen was volgens het door de heer Okamoto (Fuji) opgestelde memorandum van de bijeenkomst van Wenen nog geen besluit genomen over de deelname van Toshiba aan bijeenkomsten na de oprichting van de joint venture. Weliswaar wordt tussen haakjes toegevoegd dat „[e]en halfslachtig besluit, bijvoorbeeld om als [Toshiba] te blijven deelnemen, [...] niet te verwachten [valt]", maar direct daarna volgt: „Ja of Nee". Niet alleen het gebruik van haakjes, dat aangeeft dat het hier gaat om een accessoir element, maar ook de toevoeging van het alternatief („ja of nee") duidt er onmiskenbaar op dat dit niet meer dan een indruk was en dat dienaangaande nog niets vaststond. [63]

120. Voorts wordt, anders dan Toshiba suggereert, in de toelichting bij de verklaring die Fuji in het kader van de clementieregeling aan de Commissie heeft doen toekomen, niet enkel gesteld dat „[d]e mogelijkheid dat Toshiba na de oprichting van TM T&D aan de bijeenkomsten zou deelnemen (terwijl Mitsubishi dat niet deed), [...] door Toshiba [was] uitgesloten", maar ook dat „aangezien Mitsubishi niet meer aan deze bijeenkomsten zou deelnemen, een besluit moest worden genomen over de vraag of TM T&D daaraan zou mogen deelnemen". [64]

121. Ten slotte is het niet juist te stellen dat het verslag van de bijeenkomst van Wenen niet duidelijk is, terwijl daarin letterlijk staat dat over de deelname van Toshiba aan latere bijeenkomsten „vrij snel een besluit [zou] worden genomen", met daarbij de vermelding dat toekomstige bijeenkomsten alleen zin zouden hebben als die deelname werd gecontinueerd. Bovendien wordt aan het einde van dit punt in het verslag aangegeven dat deze kwestie het belangrijkste discussiepunt van de eerstvolgende bijeenkomst zou zijn. [65] Het gentlemen's agreement zelf wordt ondertussen bevestigd. [66]

122. Derhalve moet worden vastgesteld dat uit het onderzoek van de stukken waarop het Gerecht zich heeft gebaseerd, niet blijkt dat het de daarin genoemde feiten kennelijk onjuist heeft opgevat en evenmin dat het een tegenstrijdige redenering heeft gevolgd.

2. Onjuiste toepassing van het criterium van publieke distantiëring en schending van het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid

123. Volgens Toshiba heeft het Gerecht het criterium van publieke distantiëring onjuist toegepast door in punt 218 van het bestreden arrest te oordelen dat haar argument dat zij, na de oprichting van TM T&D, niet aan de bijeenkomst van Zürich had deelgenomen, niet ter zake dienend was. Toshiba meent, anders gezegd, dat het Gerecht in de punten 213 en 220 van het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te verklaren dat haar afwezigheid bij de bijeenkomst van Zürich irrelevant was om te bepalen of er sprake was van publieke distantiëring, terwijl het eerder uit door haar aangevoerde documenten had afgeleid dat twijfel bestond over haar toekomstige deelname aan het kartel.

63 — De passage in het originele – Engelstalige – document luidt als volgt: „Whether or not to participate in AC after the establishment of T5/T4 JV is not yet decided. (There would not be a tepid decision such as to continue to attend as T5. Yes or No.)" (intern memorandum van Fuji over de bijeenkomst van Wenen, opgesteld door de heer Okamoto, bijlage A.14 bij het verzoekschrift in hogere voorziening).

64 — De passage in het originele – Engelstalige – document luidt als volgt: „In addition, since Mitsubishi was no longer participating in these meetings [...], a decision had to be made whether TM T&D would be allowed to attend the meetings. The possibility of Toshiba attending the meetings after TM T&D had been established (while Mitsubishi does not attend) was denied by Toshiba" (verklaring van Fuji aan de Commissie in het kader van de clementieregeling, bijlage A.16 bij het verzoekschrift in hogere voorziening).

65 — De passage in het originele – Engelstalige – document luidt als volgt: „Future participation of T5 (and maybe T4) in AC mtgs will be decided relatively soon. Depending on that decision, future AC mtgs make only sense, if continuation. In next mtg this item will be main topic." (verslag van de bijeenkomst van Wenen, Siemens/Hitachi, bijlage A.15 bij het verzoekschrift in hogere voorziening).

66 — De passage in het originele – Engelstalige – document met als kop „3. GA and Inhouse business" luidt als volgt: „Confirmation on rules: GA enquiries via Secs" (verslag van de bijeenkomst van Wenen, Siemens/Hitachi, bijlage A.15 bij het verzoekschrift in hogere voorziening).

124. Het gebeurt regelmatig dat ondernemingen die mededingingsverstorend gedrag wordt verweten, zich beroepen op het criterium van publieke distantiëring, maar dit begrip is door het Hof in zijn rechtspraak nauwelijks ontwikkeld [67] en krijgt in de rechtsleer ook maar weinig aandacht. Laat ik trachten het aan de hand van het arrest Comap/Commissie (C-290/11 P, EU:C:2012:271) af te bakenen.

125. In dat arrest heeft het Hof geoordeeld dat de begrippen publieke distantiëring en continuïteit van een mededingingsverstorende praktijk „betrekking hebben op feitelijke situaties waarvan het bestaan van geval tot geval door de rechter ten gronde wordt vastgesteld aan de hand van de beoordeling van ‚een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen' die hem zijn voorgelegd en na een ‚algemene evaluatie van alle relevante bewijzen en aanwijzingen'". [68] Uit deze definitie volgt, dat „wanneer deze bewijzen regelmatig zijn verkregen en de algemene rechtsbeginselen en de procedurevoorschriften inzake de bewijslast en de bewijsvoering zijn geëerbiedigd, [...] het uitsluitend aan het Gerecht [staat] om te beoordelen welke waarde moet worden gehecht aan de hem voorgelegde bewijzen. Deze beoordeling levert dus geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof, behoudens in het geval van een onjuiste opvatting van die bewijzen." [69]

126. Deze benadering, die strookt met de eerdere rechtspraak [70], wordt bevestigd in het arrest Quinn Barlo e.a./Commissie (C-70/12 P, EU:C:2013:351, punten 28-30).

127. Op het beginsel van publieke distantiëring wordt veelal een beroep gedaan door ondernemingen die hebben deelgenomen aan een bijeenkomst maar niet de wil hebben gehad deel te nemen aan de tijdens die bijeenkomst besproken overeenkomst of mededingingsregeling. De rechtspraak van het Hof over een dergelijke situatie, die ondanks het geringe aantal arresten ter zake als onveranderlijk kan worden aangemerkt, laat zich als volgt samenvatten: „Om de deelneming van een onderneming aan een kartel genoegzaam te bewijzen, volstaat het [...] aan te tonen dat de betrokken onderneming heeft deelgenomen aan bijeenkomsten tijdens welke mededingingsverstorende overeenkomsten zijn gesloten, en zich daar niet duidelijk tegen heeft verzet. Wanneer de deelneming aan dergelijke bijeenkomsten is aangetoond, staat het aan deze onderneming om aanwijzingen te verstrekken waaruit blijkt dat haar deelneming aan die bijeenkomsten geen mededingingsbeperkende bedoeling had, en wel door aan te tonen dat zij haar concurrenten duidelijk had gemaakt dat zij vanuit een andere optiek aan die bijeenkomsten deelnam." [71] Dienaangaande voegt het Hof toe dat „de wijze waarop de andere deelnemers aan een kartel de bedoeling van de betrokken onderneming begrijpen, wel degelijk beslissend [is] voor de beoordeling of laatstgenoemde onderneming zich van de onrechtmatige overeenkomst wilde distantiëren". [72]

67 — Zie met name arresten Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6), Dansk Rørindustri e.a./Commissie (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, EU:C:2005:408), Archer Daniels Midland/Commissie (C-510/06 P, EU:C:2009:166), Comap/Commissie (C-290/11 P, EU:C:2012:271), Quinn Barlo e.a./Commissie (C-70/12 P, EU:C:2013:351) en beschikking Adriatica di Navigazione/Commissie (C-111/04 P, EU:C:2006:105). Iets van het idee van publieke distantiëring is voorts te vinden in het arrest Commissie/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356), in de zin dat de Commissie in de zaak waarin dit arrest is gewezen, heeft betoogd dat „[d]egene die stelt, dat hij zich heeft *gedistantieerd* van besluiten over overeengekomen acties, [...] zelf het uitdrukkelijke bewijs daarvan [dient] te leveren" (punt 95; cursivering van mij).

68 — Punt 71.

69 — Idem.

70 — Zie in die zin, naast het arrest Comap/Commissie (C-290/11 P, EU:C:2012:271, punten 76-78), arrest Archer Daniels Midland/Commissie (C-510/06 P, EU:C:2009:166, punt 132) en beschikking Adriatica di Navigazione/Commissie (C-111/04 P, EU:C:2006:105, punten 50 en 54).

71 — Arrest Archer Daniels Midland/Commissie (C-510/06 P, EU:C:2009:166, punt 119), dat verwijst naar het arrest Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punt 81).

72 — Arrest Archer Daniels Midland/Commissie (C-510/06 P, EU:C:2009:166, punt 120).

128. In casu suggereert Toshiba met het tweede en derde onderdeel van het derde middel in wezen dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat ervan kon worden uitgegaan dat zij tot de bijeenkomst van Zürich aan het gentlemen's agreement had deelgenomen, in weerwil van hetgeen zij tijdens de bijeenkomst van Wenen in september 2002 had verklaard om zich daarvan te distantiëren, maar ook ondanks het feit dat zij niet had deelgenomen, althans niet afzonderlijk, aan de bijeenkomst van Zürich in mei 2003 en de omstandigheid dat de Commissie de litigieuze beschikking niet tot de joint venture TM T&D had gericht.

129. Het is juist dat de feitelijke constellatie in het onderhavige geval enigszins verschilt van die in de arresten die ik zo-even heb aangehaald. In casu beweert Toshiba immers dat zij zich tijdens de bijeenkomst van Wenen publiekelijk heeft gedistantieerd door mee te delen dat zij vanwege de oprichting van een joint venture met Mitsubishi (over de deelname waarvan nog een besluit moest worden genomen) niet, althans niet afzonderlijk, aan latere bijeenkomsten zou deelnemen, hetgeen zou zijn bevestigd door haar afwezigheid bij de bijeenkomst van Zürich.

130. Niettemin ben ik van mening dat ook in dit bijzondere geval de vraag of Toshiba kan worden geacht in de periode tussen de bijeenkomst van Wenen en die van Zürich partij bij het gentlemen's agreement te zijn geweest, een feitelijke beoordeling blijft waartoe het Hof niet bevoegd is, tenzij het bewijsmateriaal onjuist is opgevat.[73] Het door Toshiba aangevoerde middel „komt er welbeschouwd op neer dat de beoordeling door het Gerecht van de hem voorgelegde feiten en bewijzen aangaande het feit dat verzoekster zich niet publiekelijk heeft gedistantieerd, in twijfel wordt getrokken".[74]

131. Anders dan in de zaak Total Marketing Services/Commissie (C-634/13 P; aanhangige zaak) is de onderhavige situatie er immers niet een waarin elk spoor van bewijs ontbreekt dat de betrokken onderneming na een bepaalde datum haar deelname aan het litigieuze kartel heeft voortgezet. Integendeel, om aan te sluiten bij het onderscheid dat advocaat-generaal Wahl in zijn conclusie in dezelfde zaak heeft gemaakt[75], wij hebben hier te maken met een situatie waarin op grond van het feit dat niet uitdrukkelijk afstand is genomen, het vermoeden blijft bestaan, voor zover daarvoor concrete aanwijzingen aanwezig zijn, dat een onderneming die heeft deelgenomen aan bijeenkomsten met een mededingingsverstorend doel, geacht wordt te hebben deelgenomen aan een bij artikel 101, lid 1, VWEU verboden mededingingsregeling.

132. Toshiba had immers weliswaar, zoals zij in punt 25 van het verzoekschrift in hogere voorziening bij wijze van inleiding uiteenzet, in het kader van haar verweer voor het Gerecht reeds betoogd dat er geen bewijs was dat zij haar deelname na de bijeenkomst van Wenen had voortgezet en dat de andere partijen bij het gentlemen's agreement op basis van verschillende omstandigheden terdege hadden begrepen dat zij zich publiekelijk van deze overeenkomst had gedistantieerd, maar dit neemt niet weg dat het gezien haar deelname aan de verschillende ontmoetingen, waaronder de bijeenkomst van Wenen, volgens de hierboven in herinnering gebrachte rechtspraak aan haar was te bewijzen dat zij zich publiekelijk van het gentlemen's agreement had gedistantieerd[76] en dat de andere deelnemers aan het kartel haar bedoeling inderdaad aldus hadden begrepen[77].

73 — „Aangezien het bepalen van de duur van een inbreuk een feitelijke kwestie is, betreft het een beoordeling die – tenzij sprake is van een onjuiste voorstelling van de aan het Gerecht voorgelegde bewijzen – niet vatbaar is voor toetsing in hogere voorziening door het Hof. Dit geldt met name voor de toepassing van de ‚begrippen publieke distantiëring en continuïteit van een mededingingsverstorende praktijk [...]'" (Bernardeau, L. en Christienne, J.-Ph., *Les amendes en droit de la concurrence – Pratique décisionnelle et contrôle juridictionnel du droit de l'Union*, Larcier, coll. Europe(s), 2013, nr. II.1314).

74 — Arrest Quinn Barlo e.a./Commissie (C-70/12 P, EU:C:2013:351, punt 28).

75 — C-634/13 P, EU:C:2015:208, punt 56.

76 — Zie in die zin arrest Comap/Commissie (C-290/11 P, EU:C:2012:271, punt 76).

77 — Zie in die zin arrest Archer Daniels Midland/Commissie (C-510/06 P, EU:C:2009:166, punt 120).

133. In dit verband heeft het Gerecht zich gebogen over het bewijsmateriaal dat Toshiba hem hiertoe ter beoordeling had voorgelegd, meer bepaald het verslag van de bijeenkomst van Wenen, de interne notitie van Fuji over die bijeenkomst en de door Fuji bij haar clementieverzoek gevoegde toelichting dienaangaande. [78]

134. Toshiba is niet opgekomen tegen de beoordeling van het Gerecht ter zake [79], behalve ten aanzien van de punten 209 en 211 van het bestreden arrest, zulks in het kader van het eerste onderdeel van het derde middel. In dat verband ben ik tot de conclusie gekomen dat het onderzoek van de stukken waarop het Gerecht zich heeft gebaseerd, niet wijst op een kennelijke onjuiste opvatting van de daarin genoemde feiten en evenmin op een tegenstrijdigheid in de door het Gerecht gevolgde redenering.

135. Uit deze documenten blijkt daarentegen dat de deelname van Toshiba aan latere bijeenkomsten nog niet zeker was en dat het gentlemen's agreement in afwachting van een besluit dienaangaande was bevestigd.

136. Hieruit volgt dat het tweede onderdeel van het derde middel, aangezien het beoogt de beoordeling van de feiten en het bewijs door het Gerecht in twijfel te trekken en dit bewijs niet onjuist is opgevat, niet-ontvankelijk moet worden geacht.

137. Wat het derde onderdeel van het derde middel betreft, ben ik van mening dat het Gerecht niet van een onjuiste rechtsopvatting blijk heeft gegeven door te oordelen dat de grieven van Toshiba inzake de interpretatie door de Commissie van de rol van de heer R. bij de bijeenkomst van Zürich en het ontbreken van een mededingingsverstorend doel van deze bijeenkomst niet konden slagen.

138. Het Gerecht heeft terecht geoordeeld dat deze grieven, zo zij al gegrond waren, niet konden afdoen aan de vaststelling van de Commissie dat Toshiba tot 15 mei 2003 aan het gentlemen's agreement heeft deelgenomen. Het is juist dat het Gerecht in punt 220 van het bestreden arrest tot de slotsom is gekomen dat „zelfs indien verzoekster niet aan de bijeenkomst van Zürich zou hebben deelgenomen en deze bijeenkomst geen mededingingsverstorend doel zou hebben gehad, [moest] worden geoordeeld dat verzoekster, aangezien zij zich niet publiekelijk van het gentlemen's agreement [had] gedistantieerd, daaraan tot voornoemde bijeenkomst [had] deelgenomen", maar het heeft dat gedaan op basis van de overwegingen in de punten 205 tot en met 214 van het arrest. Niet alleen is punt 220 niet aan de orde in de hogere voorziening, maar ook wijst niets in de punten 205 tot en met 214 erop, zoals wij eerder hebben gezien, dat de door het Gerecht onderzochte feiten en/of bewijzen onjuist zouden zijn opgevat.

139. Ten slotte heeft het Gerecht eveneens op goede gronden geoordeeld, in punt 221 van het bestreden arrest, dat Toshiba zich niet met succes erop kon beroepen dat zij haar deelname aan het gentlemen's agreement had beëindigd op de datum van oprichting van de joint venture TM T&D, 1 oktober 2002. Op die datum had zij zich niet publiekelijk van het litigieuze kartel gedistantieerd in de zin van de rechtspraak van het Hof, aangezien de wijze waarop de andere deelnemers aan een kartel de bedoeling van de betrokken onderneming begrijpen in dit verband beslissend is. [80] Na de bijeenkomst van Wenen, die plaatsvond vóór 1 oktober 2002, was het voor de andere deelnemers immers nog niet zeker of Toshiba en/of TM T&D aanwezig zouden zijn. Sterker nog, de andere deelnemers hadden enerzijds het gentlemen's agreement en de regels voor het meedelen van daaronder vallende projecten bevestigd en anderzijds gemeend dat het evenwel zinloos was het gentlemen's agreement in stand te houden indien Toshiba niet zou deelnemen.

140. Bijgevolg is het derde middel voor een deel niet-ontvankelijk en voor een deel ongegrond.

78 — Zie punt 207 van het bestreden arrest.

79 — Te weten de punten 208-214 van het bestreden arrest.

80 — Zie in die zin arrest Archer Daniels Midland/Commissie (C-510/06 P, EU:C:2009:166, punt 120).

D – *Vierde middel: onjuiste rechtsopvattingen bij de vaststelling van de geldboete*

141. Met haar vierde middel verwijt Toshiba het Gerecht dat het punt 18 van de richtsnoeren van 2006 onjuist heeft toegepast, aangezien het heeft bevestigd dat de Commissie van de wereldwijde marktaandelen van de deelnemers aan het kartel kon uitgaan om de fictieve waarde van de verkopen in de EER te berekenen.

142. Voornoemd punt van de richtsnoeren van 2006 bepaalt dat de Commissie, om in een situatie waarin het geografisch bereik van een inbreuk het grondgebied van de EER overschrijdt, zowel de totale omvang van de betrokken verkopen in de EER als het relatieve aandeel van elke onderneming in de inbreuk weer te geven, de totale waarde van de op de desbetreffende geografische markt (die groter is dan de EER) verkochte goederen of diensten welke verband houden met de inbreuk kan ramen, het aandeel van de verkopen van elke onderneming die op deze markt aan de inbreuk heeft deelgenomen kan vaststellen en dit aandeel kan toepassen op de totale verkopen van deze ondernemingen in de EER.

143. Bij mijn weten heeft het Hof, behalve in het arrest ICF/Commissie (C-467/13 P, EU:C:2014:2274) [81], aan deze bepaling van voornoemde richtsnoeren nog geen uitlegging gegeven.

144. Aangezien punt 18 van de richtsnoeren van 2006 evenwel een uitzondering vormt op de basisregel van punt 13 van deze richtsnoeren, kunnen de aanwijzingen aangaande laatstgenoemd punt alsook de context daarvan een handvat bieden om de strekking van punt 18 te bepalen.

145. In dit verband is het nuttig eraan te herinneren dat de richtsnoeren van 2006 zijn vastgesteld ter waarborging van de transparantie en het objectieve karakter van de beslissingen die de Commissie neemt op grond van artikel 23, lid 2, onder a), van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 [EG] en 82 [EG]. [82]

146. Dit artikel beoogt met name te verzekeren dat voldoende afschrikkende werking van de geldboete uitgaat, wat rechtvaardigt dat rekening wordt gehouden met de economische macht van de betrokken onderneming. [83]

147. Het Hof heeft hieruit afgeleid dat punt 13 van de richtsnoeren van 2006 tot doel heeft „als uitgangspunt voor de berekening van de aan een onderneming op te leggen geldboete een bedrag te nemen dat het economische belang van de inbreuk en het relatieve aandeel van deze onderneming daarin weerspiegelt”. [84]

148. Het zou volgens het Hof dan ook strijdig zijn met het doel van punt 13 van de richtsnoeren van 2006 indien het in dat punt gehanteerde begrip „waarde van de verkopen” aldus werd opgevat „dat het enkel ziet op de omzet gerealiseerd met verkopen waarvan is vastgesteld dat zij daadwerkelijk door [het] kartel [in kwestie] beïnvloed zijn”. [85]

81 — De vraag waarom dit arrest draaide is evenwel een andere dan in het onderhavige geval: zij betreft het in punt 18 van de richtsnoeren van 2006 gehanteerde begrip „totale waarde van de [...] verkochte goederen of diensten welke verband houden met de inbreuk”, en niet het begrip „desbetreffende geografische markt (die groter is dan de EER)”, dat in de onderhavige zaak aan de orde is.

82 — PB 2003, L 1, blz. 1. Zie punt 3 van de richtsnoeren van 2006.

83 — Zie in die zin arrest Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie (C-286/13 P, EU:C:2015:184, punt 142).

84 — Ibidem (punt 148).

85 — Zie arrest Guardian Industries en Guardian Europe/Commissie (C-580/12 P, EU:C:2014:2363, punt 57).

149. Punt 18 van de richtsnoeren van 2006 wijkt weliswaar af van punt 13 van diezelfde richtsnoeren door de geografische markt, zoals aldaar afgebakend, te verruimen tot voorbij de grenzen van de EER, doch beoogt hetzelfde doel, te weten het aandeel van de onderneming in de inbreuk zo goed mogelijk weergeven.

150. Dit doel zelf wordt gerechtvaardigd door artikel 23, lid 2, onder a), van verordening nr. 1/2003, dat beoogt te waarborgen dat van de geldboete voldoende afschrikkende werking uitgaat, waartoe de economische macht van de betrokken onderneming in aanmerking dient te worden genomen.

151. In die omstandigheden zou een letterlijke uitlegging van punt 18 van de richtsnoeren van 2006 volgens welke de „desbetreffende geografische markt (die groter is dan de EER)" beperkt is tot de markten waarop het verboden kartel betrekking heeft, per definitie niet de werkelijke economische macht van de betrokken onderneming in aanmerking nemen en dus strijdig kunnen zijn met bovengenoemd doel van afschrikking.

152. Het onderhavige geval is hier een volmaakt voorbeeld van. Indien immers enkel de verkopen in de EER en in Japan in aanmerking waren genomen, zou ten minste één Japanse deelnemer aan het kartel geen geldboete opgelegd hebben gekregen, omdat hij op de Europese markt geen producten heeft verkocht.

153. In meer algemene zin komt de door Toshiba bepleite strikte uitlegging van punt 18 van de richtsnoeren van 2006 er in het geval van een marktverdelingsovereenkomst bovendien op neer dat het naleven van deze overeenkomst wordt beloond. Door de overeenkomst na te leven, realiseert de onderneming immers geen verkopen op de markt van de partner en zou zij dus de facto en de jure aan een geldboete ontkomen.

154. Bijgevolg heeft het Gerecht terecht en zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting, ten eerste, in punt 281 van het bestreden arrest, uitgemaakt dat „aangezien verzoekster heeft deelgenomen aan een overeenkomst inzake marktverdeling die tot doel had de toegang van Japanse producenten tot de EER te beperken, de Commissie op goede gronden [had] geoordeeld dat het niet passend zou zijn een methode toe te passen die op verzoeksters werkelijke verkopen in de EER is gebaseerd", en, ten tweede, in punt 282 van het arrest, zelf geoordeeld dat „gelet op de aard van de betrokken inbreuk een methode die uitgaat van de wereldwijde marktaandelen geschikt [was] om het gewicht van de inbreuk weer te geven".

155. Daar komt bij dat het Hof de richtsnoeren over het algemeen weliswaar opvat als een gedragsregel waarvan de Commissie niet mag afwijken zonder dat hieraan een sanctie wordt verbonden wegens schending van algemene rechtsbeginselen als het gelijkheids- en vertrouwensbeginsel [86], doch tevens heeft verduidelijkt dat deze richtsnoeren voor de Commissie een *indicatieve* gedragsregel voor de te volgen praktijk blijven, waarvan zij in een concreet geval mag afwijken, mits zij daarvoor redenen geeft die verenigbaar zijn met het beginsel van gelijke behandeling. [87]

156. Deze mogelijkheid wordt overigens ook uitdrukkelijk voorzien in punt 37 van de richtsnoeren van 2006, dat bepaalt dat „de bijzondere kenmerken van een gegeven zaak of de noodzaak om een bepaald afschrikkend niveau te bereiken, een afwijking [kunnen] rechtvaardigen" van de in de richtsnoeren uiteengezette algemene methode voor de vaststelling van geldboeten.

86 — Zie in die zin arrest Archer Daniels Midland/Commissie (C-510/06 P, EU:C:2009:166, punt 60).

87 — Zie in die zin arrest Quinn Barlo e.a./Commissie (C-70/12 P, EU:C:2013:351, punt 53).

157. In casu moet worden vastgesteld dat de Commissie in haar beschikking terdege heeft toegelicht waarom het gerechtvaardigd was van de wereldwijde verkopen en niet van de verkopen op de bij de inbreuk betrokken markten uit te gaan. De reden is, ten eerste, „dat in de verkopen van de ondernemingen in de EER en in Japan het aandeel van elke onderneming in de inbreuk onvoldoende tot uiting komt” [88] en, ten tweede, dat „zouden enkel de verkopen van energietransformators in de EER en in Japan in aanmerking moeten worden genomen, de aan Fuji op te leggen geldboete nihil zou zijn” [89].

158. Daarnaast heeft de Commissie haar beschikking op punt 37 van de richtsnoeren van 2006 gebaseerd door te preciseren dat „elke andere [dan de in casu gebruikte] methode voor het berekenen van het basisbedrag van de geldboete een willekeurig en onevenwichtig resultaat zou opleveren *waarvan geen afschrikkende werking zou uitgaan*”. [90]

159. Bijgevolg is ook het vierde middel ongegrond.

VI – **Kosten**

160. Volgens artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, dat op grond van artikel 184, lid 1, van dat Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien Toshiba in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van de Commissie worden verwezen in de kosten.

VII – **Conclusie**

161. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

„– De hogere voorziening wordt afgewezen, en

– Toshiba Corporation wordt verwezen in de kosten.”

88 — Punt 229 van de litigieuze beschikking.

89 — Punt 235 van de litigieuze beschikking.

90 — Ibidem (punt 236). Cursivering van mij.