

ARREST VAN HET GERECHT (Achtste kamer)

16 juni 2011 *

In de gevoegde zaken T-208/08 en T-209/08,

Gosselin Group NV, voorheen Gosselin World Wide Moving NV, gevestigd te Deurne (België), vertegenwoordigd door F. Wijckmans en S. De Keer, advocaten,

verzoekster in zaak T-208/08,

Stichting Administratiekantoor Portielje, gevestigd te Rotterdam (Nederland), vertegenwoordigd door D. Van hove, advocaat,

verzoekster in zaak T-209/08,

* Procestaal: Nederlands.

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door A. Bouquet en F. Ronkes Agerbeek als gemachtigden,

verweester,

betreffende een verzoek tot nietigverklaring van beschikking C(2008) 926 def. van de Commissie van 11 maart 2008 betreffende een procedure op grond van artikel 81 [EG] en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (Zaak COMP/38.543 — Internationale verhuisdiensten), zoals gewijzigd bij beschikking C(2009) 5810 def. van de Commissie van 24 juli 2009, en subsidiair een verzoek tot nietigverklaring of verlaging van de aan verzoeksters opgelegde geldboete,

wijst

HET GERECHT (Achtste kamer),

samengesteld als volgt: S. Papasavvas, waarnemend voor de president van de Achtste kamer, N. Wahl en A. Dittrich (rapporteur), rechters,

griffier: J. Plingers, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 29 april 2010,

het navolgende

Arrest

Feiten

1. Voorwerp van het geding

- ¹ Volgens beschikking C(2008) 926 def. van de Commissie van 11 maart 2008 betreffende een procedure op grond van artikel 81 [EG] en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (Zaak COMP/38.543 — Internationale verhuisdiensten) (hierna: „beschikking”), waarvan een samenvatting in het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 11 augustus 2009 (PB C 188, blz. 16) werd gepubliceerd, heeft Gosselin Group NV deelgenomen aan een mededingingsregeling op de markt van internationale verhuisdiensten in België. Het betrof directe en indirecte prijsafspraken, marktverdeling en manipulatie van de procedure waarbij met offertes wordt gewerkt. De Commissie van de Europese Gemeenschappen zet uiteen dat het kartel bijna 19 jaar (van oktober 1984 tot september 2003) actief was. De leden ervan maakten prijsafspraken, boden fictieve bestekken („schaduwbestekken”) aan de klanten aan en betaalden elkaar via een systeem van financiële compensaties vergoedingen voor de afgewezen offertes uit (hierna: „commissies”).

2. *Verzoeksters*

- 2 Verzoekster in zaak T-208/08, Gosselin Group (hierna: „Gosselin”), werd in 1983 opgericht en is sinds 20 december 2007 onder die naam werkzaam. 92 % van de aandelen van Gosselin is in handen van verzoekster in zaak T-209/08, Stichting Administratiekantoor Portielje (hierna: „Portielje”), en 8 % ervan is in handen van Vivet en Gosselin NV. Deze laatste is voor 99,87 % in handen van Portielje, een stichting die geen commerciële activiteiten uitoefent en de familiale aandeelhouders verenigt om eenheid in bestuur te bereiken.
- 3 In het boekjaar dat op 30 juni 2006 werd afgesloten, behaalde Gosselin wereldwijd een geconsolideerde omzet van 143 639 000 EUR en behaalde Portielje wereldwijd een geconsolideerde omzet van 0 EUR.

3. *Administratieve procedure*

- 4 Volgens de beschikking heeft de Commissie de procedure op eigen initiatief ingeleid omdat zij beschikte over informatie die erop wees dat bepaalde Belgische ondernemingen die in de sector van de internationale verhuizingen actief zijn, deelnamen aan overeenkomsten die onder het verbod van artikel 81 EG konden vallen.
- 5 Aldus werden op grond van artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81 EG] en [82 EG] (PB 13, blz. 204), verificaties verricht bij Allied Arthur Pierre NV, Interdean NV, Transworld International NV en Ziegler SA in september 2003. Na deze verificaties diende Allied Arthur Pierre een verzoek tot immuniteit of tot vermindering van de geldboete in overeenkomstig de mededeling van de Commissie betreffende

immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken (PB 2002, C 45, blz. 3). Allied Arthur Pierre erkende dat zij had deelgenomen aan de overeenkomsten betreffende commissies en schaduwbestekken, noemde de betrokken concurrenten, onder meer een concurrent die de diensten van de Commissie vooraf nog niet kenden, en overhandigde documenten die haar mondelinge verklaringen staaften.

- 6 Overeenkomstig artikel 18 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] (PB 2003, L 1, blz. 1) werden meerdere schriftelijke verzoeken om inlichtingen gericht aan de bij de mededingingsbepenkende overeenkomsten betrokken ondernemingen, aan concurrenten, alsook aan een beroepsorganisatie. Op 18 oktober 2006 werd de mededeling van punten van bezwaar vastgesteld en aan meerdere ondernemingen ter kennis gebracht. Alle adressaten hebben erop geantwoord. Hun vertegenwoordigers, met uitzondering van die van Amertranseuro International Holdings Ltd, Stichting Administratiekantoor Portielje, Team Relocations Ltd en Trans Euro Ltd, maakten gebruik van hun recht op toegang tot de documenten in het dossier van de Commissie, die uitsluitend toegankelijk waren in de ruimten van de Commissie. Tussen 6 en 29 november 2006 werd deze partijen toegang verleend. De hoorzitting vond plaats op 22 maart 2007.

- 7 Op 11 maart 2008 stelde de Commissie de beschikking vast.

4. Beschikking

- 8 De Commissie stelt dat de adressaten van de beschikking, waaronder verzoeksters, hebben deelgenomen aan een kartel in de sector van de internationale verhuisdiensten in België, of daarvoor aansprakelijk worden gesteld. De karteldeelnemers hebben ten minste van 1984 tot en met 2003 prijzen vastgesteld, klanten onder elkaar verdeeld en de indiening van offertes gemanipuleerd. Hierdoor hebben zij één enkele voortgezette inbreuk gemaakt op artikel 81 EG.

- 9 Volgens de Commissie omvatten de aan de orde zijnde diensten zowel de verhuizing van goederen van fysieke personen, te weten particulieren of werknemers van een onderneming of een overheidsdienst, als de verhuizing van goederen van ondernemingen of overheidsdiensten. Die verhuizingen worden gekenmerkt door het feit dat België het punt van oorsprong of bestemming is. Aangezien de betrokken internationale verhuisondernemingen alle in België zijn gevestigd en het kartel in België actief was, oordeelde de Commissie derhalve dat België het geografische centrum van het kartel was.
- 10 De Commissie raamde de gecumuleerde omzet van de karteldeelnemers voor internationale verhuisdiensten in België op 41 miljoen EUR voor het jaar 2002. Aangezien zij de omvang van deze sector op ongeveer 83 miljoen EUR raamde, werd het gecumuleerde marktaandeel van de betrokken ondernemingen vastgesteld op ongeveer 50%.
- 11 De Commissie zet uiteen dat het kartel met name tot doel had, hoge prijzen vast te stellen en te handhaven en, parallel daarmee of aansluitend daarop, de markt onderling te verdelen onder verschillende vormen: overeenkomsten over prijzen, overeenkomsten over marktverdeling via een systeem van fictieve bestekken (de schaduwbestekken) en overeenkomsten over een systeem van financiële compensatie voor verworpen offertes of voor het geval dat geen offerte werd ingediend (de commissies).
- 12 De Commissie meent dat het kartel tussen 1984 en het begin van de jaren negentig met name werkte op basis van schriftelijke prijsafspraken. Tegelijkertijd werden de commissies en de schaduwbestekken ingevoerd. Een commissie is een verborgen element van de prijs die de consument uiteindelijk moet betalen, zonder dat hij daarvoor een evenwaardige prestatie ontvangt. Het is namelijk een geldbedrag dat de verhuisonderneming die het contract voor een internationale verhuizing heeft gekregen, moest betalen aan de concurrenten die dit contract niet hadden gekregen, of deze laatste nu ook een offerte hadden ingediend of ervan hadden afgezien om dit te doen. Het gaat dus om een soort financiële compensatie voor de verhuisondernemingen die het

contract niet hadden binnengehaald. De kartelleden hebben elkaar onderling commissies in rekening gebracht voor de verworpen of niet-ingediende offertes, waarbij zij fictieve diensten factureerden. Het bedrag van deze commissies werd gefactureerd aan de klanten. De Commissie stelt dat deze praktijk moet worden beschouwd als een indirecte vaststelling van de prijzen voor internationale verhuisdiensten in België.

- 13 De leden van dit kartel hebben eveneens samengewerkt om schaduwbestekken in te dienen, waardoor klanten — dit wil zeggen de werkgevers die de verhuizing betalen — ten onrechte geloofden dat zij een keuze konden maken volgens criteria die zijn gebaseerd op de mededinging. Een schaduwbestek is een fictief bestek dat de klant of de persoon die verhuisde, ontving van een verhuisonderneming die niet voornemens was de verhuizing uit te voeren. Door de indiening van schaduwbestekken zorgde de verhuisonderneming die het contract wilde binnenhalen (hierna: „aanvrager”) ervoor dat de instelling of onderneming meerdere bestekken ontving, hetzij rechtstreeks hetzij indirect via de persoon die ging verhuizen. Daartoe liet de aanvrager zijn concurrenten weten welke prijs, welke verzekeringspremie en welke opslagkosten zij voor de dienst moesten factureren. Deze prijs, die hoger ligt dan de prijs die door de aanvrager wordt voorgesteld, werd vervolgens in de schaduwbestekken vermeld. Aangezien volgens de Commissie een werkgever doorgaans de verhuisonderneming met de laagste prijs zal kiezen, wisten de ondernemingen die bij eenzelfde internationale verhuizing betrokken waren, in beginsel vooraf wie van hen het contract voor deze verhuizing kon binnenhalen.
- 14 Voorts merkt de Commissie op dat de door de aanvrager gevraagde prijs hoger kon zijn dan anders het geval was geweest, omdat de andere bij dezelfde verhuizing betrokken ondernemingen schaduwbestekken indienden waarin een door de aanvrager aangegeven prijs werd vermeld. Bij wijze van voorbeeld verwijst de Commissie in punt 233 van de beschikking naar een interne e-mail van Allied Arthur Pierre van 11 juli 1997 waarin staat te lezen: „[D]e klant heeft twee schaduwbestekken gevraagd, wij kunnen dus een hogere prijs vragen.” De Commissie stelt derhalve dat het overleggen van schaduwbestekken aan klanten een manipulatie vormde van de procedure

waarbij met offertes wordt gewerkt, zodat de prijzen in alle offertes bewust hoger lagen dan de prijs van de aanvrager, en in elk geval hoger dan in een concurrerende context het geval was geweest.

15 De Commissie voert aan dat tot in 2003 dergelijke afspraken werden gemaakt. Zij meent dat deze complexe activiteiten eenzelfde doel nastreefden, te weten prijsvaststelling, marktverdeling en aldus vervalsing van de mededinging.

16 Concluderend stelde de Commissie het dispositief van de beschikking vast, waarvan artikel 1 luidt als volgt:

„De volgende ondernemingen hebben inbreuk gemaakt op artikel 81, lid 1, [EG] doordat zij rechtstreeks en indirect de prijzen voor internationale verhuisdiensten in België hebben vastgesteld, doordat zij een deel van deze markt onderling verdeeld hebben en doordat zij de procedure voor de indiening van offertes gemanipuleerd hebben in de volgende perioden:

[...]

c) [Gosselin], van 31 januari 1992 tot 18 september 2002; met [Portielje], van 1 januari 2002 tot 18 september 2002;

[...]”

17 Bijgevolg heeft de Commissie in artikel 2, sub e, van de beschikking aan Gosselin een geldboete van 4,5 miljoen EUR opgelegd, waarvan Portielje gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk is voor een bedrag van 370 000 EUR.

- 18 Voor de berekening van het bedrag van de geldboeten heeft de Commissie in de beschikking de methode toegepast die wordt uiteengezet in de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, sub a, van verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd (PB 2006, C 210, blz. 2; hierna: „richtsnoeren ‚geldboeten‘ van 2006”).
- 19 Op 24 juli 2009 stelde de Commissie beschikking C(2009) 5810 def. vast, waarbij de beschikking wordt gewijzigd met betrekking tot de in aanmerking te nemen waarde van de verkopen voor de berekening van het basisbedrag van de aan Gosselin en Portielje opgelegde geldboete. Dientengevolge werd de aan Gosselin opgelegde geldboete verlaagd tot 3,28 miljoen EUR, waarvan Portielje gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk is voor een bedrag van 270 000 EUR.

Procesverloop en conclusies van partijen

- 20 Bij op 4 juni 2008 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschriften hebben verzoeksters de onderhavige beroepen ingesteld.
- 21 Bij beschikking van de president van de Achtste kamer van het Gerecht van 5 maart 2010 zijn de zaken T-208/08 en T-209/08 overeenkomstig artikel 50 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht gevoegd voor de mondelinge behandeling en het arrest.
- 22 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Achtste kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan en de Commissie een aantal vragen te stellen. Ter terechtzitting van 29 april 2010 hebben partijen pleidooi gehouden en geantwoord op de vragen van het Gerecht.

23 In zaak T-208/08 concludeert Gosselin dat het het Gerecht behage:

- de beschikking nietig te verklaren, voor zover deze tegen haar is gericht;

- subsidiair, artikel 1 van de beschikking, voor zover die bepaling tegen haar is gericht, nietig te verklaren in de mate dat haar daarin een voortdurende inbreuk van 31 januari 1992 tot 18 september 2002 ten laste wordt gelegd, en de in artikel 2 opgelegde geldboete, voor zover tegen haar gericht, overeenkomstig de aldus aangepaste duur van de inbreuk te verlagen;

- subsidiair, artikel 2, sub e, van de beschikking, voor zover die bepaling tegen haar is gericht, nietig te verklaren en de in artikel 2 opgelegde boete overeenkomstig te verlagen;

- de Commissie te verwijzen in de kosten.

24 In zaak T-209/08 concludeert Portielje dat het het Gerecht behage:

- de beschikking nietig te verklaren, voor zover deze tegen haar is gericht;

- subsidiair, artikel 2, sub e, van de beschikking, voor zover deze bepaling tegen haar is gericht, nietig te verklaren en de in artikel 2 opgelegde boete overeenkomstig te verlagen;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

25 In de zaken T-208/08 en T-209/08 concludeert de Commissie dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoeksters te verwijzen in hun eigen kosten, eventueel vermeerderd met een billijk deel van de kosten van de Commissie.

In rechte

26 Gosselin voert drie middelen aan tot nietigverklaring van de beschikking en tot nietigverklaring of verlaging van de geldboete. Portielje, die door de Commissie als moedermaatschappij van Gosselin is aangewezen, voert twee extra middelen aan, die zijn ontleend aan het begrip onderneming en aan de toerekenbaarheid van de door Gosselin begane inbreuken. Voor het overige zijn de middelen van Portielje dezelfde als die van Gosselin.

27 Bij wijze van voorafgaande opmerking bij het derde, het vierde en het vijfde middel, stelt Portielje dat de handelingen die een inbreuk op het mededingingsrecht zouden kunnen vormen, uitsluitend door Gosselin werden verricht en dat zijzelf slechts aansprakelijk kan worden gesteld indien Gosselin mededingingsrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld.

1. *Eerste en tweede middel van Portielje: schending van artikel 81 EG*

- 28 Met haar eerste middel betoogt Portielje dat zij geen onderneming in de zin van het communautaire mededingingsrecht is. In het kader van haar tweede middel stelt zij dat zij niet medeaansprakelijk kan worden gesteld voor de door Gosselin verrichte handelingen.

Argumenten van partijen

Argumenten van Portielje

- 29 Portielje betoogt dat zij geen onderneming is in de zin van het communautaire mededingingsrecht, omdat zij geen economische activiteit uitoefent. Dienaangaande zet zij uiteen dat zij niet op een markt van goederen of diensten opereert en zij louter fiduciair aandelen houdt die voorheen in handen waren van de familiale aandeelhouders zelf. Deze aandelen kunnen niet op enigerlei markt voor verhandeling worden aangeboden en Portielje doet evenmin enigerlei aanbod om aandelen van derden te beheren. Bijgevolg is de „stichting” Portielje niet onderworpen aan vennootschapsbelasting of omzetbelasting in Nederland. Hieruit volgt volgens Portielje dat er geen moeder-dochterverhouding bestaat tussen haarzelf en Gosselin.
- 30 In repliek merkt Portielje op dat dit middel dient te worden onderscheiden van haar tweede middel, volgens hetwelk de door Gosselin begane inbreuken haar niet kunnen worden toegerekend.

- 31 Wat dit tweede aspect betreft, betoogt Portielje dat de toerekening van het gedrag van een dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij altijd impliceert dat deze laatste metterdaad zeggenschap heeft uitgeoefend. Zij heeft evenwel geen enkele beslissende invloed uitgeoefend op het commercieel of strategisch beleid van Gosselin. In de eerste plaats merkt zij op dat haar bestuur voor het eerst is samengekomen op 5 november 2004, dus lang na de beëindiging van de inbreuk. Bij gebreke van enige vergadering van haar bestuur tijdens de betrokken periode, is het materieel onmogelijk dat Portielje enige invloed heeft uitgeoefend op Gosselin. In de tweede plaats bestond de enige activiteit van Portielje in de uitoefening van de stemrechten verbonden aan de betrokken aandelen in de algemene vergadering van aandeelhouders van Gosselin. De enige (indirecte) mogelijkheid voor Portielje om het beleid van Gosselin te beïnvloeden, zou dan ook het aanwenden van die stemrechten in de algemene vergadering van die vennootschap zijn geweest. Vaststaat evenwel dat in de relevante periode (1 januari tot 18 september 2002) geen enkele vergadering van aandeelhouders van Gosselin heeft plaatsgevonden. In de derde plaats heeft Portielje in de betrokken periode geen enkele invloed gehad op de samenstelling van de raad van bestuur van Gosselin. De leden van de raad van bestuur van Gosselin waren reeds bestuurders voordat Portielje de aandelen van Gosselin fiduciair heeft verworven.
- 32 Bijgevolg is Portielje van mening dat, zo de Commissie zich zou kunnen beroepen op het vermoeden dat voortvloeit uit de rechtspraak inzake een 100%-aandeelhouderschap (arrest Gerecht van 14 mei 1998, Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie, T-354/94, Jurispr. blz. II-2111, punt 79), dit vermoeden met deze vaststaande gegevens is weerlegd.
- 33 In repliek voegt zij hier nog aan toe dat de raad van bestuur van Portielje en die van Gosselin slechts gedeeltelijk bestaan uit dezelfde leden. De zeskoppige raad van bestuur van Portielje bestond slechts voor de helft uit personen die eveneens in de raad van bestuur van Gosselin zetelden. Bovendien heeft Portielje in overeenstemming met haar statuten gehandeld, aangezien het jaarrapport over het jaar 2002 via schriftelijke besluitvorming is vastgesteld.

Argumenten van de Commissie

- 34 De Commissie zet uiteen dat de reden waarom zij Portielje medeaansprakelijk houdt voor de door Gosselin verrichte handelingen, gelegen is in het feit dat er belangrijke organieke en functionele banden tussen deze twee entiteiten bestaan. Zij heeft Portielje evenwel niet zozeer als een onderneming op zichzelf beschouwd, maar als een deel van de onderneming die de inbreuk heeft gepleegd. Het feit dat in formele zin van twee verschillende rechtspersonen sprake is, kan niet afdoen aan het feit dat hun marktgedrag, voor wat de toepassing van de mededingingsregels betreft, als een eenheid moet worden opgevat.
- 35 De Commissie merkt op dat zij de medeaansprakelijkheid van Portielje in de eerste plaats heeft gebaseerd op een bewijsvermoeden, dat wordt afgeleid uit het feit dat Portielje bijna het volledige kapitaal van Gosselin in handen heeft. De stelling van Portielje dat haar bestuur pas op 5 november 2004, dus na de beëindiging van de inbreuk, voor het eerst is bijeengekomen, druist in tegen de tekst van haar eigen statuten. Bovendien betekent die omstandigheid niet dat Portielje geen beslissende invloed op Gosselins commerciële of strategische beleid heeft uitgeoefend. Portielje had de mogelijkheid om zelfs zonder bestuursvergaderingen rechtstreeks invloed uit te oefenen op dit beleid, aangezien de drie belangrijkste bestuursleden van Portielje tevens leden van de raad van bestuur van Gosselin waren.

Beoordeling door het Gerecht

- 36 Hoewel de Commissie de twee middelen van Portielje samen heeft behandeld, dienen deze afzonderlijk te worden onderzocht.

Eerste middel

- 37 Met haar eerste middel voert Portielje aan dat zij geen onderneming in de zin van het communautaire mededingingsrecht is. Op dit punt dient te worden vastgesteld dat zowel artikel 81 EG als artikel 23 van verordening nr. 1/2003 enkel van toepassing is op gedragingen van ondernemingen (arrest Hof van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 59).
- 38 De Commissie erkent zelf in haar verweerschrift dat Portielje geen „onderneming op zichzelf” is.
- 39 Het is juist dat de Commissie ook stelt dat Portielje een „deel [is] van de onderneming die de inbreuk heeft gepleegd” en dat het feit dat in formele zin van twee verschillende rechtspersonen sprake is, niet kan afdoen aan het feit dat hun marktgedrag, voor wat de toepassing van de mededingingsregels betreft, als een eenheid moet worden opgevat. In deze redenering worden evenwel twee onderscheiden begrippen met elkaar verward, te weten het begrip onderneming en dat van de toerekening van het gedrag van een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij.
- 40 Het is juist dat volgens de rechtspraak van het Hof onder het begrip onderneming in de context van het mededingingsrecht moet worden verstaan een met betrekking tot het voorwerp van de desbetreffende overeenkomst bestaande economische eenheid, ook al wordt deze economische eenheid uit juridisch oogpunt gevormd door verschillende natuurlijke of rechtspersonen (arrest Hof van 12 juli 1984, Hydrotherm, 170/83, Jurispr. blz. 2999, punt 11). Volgens vaste rechtspraak sluit de omstandigheid dat de dochteronderneming een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid heeft, nog niet uit dat haar gedrag aan de moederverenootschap kan worden toegerekend, met name wanneer de dochteronderneming niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, maar in hoofdzaak de haar door de moederverenootschap verstrekte instructies volgt (arresten Hof van 14 juli 1972, Imperial Chemical Industries/Commissie, 48/69, Jurispr.

blz. 619, punten 132 en 133, en 16 november 2000, Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie, C-286/98 P, Jurispr. blz. I-9925, punt 26).

- 41 In bovengenoemde zaken stond evenwel vast dat de moedermaatschappij een onderneming was, ook al had zij niet deelgenomen aan het bestrafte gedrag. Het begrip economische eenheid, dat meerdere afzonderlijke rechtspersoonlijkheden kan omvatten, werd dus ingevoerd teneinde het gedrag van een juridische entiteit (de dochteronderneming) te kunnen toerekenen aan een andere entiteit (de moedermaatschappij), en niet om als grond te dienen voor de kwalificatie van de moedermaatschappij als onderneming. Het begrip economische eenheid kan derhalve niet verhelpen aan het feit dat de moedermaatschappij niet de hoedanigheid van onderneming heeft.
- 42 Hieruit volgt dat aan de moedermaatschappij van een onderneming die een inbreuk op artikel 81 EG heeft gepleegd, geen sanctie kan worden opgelegd bij beschikking op grond van artikel 81 EG wanneer zij zelf geen onderneming is.
- 43 Derhalve dient te worden onderzocht of Portielje een onderneming is.
- 44 In de context van het mededingingsrecht omvat het begrip onderneming volgens de rechtspraak elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd (arrest Hof van 23 april 1991, Höfner en Elser, C-41/90, Jurispr. blz. I-1979, punt 21).
- 45 In casu is enkel de vraag of Portielje een economische activiteit uitoefent, betwist.

- 46 Vaststaat dat Portielje geen directe economische activiteit uitoefent. Op dit punt heeft zij uiteengezet dat zij niet op een markt van goederen of diensten opereert, dat zij louter fiduciair aandelen houdt die voorheen in handen waren van de familiale aandeelhouders zelf, dat deze aandelen niet op een markt voor verhandeling kunnen worden aangeboden en dat zij evenmin aanbiedt om aandelen van derden te beheren. De Commissie betwist deze verklaringen niet.
- 47 De Commissie baseert zich evenwel op een arrest van het Hof om te stellen dat Portielje indirect deelneemt aan de door Gosselin uitgeoefende economische activiteit. Het Hof heeft immers geoordeeld dat wanneer een entiteit met zeggenschapsdeelnames in een vennootschap die zeggenschap daadwerkelijk uitoefent door zich direct of indirect met het bestuur ervan bezig te houden, zij moet worden geacht deel te nemen aan de economische activiteit van de onderneming waarover zij zeggenschap uitoefent en zij op grond daarvan zelf als een onderneming in de zin van het mededingingsrecht moet worden aangemerkt. Het loutere bezit van participaties, zelfs van zeggenschapsdeelnames, volstaat daarentegen niet om dit aan te merken als een economische activiteit van de entiteit welke die participaties bezit, wanneer dit bezit enkel met zich brengt dat aan de hoedanigheid van aandeelhouder of vennoot verbonden rechten worden uitgeoefend, alsmede, in voorkomend geval, dividenden, die loutere vruchten van de eigendom van een goed zijn, worden geïnd (zie in die zin arrest Hof van 10 januari 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, C-222/04, Jurispr. blz. I-289, punten 111-113).
- 48 Derhalve dient te worden onderzocht of Portielje zich „direct of indirect heeft bezighouden” met het bestuur van Gosselin. Deze problematiek lijkt heel sterk op die van het doorslaggevend criterium in het kader van het tweede middel, dat de toerekening van het gedrag van Gosselin aan Portielje betreft. Gesteld dat Portielje een onderneming is, dient voor de toerekening van het gedrag van Gosselin aan Portielje immers nog te worden onderzocht of zij een beslissende invloed heeft uitgeoefend op Gosselin. Anders dan in laatstgenoemde problematiek het geval is (zie punt 52 *infra*), heeft het Hof evenwel geen weerlegbaar vermoeden van „deelname aan het bestuur” in de zin van het arrest *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.* (punt 47 *supra*) vastgesteld. In dat arrest heeft zij immers louter aanwijzingen aan de verwijzende rechter gegeven om deze laatste in staat te stellen, te beoordelen of gelet op de in deze

zaak toepasselijke nationale regelgeving de bancaire stichtingen deelnemen aan het bestuur van hun bankvennootschappen. Bijgevolg rust in het onderhavige geval de bewijslast van de „deelneming” bij de Commissie.

- 49 In dit verband dient te worden vastgesteld dat de Commissie enkel heeft opgemerkt dat Portielje bijna het volledige kapitaal van Gosselin in handen heeft en dat de drie belangrijkste bestuursleden van Portielje tevens leden van de raad van bestuur van Gosselin waren. Met andere woorden, zij heeft enkel structurele argumenten aangevoerd, die overigens vallen onder het — onderscheiden — begrip van de uitoefening van een beslissende invloed. Zij heeft evenwel geen enkel concreet bewijselement aangedragen dat kan aantonen dat Portielje zich daadwerkelijk heeft beziggehouden met het bestuur van Gosselin.
- 50 Hieruit volgt dat de Commissie niet heeft aangetoond dat Portielje een onderneming in de zin van artikel 81 EG was. Derhalve dient het door deze verzoekster aangevoerde middel worden toegewezen.

Tweede middel

- 51 Ten overvloede dient te worden onderzocht of, gesteld dat Portielje een onderneming is, het gedrag van Gosselin kan worden toegerekend aan Portielje op grond dat deze laatste een „beslissende invloed” heeft uitgeoefend op Gosselin.
- 52 Op dit punt baseert de Commissie zich op de rechtspraak dat in het bijzondere geval waarin een moedermaatschappij 100% van het kapitaal in handen heeft van haar dochteronderneming die een inbreuk heeft gepleegd, een weerlegbaar vermoeden bestaat dat deze moedermaatschappij een beslissende invloed op het gedrag van haar

dochteronderneming uitoefent (zie in die zin arrest Hof van 25 oktober 1983, AEG-Telefunken/Commissie, 107/82, Jurispr. blz. 3151, punt 50). Het staat derhalve aan de moedermaatschappij die bij de gemeenschapsrechter opkomt tegen een beschikking van de Commissie waarbij zij hoofdelijk aansprakelijk wordt gesteld voor een gedraging van haar dochteronderneming, om dit vermoeden te weerleggen door bewijzen voor de autonomie van haar dochteronderneming aan te voeren (zie arrest Hof van 10 september 2009, Akzo Nobel e.a./Commissie, C-97/08 P, Jurispr. blz. I-8237, punt 60 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 53 In casu heeft Portielje bijna het volledige kapitaal van Gosselin in handen. Zij is evenwel daadwerkelijk erin geslaagd om het vermoeden van uitoefening van een beslissende invloed op Gosselin te weerleggen.
- 54 In de eerste plaats wijst Portielje op het feit dat haar bestuur voor het eerst is samengekomen op 5 november 2004, dus meer dan twee jaar na het einde van de inbreuk op 18 september 2002. De Commissie werpt tegen dat, aangezien Portielje werd opgericht in juni 2001 en volgens haar statuten ieder jaar ten minste één bestuursvergadering wordt gehouden, een dergelijke handelwijze zou indruisen tegen de tekst van haar eigen statuten. Evenwel werd de uitgifte van de certificaten van Gosselin in de stichting pas op 11 december 2002 geakteerd. Verder laat artikel 5.2 van de statuten van Portielje toe om ook op schriftelijke basis tot besluitvorming te komen. Volgens Portielje, die op dit punt niet wordt tegengesproken door de Commissie, is dit voor de vergadering van 5 november 2004 slechts één keer gebeurd, met name op 10 maart 2003 met het oog op de vaststelling van het jaarrapport over het jaar 2002. Bijgevolg dient te worden vastgesteld dat Portielje in overeenstemming met haar statuten heeft gehandeld en dat zowel de schriftelijke procedure van 10 maart 2003 als de eerste formele vergadering van 5 november 2004 heeft plaatsgevonden na het einde van de inbreuk. Dat Portielje een beslissende invloed heeft uitgeoefend op het gedrag van haar dochteronderneming, is derhalve uitgesloten op deze grond alleen.
- 55 In de tweede plaats bestaat de enige activiteit van Portielje in de uitoefening van de stemrechten verbonden aan de betrokken aandelen in de algemene vergadering van

aandeelhouders van Gosselin. De enige mogelijkheid voor Portielje om het beleid van Gosselin te beïnvloeden, zou derhalve het aanwenden van die stemrechten in de algemene vergadering van Gosselin zijn geweest. Vaststaat evenwel dat in de relevante periode (van 1 januari tot 18 september 2002) geen enkele vergadering van aandeelhouders van Gosselin heeft plaatsgevonden.

⁵⁶ In de derde plaats merkt Portielje op dat zij in de betrokken periode geen enkele invloed heeft gehad op de samenstelling van de raad van bestuur van Gosselin. De Commissie betoogt dat Portielje zelfs zonder bestuursvergaderingen de mogelijkheid had om rechtstreeks invloed uit te oefenen op het commerciële en strategische beleid van Gosselin, aangezien de drie belangrijkste bestuursleden van Portielje tevens leden van de raad van bestuur van Gosselin waren. Portielje heeft evenwel terecht opgemerkt dat haar raad van bestuur en die van Gosselin slechts gedeeltelijk bestaan uit dezelfde leden. De zeskoppige raad van bestuur van Portielje bestond slechts voor de helft uit personen die eveneens in de raad van bestuur van Gosselin zetelden. In de betrokken periode heeft Portielje de samenstelling van de raad van bestuur van Gosselin niet gewijzigd. De leden van de raad van bestuur van Gosselin waren reeds bestuurders van deze onderneming voordat Portielje de aandelen van Gosselin fiduciair heeft verworven. Deze chronologie toont aan dat hun aanwezigheid in de raad van bestuur geen uiting is van invloed van Portielje.

⁵⁷ Verder faalt de stelling dat de drie personen die de raad van bestuur van Gosselin vormen maar slechts de helft van de raad van bestuur van Portielje uitmaken, toezicht uitoefenen op Gosselin niet in hun hoedanigheid van bestuurder van laatstgenoemde maar door de invloed die Portielje uitoefent op de algemene vergadering van Gosselin. De Commissie erkent immers dat het „zeer gekunsteld” zou zijn als de belangrijkste bestuurders van Portielje via de algemene vergadering van Gosselin invloed zouden uitoefenen op de raad van bestuur van Gosselin, een orgaan waarin zij zelf zitting hebben. In elk geval kan het feit dat een deel van de leden van de raad van bestuur dezelfde zijn, niet impliceren dat alle ondernemingen waarin de drie leden van de raad van bestuur van Gosselin ook vertegenwoordigd zijn in die hoedanigheid, hierdoor

moeten worden beschouwd als moederondernemingen van Gosselin. In casu behoorden de drie bestuurders van Gosselin tot de eigenaars van Portielje, waarbij deze laatste slechts een instrument was om eigendomsrechten uit te oefenen. Gesteld dat deze drie personen niet louter als bestuurders van Gosselin hebben gehandeld, zou het dus waarschijnlijker zijn dat zij in hun eigen belang hebben gehandeld.

- 58 Uit een en ander volgt dat Portielje bewijzen heeft aangedragen die aantonen dat zij geen beslissende invloed op Gosselin heeft uitgeoefend, of dat zij niet in staat was om een dergelijke invloed uit te oefenen. Zij heeft derhalve met succes het vermoeden dat voortvloeit uit de arresten van 14 mei 1998, Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie (punt 32 supra) en Akzo Nobel e.a./Commissie (punt 52 supra), weerlegd.
- 59 Bijgevolg dienen het eerste en het tweede middel van Portielje te worden toegewezen en moet de beschikking nietig worden verklaard voor zover zij betrekking heeft op deze verzoekster.

2. Derde middel van Portielje en eerste middel van Gosselin: schending van artikel 81 EG

- 60 Dit middel bevat twee onderdelen. Met het eerste onderdeel betwisten Portielje en Gosselin dat hun praktijken hebben geleid tot een merkbare beperking van de mededinging. In het kader van het tweede onderdeel betwisten zij dat de handel tussen de lidstaten merkbaar is beïnvloed.

Geen merkbare beperking van de mededinging

Argumenten van partijen

- 61 Verzoeksters stellen dat Gosselin op geen enkele wijze heeft deelgenomen aan de prijsafspraken en in de betrokken passage van de beschikking derhalve in het geheel niet wordt vermeld. Gosselin betwist niet dat zij in een aantal gevallen commissies heeft ontvangen of uitbetaald, en dat het hierbij ging om een soort financiële compensatie voor de verhuisonderneming die het contract niet had binnengehaald. Zij stelt evenwel dat zij enkel een commissie heeft ontvangen voor verhuizingen waarvoor zij effectief en competitief had geboden. Wat Gosselin betreft, is de commissieregeling dus niet hand in hand gegaan met een systeem van klantenverdeling. Evenmin heeft zij minimumprijzen toegepast.
- 62 Gosselin ontkent niet dat zij schaduwbestekken heeft gevraagd en afgeleverd, maar stelt dat schaduwbestekken enkel werden gevraagd of afgeleverd in situaties waarin zij van oordeel was dat de betrokken opdracht niet meer kon worden binnengehaald. Gosselin betoogt dat zij niet op de hoogte is van schaduwbestekken die zouden gevraagd of afgeleverd zijn zonder dat daartoe een vraag van de verhuizende klant — die reeds zijn keuze voor een onderneming had gemaakt — voorhanden was. Zij heeft nooit voor eenzelfde verhuisopdracht met commissies en schaduwbestekken gewerkt.
- 63 Verzoeksters betogen dat de beschikking dus niet bewijst dat de commissies en de schaduwbestekken een merkbaar mededingingsbeperkend effect hebben gehad. Voorts betogen zij dat Gosselin niet aansprakelijk kan worden gesteld voor gedragingen die zij niet heeft gesteld. Dienaangaande wijzen zij met klem erop dat Gosselin aan geen enkele bijeenkomst van het kartel heeft deelgenomen en niet op de hoogte was van de prijsafspraken.

- 64 De Commissie stelt dat zij geenszins moet aantonen dat er daadwerkelijk sprake was van mededingingsbeperkende gevolgen. Verder betwist zij de beweringen van verzoeksters.

Beoordeling door het Gerecht

- 65 Om te beginnen dient te worden vastgesteld dat — anders dan het opschrift ervan laat vermoeden — in het eerste onderdeel van het middel niet wordt verwezen naar het zogeheten de-minimisbeginsel, te weten het feit dat het verbod van artikel 81, lid 1, EG niet geldt voor overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging slechts in geringe mate beperken (zie in die zin arresten Hof van 30 juni 1966, LTM, 56/65, Jurispr. blz. 337, 360, en 9 juli 1969, Völk, 5/69, Jurispr. blz. 295, punt 7), en evenmin naar de daarop betrekking hebbende bekendmaking van de Commissie, te weten de bekendmaking inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, [EG] (de minimis) (PB 2001, C 368, blz. 13).
- 66 Verzoeksters wijzen veeleer op het ontbreken van bewijzen van mededingingsbeperkende gevolgen en zelfs van elke beperking van de mededinging. Verder betwisten zij de aansprakelijkheid van Gosselin voor gedragingen die deze volgens haar verklaring niet heeft gesteld.

— Geen beperkingen van de mededinging

- 67 Voor zover verzoeksters opkomen tegen de kwalificatie van de commissies en de schaduwbestekken als beperkingen van de mededinging, dient met klem te worden gewezen op het feit dat deze twee praktijken de verdeling van klanten en de manipulatie van de procedures voor indiening van offertes beoogden, te weten twee duidelijke

mededingingsbeperkingen. Om de schaduwbestekken te kunnen opstellen, wisselden de betrokken verhuisondernemingen immers informatie uit, zoals de precieze datum en de details van de te verrichten verhuizingen alsmede de prijzen van deze dienst, zodat de onderneming die een schaduwbestek afleverde, vrijwillige verzaakte aan elke werkelijke mededinging ten opzichte van de onderneming die dit bestek had gevraagd. Het resultaat hiervan was een ingewikkeld systeem waardoor de prijzen kunstmatig werden verhoogd.

- 68 Zoals de Commissie in de beschikking heeft aangetoond, is voor de verhuizende persoon het belang van de verkrijging van schaduwbestekken immers daarin gelegen dat hij niet meerdere offertes dient aan te vragen. Wanneer de verhuizing door de werkgever wordt betaald, is het dus weinig waarschijnlijk dat deze persoon zich vervolgens tot andere verhuisondernemingen wendt om oprechte bestekken te verkrijgen. Aldus moet de aangezochte onderneming niet verdacht zijn op enige mededinging van de andere verhuisondernemingen die bij het kartel betrokken zijn, zodat verwacht kan worden dat zij hogere prijzen toepast. De instelling of de onderneming die de verhuizing betaalt, kan dus geen voordeel halen uit de mededinging, hoewel zij juist om die reden vordert dat verschillende bestekken worden overgelegd. Deze conclusie blijkt overigens expliciet uit een interne e-mail van Allied Arthur Pierre, die in punt 233 van de beschikking wordt aangehaald en luidt als volgt: „[D]e klant heeft twee schaduwbestekken gevraagd, wij kunnen dus een hogere prijs vragen”.
- 69 Ook de commissies hebben onvermijdelijk geleid tot een hoger prijsniveau, aangezien de erdoor veroorzaakte kosten werden afgewenteld op de klanten. Anders dan verzoeksters beweren, strekten deze praktijken dus wel ertoe dat de mededinging werd vervalst in de zin van artikel 81 EG.
- 70 Ten slotte dient erop te worden gewezen dat de persoon die wil verhuizen en in contact staat met de dienstverrichter, niet de werkelijke klant van de verhuisonderneming is. In punt 264 van de beschikking merkt de Commissie op dat het aan de onderneming of de overheidsinstelling die de verhuizing betaalt, is om een verhuisonderneming te kiezen. Tal van ondernemingen en overheidsinstellingen eisen, precies om een keuze te kunnen maken, dat meerdere offertes worden ingediend. Bijgevolg moet het betoog, dat de schaduwbestekken werden afgeleverd omdat zij ingingen op

een vraag op de markt of dat zij pas werden ingediend nadat de „klant” zijn keuze had gemaakt, van de hand worden gewezen.

71 Bijgevolg faalt de grief dat er geen enkele beperking van de mededinging is.

— Bewijs van mededingingsbeperkende gevolgen

72 Wat het bewijs van mededingingsbeperkende gevolgen betreft, dient te worden opgemerkt dat over het algemeen bij de toetsing van een overeenkomst aan artikel 81, lid 1, EG rekening moet worden gehouden met de concrete situatie waarin zij effect sorteert, en in het bijzonder met de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen opereren, de aard van de diensten waarop deze overeenkomst betrekking heeft, en de structuur van de relevante markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert (zie arrest Gerecht van 15 september 1998, *European Night Services e.a./Commissie*, T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, *Jurispr. blz. II-3141*, punt 136 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

73 De Commissie heeft terecht opgemerkt dat blijkens vaste rechtspraak bij de toepassing van artikel 81, lid 1, EG geen acht hoeft te worden geslagen op de concrete gevolgen van een overeenkomst, wanneer eenmaal is gebleken dat deze tot doel had de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt te verhinderen, te beperken of te vervalsen (arrest Hof van 13 juli 1966, *Consten en Grundig/Commissie*, 56/64 en 58/64, *Jurispr. blz. 429, 496*, en arrest Gerecht van 6 april 1995, *Ferriere Nord/Commissie*, T-143/89, *Jurispr. blz. II-917*, punt 30). Bijgevolg moet bij de toetsing van een overeenkomst aan artikel 81, lid 1, EG geen rekening worden gehouden met de concrete situatie waarin zij effect sorteert wanneer het een overeenkomst betreft die duidelijke mededingingsbeperkingen, zoals het bepalen van prijzen, het verdelen van

de markt of het controleren van de afzet, meebrengt (zie in die zin arrest *European Night Services e.a./Commissie*, punt 72 supra, punt 136).

- ⁷⁴ In casu brachten de praktijken van Gosselin duidelijke mededingingsbeperkingen mee (zie punt 67 supra). In deze omstandigheden diende de Commissie het bewijs van mededingingsbeperkende gevolgen niet te leveren.

— Aansprakelijkheid voor de schriftelijke overeenkomsten

- ⁷⁵ Verzoeksters voeren aan dat Gosselin niet aansprakelijk kan worden gesteld voor handelingen waaraan zij niet heeft deelgenomen.

- ⁷⁶ Op dit punt wordt niet betwist dat Gosselin heeft deelgenomen aan twee van de drie praktijken die in de beschikking worden beschreven, te weten de overeenkomst over de commissies en de overeenkomst over de schaduwbestekken. Daarentegen heeft zij nooit deelgenomen aan de schriftelijke overeenkomst over de prijzen. Een onderneming die aan een inbreuk heeft deelgenomen door middel van voor haar kenmerkende gedragingen, kan eveneens aansprakelijk worden gesteld voor gedragingen van andere ondernemingen in het kader van diezelfde inbreuk, maar dit geldt enkel voor de duur van haar deelneming aan die inbreuk (arrest Hof van 8 juli 1999, *Commissie/Anic Partecipazioni*, C-49/92 P, Jurispr. blz. I-4125, punt 83). Bijgevolg kan Gosselin niet aansprakelijk worden gesteld voor gedragingen die waren stopgezet voor haar toetreding tot het kartel.

- ⁷⁷ Evenwel heeft de Commissie in de beschikking enkel voor de periode van 31 januari 1992 tot 18 september 2002 een inbreuk door Gosselin op artikel 81, lid 1, EG vastgesteld. Wat de duur van deelneming aan het kartel betreft, heeft de Commissie derhalve naar behoren rekening gehouden met het feit dat Gosselin pas vanaf 1992 aan het kartel heeft deelgenomen. Wat de ernst betreft, zal de kwestie in de punten 134 en volgende infra worden onderzocht.

- 78 Om deze reden is de bewering van Gosselin, dat zij niet op de hoogte was van de schriftelijke overeenkomsten, irrelevant, daar de Commissie haar in de beschikking enkel vanaf deze datum voor de inbreuk aansprakelijk stelt.
- 79 Wat de schaduwbestekken en de commissies betreft, dient te worden geoordeeld dat Gosselin noodzakelijkerwijs op de hoogte moest zijn van de inbreukmakende gedragingen van de andere deelnemers, aangezien deze twee praktijken berustten op een wederzijdse samenwerking met partners die telkens wisselden. Dit systeem berustte immers op het beginsel „do ut des”, voor zover elke onderneming die een commissie betaalde of een schaduwbestek afleverde, verwachtte om in de toekomst zelf voordeel te kunnen halen uit dit systeem en commissies of schaduwbestekken te verkrijgen. Derhalve waren deze afspraken niet punctueel, maar bestond daartussen een band van complementariteit.
- 80 Bijgevolg moet dit onderdeel van het middel worden afgewezen.

Geen merkbare beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten

Argumenten van partijen

- 81 Verzoeksters stellen om te beginnen dat de verlening van diensten die impliceren dat de eigendom van de klant de grens overgaat, niet kan worden gelijkgesteld met de import of de export van goederen.

- 82 Vervolgens betwisten verzoeksters de verklaring van de Commissie, volgens welke de omzet die de partijen met de betrokken diensten behaalden, hoger is dan de drempel van 40 miljoen EUR als bedoeld in punt 53 van de richtsnoeren betreffende het begrip „beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] (PB 2004, C 101, blz. 81; hierna: „richtsnoeren van 2004”). Zij merken met name op dat het in punt 540 vermelde totaal van de verkopen 21 323 734 EUR bedraagt, zijnde bijna de helft van die drempel. Wat de drempel van 5 % van de marktaandelen betreft, stellen verzoeksters dat wanneer de Commissie een beroep wenst te doen op marktaandelen, zij de relevante markt dient te definiëren. De beschikking geeft weliswaar een „beschrijving van de markt”, maar biedt geen analyse of onderbouwing die toelaat om op een juridisch verantwoorde wijze tot een afbakening van de relevante markt te komen. Bovendien stellen verzoeksters dat zij met betrekking tot de al dan niet merkbare beïnvloeding van de handel tussen lidstaten geen enkel onderscheid hebben kunnen waarnemen tussen de periode vóór en de periode na de beëindiging van de inbreuk.
- 83 Ten slotte voeren verzoeksters aan dat de beschikking niet beantwoordt aan de werkwijze die wordt weergegeven in de punten 78 tot en met 82 van de richtsnoeren van 2004, waarin de situatie van kartels die één lidstaat bestrijken, uitdrukkelijk wordt behandeld.
- 84 Wat de in de richtsnoeren van 2004 vastgestelde drempels betreft, merkt de Commissie op dat op grond daarvan een weerlegbaar positief vermoeden geldt dat er sprake is van merkbare beïnvloeding van de handel wanneer de gezamenlijke omzet meer dan 40 miljoen EUR bedraagt of wanneer het gezamenlijke marktaandeel meer dan 5 % is. Volgens de Commissie behaalden de karteldeelnemers in 2002 een gezamenlijke omzet van ongeveer 41 miljoen EUR voor internationale verhuisdiensten. Bovendien heeft de Commissie op basis van ramingen aangaande de omvang van die markt kunnen vaststellen dat het totale marktaandeel van de karteldeelnemers ongeveer 50 % bedroeg. Daarentegen betreft punt 540 van de beschikking de vaststelling van de hoogte van het bedrag van de geldboete, gelet op de situatie van elke onderneming.

- 85 Ten slotte merkt de Commissie op dat, ofschoon verzoeksters de accuratesse in twijfel trekken van de schatting dat het gezamenlijke marktaandeel circa 50% zou bedragen, zij niet betwisten dat dit marktaandeel hoger lag dan 5%. Hoe dan ook is de Commissie niet verplicht om de markt af te bakenen wanneer zij heeft vastgesteld dat de overeenkomst tot doel heeft gehad de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt te beperken en de overeenkomst van dien aard was dat zij de handel tussen lidstaten ongunstig kon beïnvloeden.

Beoordeling door het Gerecht

- 86 Wat om te beginnen de grieven betreft die zijn ontleend aan eventuele verschillen tussen internationale verhuisdiensten en activiteiten van import en export van goederen, dient te worden vastgesteld dat deze verschillen niet relevant zijn voor de bepaling van de werkingssfeer van het mededingingsrecht van de Unie. Het begrip „handel tussen lidstaten” is immers een ruim begrip dat elke economische activiteit omvat. Zelfs overeenkomsten die slechts het grondgebied van één lidstaat bestrijken, kunnen onder de werkingssfeer van het mededingingsrecht vallen (zie in die zin arresten Hof van 14 juli 1981, Züchner, 172/80, Jurispr. blz. 2021, punt 18, en 19 februari 2002, Wouters e.a., C-309/99, Jurispr. blz. I-1577, punt 95 en aldaar aangehaalde rechtspraak). De punten 78 tot en met 82 van de richtsnoeren van 2004 hebben overigens expliciet betrekking op laatstgenoemde situatie. Hoewel verzoeksters stellen dat de Commissie haar eigen richtsnoeren op dit punt niet heeft geëerbiedigd, preciseren zij evenwel niet in welk opzicht deze regels zijn geschonden.
- 87 Wat de andere grieven betreft, stelt de Commissie dat de betwisting van de afbakening van de markt, en derhalve van haar oordeel dat de drempels als bedoeld in punt 53 van de richtsnoeren van 2004 zijn bereikt, niet kan slagen.
- 88 Met dit betoog kan niet worden ingestemd.

- 89 Het is juist dat de Commissie voor de toepassing van artikel 81, lid 1, EG geen werkelijke mededingingsbeperkende gevolgen hoeft aan te tonen van overeenkomsten of feitelijke gedragingen die ertoe strekken dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst (arrest Consten en Grundig/Commissie, punt 73 supra, en arrest Ferriere Nord/Commissie, punt 73 supra, punt 30, bevestigd bij arrest Hof van 17 juli 1997, Ferriere Nord/Commissie, C-219/95 P, Jurispr. blz. I-4411, punten 12-15).
- 90 Dit neemt niet weg dat volgens vaste rechtspraak artikel 81, lid 1, EG niet van toepassing is wanneer de invloed van het kartel op het intracommunautaire handelsverkeer of op de mededinging niet „merkbaar” is. Het verbod van artikel 81, lid 1, EG geldt immers niet voor een overeenkomst die slechts in geringe mate de mededinging beperkt of de handel tussen lidstaten beïnvloedt (arresten LTM, punt 65 supra, en Völk, punt 65 supra, punt 7; arrest Hof van 28 april 1998, Javico, C-306/96, Jurispr. blz. I-1983, punten 12 en 17, en arrest Gerecht van 19 maart 2003, CMA CGM e.a./Commissie, T-213/00, Jurispr. blz. II-913, punt 207).
- 91 De Commissie moet derhalve in een beschikking op grond van artikel 81 EG de markt afbakenen wanneer zonder deze afbakening niet kan worden bepaald of de betrokken overeenkomst of onderling afgestemde gedraging de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en tot doel of ten gevolge heeft dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst (arrest Gerecht van 6 juli 2000, Volkswagen/Commissie, T-62/98, Jurispr. blz. II-2707, punt 230).
- 92 In het kader van het onderhavige middel komen verzoeksters op tegen het oordeel van de Commissie met betrekking tot deze voorwaarden voor toepassing van artikel 81 EG. De afbakening en de omvang van de markt alsmede de marktaandelen zijn daadwerkelijk slechts voorwaarden daarvan (zie in die zin arrest Gerecht van 21 februari 1995, SPO e.a./Commissie, T-29/92, Jurispr. blz. II-289, punt 75).

- 93 In de beschikking baseert de Commissie zich voor de vaststelling van de merkbare beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten op haar richtsnoeren van 2004, die minimumdrempels voor de marktaandeelen en de geconsolideerde omzet van de betrokken ondernemingen vermelden. Volgens punt 55 van deze richtsnoeren impliceert de toepassing van de in de punten 52 en 53 van deze richtsnoeren bedoelde drempel van 5% van de marktaandeelen een voorafgaande vaststelling van de betrokken markt.
- 94 Voor zover zij verwijzen naar de beoordeling van de merkbare beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten, en in het bijzonder naar de drempel van 5%, kunnen de grieven inzake een onjuiste afbakening van de betrokken markt en een onjuiste raming van de omvang ervan en van de marktaandeelen van de betrokken ondernemingen, slagen.
- 95 De Commissie wijst verder met klem erop dat, ofschoon verzoeksters de accuratesse in twijfel trekken van de schatting dat het gezamenlijke marktaandeel circa 50% zou bedragen, zij niet expliciet betwisten dat dit marktaandeel hoger lag dan 5%. Aangezien het in het kader van het positieve vermoeden van punt 53 van de richtsnoeren van 2004 volstaat dat is voldaan aan een van de twee alternatieve voorwaarden, is de Commissie van mening dat verzoeksters' argumenten niet kunnen afdoen aan haar vaststelling dat de inbreukmakende gedragingen de handel tussen lidstaten merkbaar konden beïnvloeden. Verzoeksters merken evenwel op dat wanneer de Commissie een beroep wenst te doen op marktaandeelen, zij de relevante markt op economisch gestaafde wijze dient af te bakenen. Zij betwisten derhalve indirect dat de drempel van 5% is overschreden.
- 96 Derhalve dient te worden onderzocht of de Commissie in de beschikking de merkbare beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten heeft aangetoond.

— Grensoverschrijdend karakter

- 97 Ter terechtzitting stelde de Commissie dat het grensoverschrijdende karakter van de betrokken verhuizingen volstond om een beïnvloeding van de handel vast te stellen. Vastgesteld dient evenwel te worden dat dit karakter, dat niet wordt betwist, op zich het bewijs van de merkbare beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten niet kan leveren.
- 98 Indien elke grensoverschrijdende transactie automatisch de handel tussen de lidstaten merkbaar zou kunnen beïnvloeden, zou het begrip merkbaar karakter, dat nochtans een in de rechtspraak ontwikkelde voorwaarde voor de toepassing van artikel 81, lid 1, EG is, immers geen betekenis meer hebben. In dit verband dient eraan te worden herinnerd dat zelfs in het geval van een inbreuk met mededingingsbeperkende strekking vereist is dat de inbreuk het intracommunautaire handelsverkeer op merkbare wijze kan beïnvloeden. Dit blijkt overigens ook uit de richtsnoeren van 2004, aangezien het in punt 53 ervan bedoelde positieve vermoeden enkel van toepassing is op overeenkomsten of feitelijke gedragingen die op zich al de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden.
- 99 Ter terechtzitting heeft de Commissie evenwel verwezen naar het arrest van het Hof van 1 oktober 1987, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus (311/85, Jurispr. blz. 3801), ter staving van haar stelling dat het grensoverschrijdende karakter van de verhuizingen op zich volstond als grond voor haar bevoegdheid. Vastgesteld dient evenwel te worden dat dit arrest, en in het bijzonder punt 18 ervan, de problematiek van het merkbare karakter van de beïnvloeding van de handel niet aanroert. Deze term wordt immers in dit arrest zelfs niet vermeld.
- 100 In elk geval bevat de beschikking geen enkele motivering die uitsluitend wordt gebaseerd op het grensoverschrijdende karakter van de betrokken verhuizingen. In het bijzonder blijkt zowel uit de formulering als uit de context van punt 372 van de beschikking, waarin het arrest Vereniging van Vlaamse Reisbureaus (punt 99 supra) niet wordt vermeld, dat met dit punt niet wordt beoogd het merkbare karakter van de beïnvloeding van de handel aan te tonen.

— Drempel van 40 miljoen EUR

- ¹⁰¹ Met betrekking tot de drempel van 40 miljoen EUR als bedoeld in punt 53 van de richtsnoeren van 2004 betogen verzoeksters terecht dat een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de omzet die wordt behaald als onderaannemer en de omzet die wordt behaald als onderneming die toezicht houdt op een internationale verhuizing. Teneinde niet twee keer dezelfde omzet in de raming van de betrokken verkopen op te nemen, is het immers noodzakelijk dat de als onderaannemer behaalde omzet wordt afgetrokken van de met de betrokken diensten behaalde omzet. In het tegenovergestelde geval zou voor eenzelfde verhuizing eerstgenoemde omzet een eerste keer zijn opgenomen in de omzet van de onderneming die toezicht houdt op de dienst, en een tweede keer in de omzet van de onderaannemer. Bovendien werd de omzet van de onderaannemer niet behaald op de markt van verhuisdiensten die zijn bestemd voor de eindverbruiker.
- ¹⁰² De uitleg van de Commissie in punt 530 van de beschikking ter rechtvaardiging van haar keuze om deze verkopen uit te sluiten in het kader van de berekening van de geldboete, is overigens overtuigend. Zij legt evenwel niet uit waarom twee keer dezelfde omzet dient te worden opgenomen in de raming van de omvang van de markt voor de vaststelling van het bestaan van een merkbare beïnvloeding van de handel. Deze raming en die van de gecumuleerde omzet van de karteldeelneemers berusten dus op een kennelijke fout.
- ¹⁰³ Deze conclusie vindt steun in de antwoorden van de Commissie op de schriftelijke en mondelinge vragen van het Gerecht.
- ¹⁰⁴ De Commissie heeft in de eerste plaats geprobeerd een argument te ontleen aan punt 54 van de richtsnoeren van 2004. Deze bepaling sluit evenwel enkel de verkopen uit tussen entiteiten die deel uitmaken van eenzelfde onderneming, en heeft geenszins betrekking op het geval van onderaanneming. Zij kan in het bijzonder geen grond vormen voor het argument a contrario dat de Commissie lijkt aan te voeren.

- 105 In de tweede plaats heeft de Commissie in haar schriftelijke antwoord betoogd dat haar benadering niet „noodzakelijk” leidt tot een dubbele telling van eenzelfde verhuizing, daar enerzijds een bepaald aantal Belgische verhuizers geen deel uitmaakten van het kartel en anderzijds de onderaanneming in bepaalde gevallen werd verricht voor rekening van buitenlandse verhuizers. De Commissie geeft dus impliciet toe dat in de andere gevallen deze benadering erop neerkwam dat de als onderaannemer behaalde omzet twee keer werd opgenomen. Bovendien heeft de Commissie ter terechtzitting erkend dat er sprake was van dubbele telling wanneer de onderaanneming tussen twee karteldeelnemers plaatsvond. Verder heeft zij erkend dat bij bijstelling van haar methode op dit punt, de drempel van 40 miljoen EUR niet meer zou zijn bereikt.
- 106 Gelet op een en ander heeft de Commissie niet aangetoond dat de drempel van 40 miljoen EUR in casu werd bereikt.

— Drempel van 5 %

- 107 Met betrekking tot de drempel van 5 % stellen verzoeksters dat de Commissie de markt had moeten afbakenen om zich te kunnen baseren op overschrijding van deze drempel.
- 108 In dit verband dient te worden vastgesteld dat de berekening van een marktaandeel logischerwijs de voorafgaande afbakening van deze markt impliceert. Zoals het Gerecht reeds in punt 92 supra heeft opgemerkt, wordt immers in punt 55 van de richtsnoeren van 2004 expliciet erkend dat „[o]m de marktaandeeldrempel toe te passen, [...] de relevante markt [moet] worden afgebakend. Deze omvat de relevante productmarkt en de relevante geografische markt”. Deze verplichting blijkt ook duidelijk uit andere taalversies ter zake (bijvoorbeeld in het Engels: „it is necessary” en in het Duits: „muss”).

- 109 Wat het dwingende karakter van de door de Commissie vastgestelde richtsnoeren betreft, heeft het Hof voorts reeds geoordeeld dat, door dergelijke gedragsregels vast te stellen en via de publicatie ervan te doen weten dat zij ze voortaan zal toepassen op de desbetreffende gevallen, de betrokken instelling de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid beperkt. Zij kan niet van die regels afwijken zonder dat hieraan in voorkomend geval een sanctie wordt verbonden wegens schending van algemene rechtsbeginselen als het gelijkheids- of het vertrouwensbeginsel (arrest Hof van 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punt 211).
- 110 Vaststaat dat de Commissie de in punt 55 van de richtsnoeren van 2004 vermelde verplichting niet is nagekomen. In haar geschriften en ter terechtzitting heeft zij niet alleen de nadruk gelegd op het feit dat zij de betrokken markt niet moest afbakenen, maar ook op het feit dat zij dit niet had gedaan. Bijgevolg zou de vaststelling van de Commissie dat de drempel van 5% was bereikt, in beginsel terzijde moeten worden geschoven.
- 111 In de omstandigheden van het onderhavige geval is het Gerecht evenwel van oordeel dat de Commissie niettemin rechtens genoegzaam heeft aangetoond dat was voldaan aan de tweede alternatieve voorwaarde van het vermoeden als bedoeld in punt 53 van de richtsnoeren van 2004.
- 112 De Commissie heeft immers in de punten 88 tot en met 94 van de beschikking een voldoende uitvoerige beschrijving van de betrokken sector, het aanbod, de vraag en de geografische omvang daaronder begrepen, gegeven. De Commissie heeft derhalve op nauwkeurige wijze de betrokken diensten en de markt bepaald. Het Gerecht is van oordeel dat een dergelijke beschrijving van de sector kan volstaan voor zover zij dermate uitvoerig is dat het Gerecht de basisverklaringen van de Commissie kan controleren en voor zover op deze basis het gecumuleerde marktaandeel duidelijk ruim de drempel van 5% overschrijdt.

- 113 In dit verband dient ten eerste te worden opgemerkt dat de Commissie mocht vaststellen dat de relevante diensten de internationale verhuisdiensten in België waren. De Commissie heeft terecht opgemerkt dat het kartel tot doel had de mededinging in de sector van de internationale verhuizingen naar of vanuit België te beperken. De betrokken verhuizingen werden immers gekenmerkt door het feit dat België het punt van oorsprong of bestemming was, dat de betrokken verhuisondernemingen alle in België waren gevestigd en dat het kartel in België actief was. Voorts heeft de Commissie bij haar raming van de omvang van de markt rekening gehouden met de omzet van de buitenlandse ondernemingen op deze markt.
- 114 Ten tweede heeft de Commissie op deze grondslag de omvang van de markt op 83 miljoen EUR en het gecumuleerde marktaandeel van de karteldeelnemers op ongeveer 50% geraamd. Deze cijfers moeten worden bijgesteld teneinde rekening te houden met de correcties die voortvloeien uit beschikking C(2009) 5810 (punt 19 supra) en uit de uitsluiting van de in onderaanneming verrichte verkopen (punt 102 supra), hetgeen volgens de Commissie leidt tot een gecumuleerde omzet van meer dan 20 miljoen EUR en een marktaandeel van bijna 30%. Dit marktaandeel bevindt zich evenwel nog steeds ruim boven de drempel van 5%.
- 115 Ten derde heeft Gosselin in antwoord op de vragen van het Gerecht zelf ter terechtzitting vastgesteld dat de omvang van de markt veel groter zou moeten zijn om de drempel van 5% niet te bereiken. De omvang van de markt zou immers meer dan 400 miljoen EUR moeten zijn. Een dergelijke afmeting van de betrokken markt kan enkel worden behaald indien wordt uitgegaan van een veel ruimere markt dan de markt van de internationale verhuisdiensten in België, die evenwel door de Commissie terecht werd aangeduid als de relevante markt.
- 116 In deze omstandigheden is het Gerecht van oordeel dat de Commissie zich uitzonderlijk kon baseren op de tweede alternatieve voorwaarde van punt 53 van de richtsnoeren van 2004 zonder de markt expliciet af te bakenen in de zin van punt 55 van deze richtsnoeren.

- 117 Ten slotte heeft de Commissie terecht opgemerkt dat het in het kader van het positieve vermoeden van punt 53 van de richtsnoeren van 2004 volstaat dat is voldaan aan een van de twee alternatieve voorwaarden om het merkbare karakter van de beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten aan te tonen.
- 118 Uit een en ander volgt dat de grief inzake het ontbreken van een merkbare beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten faalt.
- 119 Het onderhavige middel moet derhalve in zijn geheel worden afgewezen.

3. Vierde middel van Portielje en tweede middel van Gosselin: verlaging van de geldboete

- 120 Dit middel bevat vier onderdelen. In het kader van het eerste onderdeel voeren verzoeksters schending aan van artikel 23, lid 2, sub a, en lid 3, van verordening nr. 1/2003, van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 en van de richtsnoeren van 2006 bij de bepaling van de zwaarte van de inbreuk. De andere onderdelen betreffen schending van dezelfde bepalingen bij de vaststelling van de duur van de inbreuk (tweede onderdeel, alleen door Gosselin aangevoerd), bij de vaststelling van de waarde van de verkopen met het oog op de berekening van het basisbedrag van de geldboete (tweede respectievelijk derde onderdeel) en bij de afwijzing van verzachtende omstandigheden (derde respectievelijk vierde onderdeel).

Zwaarte van de inbreuk

Argumenten van partijen

- ¹²¹ Verzoeksters stellen dat er een belangrijk kwalitatief onderscheid bestaat tussen de verhuisondernemingen die hebben deelgenomen aan het „klassieke” prijskartel, dat gepaard ging met vergaderingen en schriftelijke overeenkomsten, en de andere ondernemingen (zoals Gosselin) die enkel betrokken waren bij de commissies en de schaduwbestekken. Het „klassieke” kartel bood een raamwerk voor het marktgedrag van de karteldeelnemers, terwijl de commissies en de schaduwbestekken per geval werden toegepast.
- ¹²² Desalniettemin heeft de Commissie voor alle betrokken ondernemingen eenzelfde percentage van 17 % toegepast, zonder een beoordeling per geval te verrichten en zonder rekening te houden met alle relevante omstandigheden, zoals is voorgeschreven in punt 20 van de richtsnoeren van 2006. Derhalve verzoeken verzoeksters het Gerecht, het relevante percentage voor de berekening van de boete minstens op een lager niveau dan 17 % te bepalen.
- ¹²³ Volgens de Commissie berust het betoog van verzoeksters op de misvatting dat de afspraken met betrekking tot commissies en schaduwbestekken minder ernstig zijn dan de afspraken over minimumprijzen.

Beoordeling door het Gerecht

- ¹²⁴ Verzoeksters betogen in wezen dat de Commissie rekening had moeten houden met alle relevante omstandigheden van het concrete geval en dat er een belangrijk kwalitatief onderscheid bestaat tussen het prijskartel en de andere praktijken.

— Verplichting om rekening te houden met alle relevante omstandigheden van het concrete geval

- 125 Met betrekking tot de eerste grief stelt de Commissie in punt 542 van de beschikking dat overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke tot het soort beperkingen leiden die in deze zaak zijn vastgesteld, op zichzelf als „zeer zwaar” kunnen worden gekwalificeerd, en dat het voor die kwalificatie niet nodig is dat zij een bepaald geografisch gebied bestrijken of een bijzondere uitwerking hebben. Ter ondersteuning van deze stelling verwijst de Commissie zowel in de beschikking als in haar verweerschrift naar het arrest van het Gerecht van 18 juli 2005, *Scandinavian Airlines System/Commissie* (T-241/01, Jurispr. blz. II-2917).
- 126 In dit arrest heeft het Gerecht vastgesteld dat de waardering van de zwaarte van de inbreuk diende te geschieden onder afweging in het bijzonder van de aard van de aan de mededinging gestelde beperkingen, dat de zwaarte van de inbreuk kon worden vastgesteld onder verwijzing naar de aard en het doel van de misbruiken en dat uit vaste rechtspraak bleek dat factoren die met het doel van een gedraging verband houden, voor de vaststelling van de hoogte van de geldboete een grotere betekenis kunnen hebben dan de gevolgen van die gedraging (zie punt 83 van het arrest en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 127 In casu had de inbreuk de vaststelling van prijzen en de verdeling van de markten tot doel. Een dergelijke duidelijke inbreuk op het mededingingsrecht is naar haar aard bijzonder zwaar.
- 128 Anders dan de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, [KS] worden opgelegd (PB 1998, C 9, blz. 3) (hierna: „richtsnoeren van 1998”), vermelden de richtsnoeren „geldboeten” van 2006 voorts niet meer de noodzaak om bij de beoordeling van de zwaarte rekening te houden met „de daadwerkelijke economische macht van de inbreukmakers om andere marktdeelnemers [...] aanzienlijke schade te berokkenen”, en evenmin met „de concrete weerslag [van de inbreuk] op de markt wanneer die meetbaar is”.

- 129 De richtsnoeren van 2006 bepalen expliciet in punt 20 dat „[d]e ernst van de inbreuk [...] per geval [wordt] beoordeeld, waarbij rekening wordt gehouden met alle relevante omstandigheden”. Bovendien hebben de richtsnoeren van 2006 de methode voor de berekening van de geldboeten wezenlijk gewijzigd. In het bijzonder werd de indeling van de inbreuken in drie categorieën („niet te ernstig”, „zwaar” en „zeer zwaar”) afgeschaft en werd een bandbreedte van 0 tot 30 % ingevoerd teneinde een fijnere differentiatie mogelijk te maken. Volgens punt 19 van de richtsnoeren van 2006 wordt voor de vaststelling van het basisbedrag van de boete „een deel van de waarde van de verkopen dat wordt bepaald door de ernst van de inbreuk vermenigvuldigd met het aantal jaren dat de inbreuk geduurd heeft”. Doorgaans zal „het deel van de waarde van de verkopen dat in aanmerking wordt genomen [...] maximaal 30 % bedragen” (punt 21 van de richtsnoeren).
- 130 Derhalve kan de Commissie haar beoordelingsbevoegdheid ter zake van de vaststelling van geldboeten niet uitoefenen en aldus het precieze percentage, tussen 0 en 30 %, vaststellen zonder rekening te houden met de bijzondere omstandigheden van de zaak. Aldus bepaalt punt 22 van de richtsnoeren van 2006 dat „[o]m de precieze hoogte binnen deze bandbreedte te bepalen [...] de Commissie met een aantal factoren rekening [zal] houden, zoals de aard van de inbreuk, het gecumuleerde marktaandeel van alle betrokken partijen, de geografische reikwijdte van de inbreuk, en de vraag of de inbreuk daadwerkelijk is geïmplementeerd”.
- 131 Deze moeilijkheid om een precies percentage te bepalen, doet zich in zekere zin in mindere mate voor in het geval van geheime horizontale overeenkomsten inzake prijzen en verdeling van markten, daar overeenkomstig punt 23 van de richtsnoeren van 2006 het aandeel van de verkopen dat in een dergelijk geval in aanmerking wordt genomen, doorgaans „hoog” zal zijn. Uit dit punt vloeit voort dat voor de ernstigste mededingingsbeperkingen het percentage minstens hoger dan 15 % moet zijn.

- 132 In casu dient de beschikking op dit punt niet nietig te worden verklaard wegens het feit dat het percentage van 17% louter op grond van de intrinsieke zware aard van de inbreuk werd vastgesteld. Wanneer de Commissie louter een percentage toepast dat gelijk of bijna gelijk is aan het minimumpercentage voor de ernstigste mededingingsbeperkingen, hoeft zij immers geen rekening te houden met bijkomende elementen of omstandigheden. Dit is enkel vereist wanneer een hoger percentage zou worden vastgesteld. In dit verband stelt verzoekster zeker niet dat de Commissie een hoger percentage had moeten vaststellen en de Commissie heeft het Gerecht niet verzocht om het bedrag van de geldboete te verhogen.
- 133 Bijgevolg moet de grief inzake de abstracte vaststelling van de zwaarte van de inbreuk worden afgewezen.

— Vermeend belangrijk kwalitatief onderscheid

- 134 Wat de grief betreft dat er een belangrijk kwalitatief onderscheid tussen het prijskartel en de andere praktijken bestaat, een grief die samenvalt met het vijfde middel van Portielje inzake schending van het gelijkheidsbeginsel, dient te worden herinnerd aan de vaste rechtspraak volgens welke het beginsel van gelijke behandeling, dat een van de fundamentele beginselen van het gemeenschapsrecht is, niet alleen verbiedt dat vergelijkbare situaties verschillend worden behandeld, maar ook dat verschillende situaties gelijk worden behandeld, behoudens wanneer dergelijke behandelingen objectief gerechtvaardigd zijn (zie in die zin arresten Hof van 8 oktober 1986, *Christ-Clemen e.a./Commissie*, 91/85, Jurispr. blz. 2853, punt 10, en 28 juni 1990, *Hoche*, C-174/89, Jurispr. blz. I-2681, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 135 Vastgesteld dient te worden dat in het kader van de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk, de Commissie de karteldeelne­mers daadwerkelijk niet verschillend heeft behandeld wat de keuze van het individueel vastgestelde deel van de waarde van de verkopen betreft, maar een eenvormig percentage van 17 % op alle betrokken onder­nemingen heeft toegepast. Als rechtvaardigingsgrond voor deze benadering voert de Commissie aan dat het ging om één enkele voortgezette inbreuk.
- 136 Aldus rijst de vraag of, tegen de achtergrond van de rechtspraak, het de Commissie vrijstond om geen enkel onderscheid te maken tussen de deelnemers aan de inbreuk en geen rekening te houden met de specifieke omstandigheden van het concrete geval bij de vaststelling van de zwaarte van de door Gosselin gepleegde inbreuk.
- 137 In dit verband blijkt uit de rechtspraak dat, wanneer een inbreuk door meerdere onder­nemingen is gepleegd, het relatieve gewicht van de deelneming van elk van hen moet worden onderzocht (arrest Hof van 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Com­missie, 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punt 623, en arrest Commissie/Anic Partecipazioni, punt 76 supra, punt 150). Deze conclusie is het logische gevolg van het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen en sancties, volgens hetwelk aan een onderneming slechts een sanctie kan worden opgelegd voor feiten die haar individueel ten laste worden gelegd. Dit begin­sel geldt in elke administratieve procedure die tot sancties op grond van de com­munautaire mededingingsregels kan leiden (arrest Gerecht van 29 november 2005, Union Pigments/Commissie, T-62/02, Jurispr. blz. II-5057, punt 119).
- 138 Verder vloeit uit een groot aantal arresten van het Hof en het Gerecht voort dat de zwaarte van de inbreuk individueel moet worden beoordeeld, met inachtneming van een groot aantal factoren, zoals onder meer de bijzondere omstandigheden van de zaak, de context daarvan en de preventieve werking van de geldboeten (zie arrest van 17 juli 1997, Ferriere Nord/Commissie, punt 89 supra, punt 33 en aldaar aan­gehaalde rechtspraak; arrest Hof van 7 juni 1983, Musique Diffusion française e.a./ Commissie, 100/80–103/80, Jurispr. blz. 1825, punt 106, en arrest Scandinavian Air­lines System/Commissie, punt 125 supra, punten 83 en volgende). Aldus heeft het Hof geoordeeld dat het feit dat een onderneming niet aan alle bestanddelen van een

kartel heeft deelgenomen of een zeer kleine rol heeft gespeeld bij de onderdelen waaraan zij wel heeft deelgenomen, in aanmerking dient te worden genomen bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk en zo nodig bij de bepaling van de geldboete (zie arrest Commissie/Anic Partecipazioni, punt 76 supra, punt 90, en arrest Gerecht van 26 april 2007, Bolloré e.a./Commissie, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 en T-136/02, Jurispr. blz. II-947, punt 429 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- ¹³⁹ In de jurisprudentiële praktijk van het Gerecht wordt de beoordeling van de individuele omstandigheden evenwel normaliter niet verricht in het kader van de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk, te weten bij de vaststelling van het basisbedrag van de geldboete, maar in het kader van de aanpassing van het basisbedrag in het licht van verzachtende en verzwarende omstandigheden (zie arrest Gerecht van 8 oktober 2008, Carbone-Lorraine/Commissie, T-73/04, Jurispr. blz. II-2661, punten 100 en volgende, in hogere voorziening bevestigd bij arrest Hof van 12 november 2009, Carbone-Lorraine/Commissie, C-554/08 P, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie).
- ¹⁴⁰ Deze rechtspraak is evenwel in overeenstemming met de in de punten 137 en 138 supra aangehaalde rechtspraak. In die arresten werd de term „zwaarte” immers op algemene wijze gebruikt ter beschrijving van de intensiteit van de inbreuk, en niet in de technische zin van de richtsnoeren voor de berekening van de geldboeten. Bijgevolg mocht de Commissie rekening houden met bepaalde aspecten van de „ernst” in de zin van artikel 23 van verordening nr. 1/2003 in het kader van de verzachtende en verzwarende omstandigheden en niet in het kader van de „zwaarte” in de zin van haar richtsnoeren voor de berekening van de geldboeten.
- ¹⁴¹ Dit is in het bijzonder het geval voor de beoordeling van het relatieve gewicht van de deelneming aan één enkele voortgezette inbreuk die door verschillende ondernemingen wordt gepleegd. Op dit punt heeft het Hof met betrekking tot de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd

(PB 1998, C 9, blz. 3; hierna: „richtsnoeren van 1998”), bevestigt dat het relatieve gewicht van de deelname van elk van de betrokken ondernemingen moet worden beoordeeld in het kader van de mogelijke toepassing van verzwarende of verzachtende omstandigheden (arrest van 12 november 2009, Carbone-Lorraine/Commissie, punt 139 supra, punt 27). In het geval van één enkele voortgezette inbreuk verwijst het begrip „inbreuk”, zoals gebruikt in de richtsnoeren van 1998, derhalve naar de globale inbreuk waarbij verschillende ondernemingen betrokken zijn, en de „zwaarte” van deze inbreuk is dezelfde voor alle deelnemers.

- ¹⁴² Het arrest van 12 november 2009, Carbone-Lorraine/Commissie (punt 139 supra), heeft evenwel betrekking op de richtsnoeren van 1998. Zoals reeds werd opgemerkt in punt 129 supra, hebben de richtsnoeren van 2006 de methode voor de berekening van de geldboeten wezenlijk gewijzigd. In de eerste plaats werd de indeling van de inbreuken in drie categorieën („niet te ernstig”, „zwaar” en „zeer zwaar”) afgeschaft. Het huidige systeem, dat een bandbreedte van 0 tot 30 % bevat, maakt een fijnere differentiatie gelet op de zwaarte van de inbreuken mogelijk.
- ¹⁴³ In de tweede plaats werden de forfaitaire bedragen afgeschaft. Thans wordt het basisbedrag berekend op basis van de waarde van de verkopen die elke individuele onderneming heeft verricht in rechtstreeks of indirect verband met de inbreuk. Deze nieuwe methode maakt het dus mogelijk om gemakkelijker rekening te houden met de omvang van de individuele deelneming van elke onderneming aan de inbreuk in het kader van de beoordeling van de zwaarte ervan. Tevens kan hierdoor rekening worden gehouden met een eventuele vermindering van de zwaarte van één enkele inbreuk in de tijd.
- ¹⁴⁴ In de derde plaats heeft de Commissie ter terechtzitting bevestigd dat zij in haar beschikkingspraktijk niet langer noodzakelijkerwijs één en hetzelfde percentage toepaste op alle deelnemers aan een inbreuk. In de beschikkingen „Candle waxes”, C(2008) 5476, van 1 oktober 2008 inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (Zaak COMP/C.39181 — Kaarsenwas), waarvan een samenvatting in het Publicatieblad van 4 december 2009 werd gepubliceerd

(PB C 295, blz. 17), en „Heat stabilisers”, C(2009) 8682, van 11 november 2009 inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (Zaak COMP/38.589 — Hittestabilisatoren), waarvan een samenvatting in het Publicatieblad van 12 november 2010 werd gepubliceerd (PB C 307, blz. 9), heeft de Commissie immers verschillende percentages toegepast op de verschillende categorieën van deelnemers aan de betrokken kartels, rekening houdend met het relatieve gewicht van hun deelneming aan de inbreuk. In het bijzonder werd in laatstgenoemde zaak een hoger percentage vastgesteld voor de ondernemingen die niet alleen hadden deelgenomen aan prijsafspraken, maar ook aan een verdeling van de klanten en/of van de markt.

¹⁴⁵ De nieuwe methode verplicht evenwel niet tot een dergelijke aanpak. De in de punten 137 en 138 supra aangehaalde rechtspraak stelt weliswaar dat het relatieve gewicht van de deelneming aan de inbreuk en de bijzondere omstandigheden van de zaak in acht moeten worden genomen, maar het staat de Commissie nog steeds vrij om overeenkomstig de richtsnoeren van 2006 over te gaan tot een dergelijke inaanmerkingneming bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk of bij de aanpassing van het basisbedrag op grond van verzachtende of verzwarende omstandigheden. Wanneer de Commissie kiest voor deze laatste aanpak, moet de beoordeling van de verzachtende en verzwarende omstandigheden het evenwel mogelijk maken dat naar behoren rekening wordt gehouden met het relatieve gewicht van de deelneming aan één enkele inbreuk, en met een eventuele wijziging van dit relatieve gewicht in de tijd.

¹⁴⁶ In casu heeft de Commissie één en hetzelfde percentage (17 %) vastgesteld voor alle betrokken ondernemingen. Voor zover Gosselin aanvoert dat het relatieve gewicht van haar deelneming geringer is dan dat van de andere betrokken ondernemingen en dat meerdere specifieke of ongewone omstandigheden in aanmerking hadden moeten worden genomen, zal haar betoog worden onderzocht in het kader van de grieven inzake een onjuiste beoordeling van de verzachtende omstandigheden door de Commissie.

- 147 Derhalve dient het eerste onderdeel van het onderhavige middel te worden afgewezen en moeten de argumenten van Gosselin in aanmerking worden genomen in het kader van het onderzoek van het vierde onderdeel (punten 180 en volgende infra).

Duur van de inbreuk

- 148 Dit onderdeel van het middel wordt enkel door Gosselin aangevoerd.

Argumenten van partijen

- 149 Gosselin merkt op dat de Commissie in punt 379 van de beschikking uitdrukkelijk erkent dat het dossier geen documenten bevat die de tenuitvoerlegging van de mededingingsbeperkende overeenkomsten door Gosselin gedurende een periode van meer dan drie volle jaren, te weten van 30 oktober 1993 tot 14 november 1996, staven.
- 150 Dit ontbreken van bewijsmateriaal kan volgens Gosselin niet worden verholpen door de bewering dat er sprake is van één enkele voortgezette inbreuk, of dat Gosselin zich op geen enkel tijdstip van deze inbreuk heeft gedistantieerd. Wat de eerste bewering betreft, betoogt Gosselin dat die omstandigheid de Commissie niet ontslaat van haar bewijslast om de duur van haar deelname aan de inbreuk concreet te bewijzen. Wat de tweede bewering betreft, betoogt Gosselin dat de in de beschikking aangehaalde rechtspraak, volgens welke de betrokken onderneming zich openlijk en onmiskenbaar van het kartel dient te distantiëren, steeds betrekking heeft op „klassieke” kartels, in het kader waarvan multilaterale bijeenkomsten hebben plaatsgevonden waarop de mededingingsbeperkende doelstellingen expressis verbis aan bod zijn gekomen. Deze

rechtspraak is bijgevolg niet toepasselijk op Gosselin, die aan geen enkele kartelvergadering heeft deelgenomen. Ten slotte stelt Gosselin dat een periode van drie jaar bijzonder lang is, zodat niet kan worden gesproken van een bewezen continuïteit met betrekking tot haar deelname.

- 151 De Commissie geeft toe dat, met betrekking tot Gosselin, het dossier geen documenten over concrete gevallen van commissies en schaduwbestekken gedurende de periode van 30 oktober 1993 tot 14 november 1996 bevat, maar zij is van mening dat uit objectieve en overeenstemmende aanwijzingen kan worden afgeleid dat de deelname van Gosselin aan het kartel ook in die periode voortduurde. Zij stelt dat er sprake is van een tussenliggende periode en dat Gosselin haar deelname aan het kartel niet definitief beëindigde in oktober 1993. Voorts blijkt uit de beschikbare bewijselementen dat het kartel als zodanig in het bewuste tijdvak onverkort actief was en dat zijn activiteiten niet waren opgeschort. Ten slotte stelt de Commissie vast dat Gosselin zich aan het begin van die periode niet openlijk en onmiskenbaar van het kartel heeft gedistantieerd.

Beoordeling door het Gerecht

- 152 In wezen betoogt Gosselin dat zij gedurende de periode van 30 oktober 1993 tot 14 november 1996 (hierna: „litigieuze periode”) niet aan het kartel heeft deelgenomen, zodat de vermenigvuldigingsfactor die rekening houdt met het aantal jaren dat aan de inbreuk is deelgenomen, moet worden verlaagd.
- 153 Dienaangaande blijkt uit vaste rechtspraak dat de bewijslast met betrekking tot inbreuken op artikel 81, lid 1, EG op de Commissie rust en dat deze nauwkeurig bepaalde en onderling overeenstemmende bewijzen dient aan te voeren die de vaste overtuiging kunnen dragen dat de inbreuk is gepleegd (zie in die zin arrest Hof van 28 maart 1984, CRAM en Rheinzink/Commissie, 29/83 en 30/83, Jurispr. blz. 1679, punt 20, en arrest Gerecht van 27 september 2006, Dresdner Bank e.a./Commissie, T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP en T-61/02 OP, Jurispr. blz. II-3567, punt 62).

- 154 Dit geldt in het bijzonder voor de bewijzen betreffende de duur van de inbreuk, een criterium waarvan het belang aanzienlijk is toegenomen in de richtsnoeren van 2006. Bij ontbreken van bewijsmateriaal aan de hand waarvan de duur van een inbreuk rechtstreeks kan worden vastgesteld, is de Commissie aldus gehouden, bewijzen aan te voeren die betrekking hebben op feiten die zich voldoende kort na elkaar hebben voorgedaan, zodat redelijkerwijs kan worden aangenomen dat deze inbreuk tussen twee precieze tijdstippen ononderbroken heeft voortgeduurd (zie arrest Gerecht van 11 december 2003, *Adriatica di Navigazione/Commissie*, T-61/99, *Jurispr.* blz. II-5349, punt 125 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 155 In casu staat vast dat er geen bewijsstukken zijn voor de litigieuze periode.
- 156 De Commissie heeft evenwel in de beschikking en in haar memories verwezen naar rechtspraak volgens welke de betrokken onderneming, om een einde te maken aan haar aansprakelijkheid, zich openlijk en onmiskenbaar van het kartel dient te distantiëren, zodat de andere deelnemers zich ervan bewust zijn dat deze onderneming de algemene doelstellingen van het kartel niet meer steunt.
- 157 In dit verband is het juist dat, wanneer de deelname aan multilaterale bijeenkomsten is aangetoond, de betrokken onderneming aanwijzingen dient te verstrekken waaruit blijkt dat haar deelname 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 dan zij aan die bijeenkomsten deelnam (arrest *Aalborg Portland e.a./Commissie*, punt 37 *supra*, punt 81, en arrest Hof van 8 juli 1999, *Hüls/Commissie*, C-199/92 P, *Jurispr.* blz. I-4287, punt 155).
- 158 Deze rechtspraak heeft evenwel betrekking op kartels in het kader waarvan multilaterale bijeenkomsten hebben plaatsgevonden waarop mededingingsbeperkende doelstellingen aan bod zijn gekomen. Zoals het Hof heeft uiteengezet in punt 82 van het arrest *Aalborg Portland e.a./Commissie* (punt 37 *supra*), ligt aan dit rechtsbeginsel de redenering ten grondslag dat een onderneming die aan dergelijke bijeenkomsten

heeft deelgenomen zonder zich publiekelijk van de inhoud daarvan te distantiëren, bij de andere deelnemers de indruk heeft gewekt dat zij het eens was met het resultaat daarvan en dat zij zich daaraan zou houden. In casu staat vast dat Gosselin niet heeft deelgenomen aan dergelijke bijeenkomsten.

- 159 Bijgevolg diende de Commissie het bewijs van de duur van de deelname van Gosselin te leveren, zonder beroep te kunnen doen op de lichtere bewijslast die voortvloeit uit bovengenoemde rechtspraak.
- 160 Vastgesteld dient te worden dat voor de litigieuze periode de door de Commissie aangevoerde aanwijzingen niet rechtens genoegzaam het bewijs kunnen leveren dat Gosselin aan het kartel heeft deelgenomen.
- 161 Voor zover de Commissie in de eerste plaats stelt dat de litigieuze periode een tussenliggende periode is en dat Gosselin haar deelname aan het kartel niet definitief beëindigde in oktober 1993, dient te worden vastgesteld dat dit eigen is aan een onderbreking. De loutere omstandigheid dat Gosselin heeft deelgenomen aan het kartel zowel voor als na de betrokken periode, is dus irrelevant. Uit het feit dat Gosselin aansprakelijk is gesteld voor haar deelname aan het kartel louter tot 18 september 2002, de datum van het laatste bewijsstuk, hoewel het kartel heeft bestaan tot september 2003, blijkt voorts dat het mogelijk is om de deelname aan een kartel te beëindigen zelfs zonder uitdrukkelijke verklaring.
- 162 In de tweede plaats voert de Commissie aan dat Gosselin aan dezelfde mededingingsbeperkende praktijken heeft deelgenomen zowel na november 1996 als voor oktober 1993 en dat tussen die twee data haar gedrag binnen het kartel geen enkele wijziging heeft ondergaan. Aangezien de modus operandi van het kartel in de litigieuze periode niet is veranderd, kon evenwel de deelname van Gosselin enkel dezelfde vormen als voorheen aannemen.

- 163 In de derde plaats heeft de Commissie in punt 274 van de beschikking opgemerkt dat het loutere feit dat een schaduwbestek niet in haar dossier voorkomt, niet betekent dat dit bestek nooit is opgesteld. De bewijselementen in het dossier geven aan dat bepaalde schaduwbestekken soms rechtstreeks aan de verhuizende persoon werden gezonden. Volgens dit punt geeft een interne fiche van Allied Arthur Pierre betreffende een verhuizing van Brussel naar Lissabon (Portugal) aan dat schaduwbestekken werden gevraagd aan Gosselin en Ziegler. Er wordt trouwens gepreciseerd dat Gosselin „envoie le DDC aujourd’hui par la poste [et que le] client en est averti” (ofwel „het schaduwbestek vandaag per post verzendt [en dat de] klant daarvan op de hoogte is”). Deze verhuizing dateert evenwel van 1998, en heeft dus plaatsgevonden na de litigieuze periode.
- 164 In de vierde plaats heeft de Commissie ter terechtzitting erkend dat er geen andere aanwijzingen voor de deelname van Gosselin tijdens de litigieuze periode waren.
- 165 Wat in de vijfde plaats de duur van de litigieuze periode betreft, dient te worden opgemerkt dat de vraag of die periode al dan niet lang genoeg is om als een onderbreking van de inbreuk te worden aangemerkt, niet in abstracto kan worden onderzocht. Deze vraag moet integendeel in samenhang met de werking van de betrokken mededingingsregeling worden beoordeeld (arrest Gerecht van 19 mei 2010, IMI e.a./Commissie, T-18/05, Jurispr. blz. II-1769, punten 89 en volgende).
- 166 In casu blijkt uit tabel 3 in punt 280 van de beschikking dat de betrokken ondernemingen gewoonlijk meerdere keren per jaar contact hadden om schaduwbestekken op te stellen of commissies te betalen. Doordat deze praktijken berustten op het beginsel „do ut des” (zie punt 79 supra), was immers een zekere continue samenwerking binnen het kartel noodzakelijk. De duur van de periode waarin Gosselin niet heeft deelgenomen aan deze praktijken, bedraagt meer dan drie jaar. Aangezien deze periode veel langer is dan de tussenpozen waarin de betrokken ondernemingen gewoonlijk van hun respectieve wil tot beperking van de mededinging blijf gaven door schaduwbestekken op te stellen of commissies te betalen, dient te worden geoordeeld dat de Commissie geen bewijzen heeft aangevoerd die betrekking hebben op feiten die zich voldoende kort na elkaar hebben voorgedaan zodat redelijkerwijs kan worden

aangenomen dat de inbreuk ononderbroken heeft voortgeduurd tussen 30 oktober 1993 en 14 november 1996.

- 167 In de zesde plaats heeft de Commissie in de beschikking aangevoerd dat de inbreuk de kenmerken van één enkele voortgezette inbreuk vertoont. Zoals Gosselin heeft aangevoerd, dient te worden geoordeeld dat het ontbreken van bewijsstukken voor de litigieuze periode niet kan worden verholpen door de bewering in punt 380 van de beschikking dat het kartel één enkele voortgezette inbreuk is. Een dergelijke vaststelling kan immers niet leiden tot de aansprakelijkstelling van Gosselin voor de gehele duur van het kartel. Aldus verwijst punt 24 van de richtsnoeren van 2006 niet naar de duur van de inbreuk, maar naar de duur van de deelname van elke onderneming aan de inbreuk. Bijgevolg is het nog steeds nodig om de duur van de individuele deelname aan het kartel te bepalen, zoals de Commissie in de beschikking heeft gedaan.
- 168 Uit een en ander volgt dat het tweede onderdeel van het middel, volgens hetwelk de duur van de inbreuk onjuist is vastgesteld, moet worden toegewezen en de beschikking derhalve dient te worden nietig verklaard voor zover daarbij Gosselin aansprakelijk wordt gesteld voor haar deelname aan het kartel tijdens de litigieuze periode. Bijgevolg moet de duur van de litigieuze periode worden afgetrokken van de duur van 10 jaar en 7 maanden die in punt 548 van de beschikking is vastgesteld. De duur van de deelname van Gosselin bedraagt dus 7 jaar en 6 maanden.
- 169 Aangezien Gosselin na de litigieuze periode haar deelname aan een inbreuk heeft hervat en herhaald, waarvan zij niet betwist dat het dezelfde mededingingsregeling is als die waaraan zij vóór de onderbreking had deelgenomen, is de verjaring in de zin van artikel 25, lid 2, van verordening nr. 1/2003 in casu niet van toepassing. Niettemin moet de beschikking worden herzien teneinde het bedrag van de aan Gosselin opgelegde geldboete te verlagen om rekening te houden met de werkelijke duur van haar deelname aan het kartel. De concrete gevolgen van deze herziening worden in punt 174 infra nader toegelicht.

In aanmerking te nemen waarde van de verkopen voor de berekening van het basisbedrag

Argumenten van partijen

- ¹⁷⁰ Verzoeksters betogen dat de Commissie in de beschikking uitgaat van een onjuist bedrag wat de waarde van de verkopen betreft. Deze fout vloeit voort uit het feit dat het boekjaar van Gosselin niet samenvalt met het kalenderjaar. Bijgevolg had de Commissie als „het laatste volledige jaar van haar deelname aan de inbreuk” (in de zin van punt 13 van de richtsnoeren van 2006) het laatste boekjaar dat voorafging aan de beëindiging van de inbreuk, in aanmerking moeten nemen. Aangezien de beschikking 18 september 2002 als einddatum neemt, is het laatste boekjaar dat van 1 juli 2001 tot 30 juni 2002 (met een omzet van 1 607 946,90 EUR), en niet het boekjaar van 1 juli 2000 tot 30 juni 2001, dat nochtans in de beschikking in aanmerking is genomen.
- ¹⁷¹ In het verweerschrift erkent de Commissie dat de richtsnoeren van 2006 geen volledig uitsluitel bieden over de kwestie welke gegevens de Commissie in beginsel als uitgangspunt dient te nemen. In dupliek erkent de Commissie tevens dat de periode van 1 juli 2001 tot 30 juni 2002 een passender referentiejaar is dan het in de beschikking gehanteerde referentiejaar.

Beoordeling door het Gerecht

- ¹⁷² Op 24 juli 2009 stelde de Commissie beschikking C(2009) 5810 vast, waarbij de beschikking van 11 maart 2008 wordt gewijzigd met betrekking tot de in aanmerking te nemen waarde van de verkopen voor de berekening van het basisbedrag van de aan

Gosselin en Portielje opgelegde geldboete (zie punt 19 supra). In die beschikking heeft de Commissie de periode van 1 juli 2001 tot 30 juni 2002 als referentiejaar in aanmerking genomen, en dus een relevante omzet van 1 607 946 EUR. Dientengevolge werd de aan Gosselin opgelegde geldboete teruggebracht tot 3,28 miljoen EUR, waarvan Portielje gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk is voor een bedrag van 270 000 EUR.

- 173 Aangezien de Commissie de gegrondheid van het derde onderdeel van het onderhavige middel heeft erkend en bijgevolg de beschikking heeft gewijzigd, hoeft geen uitspraak te worden gedaan op dit onderdeel van het middel.
- 174 Aangezien de duur van de inbreuk reeds werd teruggebracht tot 7 jaar en 6 maanden (zie punt 168 supra), moet het bedrag van de aan Gosselin opgelegde geldboete worden verlaagd tot 2,32 miljoen EUR (gecorrigeerde omzet, vermenigvuldigd met 0,17 en met 7,5 en vermeerderd met het aanvullende bedrag met het oog op een afschrikkende werking).

Verzachtende omstandigheden

Argumenten van partijen

- 175 Verzoeksters zijn van mening dat de Commissie in de beschikking ten onrechte de verzachtende omstandigheid in verband met de geringe deelname en de zeer kleine rol van Gosselin heeft afgewezen. Dienaangaande stellen zij in de eerste plaats dat Gosselin niet betrokken was bij het ontstaan van het kartel en niet heeft deelgenomen aan de prijsafspraken. Haar vermeende betrokkenheid bij commissieafspraken was zeer beperkt en sporadisch.

- 176 In de tweede plaats zijn zij van mening dat in de beschikking nergens is bewezen dat Gosselin wist of noodzakelijkerwijze moest weten dat haar gedragingen deel uitmaakten van een algemeen plan en dat dit plan alle bestanddelen van het kartel dekte. Bovendien betwisten zij dat een eventuele aansprakelijkheid voor het gehele kartel volstaat om een verzachtende omstandigheid af te wijzen die precies de zeer beperkte rol van een bepaalde onderneming als uitgangspunt neemt.
- 177 In de derde plaats stellen verzoeksters dat de met verhuizingen belaste diensten van de ondernemingen en instellingen perfect op de hoogte waren van het concept van de schaduwbestekken en hierin een middel zagen om verhuisdossiers administratief vlot af te ronden. Aangezien dit een praktijk was waarover de betrokken verhuisondernemingen niet geheimzinnig deden, moesten de met verhuizingen belaste diensten op de hoogte zijn van het bestaan van de schaduwbestekken. Het dossier bevat, wat Gosselin betreft, een uitdrukkelijk voorbeeld van een gemeenschapsambtenaar die bevoegd was om voor een internationale verhuizing te tekenen en die om schaduwbestekken heeft gevraagd.
- 178 De Commissie wijst deze argumenten van de hand.

Beoordeling door het Gerecht

- 179 Uit de beschikking blijkt dat de Commissie geen enkele verzachtende omstandigheid in aanmerking heeft genomen. Verzoeksters betogen nochtans dat de Commissie rekening had moeten houden met het feit dat Gosselin niet betrokken was bij het ontstaan van het kartel en niet heeft deelgenomen aan de prijsafspraken (eerste grief), dat Gosselin niet wist dat haar gedragingen deel uitmaakten van een algemeen plan (tweede grief), en dat bepaalde personeelsleden van de Commissie op de hoogte waren van de praktijk van de schaduwbestekken (derde grief).

— Eerste en tweede grief

- 180 Wat in de eerste plaats de bewering betreft dat Gosselin niet betrokken was bij het ontstaan van het kartel en niet heeft deelgenomen aan de schriftelijke afspraken, dient te worden vastgesteld dat haar eerste gedocumenteerde deelname aan de tenuitvoerlegging van de afspraken betreffende de commissies daadwerkelijk dateert van 1992, terwijl deze praktijken werden ingevoerd in de jaren tachtig. Dit element is evenwel enkel relevant in het kader van de vraag of een onderneming een leidinggevende rol speelde of tot de inbreuk heeft aangezet, hetgeen kan worden beschouwd als een verzwarende omstandigheid overeenkomstig punt 28 van de richtsnoeren van 2006. Dat zij niet actief heeft deelgenomen aan het opzetten van de betrokken mededingingsbeperkende regelingen, vormt daarentegen op zich geen verzachtende omstandigheid.
- 181 Wat in de tweede plaats de vermeende zeer beperkte aard van de deelname van Gosselin aan de inbreuk betreft, staat vast dat deze laatste nooit heeft deelgenomen aan de schriftelijke prijsafspraken of aan de vergaderingen met een mededingingsbeperkend doel.
- 182 Op dit punt blijkt uit punt 29, derde streepje, van de richtsnoeren van 2006 dat, om aanspraak te maken op een verlaging van de geldboete wegens verzachtende omstandigheden, de betrokken onderneming moet „aanto[nen] dat haar deelname aan de inbreuk zeer beperkt was” en „vervolgens bewij[zen] dat zij, in de periode waarin zij aan de inbreukmakende overeenkomsten heeft deelgenomen, geen van deze overeenkomsten daadwerkelijk heeft toegepast doch zich concurrerend op de markt heeft gedragen”. Aan deze voorwaarden is in casu niet voldaan.
- 183 Het gebruik van de term „zoals” wijst evenwel erop dat de lijst van de in punt 29 van de richtsnoeren van 2006 vermelde omstandigheden niet exhaustief is. Zoals reeds werd vastgesteld in het kader van het vierde middel van Portielje en van het tweede middel van Gosselin, moet voorts rekening worden gehouden met de bijzondere omstandigheden van het concrete geval, in het bijzonder het feit of een onderneming heeft deelgenomen aan alle bestanddelen van de inbreuk of niet. Indien deze

inaanmerkingneming niet gebeurt bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk, moet zij minstens gebeuren in het kader van de aanpassing van het basisbedrag in het licht van verzachtende en verzwarende omstandigheden. Deze verplichting was immers een van de redenen waarom het Hof heeft kunnen stellen dat het begrip „één enkele voortgezette inbreuk” niet in strijd is met het beginsel dat de aansprakelijkheid voor inbreuken op het mededingingsrecht een persoonlijk karakter heeft (arrest Commissie/Anic Partecipazioni, punt 76 supra, punt 84). De loutere criteria van dit punt 29, derde streepje, zijn niet in staat om deze mogelijkheid te waarborgen. Bijgevolg dienen de bijzondere omstandigheden van het concrete geval te worden beoordeeld.

¹⁸⁴ In dit verband staat vast dat de betrokken inbreuk een ontwikkeling in de tijd heeft doorgemaakt. De schriftelijke afspraken werden toegepast tijdens de eerste fase van de inbreuk van 1984 tot het begin van de jaren negentig, en werden vervolgens terzijde gelaten. De tweede fase van de inbreuk werd gekenmerkt door het beroep op de schaduwbestekken en de commissies. Bijgevolg zou het deel van de waarde van de verkopen dat overeenkomstig punt 19 van de richtsnoeren van 2006 in aanmerking moet worden genomen, in beginsel kunnen worden aangepast in de tijd. Deze omstandigheid zou tevens een verlaging van de geldboete wegens verzachtende omstandigheden kunnen rechtvaardigen.

¹⁸⁵ Geoordeeld dient evenwel te worden dat de gedragingen waaraan Gosselin heeft deelgenomen, geen inbreuken vormen die minder ernstig zijn dan de schriftelijke prijsafspraken of de vaststelling ad hoc van prijzen voor bepaalde verhuizingen. Anders dan Gosselin beweert, hadden de schaduwbestekken en commissies immers ook een weerslag op de prijzen (zie punten 67 en volgende supra). In de omstandigheden van de zaak is ook het feit dat Gosselin niet heeft deelgenomen aan de vergaderingen met een mededingingsbeperkend doel — die niet meer werden georganiseerd in de periode waarin zij heeft deelgenomen aan het kartel — niet relevant voor de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk, aangezien het kartel functioneerde op basis van mechanismen die dergelijke vergaderingen overbodig maakten.

- 186 Hieruit volgt dat de Commissie eenzelfde percentage mocht vaststellen voor de gehele duur van de enkele voortgezette inbreuk en geen rekening diende te houden met de ontwikkeling van deze inbreuk in de tijd als verzachtende omstandigheid.
- 187 Wat in de derde plaats de grief van verzoeksters betreft dat een eventuele aansprakelijkheid voor één enkele voortgezette inbreuk niet volstaat voor de afwijzing van een verzachtende omstandigheid die betrekking heeft op de beperkte rol van een bepaalde onderneming, dient te worden geoordeeld dat deze stelling juist is. Het feit dat Gosselin niet op de hoogte was van het algemene plan van het kartel, vormt evenwel geen verzachtende omstandigheid. Dit argument zou relevant zijn indien verzoeksters opkwamen tegen de vaststelling dat het ging om één enkele voortgezette inbreuk. Deze grief hebben zij evenwel niet aangevoerd.
- 188 Bijgevolg moeten deze grieven worden afgewezen.

— Derde grief

- 189 Wat de grief betreft dat de Commissie op de hoogte was van de praktijk van de schaduwbestekken, dient te worden vastgesteld dat punt 29, laatste streepje, van de richtsnoeren van 2006 bepaalt dat „[h]et basisbedrag van de boete kan worden verlaagd [...] wanneer het mededingingsbeperkende gedrag door de overheidsinstanties of de regelgeving werd toegestaan of aangemoedigd”.
- 190 Het dossier bevat geen enkel element waaruit blijkt dat de Commissie als instelling schaduwbestekken heeft toegestaan, aangemoedigd of gevraagd. De Commissie had in werkelijkheid geen enkel belang bij het aanmoedigen of tolereren van het systeem van de schaduwbestekken, aangezien dit haar belangen schaadde. Dat bepaalde

werknemers schaduwbestekken hebben gevraagd voor een verhuizing die uiteindelijk door de Commissie werd betaald, betekent niet dat de instelling op de hoogte was van deze praktijk, en evenmin dat zij daaraan had deelgenomen, aangezien een onderscheid moet worden gemaakt tussen de personeelsleden van de Commissie en de Commissie als instelling. De persoon die in contact staat met de onderneming die de verhuizing verricht, is zelf niet de werkelijke klant van de verhuisondernemingen. De werkelijke klant is de instelling of de onderneming waarvoor deze persoon werkt en die de kosten van de verhuizing op zich neemt.

- 191 Gesteld dat een personeelslid van een instelling schaduwbestekken heeft gevraagd, had Gosselin moeten weten dat dergelijke verzoeken niet konden zijn geformuleerd in naam van of op aanraden van de instellingen, daar deze duidelijk strijdig waren met hun financiële belangen. De vereiste overlegging van twee of drie offertes beoogt immers juist een minimum aan mededinging te waarborgen en te vermijden dat één verhuisonderneming eenzijdig de prijs van een verhuizing bepaalt.
- 192 Voorts impliceert de loutere kennis van de mededingingsbeperkende gedraging niet dat deze gedraging impliciet werd „toegestaan of aangemoedigd” door de Commissie in de zin van punt 29, laatste streepje, van de richtsnoeren van 2006. Een vermeend stilzitten kan immers niet worden gelijkgesteld aan een positieve handeling zoals een toelating of een aanmoediging.
- 193 In elk geval dient te worden vastgesteld dat de argumenten van Gosselin enkel zien op de schaduwbestekken. De praktijk van de schaduwbestekken is evenwel slechts een van de bestanddelen van één enkele voortgezette inbreuk. De aangevoerde argumenten kunnen in geen geval de betaling van commissies rechtvaardigen.
- 194 Derhalve moet deze grief, en dus het laatste onderdeel van het onderhavige middel, worden afgewezen.

4. Vijfde middel van Portielje en derde middel van Gosselin: schending van het beginsel van gelijke behandeling

195 Dit middel wordt subsidiair aangevoerd en bevat twee onderdelen.

Argumenten van partijen

196 In de eerste plaats stellen verzoeksters dat, indien de argumenten die zij in dat verband in het kader van de vorige middelen hebben aangevoerd, zouden worden afgewezen, artikel 2, sub e, van de beschikking nietig dient te worden verklaard wegens schending van het beginsel van gelijke behandeling op grond dat de Commissie bij de vaststelling van de geldboete op geen enkele wijze rekening houdt met het objectieve en kwalitatieve onderscheid tussen haar gedrag en dat van de verhuisondernemingen die deelnamen aan het „klassieke” kartel (Arthur Pierre, Interdean, Transworld en Ziegler).

197 In de tweede plaats stellen verzoeksters dat, indien de argumenten die zij in dat verband in het kader van de vorige middelen hebben aangevoerd, zouden worden afgewezen, dit impliceert dat bij de bepaling van de waarde van de verkopen met het oog op de berekening van de geldboete zonder objectieve rechtvaardiging een ongelijke behandeling aan Gosselin werd voorbehouden.

198 De Commissie verwijst naar de opmerkingen die zij in het kader van de vorige middelen heeft geformuleerd.

Beoordeling door het Gerecht

- 199 Het eerste onderdeel van dit laatste middel heeft geen enkel zelfstandig belang, los van het tweede middel van Gosselin. Het werd in wezen reeds onderzocht (zie punten 134 en volgende supra).
- 200 Aangezien de Commissie de gegrondheid van het derde onderdeel van het tweede middel van Gosselin inzake de waarde van de verkopen heeft erkend, hoeft het tweede onderdeel van het onderhavige middel, dat slechts subsidiair werd aangevoerd, niet meer te worden onderzocht.
- 201 Gelet op een en ander, moet de beschikking nietig worden verklaard voor zover zij betrekking heeft op Portielje (punt 59 supra) en voor zover daarbij wordt vastgesteld dat Gosselin heeft deelgenomen aan een inbreuk op artikel 81, lid 1, EG gedurende de periode van 30 oktober 1993 tot 14 november 1996 (punt 168 supra). Verder hoeft geen uitspraak te worden gedaan op het onderdeel van het middel inzake de in aanmerking te nemen waarde van de verkopen voor de berekening van het basisbedrag van de aan Gosselin opgelegde geldboete (punt 173 supra). Het bedrag van deze geldboete moet derhalve worden teruggebracht tot 2,32 miljoen EUR (punt 174 supra). Voor het overige dient het beroep in zaak T-208/08 te worden verworpen.

Kosten

- 202 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld in zaak T-209/08, moet zij overeenkomstig de vordering van Portielje worden verwezen in de kosten. In zaak T-208/08 is elke partij ten dele in het ongelijk gesteld en is vastgesteld dat het geding ten dele zonder voorwerp is geraakt. Bijgevolg dient overeenkomstig artikel 87, leden 3 en 6, van het

Reglement voor de procesvoering elke partij te worden verwezen in haar eigen kosten in deze zaak.

HET GERECHT (Achtste kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **In zaak T-208/08 wordt beschikking C(2008) 926 def. van de Commissie van 11 maart 2008 betreffende een procedure op grond van artikel 81 [EG] en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (Zaak COMP/38.543 — Internationale verhuisdiensten) nietig verklaard voor zover daarbij wordt vastgesteld dat Gosselin Group NV heeft deelgenomen aan een inbreuk op artikel 81, lid 1, EG gedurende de periode van 30 oktober 1993 tot 14 november 1996.**

- 2) **Het bedrag van de geldboete die Gosselin Group wordt opgelegd in artikel 2 van beschikking C(2008) 926, zoals gewijzigd bij beschikking C(2009) 5810 def. van de Commissie van 24 juli 2009, wordt vastgesteld op 2,32 miljoen EUR.**

- 3) **Het beroep wordt verworpen voor het overige.**

- 4) In zaak T-209/08 wordt beschikking C(2008) 926, zoals gewijzigd bij beschikking C(2009) 5810, nietig verklaard voor zover zij betrekking heeft op Stichting Administratiekantoor Portielje.**

- 5) In zaak T-208/08 zal elke partij haar eigen kosten dragen.**

- 6) In zaak T-209/08 wordt de Europese Commissie verwezen in de kosten.**

Papasavvas

Wahl

Dittrich

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 16 juni 2011.

ondertekeningen

Inhoud

Feiten	II - 3649
1. Voorwerp van het geding	II - 3649
2. Verzoeksters	II - 3650
3. Administratieve procedure	II - 3650
4. Beschikking	II - 3651
Procesverloop en conclusies van partijen	II - 3655
In rechte	II - 3657
1. Eerste en tweede middel van Portielje: schending van artikel 81 EG	II - 3658
Argumenten van partijen	II - 3658
Argumenten van Portielje	II - 3658
Argumenten van de Commissie	II - 3660
Beoordeling door het Gerecht	II - 3660
Eerste middel	II - 3661
Tweede middel	II - 3664
2. Derde middel van Portielje en eerste middel van Gosselin: schending van artikel 81 EG	II - 3667
Geen merkbare beperking van de mededinging	II - 3668
Argumenten van partijen	II - 3668
Beoordeling door het Gerecht	II - 3669
	II - 3709

— Geen beperkingen van de mededinging	II - 3669
— Bewijs van mededingingsbeperkende gevolgen.....	II - 3671
— Aansprakelijkheid voor de schriftelijke overeenkomsten	II - 3672
Geen merkbare beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten	II - 3673
Argumenten van partijen	II - 3673
Beoordeling door het Gerecht	II - 3675
— Grensoverschrijdend karakter.....	II - 3678
— Drempel van 40 miljoen EUR	II - 3679
— Drempel van 5%	II - 3680
3. Vierde middel van Portielje en tweede middel van Gosselin: verlaging van de geldboete	II - 3683
Zwaarte van de inbreuk	II - 3684
Argumenten van partijen	II - 3684
Beoordeling door het Gerecht	II - 3684
— Verplichting om rekening te houden met alle relevante omstandigheden van het concrete geval	II - 3685
— Vermeend belangrijk kwalitatief onderscheid	II - 3687
Duur van de inbreuk.....	II - 3692
Argumenten van partijen	II - 3692
Beoordeling door het Gerecht	II - 3693
In aanmerking te nemen waarde van de verkopen voor de berekening van het basisbedrag	II - 3698
Argumenten van partijen	II - 3698
Beoordeling door het Gerecht	II - 3698

Verzachtende omstandigheden.	II - 3699
Argumenten van partijen	II - 3699
Beoordeling door het Gerecht	II - 3700
— Eerste en tweede grief.....	II - 3701
— Derde grief	II - 3703
4. Vijfde middel van Portielje en derde middel van Gosselin: schending van het beginsel van gelijke behandeling.....	II - 3705
Argumenten van partijen.....	II - 3705
Beoordeling door het Gerecht	II - 3706
Kosten.....	II - 3706