CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. WATHELET
van 4 september 2014[1]

Zaak C-434/13 P

Europese Commissie
tegen
Parker Hannifin Manufacturing Srl, voorheen Parker ITR Srl,

Parker-Hannifin Corp.

„Hogere voorziening — Mededinging — Mededingingsregelingen — Europese markt voor slangen voor maritieme toepassingen — Opvolging van rechtspersonen — Toerekenbaarheid van inbreukmakend gedrag — Verlaging van de geldboete door het Gerecht”

1. In deze hogere voorziening verzoekt de Europese Commissie het Hof om vernietiging van het arrest Parker ITR en Parker Hannifin/Commissie[2] van het Gerecht van de Europese Unie houdende gedeeltelijke nietigverklaring van beschikking C(2009) 428 definitief van de Commissie[3] (betreffende het kartel „slangen voor maritieme toepassingen”, een van de langst actieve kartels die ooit zijn bestraft[4]), een aanzienlijke verlaging van de geldboete die Parker ITR bij de bewuste beschikking is opgelegd en een aanzienlijke verlaging van het bedrag waarvoor Parker-Hannifin Corp. (hierna: „Parker-Hannifin”) hoofdelijk aansprakelijk was gesteld.

2. In deze zaak kan het Hof nadere duiding geven aan de beginselen van het mededingingsrecht van de Unie betreffende kartels, in het geval waarin de overdracht van activa die het voorwerp is van de inbreuk, plaatsvindt binnen een groep ondernemingen met het oog op latere verkoop van de verkrijgende entiteit (een dochteronderneming) aan een onafhankelijke derde, waarbij de overgedragen entiteit net als voor de overdracht doorgaat met deelneming aan het kartel (een geval van „economische continuïteit of opvolging” binnen een groep ondernemingen).

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — T-146/09, EU:T:2013:258; hierna: „bestreden arrest”.

3 — Beschikking van 28 januari 2009 betreffende toepassing van artikel [101 VWEU] en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (zaak COMP/39406 – Olieslangen voor maritieme toepassingen; hierna: „litigieuze beschikking”). In deze conclusie zal ik de oude nummering gebruiken, aangezien de litigieuze beschikking is vastgesteld op basis van het EG-Verdrag. Interessant bij dit kartel is dat voor het eerst een zakenman uit een lidstaat (Italië) door een andere lidstaat (Duitsland) wordt uitgeleverd aan de Verenigde Staten op grond van een inbreuk op het mededingingsrecht. Deze zakenman heeft schuld bekend, „walked into court wearing glasses and dressed in a khaki jump suit, leg irons and handcuffs and accompanied by two US Marshals”, en is door het U.S. District Court van het Southern District of Florida veroordeeld tot twee jaar gevangenisstraf en een geldboete van 50 000 Amerikaanse dollar (USD). Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft onlangs zijn hoger beroep tegen de beschikking van de Duitse autoriteiten verworpen (zie onder andere mLex, „Extradited marine hose executive pleads guilty, sentenced to 24 months” van 24 april 2014, en „Human-rights court rejects case of extradited Italian cartel executive”, 29 mei 2014).

4 — Van belang is eveneens dat dit kartel de gehele wereld omvatte en dat de deelnemende ondernemingen een zeer groot deel van de wereldwijde markt voor slangen voor maritieme toepassingen vertegenwoordigden. Het ging om een complex kartel, dat zodanig was geïnstitutionaliseerd dat het „statuten” had aangenomen in de vorm van een samenwerkingsprotocol, een formele structuur van een „club”, codenamen gebruikte en eveneens gebruik maakte van externe „adviseurs” die het kartel coördineerden en er toezicht op hielden. Het was bovendien een veerkrachtig kartel. Na een crisis tussen mei 1997 en juni 1999 heeft het de eerdere kracht herwonnen en is het nog acht jaar langer actief gebleven. Het kartel is pas na gezamenlijke inspecties van verschillende mededingingsautoriteiten in de wereld ontmanteld. Vervolgens zijn meerdere bij het kartel betrokken leidinggevenden in verschillende landen tot gevangenisstraffen veroordeeld.

3. Het gaat hier om het beginsel van *persoonlijke aansprakelijkheid*, op grond waarvan een inbreuk (bij kartelvorming) wordt toegerekend aan de natuurlijke of rechtspersoon die de aan het kartel deelnemende onderneming exploiteert [5], en om de uitzondering op dit beginsel, namelijk in geval van *economische continuïteit* (met name toegepast bij reorganisaties of andere wijzigingen binnen een groep ondernemingen), op grond waarvan het voor doeltreffende toepassing van de mededingingsregels nodig kan zijn om niet de oorspronkelijke exploitant maar een latere exploitant van de betrokken onderneming aansprakelijk te houden voor het kartel [6].

I – **Overzicht van de feiten**

4. De vastgestelde feiten worden door de partijen niet betwist.

5. De activiteiten op het gebied van slangen voor maritieme toepassingen [7] die aan de orde zijn in de onderhavige zaak zijn in 1966 opgezet door Pirelli Treg SpA, een onderneming van de Pirelli-groep. In 1990 zijn deze activiteiten na een fusie van twee dochterondernemingen binnen de Pirelli-groep overgenomen door ITR SpA (hierna: „ITR").

6. In 1993 is ITR overgenomen door Saiag SpA (hierna: „Saiag").

7. In 2001 zijn Parker-Hannifin Corp. – de houdstermaatschappij van de groep Parker-Hannifin – en Saiag gesprekken begonnen over een mogelijke overname van de activiteiten op het gebied van slangen voor maritieme toepassingen van ITR door Parker Hannifin. Met het oog op deze verkoop heeft ITR in 2001 een dochteronderneming opgericht onder de naam ITR Rubber.

8. Op 5 december 2001 is Parker Hannifin Holding, een 100 % dochteronderneming van Parker Hannifin, met ITR overeengekomen om 100 % van de aandelen van ITR Rubber te kopen. De aankoop vond plaats op verzoek van Parker Hannifin Holding.

9. De overeenkomst bepaalde uitdrukkelijk dat de overdracht van de afdeling rubberen slangen (waaronder de afdeling slangen voor maritieme toepassingen) van ITR aan ITR Rubber werd overgedragen op verzoek van Parker Hannifin Holding.

10. Op 19 december 2001 heeft ITR de activiteiten op het gebied van slangen voor maritieme toepassingen overgedragen aan ITR Rubber.

11. Deze overdracht werd op 1 januari 2002 van kracht.

12. Op 31 januari 2002 heeft Parker Hannifin Holding de aandelen ITR Rubber overgenomen van ITR. ITR Rubber werd vervolgens omgedoopt tot Parker ITR Srl. [8]

13. In 2007 heeft de Commissie een onderzoek ingeleid wegens schending van artikel 81 EG en artikel 53 van de EER-Overeenkomst betreffende de markt voor slangen voor maritieme toepassingen.

5 — Zie de arresten KNP BT/Commissie (C-248/98 P, EU:C:2000:625, punt 71), Cascades/Commissie (C-279/98 P, EU:C:2000:626, punt 78), Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie (C-286/98 P, EU:C:2000:630, punt 37) en SCA Holding/Commissie (C-297/98 P, EU:C:2000:633, punt 27), en de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak ETI e.a. (C-280/06, EU:C:2007:404, punt 71).

6 — Zie de arresten Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punten 356-359), ETI e.a. (C-280/06, EU:C:2007:775), Jungbunzlauer/Commissie (T-43/02, EU:T:2006:270), ArcelorMittal Luxembourg e.a./Commissie (T-405/06, EU:T:2009:90) en in hogere voorziening ArcelorMittal Luxembourg/Commissie en Commissie/ArcelorMittal Luxembourg e.a. (C-201/09 P en C-216/09 P, EU:C:2011:190).

7 — Slangen voor maritieme toepassingen worden gebruikt om gas of aardolieproducten van offshore-installaties (zoals in volle zee verankerde boeien of drijvende platforms voor de winning van gas of aardolie) in tankers te laden en vervolgens naar offshore-installaties of naar het vasteland over te laden.

8 — In deze conclusie zal ik de benaming Parker ITR eveneens gebruiken voor de periode waarin de onderneming ITR Rubber heette en in handen was van de Saiag-groep en de tussenliggende moedermaatschappij ITR.

14. In de litigieuze beschikking heeft de Commissie vastgesteld dat elf ondernemingen, waaronder Parker Hannifin Manufacturing (voorheen Parker ITR) en Parker-Hannifin (hierna gezamenlijk: „verweersters"), in de bedrijfstak van slangen voor maritieme toepassingen binnen de Europese Economische Ruimte (EER) een enkele, doorlopende inbreuk hebben gepleegd in verschillende perioden tussen 1 april 1986 en 2 mei 2007, bestaande uit het toewijzen van aanbestedingen, het vaststellen van prijzen, marktaandelen en verkoopvoorwaarden, het verdelen van geografische markten en het uitwisselen van gevoelige informatie over prijzen, verkoopvolumes en aanbestedingen.

15. In genoemde beschikking heeft de Commissie vastgesteld dat Parker ITR en Parker Hannifin aan het kartel hebben deelgenomen tussen 1 april 1986 en 2 mei 2007 (de eerste onderneming) en tussen 31 januari 2002 en 2 mei 2007 (de tweede onderneming). Aan Parker ITR is een geldboete van 25 610 000 EUR opgelegd, waarvan 8 320 000 EUR in hoofdelijke aansprakelijkheid samen met Parker-Hannifin.

16. De Commissie heeft Pirelli, ITR of Saiag niet aansprakelijk gesteld (dit zijn de voormalige moedermaatschappijen en/of voorgangers van Parker ITR) als adressaten van de beschikking en heeft hen geen sanctie opgelegd, aangezien de inbreuk wat deze ondernemingen betreft reeds was verjaard.

II – **Bestreden arrest**

17. Op 9 april 2009 hebben Parker ITR en Parker-Hannifin een verzoekschrift ingediend bij het Gerecht, primair strekkende tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking voor zover op hen van toepassing, en subsidiair tot vermindering van de opgelegde geldboete. Ter ondersteuning van het verzoek hebben zij negen middelen aangevoerd.

18. In het bestreden arrest van 17 mei 2013 heeft het Gerecht het eerste onderdeel van het eerste middel aanvaard. Dit was gebaseerd op schending van het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid. Het Gerecht heeft artikel 1, sub i, van de litigieuze beschikking nietig verklaard, voor zover Parker ITR hierin aansprakelijk werd gesteld voor de periode vóór 1 januari 2002 (punten 83-130). Als gevolg daarvan heeft het Gerecht eveneens het vijfde en het zesde middel aanvaard, betreffende verhoging van de aan de betrokken ondernemingen opgelegde geldboete vanwege de leidinggevende rol van Parker ITR in de periode juni 1999 tot en met september 2001 (punten 139 en 140, 145 en 146 en 253 en 254 van het bestreden arrest).

19. Het Gerecht heeft de overige middelen afgewezen.

20. In de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht heeft het Gerecht de aan Parker ITR opgelegde geldboete van 25 610 000 EUR verlaagd tot 6 400 000 EUR. Het bedrag waarvoor Parker-Hannifin hoofdelijk aansprakelijk was heeft het Gerecht verlaagd met 100 000 EUR (tot 6 300 000 EUR). [9]

III – **Hogere voorziening**

21. Ter onderbouwing van haar hogere voorziening voert de Commissie twee middelen aan. In hun memorie van antwoord hebben verweersters argumenten aangevoerd betreffende de berekening van de geldboete voor het geval dat het Hof het eerste middel van de hogere voorziening aanvaardt.

9 — Punt 257 van het bestreden arrest luidt als volgt: „Gelet op een en ander moet ten eerste artikel 1, sub i, van de bestreden beschikking nietig worden verklaard, voor zover het betrekking heeft op de inbreuk die Parker ITR ten laste wordt gelegd voor de periode vóór januari 2002, moet ten tweede het bedrag van de aan die onderneming op te leggen geldboete worden vastgesteld op 6 400 000 EUR, waarvoor Parker-Hannifin ten belope van 6 300 000 EUR hoofdelijk aansprakelijk moet worden gesteld, aangezien Parker-Hannifin niet hoofdelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor de periode van 1 tot 31 januari 2002, en moet ten derde en tot slot het beroep worden verworpen voor het overige".

A – *Eerste middel: onjuiste toepassing van de rechtspraak betreffende economische continuïteit*

1. Bestreden arrest

22. Na een bespreking van de rechtspraak betreffende de beginselen van persoonlijke aansprakelijkheid (punten 85-88) en economische continuïteit (punten 89-98), heeft het Gerecht in de punten 115, 116 en 121 van het bestreden arrest als volgt geoordeeld:

„115 Vastgesteld moet worden dat ITR Rubber van 27 juni 2001 tot 31 januari 2002 een volle dochteronderneming van ITR was en dat de overdracht van de activiteiten inzake rubberen slangen aan ITR Rubber pas op 1 januari 2002 in werking is getreden, terwijl niets in het dossier van de Commissie aantoont dat ITR Rubber vóór die datum activiteiten, in het bijzonder activiteiten in verband met slangen voor maritieme toepassingen, verrichtte. [...]

116 In die omstandigheden moet de rechtspersoon die de onderneming in kwestie leidde toen de inbreuk werd gepleegd, te weten ITR en haar moedermaatschappij Saiag, aansprakelijk worden gehouden voor die inbreuk, ook al is op het tijdstip waarop die inbreuk bij beschikking wordt vastgesteld een andere onderneming, in casu Parker-Hannifin, verantwoordelijk voor de exploitatie van de activiteiten met betrekking tot slangen voor maritieme toepassingen. Het beginsel van de economische continuïteit kan dat van de persoonlijke aansprakelijkheid immers niet uitschakelen in een geval zoals het onderhavige, waarin een bij het kartel betrokken onderneming, te weten Saiag en haar dochter ITR, een deel van haar activiteiten aan een onafhankelijke derde overdraagt en er tussen de overdrager en de verkrijger – dus in casu tussen Saiag of ITR en Parker-Hannifin – geen structurele banden bestaan.

121 Aangezien de premisse van de redenering van de Commissie dat het criterium van de economische continuïteit uitsluitend van toepassing is op de overdracht van de activa van ITR aan ITR Rubber (en niet op de overdracht van de dochteronderneming ITR Rubber aan Parker-Hannifin) moet worden afgewezen, kan de aansprakelijkheid van Saiag en ITR krachtens dit criterium bovendien niet zijn overgedragen aan ITR Rubber. [...]”

2. Argumenten van partijen

23. De Commissie voert aan dat in casu onderscheid gemaakt moet worden tussen twee soorten overdracht van activa: enerzijds een overdracht binnen de groep, in dit geval de Saiag-groep, waar de activa van ITR zijn overgedragen aan ITR Rubber, en anderzijds een overdracht tussen groepen ondernemingen, in dit geval tussen de groepen Saiag en Parker-Hannifin, bij de verkoop van ITR Rubber – later ITR Parker genoemd – door Saiag aan Parker-Hannifin.

24. Volgens de Commissie heeft het Gerecht zich in het bestreden arrest slechts uitgesproken over de tweede overdracht.

25. De Commissie is van mening dat de eerste overdracht heeft plaatsgevonden in omstandigheden die op grond van de rechtspraak als economische continuïteit kunnen worden aangemerkt. Volgens de Commissie blijkt uit de rechtspraak dat, indien twee entiteiten (in casu ITR en ITR Rubber) eenzelfde economische entiteit vormen, het feit dat de entiteit die de inbreuk heeft gepleegd (ITR) nog bestaat op zich niet verhindert dat de straf wordt opgelegd aan de entiteit waaraan deze de economische activiteiten heeft overgedragen (ITR Rubber). Volgens de Commissie is een dergelijke tenuitvoerlegging van de sanctie in het bijzonder toelaatbaar wanneer deze entiteiten onder de controle van dezelfde persoon hebben gestaan (in casu Saiag) en, gelet op de nauwe economische en organisatorische banden die hen verenigen, in wezen dezelfde commerciële beleidsrichtlijnen hebben toegepast.

26. De relevante datum om vast te stellen of er sprake is van overdracht van activa binnen een groep of tussen onafhankelijke ondernemingen is volgens de Commissie die van de overdracht van activa zelf. In deze zaak zou het gaan om Saiag/ITR, dat ITR Rubber heeft opgericht en vervolgens de activa aan deze onder eigen controle staande dochtermaatschappij heeft overgedragen.

27. Hoewel er op die datum sprake moest zijn van structurele banden, hoefden die banden niet tijdens de gehele inbreukperiode te bestaan. Het feit dat ITR Rubber niet binnen de groep is gebleven en dat er slechts een korte tijd is verstreken tussen de oprichting ervan en de verkoop aan de groep Parker-Hannifin is volgens de Commissie niet relevant. Ook de omstandigheid dat ITR Rubber vanaf de oprichting al bedoeld was om verkocht te worden zou irrelevant zijn: toepassing van het beginsel van economische continuïteit zou, ter voorkoming van rechtsonzekerheid, onderworpen moeten zijn aan objectieve en heldere regels en niet afhankelijk mogen zijn van subjectieve bedoelingen of gebeurtenissen na de overdracht.

28. De Commissie voegt daaraan toe dat zij, anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, niet gehouden was om de moedermaatschappijen Saiag en ITR aansprakelijk te stellen voor het inbreukmakend gedrag. De omstandigheid dat zij in een eerdere zaak gekozen zou hebben om de verkopende moedermaatschappij aansprakelijk te stellen en niet de dochteronderneming die voorwerp van de verkoop was geweest, is volgens de Commissie irrelevant omdat eerdere besluitvorming geen beperkend rechtskader doet ontstaan voor het beoordelen van de rechtmatigheid van latere handelingen. Door in deze zaak ervoor te kiezen om ITR Rubber aansprakelijk te stellen in de hoedanigheid van economisch opvolger van ITR, maakt de Commissie volgens eigen zeggen gebruik van de beoordelingsbevoegdheid die haar volgens de rechtspraak toekomt. Wat dit betreft merkt de Commissie op dat, hoewel de waarde van de investering van Parker-Hannifin zeker kan dalen door de aan Parker ITR opgelegde geldboete, dat bewuste risico zich niet onderscheidt van de andere risico's bij de overname van een overneming (bijvoorbeeld het risico wegens milieuaansprakelijkheid), en dat de verwervende onderneming zich hiertegen kan beschermen door in de koopovereenkomst bepalingen op te nemen krachtens welke zij op bepaalde punten geen aansprakelijkheid aanvaardt.

29. Tot slot geeft de Commissie aan dat het juist gerechtvaardigd was om Parker ITR aansprakelijk te stellen voor de inbreuk over de gehele periode waarin de activa voorwerp van de inbreuk waren, omdat het vanwege verjaring onmogelijk was om een sanctie op te leggen aan de voormalige eigenaar van de activa, Saiag/ITR. Vanuit dat oogpunt zou de onmogelijkheid om de vorige exploitant een geldboete op te leggen vanwege verjaring gelijk staan aan de situatie waarin deze laatste was ontbonden of geen activiteiten meer ontplooide. In een dergelijke situatie heeft het Hof uitdrukkelijk bevestigd dat er sprake is van economische opvolging, met het oog op waarborging van de daadwerkelijke toepassing van het mededingingsrecht van de Unie.[10]

30. Als reactie hierop voeren Parker Hannifin Manufacturing en Parker-Hannifin aan dat de Commissie de rechtspraak betreffende economische continuïteit onjuist interpreteert. Volgens verweersters in hogere voorziening heeft het Hof, anders dan de Commissie stelt, in het arrest ETI e.a. (EU:C:2007:775) niet een mechanisch toe te passen regel ingesteld op grond waarvan alleen al het in het verleden bestaan van een eenvoudig verband tussen cedent en cessionaris van bij inbreuken betrokken activiteiten de cessionaris automatisch aansprakelijk zou maken voor een dergelijke inbreuk. Volgens verweersters heeft het Hof uitdrukkelijk geoordeeld dat een dergelijke consequentie uitsluitend mogelijk is indien is aangetoond dat cedent en cessionaris in feite door dezelfde persoon werden gecontroleerd ten tijde van het bestaan van de structurele band, en dat deze hoofdzakelijk dezelfde commerciële beleidsrichtlijnen toepasten. Parker Hannifin Manufacturing en Parker-Hannifin voegen daaraan toe dat hun interpretatie wordt ondersteund door het latere arrest ThyssenKrupp

10 — De Commissie verwijst naar het arrest ETI e.a. (EU:C:2007:775, punt 41).

Nirosta/Commissie (C-352/09 P, EU:C:2011:191), waarin noch de Commissie, noch het Hof de structurele band die oorspronkelijk bestond tussen cedent Thyssen Stahl en cessionaris ThyssenKrupp Nirosta hebben aangemerkt als mogelijke of afdoende grond om die tweede entiteit aansprakelijk te stellen voor het inbreukmakend gedrag van de eerste.

31. In de litigieuze beschikking heeft de Commissie volgens verweersters echter volledig nagelaten te beoordelen of de entiteiten ITR en ITR Rubber gedurende de korte tijd waarin er een structureel verband was, onder controle stonden van dezelfde persoon, zoals het arrest ETI e.a. (EU:C:2007:775) vereist, en gezien de nauwe economische en organisatorische onderlinge verbanden, dezelfde commerciële beleidsrichtlijnen toepasten. De litigieuze beschikking zou uitsluitend vermelden dat op het moment van cessie van de activiteiten op het gebied van slangen voor maritieme toepassingen door ITR aan ITR Rubber, deze laatste „100 % eigendom" was van de eerste. Volgens verweersters vermeldt genoemde beschikking geen rechtspraak op grond waarvan een moedermaatschappij verondersteld wordt een bepalende invloed uit te oefenen op een dochteronderneming in 100 % eigendom. Overigens, indien de litigieuze beschikking zich impliciet had gebaseerd op dit vermoeden, had dat volgens hen een schending betekend van hun recht op verweer, aangezien de mededeling van punten van bezwaar er niet duidelijk naar verwees.

32. Parker Hannifin Manufacturing en Parker-Hannifin concluderen hieruit dat, aangezien de Commissie zich in de litigieuze beschikking er niet over heeft uitgesproken of ITR en ITR Rubber (later Parker ITR) een enkele onderneming vormden gedurende de korte periode waarin zij een structurele band hadden, het Gerecht geen rechtsdwaling heeft begaan door vast te stellen dat Parker ITR uitsluitend op grond van een dergelijk structureel verband uit het verleden niet aansprakelijk gesteld kon worden voor de gedragingen van ITR.

33. Verweersters in hogere voorziening onderstrepen tot slot dat de verjaringsregels objectieve regels zijn, waarvan de toepassing niet afhankelijk is van de bij een inbreuk betrokken entiteit. Terwijl een entiteit wel kan trachten zich aan haar aansprakelijkheid te onttrekken door dochtermaatschappijen te verkopen, is het niet mogelijk om invloed uit te oefenen op de toepassing van verjaringsregels. De Commissie haalt volgens verweersters de zaken door elkaar door te beweren, dat het feit dat een entiteit niet beboet kan worden vanwege verjaring gelijk zou staan aan een situatie waarin de voormalige exploitant is ontbonden of geen activiteiten meer heeft.

3. Analyse

a) Inleiding

34. Deze zaak heeft met name raakvlakken met het arrest ETI e.a. (EU:C:2007:775), waarin het Hof een economische continuïteit heeft vastgesteld in omstandigheden die sterk overeenkomen met die in casu. In bedoelde zaak had er binnen de groep een overdracht van activa plaatsgevonden aan een nieuwe dochteronderneming, opgericht met het doel om te worden verzelfstandigd en vervolgens verkocht, zoals in de onderhavige zaak (zonder enige aanwijzing van opzettelijk misbruik). De partijen bij deze hogere voorziening beroepen zich overigens ook op dit arrest, echter ter ondersteuning van tegenovergestelde standpunten.

b) Rechtspraak

35. Men mag niet vergeten dat het mededingingsrecht van de Unie van toepassing is op ondernemingen waarvan de structuur, de financieringswijze, de rechtsvorm en de aandeelhouders in de loop der tijd kunnen veranderen. Ik ben met de Commissie van mening dat deze omstandigheid, en de noodzaak om de daadwerkelijke toepassing van het mededingingsrecht aan te passen aan deze

veranderingen een rechtvaardiging kan vormen voor het toelaten van uitzonderingen op het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid, met name in situaties zoals die welke heeft geleid tot de zaak en het arrest ETI e.a. (EU:C:2007:775), of die van de onderhavige zaak, waarin het beginsel van economische continuïteit toepassing zou vinden.

36. Indien een onderneming een andere overneemt door aankoop van de aandelen daarvan leidt dat gewoonlijk niet tot problemen, aangezien de *juridische entiteit* niet verandert (overdracht van juridische entiteit). Er ontstaan echter moeilijkheden wanneer de koper de zakelijke activiteiten van een betrokken onderneming overneemt, waarbij de *activa* worden overgedragen (overdracht van activa). [11]

37. In het arrest Commissie/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, punt 145) heeft het Hof wat betreft het beginsel van economische continuïteit (waarvan Anic toepassing eiste gezien de cessie van haar activa die bij de inbreuk betrokken waren) als volgt geoordeeld: „Voor zover Anic het Gerecht vervolgens verwijt, dat het haar aansprakelijk heeft geacht voor de inbreuk ofschoon zij haar polypropyleenactiviteit aan Monte had overgedragen, miskent zij het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid en de uit de rechtspraak van het Hof (zie in die zin arrest Suiker Unie e.a./Commissie, [40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, EU:C:1975:174], punten 80 en 84) volgende doorslaggevende omstandigheid, dat het zogenoemde criterium van de ‚economische continuïteit' alleen een rol kan spelen, indien de rechtspersoon die verantwoordelijk is voor het beheer van de onderneming, na de inbreuk in juridische zin heeft opgehouden te bestaan. Hieruit volgt eveneens, dat de toepassing van die criteria in geen enkel opzicht in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel."

38. Toch sluit het enkele feit dat een bij een inbreuk betrokken juridische entiteit blijft bestaan, niet noodzakelijkerwijs uit dat de Commissie de entiteit waaraan de economische activiteiten zijn overgedragen aansprakelijk kan stellen.

39. In het arrest Versalis/Commissie (C-511/11 P, EU:C:2013:386) heeft het Hof het volgende in herinnering gebracht: „Het is vaste rechtspraak dat het recht van de Unie betreffende de mededinging ziet op de activiteiten van de ondernemingen en dat het begrip onderneming elke entiteit omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm van die entiteit en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. Wanneer een dergelijke entiteit de mededingingsregels overtreedt, moet zij in overeenstemming met het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid de verantwoordelijkheid daarvoor dragen[[12]]. [...] Het Hof heeft reeds geoordeeld dat *wanneer twee entiteiten eenzelfde economische eenheid vormen, het feit dat de entiteit die de inbreuk heeft begaan nog bestaat, op zich niet belet dat de entiteit waaraan zij haar economische activiteiten heeft overgedragen, wordt bestraft*. Een dergelijke tenuitvoerlegging van de sanctie is inzonderheid toelaatbaar wanneer deze entiteiten *onder de controle van dezelfde persoon hebben gestaan en, gelet op de nauwe economische en organisatorische banden die hen verenigen, in wezen dezelfde commerciële richtsnoeren hebben toegepast* [[13]]" (cursivering van mij). In het bestreden arrest verwijst het Gerecht overigens naar dezelfde toepassingsvoorwaarden van het beginsel van economische continuïteit (punten 92 en 93).

40. Ik kan de logica achter deze rechtspraak begrijpen: gezien de lange duur van kartels en soms van de onderzoeken van de Commissie, is het van belang om in geval van economische continuïteit binnen een groep (die overigens kan worden gebruikt om aan aansprakelijkheid te ontsnappen) de inbreuk niet onbestraft te laten, met name onder toepassing van hetzelfde beginsel van behoud van het nuttig effect van het mededingingsrecht van de Unie.

11 — Zie bijvoorbeeld Jones, A., en Sufrin, B., *EC Competition Law*, Oxford, 2004, blz. 121.

12 — Het Hof verwijst hiervoor naar het arrest ETI e.a. (EU:C:2007:775, punten 38 en 39 en aangehaalde rechtspraak).

13 — Het Hof doelt op het arrest ETI e.a. (EU:C:2007:775, punten 48 en 49 en aangehaalde rechtspraak, namelijk het arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, EU:C:2004:6, punten 355-358).

41. In het arrest HFB e.a./Commissie (T-9/99, EU:T:2002:70, punt 106) heeft het Gerecht terecht als volgt geoordeeld: „In bepaalde omstandigheden kan een inbreuk op de mededingingsregels weliswaar worden toegerekend aan de economische opvolger van de rechtspersoon die deze heeft gepleegd, zelfs indien deze laatste op de datum van de vaststelling van de beschikking waarbij deze inbreuk wordt vastgesteld, nog steeds bestond, om te vermijden dat het nuttig effect van deze regels in gevaar wordt gebracht door wijzigingen in met name de rechtsvorm van de betrokken ondernemingen.” [14]

42. In zijn arrest ETI e.a. (EU:C:2007:775, punten 40, 41 en 44) heeft het Hof (Grote kamer) bevestigd dat de toepassing van het beginsel van economische continuïteit gerechtvaardigd wordt door de noodzaak om te waarborgen dat de wegens schending van het mededingingsrecht opgelegde sancties een afschrikkende werking hebben.

43. In punt 41 van het betreffende arrest schrijft het Hof als volgt: „Vervolgens moet worden opgemerkt dat als er geen enkele andere mogelijkheid zou bestaan om een sanctie op te leggen aan een andere entiteit dan die welke de inbreuk heeft begaan, ondernemingen aan sancties zouden kunnen ontsnappen door eenvoudigweg hun identiteit te veranderen door middel van herstructureringen, overdrachten of andere juridische of organisatorische wijzigingen. Dit zou indruisen tegen de doelstelling, met de mededingingsregels strijdige gedragingen te bestraffen en herhaling daarvan te voorkomen door middel van afschrikkende sancties”. [15] Het Hof vervolgt in punt 42 als volgt: „Een juridische of organisatorische wijziging van een entiteit die een inbreuk op de mededingingsregels heeft begaan, heeft immers niet noodzakelijkerwijs tot gevolg dat een nieuwe onderneming wordt gecreëerd die bevrijd is van de aansprakelijkheid voor met het mededingingsrecht strijdige gedragingen van de voorafgaande entiteit, indien beide entiteiten in economisch opzicht identiek zijn”.

44. Het Gerecht heeft in punt 51 van het arrest Hoechst/Commissie (T-161/05, EU:T:2009:366) eveneens aldus geoordeeld: „[...] het [kan] echter noodzakelijk zijn een inbreuk op de mededingingsregels bij wijze van uitzondering niet aan de oorspronkelijke, maar aan de nieuwe exploitant van de aan het kartel deelnemende onderneming toe te rekenen, ingeval laatstgenoemde daadwerkelijk als de opvolger van de oorspronkelijke exploitant kan worden beschouwd, dat wil zeggen dat hij de aan het kartel deelnemende onderneming voortzet”. Het Gerecht haalt hier punt 41 van het arrest ETI e.a. (EU:C:2007:775) aan.

c) De onderhavige zaak

i) Algemeen standpunt

45. Naar mijn mening heeft het Gerecht weliswaar de correcte rechtspraak aangehaald op het gebied van economische continuïteit binnen groepen ondernemingen (hoewel niet grondig geanalyseerd), maar deze niet juist toegepast op de onderhavige zaak.

14 — Het Gerecht doelt op het arrest NMH Stahlwerke/Commissie (T-134/94, EU:T:1999:44, punt 127).

15 — Het Hof doelt hier in dit verband op de volgende rechtspraak: arresten ACF Chemiefarma/Commissie (41/69, EU:C:1970:71, punt 173) en Showa Denko/Commissie (C-289/04 P, EU:C:2006:431, punt 61), evenals Britannia Alloys & Chemicals/Commissie (C-76/06 P, EU:C:2007:326, punt 22).

46. Zoals de Commissie terecht naar voren heeft gebracht moet er in casu onderscheid worden gemaakt tussen twee verschillende overdrachten van activa (verschillende handelingen met uiteenlopende rechtsgevolgen [16]): een eerste overdracht, *binnen de groep*, namelijk de Saiag-groep waarbinnen de activa van ITR zijn overgedragen naar ITR Rubber, en een tweede overdracht, ditmaal *tussen groepen*, te weten Saiag en Parker-Hannifin, bij de verkoop van ITR Rubber (later ITR Parker) door Saiag aan Parker-Hannifin [17].

47. Het bestreden arrest spreekt zich uitsluitend uit over de tweede overdracht (zie bijvoorbeeld de punten 116 en 121 van het arrest). Deze interpretatie was naar voren gebracht door verzoeksters in eerste aanleg en door het Gerecht overgenomen. Zodoende heeft het Gerecht een rechtsdwaling begaan door de feiten onjuist te beoordelen. Dit heeft geleid tot een onjuiste toepassing van het beginsel van economische continuïteit. Het Gerecht baseert zich abusievelijk op de afwezigheid van structurele verbanden na de overdracht van activa ten faveure van Parker ITR, te weten tussen Saiag/ITR en Parker Hannifin, terwijl er vanaf de eerste overdracht van activa (binnen de groep) tot de datum van de tweede overdracht (tussen groepen) dergelijke verbanden aanwezig waren tussen ITR en haar 100 % dochteronderneming Parker ITR.

48. Naar mijn mening voldoen de omstandigheden van de eerste overdracht aan de voorwaarden die in de rechtspraak worden gesteld aan gevallen van economische continuïteit waarbij mag worden afgeweken van het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid.

49. Indien twee entiteiten (in dit geval ITR en ITR Rubber) eenzelfde economische entiteit vormen, is het volgens de rechtspraak [18] voor het bestraffen van de entiteit waaraan de economische activiteiten zijn overgedragen (ITR Rubber) op zich geen belemmering dat de entiteit die de inbreuk heeft begaan (ITR) nog bestaat. Bovendien geldt dat een dergelijke tenuitvoerlegging van de sanctie in het bijzonder toelaatbaar is wanneer deze entiteiten onder de controle van dezelfde persoon (hier Saiag) hebben gestaan en, gelet op de nauwe economische en organisatorische banden die hen verenigen, in wezen dezelfde commerciële beleidsrichtlijnen hebben toegepast.

50. Ik herinner eraan dat de activa in het geval van ITR tijdens de inbreukperiode zijn overgedragen aan een entiteit (ITR Rubber) die is opgericht binnen de onderneming die de inbreuk heeft gepleegd (ITR), zodat aan de voorwaarden voor economische continuïteit binnen een groep is voldaan. Vervolgens zijn niet de activa maar is de juridische entiteit (ITR Rubber) overgedragen van de groep Saiag/ITR aan de groep Parker-Hannifin, voordat zij hernoemd werd tot Parker ITR. De Commissie heeft daarnaast, *wat betreft het beginsel van economische continuïteit, Parker-Hannifin niet aansprakelijk gesteld voor de periode voorafgaand aan de overname van de aandelen van ITR Rubber*.

51. Aan de orde is zodoende uitsluitend de *aansprakelijkheid van ITR Rubber (of Parker ITR) zelf*, dat voorafgaand aan de verkoop aan Parker-Hannifin de activa waarop de inbreuk betrekking heeft van de eigen moedermaatschappij had ontvangen, te weten ITR, onderdeel van de groep Saiag/ITR. De stelling van de Commissie is naar mijn mening juist, voor zover deze eruit bestaat dat door de overdracht van activa binnen de groep voorafgaand aan de verkoop van de dochteronderneming, ITR Rubber (of

16 — Zelfs indien twee handelingen onafhankelijk van elkaar zijn in economische zin, kan men de eerste niet buiten beschouwing laten of de conclusie trekken dat de juridische aansprakelijkheid in verband met deze handelingen ipso facto verdwijnt bij de eerste omdat deze wordt geabsorbeerd door de tweede.

17 — Ik deel de zienswijze van de Commissie dat deze zaak niet een eenvoudige verkoop van een juridische entiteit betreft die aan inbreukmakend gedrag heeft deelgenomen. Indien ITR als juridische entiteit was verkocht was de daaraan verbonden aansprakelijkheid wat betreft het verleden overgegaan op de nieuwe groep, zoals blijkt uit het arrest Cascades/Commissie (EU:C:2000:626). Bovendien kan de onderhavige zaak evenmin worden voorgesteld als een verkoop van activa aan een onafhankelijke groep.

18 — Zie de arresten Aalborg Portland e.a./Commissie (EU:C:2004:6, punten 356-359) en ETI e.a. (EU:C:2007:775, punten 48 et 49). Punt 359 van het arrest Aalborg Portland e.a./Commissie (EU:C:2004:6) is in het bijzonder op deze zaak van toepassing: „In dat verband heeft het Hof in het arrest Commissie/Anic Partecipazioni (punt 145) inderdaad geoordeeld dat van economische continuïteit alleen sprake kan zijn, indien de rechtspersoon die verantwoordelijk is voor het beheer van de onderneming, na de inbreuk in juridische zin heeft opgehouden te bestaan. *Die zaak betrof echter het geval van twee bestaande en functionerende ondernemingen waarvan de ene een deel van haar activiteiten aan de andere had overgedragen, en waartussen geen structurele band bestond. Zoals uit punt 344 van dit arrest blijkt, is zulks hier niet het geval*" (cursivering van mij).

Parker ITR) volgens de rechtspraak aansprakelijk kan worden gesteld als economisch opvolger binnen de groep, voor het inbreukmakend gedrag van ITR. Wat ook de uiteindelijke doelstellingen van Saiag/ITR geweest mogen zijn voor het oprichten van ITR Rubber, de overdracht was een interne organisatiewijziging [19] waardoor de bij het kartel betrokken activiteit is overgedragen aan ITR Rubber, die eerst onder deze naam en vervolgens onder de naam Parker ITR *gedurende niet minder dan zes jaar deze activiteit en deelname aan het kartel heeft voortgezet*. Met andere woorden: ITR Rubber (later Parker ITR) bleef aansprakelijk door een nieuwe aansprakelijkheid te veroorzaken ten laste van de nieuwe eigenaar, vanwege de voortgezette deelname aan het inbreukmakend gedrag. Overigens was de verkoop van de juridische entiteit, anders dan het Gerecht kennelijk denkt, onvoldoende om de eerdere economische continuïteit te doorbreken. [20]

ii) Nadere analyse van de redenering van het Gerecht

52. Wat het bestreden arrest betreft, kan worden vastgesteld dat het Gerecht niet minder dan 48 punten wijdt aan het beginsel van economische continuïteit (punten 83-130 van het arrest). Niettemin komen de gronden waarop het Gerecht de aansprakelijkheid van ITR Rubber (na cessie aan de groep Parker-Hannifin gewijzigd in Parker ITR) uitsluit als economisch opvolger van ITR, naar mijn mening niet duidelijk uit het bestreden arrest naar voren.

53. Bij bestudering van de in punt 22 van deze conclusie geciteerde punten van het bestreden arrest, lijkt het Gerecht als volgt te hebben geredeneerd: i) ITR Rubber heeft slechts zeven maanden bestaan binnen de groep-Saiag en heeft slechts kort (een maand) activiteiten ontplooid in verband met slangen voor maritieme toepassingen (punt 115); ii) ITR Rubber is binnen de Saiag-groep uitsluitend opgericht met het oog op verkoop aan een derde onderneming (de Parker-groep) (punt 115); iii) „in die omstandigheden" is de voormalige exploitant van de betrokken activiteiten (ITR en moedermaatschappij Saiag) aansprakelijk voor de inbreuk gedurende de periode voorafgaand aan 1 januari 2002, de datum van overdracht van de bij het kartel betrokken activiteiten aan ITR Rubber (punt 116, eerste zin, en punten 118 [21] en 119 [22]); iv) de cessie van ITR door Saiag aan Parker-Hannifin kan zodoende niet als een geval van economische continuïteit worden geanalyseerd (punt 116, tweede volzin).

54. Hieronder analyseer ik de elementen en omstandigheden waarop het Gerecht zich heeft gebaseerd om de toepassing van het beginsel van economische continuïteit af te wijzen.

– Wanneer moesten de structurele banden tussen cedent en cessionaris bestaan? Is het nodig dat de cedent is ontbonden?

55. Het arrest ETI e.a. (EU:C:2007:775, punt 50) maakt wel melding van structurele banden tussen cedent en cessionaris „ten tijde van hun inbreukmakende gedragingen".

19 — Zie arrest ETI e.a. (EU:C:2007:775, punten 41, 42 en 44).

20 — De verkoop van litigieuze activa binnen de Saiag-groep en de latere verkoop van de juridische entiteit Parker ITR aan een nieuwe groep moeten in feite op conceptueel niveau als afzonderlijke gebeurtenissen worden behandeld.

21 — „Bijgevolg had de Commissie moeten vaststellen dat Saiag en ITR aansprakelijk waren voor de inbreuk tot op 1 januari 2002 en had zij vervolgens in voorkomend geval moeten vaststellen dat deze inbreuk verjaard was, zoals haar volgens vaste rechtspraak is toegestaan [...]."

22 — „De Commissie mocht ITR Rubber in dergelijke omstandigheden echter niet aansprakelijk stellen voor de periode vóór 1 januari 2002, de datum waarop haar de bij het kartel betrokken activa zijn overgedragen."

56. Het Hof heeft echter in arresten in hogere voorziening reeds bevestigd dat er zelfs sprake is van economische continuïteit indien de overdracht van activa plaats heeft gevonden na beëindiging van het inbreukmakend gedrag (hetgeen naar mijn mening bevestigt dat de structurele banden niet noodzakelijkerwijs aanwezig hoeven te zijn gedurende de gehele periode van inbreukmakend gedrag), indien de structurele banden tussen cedent en cessionaris bestonden *op de datum van de beschikking van de Commissie*.

57. In het arrest Cimenteries CBR e.a./Commissie [23] heeft het Gerecht de status van Aalborg als economisch opvolger bevestigd, aangezien deze de activa waarmee inbreuken waren gepleegd door Aktieselskabet Aalborg Portland-Cement Fabrik (AAPCF), had ontvangen bij de oprichting daarvan in 1990 (met terugwerkende kracht tot 1 januari 1990), terwijl het inbreukmakend gedrag plaatsvond van januari 1983 tot december 1988. Het argument van de onderneming Aalborg dat de onderneming die de inbreuk had gepleegd niet was ontbonden maar een houdstermaatschappij was geworden die onder een nieuwe naam 50 % van de aandelen van Aalborg in bezit had (punt 1334), heeft het Gerecht niet aanvaard, omdat deze wijzigingen waren doorgevoerd in het kader van de reorganisatie van de groep, waardoor Aalborg en de entiteit die de inbreuk had gepleegd beschouwd konden worden als eenzelfde economische entiteit in de zin van artikel 81 EG, zodat de Commissie Aalborg aansprakelijk kon stellen voor de activiteiten van de betrokken onderneming (punt 1335).

58. In hogere voorziening heeft het Hof het arrest van het Gerecht op dit punt bevestigd. [24]

59. Aalborg had eveneens aangevoerd dat zij „niet aansprakelijk [kon] worden gehouden voor de activiteiten van een kartel gedurende de periode waarin deze inbreuk volgens de cementbeschikking, in afwijking van de [mededeling van punten van bezwaar], heeft plaatsgehad. Daar [zij] ten tijde van de betrokken vergaderingen nog niet was opgericht, waren haar vertegenwoordigers onbetwistbaar niet aanwezig bij de vergaderingen die fundamenteel zijn geacht voor de in de cementbeschikking vastgestelde mededingingsregeling” (punt 351 van het genoemde arrest van het Hof).

60. Na te hebben aangegeven dat de kwestie in rechte betrekking had op de vraag of het feit dat de inbreukmakende onderneming nog bestond, geheel en noodzakelijkerwijs voor de Commissie de mogelijkheid uitsloot om Aalborg te behandelen als degene die vanuit economisch en organisatorisch oogpunt de inbreuk had gepleegd, heeft het Hof deze vraag ontkennend beantwoord. Het Hof gaf aan dat, gezien de economische identiteit van de onderneming voor en na de veranderingen, het voortbestaan van de onderneming als juridische entiteit als zodanig geen reden is om de cementbeschikking met betrekking tot Aalborg nietig te verklaren (punt 358). Het Hof gaf aan dat het in het arrest Commissie/Anic Partecipazioni (EU:C:1999:356) weliswaar geoordeeld had dat er slechts sprake kon zijn van economische continuïteit indien de voor exploitatie van de onderneming verantwoordelijke rechtspersoon was ontbonden na de inbreukmakende gedragingen, maar onderstreepte dat het in de zaak die aanleiding had gegeven tot dat arrest ging om twee bestaande en functionerende ondernemingen waarvan de ene een deel van haar activiteiten aan de andere had overgedragen en waartussen geen structurele band bestond (punt 359) [25], terwijl dat in de bewuste zaak niet het geval was.

61. In het arrest Jungbunzlauer/Commissie (EU:T:2006:270, punten 131 en 132) heeft het Gerecht dezelfde benadering gehanteerd: „Met betrekking tot de periode vóór de herstructurering van het Jungbunzlauer-concern in 1993 moet worden vastgesteld, [...] dat Jungbunzlauer GmbH tot 1993 niet alleen verantwoordelijk was voor de concernactiviteiten op de citroenzuurmarkt, maar ook voor de leiding van alle concernactiviteiten. Laatstgenoemde taak die bestond in de leiding van de concernactiviteiten, waaronder die betreffende de citroenzuurmarkt, *was echter in 1993 overgedragen*

23 — T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95, EU:T:2000:77, punten 1334 en 1335 van het arrest en punt 15 van het dictum.

24 — Arrest Aalborg Portland e.a./Commissie (EU:C:2004:6, punten 344-359).

25 — Zie punt 39 van de onderhavige conclusie.

aan Jungbunzlauer, die daarmee met betrekking tot de leiding van de concernactiviteiten de economische opvolger van Jungbunzlauer GmbH werd" (cursivering van mij). „Dat een onderneming nog als juridische eenheid bestaat, sluit echter uit het oogpunt van het communautaire mededingingsrecht niet uit dat een deel van de activiteiten van die onderneming kan worden overgedragen aan een andere die dan verantwoordelijk wordt voor de handelingen van de eerstgenoemde onderneming."

62. Ook in het arrest ArcelorMittal Luxembourg e.a./Commissie [26] is bevestigd dat er sprake was van economische continuïteit, hoewel de overdracht van activa aan ProfilARBED had plaatsgevonden in 1992, na beëindiging van het inbreukmakend gedrag in 1991.

63. Het Gerecht heeft in dat arrest terecht het volgende opgemerkt (respectievelijk punt 36 en punt 111): „Artikel 1 van de bestreden beschikking bepaalt: ‚De onderneming die bestaat uit [ARBED, TradeARBED en ProfilARBED], heeft in strijd met artikel 65, lid 1, [KS] deelgenomen aan een reeks overeenkomsten en onderling samenhangende gedragingen, die het vaststellen van prijzen, het toewijzen van quota en een uitgebreide uitwisseling van informatie op de markt voor balken in de Gemeenschap tot doel of tot gevolg hebben gehad. Vastgesteld is dat de aldus samengestelde onderneming van *1 juli 1988 tot en met 16 januari 1991* aan deze inbreuken heeft deelgenomen.'" En: „In casu levert de oprichting *in 1992* van ProfilARBED als 100 %-dochteronderneming van ARBED om de economische en industriële activiteiten van ARBED in de balkensector voort te zetten, een geval op dat vergelijkbaar is met de gevallen die hebben geleid tot de arresten Aalborg Portland e.a./Commissie en Jungbunzlauer/Commissie" (cursivering van mij).

64. Dit arrest van het Gerecht is vervolgens door het Hof bevestigd. In punt 104 van het arrest ArcelorMittal Luxembourg/Commissie en Commissie/ArcelorMittal Luxembourg e.a. (EU:C:2011:190) geeft het Hof het volgende aan: „Met betrekking tot het argument dat toerekening van het inbreuk opleverende gedrag aan een zusteronderneming op grond van het begrip economische entiteit incoherent is omdat dit erop zou neerkomen dat voor deze vennootschap strengere aansprakelijkheidsregels gelden dan voor de moedermaatschappij, behoeft er slechts aan te worden herinnerd dat *de Commissie dat gedrag in het onderhavige geval aan de zusteronderneming heeft toegerekend omdat deze de economische activiteiten van de moedermaatschappij had overgenomen*, en dat, aangezien de aansprakelijkheid van de zusteronderneming afhing van die van de moedermaatschappij, voor de zusteronderneming geen strengere aansprakelijkheidsregels golden dan voor de moedermaatschappij" (cursivering van mij).

65. Ik deel de zienswijze van de Commissie dat een ander standpunt zou leiden tot arbitraire gevolgen, want de mogelijkheid om de verkrijger aansprakelijk te stellen voor het inbreukmakend gedrag voor de periode voorafgaand aan de overdracht zou dan afhangen van het behoud van de structurele banden met de cedent, waarbij de resultaten sterk afhankelijk zouden zijn van de vraag of genoemde banden kort voor of na beëindiging van de inbreuk waren verbroken.

66. Hierbij zij er overigens aan herinnerd dat het Hof toestaat dat een verkrijgende entiteit kan worden beschouwd als de economische opvolger van de overdragende entiteit, zelfs als de structurele banden tussen deze entiteiten *tijdens de gehele inbreukperiode hadden bestaan* (dus ook op de datum van overdracht van activiteiten) maar op de datum van de beschikking waren verbroken. [27]

67. Uit de aangehaalde arresten blijkt dat de toepassing van het beginsel van economische continuïteit binnen groepen niet voorschrijft dat de cedent moet zijn ontbonden en ook niet dat de structurele banden tussen cedent en verkrijger moeten voortduren tijdens de gehele inbreukperiode.

26 — EU:T:2009:90.

27 — Zie in dit verband het arrest ETI e.a. (EU:C:2007:775, punt 50), waarin het Hof de afwijkende analyse van advocaat-generaal Kokott in punt 96 van de conclusie niet heeft overgenomen (EU:C:2007:404; hierin werd gesteld dat de structurele banden moeten bestaan *op de datum van de beschikking*).

68. Naar mijn mening moet de relevante datum om vast te stellen of er sprake is van een overdracht van activa binnen een groep of tussen onafhankelijke ondernemingen, de feitelijke datum van overdracht van de activa zijn. [28] In casu blijkt uit het dossier dat de groep Saiag/ITR ITR Rubber heeft opgericht en dat de activa aan deze dochteronderneming zijn overgedragen toen deze onder zijn controle stond.

69. Overigens moet hier worden opgemerkt dat verweersters, in tegenstelling tot hun standpunt in eerste aanleg, nu blijkbaar erkennen [29] dat er sprake kan zijn van economische continuïteit terwijl de structurele banden niet meer bestaan op het moment van vaststelling van de beschikking door de Commissie [30].

– Duur van de structurele banden

70. De structurele banden tussen ITR en ITR Rubber hebben ten hoogste zeven maanden bestaan, te weten van 27 juni 2001 tot 31 januari 2002, terwijl de inbreukperiode volgens de litigieuze beschikking liep van 1986 tot 2007 en terwijl de beschikking in 2009 is vastgesteld. Dat neemt niet weg dat in casu is voldaan aan de in de rechtspraak ontwikkelde voorwaarden om ITR Rubber (later Parker ITR) als economisch opvolger binnen de groep aansprakelijk te kunnen stellen voor het eerdere gedrag van ITR en Pirelli Treg sinds 1986. [31] Op ITR is deze aansprakelijkheid overgegaan van zijn economische en rechtsvoorganger Pirelli Treg na de fusie met die entiteit in 1990. Op 27 juni 2001 heeft ITR vervolgens ITR Rubber (later Parker ITR) opgericht als 100 % dochteronderneming, en daarna op 1 januari 2002 de activa betreffende het inbreukmakend gedrag aan ITR Rubber overgedragen. De juridische entiteit ITR Rubber is dus opgericht door Saiag/ITR en niet door de verkrijger Parker-Hannifin, en de activa zijn aan ITR Rubber overgedragen toen deze nog onder controle stond van Saiag/ITR. [32] Van 27 juni 2001 tot de overdracht op 31 januari 2002 hebben er tussen ITR (cedent van de activa) en ITR Rubber (later Parker ITR) (verkrijger) structurele banden bestaan zoals die er zijn tussen een moedermaatschappij en een 100 % dochteronderneming binnen dezelfde onderneming (Saiag). De overdracht van activa, die op 1 januari 2002 van kracht is geworden, heeft zodoende plaatsgevonden toen deze structurele banden nog bestonden.

71. Hoewel de structurele banden op de datum van overdracht wel moeten bestaan, zou het niet nodig zijn dat deze banden gedurende een lange periode of tijdens de gehele inbreukperiode blijven voortbestaan [33] om de twee entiteiten te kunnen beschouwen als een economische eenheid voor de toepassing van het mededingingsrecht van de Unie [34]. Het feit dat ITR Rubber niet in de Saiag-groep is gebleven en dat er slechts een korte tijd is verstreken tussen de oprichting van die onderneming en

28 — Zie de arresten Aalborg Portland e.a./Commissie (EU:C:2004:6, punten 356 en 357) en ETI e.a. (EU:C:2007:775, punten 48-52).

29 — Zie punt 35 van hun memorie van antwoord voor het Hof.

30 — Zie de punten 28, 29, 35 en 41 van hun memorie van antwoord voor het Hof en punt 59 van het bestreden arrest, luidend als volgt: „Verzoeksters preciseren dat in recente rechtspraak is bevestigd dat de theorie van de economische opvolging slechts op een overdracht van activa binnen een groep kan worden toegepast indien de structurele banden tussen de verkrijgende en de overdragende onderneming nog bestaan op het ogenblik dat de Commissie haar inbreukbeschikking vaststelt".

31 — Zie overwegingen 370–373 van de litigieuze beschikking.

32 — De door de groep Saiag/ITR uitgeoefende controle over de betreffende activiteit binnen de groep rechtvaardigt dus de persoonlijke aansprakelijkheid van ITR Rubber (later Parker ITR) uit hoofde van de economische continuïteit, in afwijking van het beginsel van de persoonlijke aansprakelijkheid.

33 — Wat dit betreft baseert de Commissie zich op de arresten Aalborg Portland e.a./Commissie (EU:C:2004:6) en ArcelorMittal Luxembourg/Commissie en Commissie/ArcelorMittal Luxembourg e.a. (EU:C:2011:190, punt 104), waarin het Hof in hogere voorziening de analyse heeft bevestigd van het Gerecht dat het bestaan heeft vastgesteld van economische continuïteit hoewel activa na beëindiging van de inbreuk waren overgedragen.

34 — Zie bijvoorbeeld het arrest ETI e.a. (EU:C:2007:775, punten 48 e.v.).

de verkoop ervan aan de groep Parker-Hannifin is dus niet relevant, te meer omdat Parker ITR na overdracht van de litigieuze activa is doorgegaan met deelname aan het kartel.[35] Indien men zich baseert op gebeurtenissen na de overdracht van activa en deze moet betrekken bij het onderzoek, leidt dat duidelijk tot rechtsonzekerheid.

72. Hoewel de rechtspraak slechts weinig concrete aanwijzingen biedt betreffende de vereiste duur van de structurele banden (in casu zeven maanden, en niet een maand zoals verweersters beweren), was de moedermaatschappij (Areva Group) in de zaak die aanleiding gaf tot de arresten Areva e.a./Commissie (T-117/07 en T-121/07, EU:T:2011:69) en in hogere voorziening Areva/Commissie (C-247/11 P en C-253/11 P, EU:C:2014:257)[36] gedurende vier maanden eigenaar geweest van een dochteronderneming, hetgeen werd geacht te volstaan voor hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij en het opleggen van een aanzienlijke geldboete.

– Relevantie van het feit dat ITR Rubber al bij de oprichting bedoeld was om te worden verkocht en korte tijd daarna daadwerkelijk is verkocht

73. Naar mijn mening hoeft er met deze omstandigheden geen rekening te worden gehouden. Indien rekening werd gehouden met een subjectieve factor zoals het doel van de oprichting van een dochteronderneming (punt 115 van het bestreden arrest) zou dit leiden tot rechtsonzekerheid. Toepassing van het beginsel van economische continuïteit moet geleid worden door objectieve en heldere regels, die niet afhankelijk kunnen zijn van subjectieve bedoelingen.

74. Zou rekening worden gehouden met het economische doel van de overdracht op langere termijn, dan zou dit eveneens strijdig zijn met de benadering in het arrest ETI e.a. (EU:C:2007:775), waarin het Hof (Grote kamer) de volgende zaken buiten beschouwing heeft gelaten: (i) het feit dat de activiteiten van de Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato (AAMS) aan ETI waren overgedragen met het oog op latere verzelfstandiging, aangezien dit economische continuïteit niet uitsloot; (ii) de omstandigheid dat de economische voorganger niet was ontbonden.

75. De omstandigheid dat ITR Rubber specifiek is opgericht voor het overnemen van de litigieuze activa is dus niet strijdig met de vaststelling van economische continuïteit en laat niet toe dat Parker ITR, als economisch opvolger van ITR, van aansprakelijkheid wordt ontslagen. Het gaat om dezelfde situatie als die van ETI, dat specifiek was opgericht om de activiteiten van AAMS voort te zetten. De nationale wetgeving op grond waarvan ETI werd opgericht bepaalde tegelijkertijd de overdracht van de zakelijke activiteiten in de tabakssector van AAMS naar ETI.

76. Het Hof heeft in het arrest ETI e.a. (EU:C:2007:775, punt 44)[37] eveneens het volgende onderstreept: „Evenmin is relevant dat tot de overdracht van activiteiten niet is besloten door particulieren, maar door de wetgever in het kader van een privatisering. *Door de autoriteiten van een lidstaat genomen maatregelen tot herstructurering of reorganisatie van een onderneming mogen immers niet tot gevolg hebben dat het nuttig effect van het communautaire mededingingsrecht in gevaar wordt gebracht* [...]" (cursivering van mij).

77. Evenzo moeten de structurele banden tussen cedent en verkrijger van de betrokken activa, met name binnen de onderneming die de inbreuk heeft gepleegd, onafhankelijk van gebeurtenissen na de overdracht in beschouwing worden genomen, zoals ontbinding van de onderneming of verkoop van de dochteronderneming waaraan de activa waren overgedragen.

35 — Volgens de Commissie heeft de nieuwe moedermaatschappij Parker-Hannifin na kennisname van de inbreuk getracht om het kartel verborgen te houden, in de hoop dat het niet ontdekt zou worden.

36 — Het arrest van het Gerecht is door het Hof gedeeltelijk vernietigd, maar niet op dit punt.

37 — Zie eveneens punt 95 van de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de betreffende zaak (EU:C:2007:404).

iii) Argument van verweersters betreffende het type structurele band

78. Verweersters voeren aan dat het Hof in het arrest ETI e.a. (EU:C:2007:775) een mechanische regel zou hebben ingesteld, op grond waarvan het bestaan van een eenvoudige structurele band in het verleden tussen cedent en verkrijger van de bij inbreukmakend gedrag betrokken activiteit de verkrijger automatisch aansprakelijk maakte voor dat inbreukmakend gedrag. Het Hof zou expliciet hebben geoordeeld dat een dergelijk gevolg slechts mogelijk was indien werd bewezen dat cedent en verkrijger onder feitelijke controle stonden van dezelfde persoon tijdens het bestaan van de structurele band en hoofdzakelijk dezelfde commerciële beleidsrichtlijnen toepasten. [38]

79. Verweersters baseren zich op het feit dat het Hof in dit arrest, na te hebben vastgesteld dat er tussen de twee entiteiten in casu een structurele band aanwezig was (zij waren namelijk eigendom van dezelfde overheidsinstantie), niettemin aan de nationale rechter de taak heeft overgelaten om te controleren of deze entiteiten aan het toezicht [39] van de bewuste autoriteit waren onderworpen, hetgeen de nationale rechter overigens had weersproken.

80. Volgens verweersters heeft de Commissie in de litigieuze beschikking volledig nagelaten te beoordelen of ITR en ITR Rubber, tijdens de korte duur van de structurele band tussen beide entiteiten, onder controle van dezelfde persoon hebben gestaan en gezien de nauwe economische en organisatorische banden hoofdzakelijk dezelfde commerciële beleidsrichtlijnen hebben toegepast, zoals vereist door het arrest ETI e.a. (EU:C:2007:775). De litigieuze beschikking zou uitsluitend vermelden dat ITR Rubber op het moment van cessie van de activiteiten betreffende slangen voor maritieme toepassingen van ITR aan ITR Rubber „100 % eigendom" van ITR was. Genoemde beschikking maakt volgens verweersters geen melding van rechtspraak op grond waarvan een moedermaatschappij kan worden verondersteld een beslissende invloed uit te oefenen op een 100 % dochteronderneming. Verweersters leiden hieruit af dat, aangezien de Commissie in de litigieuze beschikking heeft nagelaten om vast te stellen of ITR en ITR Rubber (later Parker ITR) een enkele onderneming vormden gedurende de korte periode waarin zij een structurele band hadden, het Gerecht geen rechtsdwaling heeft begaan door vast te stellen dat Parker ITR niet aansprakelijk kon worden gesteld voor het gedrag van ITR, uitsluitend op grond van een dergelijke band in het verleden.

81. Afgezien van het feit dat het normaal was dat het Hof in de zaak ETI e.a. het aan de nationale rechter overliet te controleren of AAMS (dat zijn activiteiten heeft overgedragen) en ETI (dat verkrijger daarvan was), eigendom van dezelfde overheidsinstantie, onder het toezicht daarvan hadden gestaan (een kwestie die zich hier niet voordoet, aangezien de structurele band slechts tussen ITR en ITR Rubber bestond), is het argument van verweersters niet steekhoudend, aangezien het Hof in het arrest Akzo Nobel e.a./Commissie (C-97/08 P, EU:C:2009:536, punt 60) duidelijk als volgt heeft geoordeeld: „In het bijzondere geval waarin een moedermaatschappij 100 % van het aandelenkapitaal in handen heeft van haar dochteronderneming die een inbreuk op de communautaire mededingingsregels heeft gepleegd, kan deze moedermaatschappij beslissende invloed uitoefenen op het gedrag van deze dochter [...] [40] en bestaat er een weerlegbaar vermoeden dat die moedermaatschappij metterdaad een beslissende invloed uitoefent op het gedrag van haar dochter die een inbreuk heeft gepleegd [...] [41]".

38 — Punt 49 van dit arrest.

39 — Hier moet worden opgemerkt dat verweersters in hun memorie van antwoord voor het Hof het volgende aangeven: „het Hof [heeft] aan het Italiaanse Consiglio di Stato de taak gelaten om op grond van het in zijn arrest vastgestelde criterium van '*doeltreffende controle*' te bepalen of ETI aansprakelijk kon worden gesteld voor het gedrag van AAMS" (cursivering van mij). De in het Engels gebruikte term in de oorspronkelijke memorie is „actual control". Deze uitdrukking komt echter niet als zodanig voor in de Engelse vertaling van het arrest ETI e.a. In punt 51 van dat arrest is er sprake van dat AAMS en ETI „aan het toezicht van die overheidsentiteit waren onderworpen", hetgeen in het Engels vertaald is met „AAMS and ETI were subject to the control of that public entity".

40 — Het Hof verwijst hier naar het arrest Imperial Chemical Industries/Commissie (48/69, EU:C:1972:70, punten 136 en 137).

41 — Het Hof verwijst hier naar de arresten AEG-Telefunken/Commissie (107/82, EU:C:1983:293, punt 50) en Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie (EU:C:2000:630, punt 29).

82. In punt 61 van dit arrest geeft het Hof dan het volgende aan: „In die omstandigheden volstaat het dat de Commissie bewijst dat het gehele aandelenkapitaal van een dochteronderneming in handen is van haar moedermaatschappij om aan te nemen dat deze laatste beslissende invloed heeft op het commerciële beleid van de dochter. De Commissie kan de moedermaatschappij vervolgens hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de betaling van de aan de dochteronderneming opgelegde geldboete, tenzij de moedermaatschappij, die dat vermoeden moet weerleggen, afdoende bewijzen overlegt die aantonen dat haar dochteronderneming zich op de markt autonoom gedraagt [...] [42]”.

83. Verweersters beroepen zich eveneens op het arrest ThyssenKrupp Nirosta/Commissie (EU:C:2011:191), waarin noch de Commissie, noch het Hof een punt heeft gemaakt van de structurele band die oorspronkelijk aanwezig was tussen cedent Thyssen Stahl en verkrijger ThyssenKrupp Nirosta, als mogelijke of zelfs toereikende grond voor het aansprakelijk stellen van de tweede entiteit voor het inbreukmakend gedrag van de eerste. [43]

84. Naar mijn mening is genoemd arrest niet relevant voor de onderhavige zaak, aangezien het Hof in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest in hogere voorziening ThyssenKrupp Nirosta/Commissie (EU:C:2011:191) niet is verzocht om te oordelen op het punt of economische continuïteit kan voortkomen uit een enkele overdracht van activa, maar of die kan voortkomen uit een eenvoudige verklaring door de verkrijger van de activa dat deze de aansprakelijkheid voor het gerelateerde inbreukmakend gedrag op zich neemt. In hogere voorziening heeft het Hof zich slechts kunnen uitspreken over de vraag of het oordeel van het Gerecht (dat enkel betrekking had op de genoemde verklaring) juist was of niet.

d) Conclusie betreffende het eerste middel

85. Uit het voorgaande blijkt dat er in een zaak zoals de onderhavige sprake kan zijn van economische continuïteit in de zin van de rechtspraak van het Hof tussen twee rechtsvormen die structurele banden hebben, zij het gedurende een korte periode. Derhalve heeft de Commissie zich terecht gebaseerd op het vermoeden dat een moedermaatschappij (ITR) die 100 % van de aandelen van een dochteronderneming (ITR Rubber) bezit, feitelijk een beslissende invloed uitoefent op het gedrag van die dochteronderneming, om vast te kunnen stellen dat cedent en verkrijger van de activa „onder toezicht van dezelfde persoon” hebben gestaan en „hoofdzakelijk dezelfde commerciële beleidsrichtlijnen” hebben toegepast. [44]

86. De Commissie heeft dit als volgt uiteengezet in punt 370 van de considerans van de litigieuze beschikking: „Ten tijde van de overdracht onderhielden ITR SpA en ITR Rubber srl de economische banden van een moedermaatschappij en een 100 % dochteronderneming”. Verder: „Deze entiteiten behoorden overigens tot dezelfde onderneming”. [45]

42 — Het Hof verwijst hier naar het arrest Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie (EU:C:2000:630, punt 29).

43 — Punt 153 van dit arrest.

44 — Interessant is dat Parker ITR in het onderzoek naar het kartel betreffende slangen voor maritieme toepassingen in de Verenigde Staten beschuldigd is van inbreukmakend gedrag sinds 1999 en dit ook heeft bekend, dat wil zeggen drie jaar voor de aankoop van activa door Parker. Zie DOJ Press Release, Italian Subsidiary of U.S.-Based Company Agrees to Plead Guilty for Participating in International Price-Fixing Conspiracy (16 februari 2010), http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2010/255258.htm. In de Verenigde Staten is voor opvolging van aansprakelijkheid zelfs geen economische continuïteit vereist. De (strafrechtelijke) aansprakelijkheid vermindert in beginsel niet bij fusies of aankoop van aandelen, maar gaat op het moment van een fusie van de voorgaande entiteit over op de opvolgende entiteit. Zie in dit verband „EU Court Decision Significantly Reduces Cartel Fines in Marine Hose Investigation”, King & Spalding, 22 mei 2013, die de bewuste Amerikaanse rechtspraak aanhaalt.

45 — Zie betreffende structurele banden eveneens punt 373 van de litigieuze beschikking.

87. ITR was 100 % eigenaar van de aandelen in ITR Rubber gedurende de periode van 27 juni 2001 tot 31 januari 2002, dat wil zeggen zeven maanden. Er was zodoende volgens vaste rechtspraak sprake van een wettelijk vermoeden dat de eerste een beslissende invloed uitoefende over de tweede. [46]

88. Zoals ook blijkt uit het arrest Akzo Nobel e.a./Commissie (EU:C:2009:536) (zie de punten 81 en 82 van de onderhavige conclusie), is de stelling van de Commissie die zich baseert op het vermoeden van 100 % in de onderhavige zaak dus juist.

89. Verweersters hadden bovendien het recht om dit vermoeden van beslissende invloed op grond van 100 % eigenaarschap van aandelenkapitaal te weerleggen. Het lijkt er op dat zij dit in hun memories voor het Gerecht dan ook hebben getracht. Zij hebben zich met name gebaseerd op de bepalingen uit de in december 2001 gesloten overeenkomst tussen Parker-Hannifin en ITR met het oog op cessie van ITR Rubber.

90. Ook in hogere voorziening beweren verweersters dat het ITR vanaf het sluiten van de genoemde overeenkomst op grond van meerdere bepalingen verboden was om enige invloed uit te oefenen op ITR Rubber.

91. De bewuste overeenkomst (een document van 64 pagina's, met 12 hoofdstukken onderverdeeld in meerdere paragrafen) is aan het Gerecht voorgelegd als bijlage bij het verzoekschrift [47], echter, aangezien het Gerecht het bestaan van economische continuïteit tussen ITR en ITR Rubber direct heeft uitgesloten, heeft het de (strijdige) argumenten van verweersters en de Commissie uit dit document niet onderzocht.

92. Overigens ben ik van mening dat, anders dan het Gerecht oordeelt, de Commissie niet gehouden was om de moedermaatschappijen Saiag en ITR aansprakelijk te stellen voor het inbreukmakend gedrag.

93. Enerzijds blijkt uit de rechtspraak van de Unie [48] dat de Commissie ervoor kon kiezen om de economische voorganger aansprakelijk te stellen, of de opvolger, of beiden in hoofdelijke aansprakelijkheid [49].

94. Anderzijds: de omstandigheid dat de Commissie er in een eerdere zaak voor gekozen heeft om de verkopende moedermaatschappij aansprakelijk te stellen, en niet de dochteronderneming die het onderwerp van cessie was geweest, is niet relevant. Eerdere besluitvorming vormt namelijk geen beperkend rechtskader bij de beoordeling van de rechtmatigheid van latere rechtshandelingen [50].

95. Zoals de Commissie terecht heeft aangevoerd, maakt zij gebruik van een door de rechtspraak erkende beoordelingsbevoegdheid door in de onderhavige zaak ITR Rubber aansprakelijk te stellen als economisch opvolger van ITR. [51]

46 — ITR heeft dit in feite zelf toegegeven in de „Act of transfer of marine hose assets by ITR to ITR Rubber" (bijlage 2 van het antwoord van Parker op de mededeling van punten van bezwaar), blz. 420 van het verzoekschrift in eerste aanleg, dat naar ITR verwijst als de „attuale unico socio controllante".

47 — Deze overeenkomst was eveneens voorgelegd gedurende de bestuurlijke procedure, bij het antwoord op de mededeling van punten van bezwaar.

48 — Zie het arrest ArcelorMittal Luxembourg e.a./Commissie (EU:T:2009:90, punten 112-117 en aangehaalde rechtspraak, die door het Hof in hogere voorziening is bevestigd in het arrest ArcelorMittal Luxembourg/Commissie en Commissie/ArcelorMittal Luxembourg e.a.) en Hoechst/Commissie (EU:T:2009:366, punt 64: „[...] kan de Commissie volgens de rechtspraak in bepaalde omstandigheden een inbreuk van de oude exploitant toeschrijven aan de nieuwe exploitant, maar is zij daar niet toe verplicht [...]").

49 — In het recente arrest Dow Chemical e.a./Commissie (C-499/11 P, EU:C:2013:482, punt 49 en aangehaalde rechtspraak) heeft het Hof het volgende onderstreept: „[er bestaat] immers geen ‚voorrang' ter zake van de oplegging van een geldboete door de Commissie aan deze of gene van deze vennootschappen [...]", dat wil zeggen de moeder- of dochtermaatschappij.

50 — Zie eveneens punt 95 van de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak ETI e.a. (EU:C:2007:404).

51 — Zie arresten Erste Group Bank e.a./Commissie (C-125/07 P, C-133/07 P en C-137/07 P, EU:C:2009:576, punt 82) en Team Relocations e.a./Commissie (C-444/11 P, EU:C:2013:464, punten 159 en 160).

96. Hieruit volgt dat het bestreden arrest moet worden vernietigd voor wat betreft het oordeel dat het beginsel van economische continuïteit in deze zaak niet kan worden toegepast. Als gevolg daarvan moet de zaak worden terugverwezen naar het Gerecht, om te onderzoeken of de door verweersters voorgelegde elementen volstaan ter weerlegging van het vermoeden dat ITR als moedermaatschappij met 100 % van het aandelenkapitaal van ITR Rubber en behorend tot dezelfde groep, een beslissende invloed heeft uitgeoefend op het gedrag van de dochteronderneming, en om het argument te onderzoeken, door verweersters subsidiair aangevoerd, dat er inbreuk zou zijn gemaakt op hun recht op verdediging indien de litigieuze beschikking impliciet gebaseerd was op dit vermoeden, aangezien de mededeling van punten van bezwaar er niet uitdrukkelijk op was ingegaan. [52]

97. Tot slot moet worden ingegaan op een laatste punt in het kader van dit middel. Verweersters voeren aan dat de Commissie in hogere voorziening de punten uit het bestreden arrest van het Gerecht niet heeft bestreden, waarmee het Gerecht het vijfde en het zesde middel van hun verzoek heeft toegewezen en geoordeeld dat de geldboete onterecht was verhoogd omdat zij een leidinggevende rol hadden gespeeld (punten 139 en 140, 145 en 146, evenals 253 en 254). Verweersters leiden hieruit af dat het bestreden arrest op dit punt definitief was geworden. Deze stelling is duidelijk onjuist. Op de aangehaalde punten heeft het Gerecht namelijk geen onderzoek gedaan naar de onderbouwing van de aangevoerde argumenten tegen de leidinggevende rol van Parker ITR. Het Gerecht heeft enkel een mechanische gevolgtrekking gedaan uit zijn constatering dat er geen sprake was van economische continuïteit. De door mij voorgestelde vernietiging dekt eveneens de betreffende punten.

B – *Tweede middel: schending van het beginsel van ne ultra petita en het non-discriminatiebeginsel*

1. Bestreden arrest

98. Het Gerecht heeft zich aan het einde van zijn beoordeling van het beroep, in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht, als volgt uitgesproken betreffende de uiteindelijke hoogte van de geldboete:

„250 In dit verband zij eraan herinnerd dat de bepaling van de hoogte van een geldboete door het Gerecht in het kader van de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht naar haar aard geen nauwkeurige wiskundige operatie is. Overigens is het Gerecht niet gebonden aan de berekeningen van de Commissie, maar dient het met in achtneming van alle omstandigheden van het concrete geval een eigen oordeel te vormen.

[...]

257 Gelet op een en ander moet ten eerste artikel 1, sub i, van de bestreden beschikking nietig worden verklaard, voor zover het betrekking heeft op de inbreuk die Parker ITR ten laste wordt gelegd voor de periode vóór januari 2002, moet ten tweede het bedrag van de aan die onderneming op te leggen geldboete worden vastgesteld op 6 400 000 EUR, waarvoor Parker-Hannifin ten belope van 6 300 000 EUR hoofdelijk aansprakelijk moet worden gesteld, aangezien Parker-Hannifin niet hoofdelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor de periode van 1 tot 31 januari 2002, en moet ten derde en tot slot het beroep worden verworpen voor het overige."

52 — Zie in dit verband bijvoorbeeld het arrest Ballast Nedam/Commissie (C-612/12 P, EU:C:2014:193).

2. Argumenten van partijen

99. De Commissie stelt dat het Gerecht zich ultra petita heeft uitgesproken door de hoogte van de geldboete waarvoor de moedermaatschappij Parker-Hannifin hoofdelijk aansprakelijk was, die was verhoogd op grond van de duur van de inbreuk, te verlagen met 100 000 EUR. Parker-Hannifin had in feite noch de daadwerkelijke duur van zijn deelname aan het inbreukmakend gedrag bestreden (hetgeen het Gerecht overigens heeft bevestigd in de punten 129 en 256 van het arrest), noch de op de berekening van het boetebedrag toegepaste overeenkomstige rekenfactor. In dit verband herinnert de Commissie eraan dat het Hof in zijn arresten KME Germany e.a./Commissie en Chalkor/Commissie [53] onderstreept dat de uitoefening van de volledige rechtsmacht niet neerkomt op een ambtshalve toezicht en dat het aan de verzoeker staat om middelen tegen de litigieuze beschikking aan te voeren en bewijs te leveren ter onderbouwing van deze middelen.

100. De Commissie merkt op dat de onderbouwing voor de vermindering in punt 257 van het bestreden arrest („aangezien Parker-Hannifin niet hoofdelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor de periode van 1 tot 31 januari 2002") niet relevant is omdat Parker-Hannifin in de litigieuze beschikking niet aansprakelijk is gesteld voor die periode. Voor zover het Gerecht wilde verwijzen naar de omstandigheid dat de deelname van de dochteronderneming Parker ITR aan het inbreukmakend gedrag, zoals vastgesteld in het bestreden arrest, een maand langer zou zijn geweest (vanaf 1 januari 2002) dan die van Parker-Hannifin (vanaf 31 januari 2002) had het niet het bedrag waarvoor Parker-Hannifin hoofdelijk verantwoordelijk was moeten verlagen, maar het bedrag van de aan Parker ITR opgelegde geldboete moeten verhogen.

101. De Commissie voert aan dat, volgens de op de berekening van de geldboeten toegepaste richtsnoeren [54] waarnaar ook het Gerecht heeft verwezen in zijn bestreden arrest, dit verschil van een maand in de duur van het inbreukmakend gedrag gezien de op alle adressaten van de litigieuze beschikking toegepaste afrondingsmethode [55] geen rechtvaardiging kan vormen voor verlaging van de geldboete voor een enkele adressaat. Het Gerecht zou aldus het non-discriminatiebeginsel hebben geschonden. Het Gerecht had ten minste moeten toelichten waarom het in het geval van Parker-Hannifin afweek van de richtsnoeren, hetgeen niet is gebeurd.

102. Verweersters merken inleidend op dat het bestreden arrest is gewezen in het kader van een procedure waarbij slechts verweersters betrokken waren. Het Gerecht was dus in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht in beginsel niet gebonden aan de door de Commissie gebruikte rekenmethode. [56] Het Gerecht zou bovendien de richtsnoeren hebben gevolgd bij de herberekening van de hoogte van de aan Parker ITR op te leggen geldboete.

103. Wat betreft het deel van de geldboete voor Parker ITR waarvoor Parker-Hannifin hoofdelijk aansprakelijk was, heeft het Gerecht aan laatstgenoemde een vermindering toegekend teneinde rekening te houden met het feit dat deelname van deze entiteit (in de hoedanigheid van moedermaatschappij van Parker ITR) aan het inbreukmakend gedrag een maand korter was geweest dan de directe deelname van Parker ITR. Volgens verweersters was deze benadering de enige manier om recht te doen aan het non-discriminatiebeginsel. Verhoging van de aan Parker ITR opgelegde geldboete, zoals de Commissie voorstelt, had discriminatie van Parker ITR ingehouden ten opzichte

53 — C-389/10 P, EU:C:2011:816, punt 131, en C-386/10 P, EU:C:2011:815, punt 64.

54 — Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd, PB 2006, C 210, blz. 2.

55 — Punt 24 van de richtsnoeren bepaalt het volgende: „Perioden van minder dan zes maanden worden als een half jaar geteld, perioden van meer dan zes maanden maar minder dan een jaar worden als een volledig jaar geteld."

56 — Arrest Volkswagen/Commissie (C-338/00 P, EU:C:2003:473, punt 147).

van de andere adressaten van de litigieuze beschikking. Indien Parker-Hannifin aansprakelijk werd gesteld voor hetzelfde bedrag als dat van de aan Parker ITR opgelegde geldboete was dit discriminatoir geweest ten opzichte van Parker-Hannifin, aangezien de deelname van die entiteit aan het inbreukmakend gedrag korter heeft geduurd dan die van Parker ITR.

3. Beoordeling

104. Naar mijn mening heeft het Gerecht ultra petita geoordeeld door het hogere bedrag dat vanwege de duur van de periode was toegepast op het boetebedrag waarvoor de moedermaatschappij Parker-Hannifin hoofdelijk aansprakelijk was, te verlagen met 100 000 EUR.

105. Enerzijds heb ik het belang en de reikwijdte van de volledige rechtsmacht van het Gerecht gedetailleerd besproken in mijn conclusie in zaak Telefónica en Telefónica de España/Commissie (C-295/12 P, EU:C:2013:619), en daarin uiteengezet dat het Gerecht een diepgaand onderzoek moet uitvoeren naar de berekening van de geldboete. Het Gerecht moet zich bij de uitoefening van zijn controle niet uitsluitend baseren op de beoordelingsmarge van de Commissie om af te zien van een dergelijke diepgaande controle van de opgelegde geldboete, zowel in rechte als in feite, of na te laten de Commissie te vragen om uitleg over de uitzondering op het boetebeleid in een bepaalde zaak.

106. Anderzijds heet het in de rechtspraak: „[...] de gemeenschapsrechter [mag] bij de beoordeling van misbruik van bevoegdheid niet ultra petita beslissen [...], de door hem uitgesproken nietigverklaring [kan] derhalve niet verder gaan dan wat de verzoeker heeft gevorderd”.[57]

107. Het is evenwel duidelijk dat Parker-Hannifin in casu noch de feitelijke duur van de deelname aan het inbreukmakend gedrag had bestreden (die het Gerecht in de punten 129 en 256 van zijn arrest bevestigt, zoals de Commissie aangeeft, namelijk van 31 januari 2002 tot 2 mei 2007), noch de met de duur overeenstemmende factor die was toegepast bij de berekening van het boetebedrag.

108. Bovendien geeft het Hof in zijn arresten KME Germany e.a./Commissie en Chalkor/Commissie[58] aan, dat de uitoefening van de volledige rechtsmacht niet neerkomt op een ambtshalve toezicht en dat de procedure voor de Unierechters op tegenspraak wordt gevoerd. Met uitzondering van de middelen van openbare orde die de rechter ambtshalve moet opwerpen, zoals het ontbreken van motivering van de betrokken beslissing, staat het aan de verzoeker middelen tegen deze beslissing aan te voeren en bewijs te leveren ter onderbouwing van deze middelen.

109. Verweersters hebben inderdaad met succes bestreden dat zij een leidinggevende rol hadden, wat als verzwarende omstandigheid geldt, waarop het Gerecht de geldboete heeft aangepast (zie de punten 145, 146 en 254 van het bestreden arrest). Ik ben echter van mening dat het Gerecht zelfs in het kader van de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht niet ook nog andere aspecten van de geldboete kan wijzigen (in casu de factor in verband met de duur) *waartegen verzoekster in eerste aanleg geen middelen heeft aangevoerd*.

110. De onderbouwing in punt 257 van het bestreden arrest[59] ter rechtvaardiging van deze vermindering („aangezien Parker-Hannifin niet hoofdelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor de periode van 1 tot 31 januari 2002”) is overigens niet relevant, omdat Parker-Hannifin niet aansprakelijk is gesteld voor de genoemde periode.

57 — Arrest Commissie/AssiDomän Kraft Products e.a. (C-310/97 P, EU:C:1999:407, punt 52 en aangehaalde rechtspraak). Zie bijvoorbeeld ook de arresten Commissie/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum (C-78/03 P, EU:C:2005:761, punten 44-50), ENI/Commissie (C-508/11 P, EU:C:2013:289, punt 103) en Arkema/Commissie (C-520/09 P, EU:C:2011:619, punt 61 en aangehaalde rechtspraak).

58 — EU:C:2011:816, punt 131, en EU:C:2011:815, punt 64.

59 — Zie voetnoot 9 van deze conclusie.

111. Ik deel de zienswijze van de Commissie, voor zover het Gerecht doelde op de omstandigheid dat de deelname van dochteronderneming Parker ITR aan het inbreukmakend gedrag, zoals beschreven in het bestreden arrest, een maand langer was geweest (vanaf 1 januari 2002) dan de deelname van Parker-Hannifin (vanaf 31 januari 2002), dat het Gerecht niet het bedrag waarvoor Parker-Hannifin hoofdelijk aansprakelijk was had moeten verlagen, maar de aan Parker ITR opgelegde geldboete had moeten verhogen. Het is namelijk onjuist om *het niet bestreden gedeelte* van de aan de moedermaatschappij opgelegde geldboete te verlagen, in plaats van *het bedrag van het bestreden gedeelte van de geldboete* aan Parker ITR te verhogen.

112. Wat betreft het argument van de Commissie dat het Gerecht de redenen voor de afwijking van de richtsnoeren voor één van de adressaten van de litigieuze beschikking, namelijk Parker-Hannifin, had moeten toelichten, lijkt het mij bij lezing van punt 250 van het bestreden arrest duidelijk dat het Gerecht zijn eigen beoordeling wilde uitvoeren en zich niet gebonden voelde door de richtsnoeren.

113. In de woorden van advocaat-generaal Maduro: „De [Unierechter] is in het kader van de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht gehouden door dezelfde verplichtingen rechtens als de Commissie bij het opleggen van een sanctie". Deze verplichtingen betreffen met name die van motivering. [60]

114. In deze context ben ik van mening dat de vermindering van de aan Parker-Hannifin opgelegde geldboete om de enkele reden dat Parker-Hannifin volgens het Gerecht niet hoofdelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor de periode van 1 tot 31 januari 2002 (punt 257 van het bestreden arrest) ontoereikend is gemotiveerd.

115. Om al deze redenen slaagt het tweede middel.

C – *Berekening van de geldboete in het geval dat het eerste middel slaagt*

116. Voor het geval dat het Hof besluit om het bedrag van de geldboete te herberekenen, voeren verweersters ten eerste aan dat er geen verhoging vanwege verzwarende omstandigheden zou moeten worden toegepast.

117. Ten tweede stellen verweersters dat de geldboete die in geval van een herberekening uitsluitend aan Parker ITR zou kunnen worden opgelegd, in overeenstemming met artikel 23, lid 2, van verordening (EG) nr. 1/2003 [61] niet meer dan 10 % van de omzet kan bedragen. Verweersters brengen in herinnering dat Parker ITR (toen ITR Rubber) en Parker-Hannifin tot 31 januari 2002 twee afzonderlijke ondernemingen waren. Daarom is Parker-Hannifin in de litigieuze beschikking slechts gedeeltelijk hoofdelijk aansprakelijk gesteld (te weten voor 8 320 000 EUR) voor de totale aan Parker ITR opgelegde geldboete (te weten 17 290 000 EUR). Om dezelfde reden had men in de litigieuze beschikking moeten uitgaan van de omzet van Parker ITR in 2008 (namelijk 9 304 570 EUR) om het op de geldboete van toepassing zijnde plafond van 10 % te bepalen, en niet van de geconsolideerde omzet van de Parker-groep.

60 — Arrest Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie (C-397/03 P, EU:C:2006:328, punt 60). Het Hof verwijst hier naar het arrest Aalborg Portland e.a./Commissie (EU:C:2004:6, punt 372). Zie bijvoorbeeld eveneens het arrest Acerinox/Commissie (C-57/02 P, EU:C:2005:453), waarbij het Hof het arrest van het Gerecht gedeeltelijk heeft vernietigd wegens ontbreken van motivering. Zie ook artikel 36 van het Statuut van het Hof van Justitie, dat voorschrijft: „De arresten zijn met redenen omkleed". Zie onder andere het arrest Raad/de Nil en Impens (C-259/96 P, EU:C:1998:224, punt 32) en beschikkingen Meyer/Commissie (C-151/03 P, EU:C:2004:381, punt 72), evenals L/Commissie (C-230/05 P, EU:C:2006:270, punt 83).

61 — Verordening van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB 2003, L 1, blz. 1).

118. De argumentatie van verweersters komt overeen met die in hun achtste middel in eerste aanleg, dat het Gerecht heeft onderzocht en verworpen (zie de punten 227 en 228 van het bestreden arrest). In punt 228 is dit als volgt geformuleerd: „Aangezien het eerste middel is aanvaard, is het achtste middel niet ter zake dienend, voor zover het betrekking heeft op de inbreukperiode vóór 1 januari 2002, waarin ITR de inbreuk heeft begaan. Voorts is het middel ongegrond, voor zover het betrekking heeft op de inbreukperiode na 1 januari 2002, aangezien Parker ITR en Parker-Hannifin tijdens die hele periode, met uitzondering van één maand, een voor de beboete inbreuk verantwoordelijke economische eenheid vormden. Het plafond van de geldboete mocht dus worden berekend op basis van de totale omzet van die onderneming, met andere woorden op basis van de omzet van al haar bestanddelen samen."

119. In mijn conclusie in de zaak YKK e.a./Commissie (C-408/12 P, EU:C:2014:66, punten 96-145) ben ik na een gedetailleerde analyse tot de volgende slotsom gekomen: „het Gerecht [heeft] artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 [...] geschonden omdat alleen de dochteronderneming (YKK Stocko) als ‚bij de inbreuk betrokken onderneming' had moeten worden beschouwd voor de eerste periode en dat bijgevolg haar omzet en niet die van de groep in aanmerking had moeten worden genomen bij de berekening van het maximum van 10 %." Ook advocaat-generaal Sharpston heeft in de zaak Gascogne Sack Deutschland/Commissie (C-40/12 P, EU:C:2013:361, punten 71-90) in dezelfde zin geconcludeerd.

120. Toch kunnen verweersters in casu zich niet beroepen op deze argumentatie, aangezien zij tegen de punten 227 en 228 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht dit punt heeft beoordeeld, geen (incidentele) hogere voorziening hebben ingesteld.

121. In dit verband zij in herinnering gebracht dat volgens artikel 172 van het Reglement voor de procesvoering, dat op 1 november 2012 in werking is getreden, elke partij in de desbetreffende zaak voor het Gerecht die een belang heeft bij de toewijzing of de afwijzing van de hogere voorziening, binnen twee maanden te rekenen vanaf de betekening van de hogere voorziening een memorie van antwoord kan indienen. Artikel 176, lid 1, van dit Reglement bepaalt bovendien dat de partijen bedoeld in artikel 172 een incidentele hogere voorziening kunnen instellen binnen dezelfde termijn als die welke voor de indiening van de memorie van antwoord is bepaald. Ten slotte moet volgens artikel 176, lid 2, van dit Reglement de incidentele hogere voorziening bij afzonderlijke, van de memorie van antwoord onderscheiden, akte worden ingesteld.

122. Tijdens de zitting heeft het Hof verweersters gevraagd naar de redenen voor het afzien van een incidentele hogere voorziening. Het antwoord was dat er zich in het arrest van het Gerecht geen bestrijdbare constatering bevond, aangezien het Gerecht zich niet had uitgesproken over het te gebruiken omzetcijfer voor de berekening van de geldboete, en in punt 229 van het bestreden arrest als volgt oordeelt: „Aangezien het eerste middel is aanvaard, hoeven de andere grieven, volgens welke het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid en het evenredigheidsbeginsel zijn geschonden en geen toereikende motivering is gegeven, bovendien niet te worden onderzocht, daar zij zien op de gevolgen van het feit dat de periode vóór 1 januari 2002 in de bestreden beschikking in aanmerking is genomen".

123. Dit standpunt is evenwel duidelijk onjuist. Uit punt 120 van de onderhavige conclusie blijkt helder dat het Gerecht zich wel degelijk over het bewuste punt heeft uitgesproken, hetgeen overigens ook in het dictum van het bestreden arrest tot uitdrukking komt.

124. Hoe dan ook: in hun memorie van antwoord hebben verweersters vijftien punten (83-97) gewijd aan de volgende stelling: „Indien ondanks de hierboven in titel II gepresenteerde argumenten het eerste middel wordt aanvaard en het Hof besluit om de geldboete opnieuw te berekenen, brengen verweersters het volgende naar voren: (i) om de hierboven toegelichte redenen kan er geen verhoging wegens verzwarende omstandigheden worden toegepast, en (ii) de geldboete waarvoor Parker ITR exclusief aansprakelijk wordt gesteld kan niet hoger zijn dan 10 % van zijn omzet". Hieruit blijkt duidelijk dat verweersters bij lezing van de hogere voorziening van de Commissie in deze zaak hebben

gezien dat de hogere voorziening door het Hof zou kunnen worden aanvaard en dat de beoordeling van het eerste voor het Gerecht aangevoerde middel zou kunnen worden vernietigd. Daarom hebben verweersters deze argumentatie naar voren gebracht in de punten 83-97 van hun memorie van antwoord. Zoals ik hierboven heb toegelicht, hadden verweersters dit middel volgens het Reglement voor de procesvoering echter uitsluitend bij wijze van een incidentele hogere voorziening opnieuw kunnen inbrengen, in plaats van zich te beperken tot het opnemen van hun argumentatie in een memorie van antwoord.

125. Aangezien verweersters geen incidentele hogere voorziening hebben ingesteld bij afzonderlijke akte, separaat van hun memorie van antwoord, moet bovenstaande argumentatie niet-ontvankelijk worden verklaard. [62]

IV – **Conclusie**

126. Mitsdien geef ik het Hof in overweging:

— het arrest van het Gerecht van de Europese Unie Parker ITR en Parker-Hannifin/Commissie (T-146/09, EU:T:2013:258) te vernietigen, voor zover hierin is geoordeeld dat de toepassing van het beginsel van economische continuïteit in de onderhavige zaak is uitgesloten en voor zover in dit arrest de verhoging van de door de Europese Commissie aan Parker ITR Srl opgelegde geldboete wegens haar leidinggevende rol in het kartel bij de berekening van de geldboete buiten toepassing is verklaard;

— de zaak naar het Gerecht terug te verwijzen, om te onderzoeken of de door Parker Hannifin Manufacturing Srl en Parker-Hannifin Corp. aangevoerde elementen volstaan ter weerlegging van het vermoeden dat ITR SpA als moedermaatschappij met 100 % van het aandelenkapitaal van ITR Rubber in handen en behorende tot dezelfde groep als ITR Rubber, een beslissende invloed heeft uitgeoefend op het gedrag van haar dochteronderneming;

— vast te stellen dat het Gerecht ultra petita heeft geoordeeld door de verhoging van het boetebedrag vanwege de duur, waarvoor de moedermaatschappij Parker-Hannifin hoofdelijk aansprakelijk was, te verminderen met 100 000 EUR;

— vast te stellen dat de vermindering van de aan Parker-Hannifin opgelegde geldboete om de enkele reden dat Parker-Hannifin volgens het Gerecht niet hoofdelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor de periode van 1 tot 31 januari 2002, door het Gerecht onvoldoende is onderbouwd, en

— de beslissing over de kosten aan te houden.

62 — Verweersters hebben in ieder geval zelfs niet de punten 227 en 228 van het bestreden arrest weersproken.