



Datum van inontvangstneming : 09/08/2021

Zaak C-385/21

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

22 juni 2021

Verwijzende rechter:

Înalta Curte de Casație și Justiție (Roemenië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

1 maart 2021

Verzoekster en eiseres tot cassatie:

Zenith Media Communications SRL

Verweerder en geïntimeerde:

Consiliul Concurenței

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Hogere voorziening, ingesteld door Zenith Media Communications SRL (hierna: „verzoekster”) in een geding tegen de Consiliu Concurenței (Raad voor de Mededinging, Roemenië, hierna „verweerder”) tegen de uitspraak van de Curte de Apel București (rechter in eerste aanleg Boekarest, Roemenië) waarbij het verzoek tot nietigverklaring van beslissing nr. 49 van verweerder van 3 december 2014 (hierna: „bestreden beslissing”) is afgewezen.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Krachtens artikel 267 VWEU wordt verzocht om uitlegging van artikel 4, lid 3, VEU en artikel 101 VWEU alsmede van de beginselen van loyale samenwerking, voorzienbaarheid en evenredigheid.

Prejudiciële vragen

Moeten artikel 4, lid 3, VEU en artikel 101 VWEU aldus worden uitgelegd dat:

- 1) zij de mededingingsautoriteit van een lidstaat verplichten om de nationale regel betreffende het opleggen van boetes uit te leggen overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel, in die zin dat moet worden nagegaan of de totale omzet blijkens de winst- en verliesrekening in het boekhoudkundige overzicht over het voorgaande boekjaar een getrouwe weergave vormt van de financieel-economische transacties, in overeenstemming met de economische werkelijkheid?
- 2) zij in het licht van het evenredigheidsbeginsel in de weg staan aan een praktijk van de mededingingsautoriteit van die lidstaat om de hoogte van een boete te relateren aan de omzet blijkens de winst- en verliesrekening in het boekhoudkundige overzicht over het voorgaande boekjaar, waarin de bedragen zijn opgenomen die aan eindklanten zijn doorberekend over diensten waarvoor is bemiddeld bij de inkoop van advertentieruimte, in plaats van uitsluitend de provisies over de bemiddeling?
- 3) zij in de weg staan aan de uitlegging van een nationale rechtsregel in die zin dat de beboete onderneming verantwoordelijk is voor de juiste registratie en de getrouwe weergave van de financieel-economische transacties in de boekhouding in overeenstemming met de economische werkelijkheid, en dat de mededingingsautoriteit van de lidstaat gebonden is door de wijze waarop de beboete onderneming deze verplichting nakomt?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Artikel 4, lid 3, VEU

Artikel 101, lid 1, VWEU

Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (hierna: „verordening (EG) nr. 1/2003”), overwegingen 1 en 8, artikel 5, artikel 11, lid 1, artikel 23, lid 2, en artikel 35, lid 1

Richtsnoeren van de Commissie voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd (hierna: „richtsnoeren voor de berekening van geldboeten”)

Arrest van 11 juni 2009, Inspecteur van de Belastingdienst (C-429/07, EU:C:2009:359, punten 20, 21 en 22)

Arrest van 14 juni 2011, ██████████ AG (C-360/09, EU:C:2011:389, punten 19 en 24)

Arrest van 23 april 2015, LG Display en LG Display Taiwan/Commissie (C-227/14 P, EU:C:2015:258, punten 49 tot en met 51 en 53)

Arrest van 9 september 2015, Panasonic en MT Picture Display/Commissie (T-82/13, EU:T:2015:612, punten 165 tot en met 169)

Conclusie van advocaat-generaal Pitruzzella van 3 september 2020 in de zaak Consiliul Concurenței/ [REDACTED] Import Export SRL (C-308/19, EU:C:2020:639, punten 47 en 51)

Arrest van 9 december 2020, Groupe Canal +/Commissie (C-132/19, EU:C:2020:1007)

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Artikel 2, lid 3, van de Legea concurenței nr. 21/1996 (wet nr. 21/1996 inzake de mededinging), volgens hetwelk de bepalingen van deze wet van toepassing zijn op elke bij de mededingingsregeling betrokken onderneming, gelet op het evenredigheidsbeginsel, en artikel 55, lid 1, onder a), van die wet, volgens hetwelk onder andere inbreuken op de artikelen 101 en 102 VWEU overtredingen vormen waarvoor een geldboete van ten hoogste 10 % van de totale wereldwijde omzet van de onderneming of ondernemersvereniging wordt opgelegd

Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 3055 din 29 octombrie 2009 pentru aprobarea Reglementărilor contabile conforme cu directivele europene (besluit nr. 3055 van de minister van Financiën van 29 oktober 2009 houdende goedkeuring van de boekhoudregels in overeenstemming met de Europese richtlijnen), punt 33, houdende regeling van de berekeningswijze van de netto-omzet, punt 46, waarin het beginsel van voorrang van het economische aspect op de juridische vorm is neergelegd, en punt 253, lid 2, volgens hetwelk de bedragen die een entiteit voor rekening van derden ontvangt, ook in het geval van rechtmatig gesloten agentuur-, commissie- of handelslastgevingsovereenkomsten, geen inkomsten uit de gewone bedrijfsactiviteit zijn, aangezien deze inkomsten uitsluitend bestaan uit de haar toekomstige provisies

Ordinul Consiliului Concurenței nr. 420 din 2 septembrie 2010 pentru punerea în aplicare a Instrucțiunilor privind individualizarea sancțiunilor pentru contravențiile prevăzute la articolul 51 din Legea concurenței nr. 21/1996 (besluit nr. 420 van de Raad voor de Mededinging van 2 september 2010 houdende uitvoering van de in artikel 51 van wet nr. 21/1996 inzake de mededinging bepaalde instructies tot individualisering van sancties voor overtredingen), volgens hetwelk als uitgangspunt voor de bepaling van het basisniveau van de geldboete in geval van overtredingen als bedoeld in artikel 51 van de wet, wordt uitgegaan van de totale omzet die de overtreder heeft behaald in het aan de beboeting voorafgaande boekjaar

Instrucțiunile Consiliului Concurenței din 5 august 2010 privind conceptele de concentrare economică, întreprindere implicată, funcționare deplină și cifră de afaceri (instructies van de Raad voor de Mededinging van 5 augustus 2010 over de begrippen concentratie, betrokken onderneming, zelfstandig functioneren en omzet), punt 152, waarin in de mogelijkheid wordt voorzien dat de omzet op bepaalde gebieden, zoals toerisme of reclame, bestaat in de door de tussenpersoon ontvangen provisie in plaats van het totaalbedrag dat aan de klant in rekening wordt gebracht

Instrucțiunile din 29 aprilie 2004 cu privire la calculul cifrei de afaceri în cazurile de comportament anticoncurențial prevăzute la articolul 5 alineatul (1) din Legea concurenței nr. 21/1996 și în cazurile de concentrare economică (instructies van 29 april 2004 betreffende berekening van de omzet in gevallen van mededingingsverstoring gedrag als bedoeld in artikel 5, lid 1, van wet nr. 21/1996 inzake de mededinging, en in gevallen van concentratie)

Korte uiteenzetting van de feiten en van de procedure in het hoofdgeding

- 1 In de bestreden beslissing is vastgesteld dat meerdere ondernemingen, waaronder verzoekster, tussen 26 maart 2012 en 17 oktober 2012 één enkele voortdurende inbreuk hebben gepleegd op artikel 5, lid 1, van wet nr. 21/1996 en artikel 101, lid 1, VWEU door middel van een mededingingsregeling die tot doel had concurrerende reclameondernemingen, eigendom van of gelieerd aan The Group, te verdringen van de Roemeense markt voor mediadiensten. Bijgevolg kreeg verzoekster krachtens artikel 2, punt 11, van de bestreden beslissing een geldboete opgelegd van 2 146 199 RON (Roemeense leu), zijnde 2,52 % van de in 2013 behaalde omzet.
- 2 Verzoekster heeft beroep ingesteld bij de Curte de Apel București, dat primair strekte tot volledige nietigverklaring van de bestreden beslissing en subsidiair tot verlaging van de geldboete en herberekening van de sanctie. De Curte de Apel București heeft het beroep verworpen.
- 3 Verzoekster heeft bij de Înalță Curte de Casație și Justiție (hoogste rechterlijke instantie, Roemenië) een hogere voorziening ingesteld tegen het vonnis van de Curte de Apel, op grond dat het in strijd is met de wettelijke en jurisprudentiële beginselen inzake evenredigheid van de sanctie door de berekeningsgrondslag van de geldboete onjuist vast te stellen zonder rekening te houden met de economische realiteit, in die zin dat de werkelijke inkomsten van de vennootschap bestaan uit de ontvangen provisie en niet uit de boekhoudkundige omzet.
- 4 Verzoekster voert in dit verband aan dat verweerder in de bestreden beslissing weliswaar erkent dat reclameondernemingen optreden als tussenpersonen die de van reclameklanten geïnde bedragen doorgeven aan aanbieders van advertentiediensten (zoals televisiezenders) en daarbij slechts een commissie inhouden, maar heeft geweigerd de wettelijke bepalingen en de rechtspraak inzake de berekening van de omzet van tussenpersonen toe te passen, door de

vennootschap in feite te bestraffen voor de wijze waarop zij haar boekhouding voert en niet wegens een vermeende inbreuk op de mededingingswet.

- 5 Verweerder heeft geconcludeerd tot afwijzing van de hogere voorziening.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 6 Verzoekster heeft betoogd dat de uitlegging van het evenredigheidsbeginsel moet worden verduidelijkt door ook de nationale rechtspraak en de praktijk van de Europese Commissie in aanmerking te nemen, om een niet-uniforme praktijk binnen de Europese Unie te vermijden.
- 7 Verweerder heeft geconcludeerd tot afwijzing van het verzoek om een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) voor te leggen, ten eerste omdat het verzoek er in werkelijkheid toe strekt een richtinggevende beslissing van het Hof te verkrijgen voor de concrete beslechting van de zaak door de nationale rechter en ten tweede omdat de bestaande nationale en Europese praktijk voldoende gegevens verschaft over de uitlegging van het evenredigheidsbeginsel.
- 8 Verweerder betoogt dat, gelet op de boekhoudregels van 2009, de eventuele hoedanigheid van een onderneming als tussenpersoon wel relevant is voor de berekening van de omzet volgens de boekhoudregels in het gemene recht, maar dat de bepaling van de juridische aard van de gesloten overeenkomsten en van de hoedanigheid waarin een onderneming handelt, alsmede het opstellen van officiële stukken om haar financieel-economische activiteit weer te geven, met inbegrip van de winst- en verliesrekening in het boekhoudkundige overzicht, exclusieve bevoegdheden van de onderneming zijn. Verweerder heeft eveneens gesteld dat ondernemingen zich er niet op kunnen beroepen dat de opgegeven totale omzet niet in overeenstemming was met de daadwerkelijk ontvangen inkomsten (uitsluitend uit commissies) zolang zij zelf hebben besloten om de boekhouding op deze manier te voeren. In de bestreden beslissing wordt verklaard dat de nationale wet betrekking heeft op de totale omzet, zonder onderscheid te maken met betrekking tot de samenstelling van deze omzet en zonder enige andere berekeningswijze te bepalen op basis van de activiteiten van de onderneming.

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

- 9 De Înaltă Curte de Casație și Justiție merkt op dat verweerder in het kader van zijn in de zaak geformuleerde verweer weliswaar de hoedanigheid van tussenpersoon van verzoekster geheel of althans gedeeltelijk heeft betwist, met het argument dat hij niet alle overeenkomsten kan verifiëren die verzoekster met verschillende klanten heeft gesloten, maar bij een latere beslissing (nr. 42 van 24 juni 2016) de omzet heeft aangepast, rekening houdend met de positie van verzoekster als tussenpersoon en met de inkomsten die uit die positie voortvloeien, zonder formeel de daadwerkelijk in verzoeksters boekhouding geregistreerde bedragen

mee te rekenen. Deze aanpassing is doorgevoerd bij beslissing nr. 42/2016 met betrekking tot de omzet over 2012 (hetzelfde jaar als waarin de aangevoerde mededingingsverstoringen hebben plaatsgevonden).

- 10 Concreet vormen volgens het in casu toepasselijke nationale recht de bedragen die een entiteit voor rekening van derden ontvangt, ook in het geval van rechtmatig gesloten agentuur-, commissie- of handelslastgevingsovereenkomsten, geen inkomsten uit de gewone bedrijfsactiviteit. In casu worden de inkomsten uit de gewone bedrijfsactiviteit gevormd door de geïncasseerde provisies. Verzoekster heeft echter alle van de klanten ontvangen bedragen als inkomsten geboekt, niet alleen de haar toekomende provisies maar ook de voor rekening van de klanten geïnde bedragen.
- 11 De verwijzende rechter moet rekening houden met de beginselen van Europees recht inzake vaststelling van sancties op mededingingsgebied: het beginsel van voorzienbaarheid, het evenredigheidsbeginsel en de noodzaak van een afschrikkende werking van de sanctie. Hiermee moet deze rechter in wezen bepalen of de nationale mededingingsautoriteit de omzet al dan niet opnieuw moet berekenen aan de hand van de werkelijke inkomsten.
- 12 In de eerste plaats benadrukt de Înalță Curte de Casație și Justiție het belang van het beginsel van loyale samenwerking, door erop te wijzen dat op het gebied van de mededinging in de rechtspraak van het Hof is geoordeeld dat verordening (EG) nr. 1/2003 ook een mechanisme heeft ingesteld van samenwerking tussen de Commissie, de nationale mededingingsautoriteiten en de rechterlijke instanties van de lidstaten, teneinde een coherente toepassing van de mededingingsregels in de lidstaten te waarborgen, en dat deze samenwerking in lijn is met het algemene beginsel van loyale samenwerking dat de betrekkingen tussen de lidstaten en de instellingen van de Unie beheerst. De lidstaten beschikken op grond van hun procedurele autonomie weliswaar over regelgevingsvrijheid, maar het is voor de eerbiediging van het beginsel van loyale samenwerking van wezenlijk belang dat de mededingingsregels eenvormig worden toegepast.
- 13 Wat vervolgens het evenredigheidsbeginsel betreft, herinnert de Înalță Curte de Casație și Justiție aan de rechtspraak van het Hof, te weten de arresten van 9 december 2020, Groupe Canal +/Commissie (C-132/19, punt 104), en 23 april 2015, LG Display en LG Display Taiwan/Commissie (C-227/14 P, EU:C:2015:258, punten 49 tot en met 51 en 53), en benadrukt dat de Commissie de gezochte economische weerslag op de betrokken onderneming moet beoordelen door met name rekening te houden met een omzet die de werkelijke economische situatie van die onderneming in het tijdvak waarin de inbreuk is begaan, weergeeft, en dat bij de vaststelling van de geldboete zowel rekening mag worden gehouden met de totale omzet van de onderneming, die een – zij het approximatieve en onvolledige – aanwijzing van de omvang en de economische macht van deze onderneming vormt, als met het deel van de omzet dat is behaald met de goederen waarop de inbreuk betrekking heeft en dat daarmee een aanwijzing geeft over de omvang van de inbreuk.

- 14 Naast de vraag of verzoekster de boekhoudregels al dan niet heeft nageleefd, moet de verwijzende rechter bepalen of de controle van de boekhoudkundige registratie van de inkomsten van de vennootschap door verweerder al dan niet onder het evenredigheidsbeginsel valt en dus een verplichting van deze laatste is in het stadium vóór oplegging van de geldboete.
- 15 Verweerder heeft zich beroepen op de wettelijke bepalingen die de vennootschap verplichten om haar economische verrichtingen in de boekhouding getrouw weer te geven en op het feit dat hij bij het opleggen van de geldboete moet afgaan op de gegevens in die boekhouding. Dat is een afschrikkende en voorzienbare vorm van bestraffing en bovendien bezit hij geen wettelijke bevoegdheid om de boekhoudkundige bescheiden van de vennootschap opnieuw te beoordelen.
- 16 Verzoekster heeft daarentegen aangevoerd dat een nieuwe beoordeling noodzakelijk is om te verhinderen dat formeel een geldboete wordt opgelegd die in strijd kan zijn met het evenredigheidsbeginsel.
- 17 Volgens de verwijzende rechter zou de uitlegging volgens welke de mededingingsautoriteit de geldboete niet kan opleggen aan de hand van de werkelijke inkomsten van de vennootschap, los van de gegevens van het boekhoudkundige overzicht, tot een niet-uniforme toepassing van de mededingingsregels kunnen leiden, afhankelijk van de vraag of de Europese Commissie dan wel de nationale mededingingsautoriteit het onderzoek inleidt. De *Înaltă Curte de Casație și Justiție* verwijst in dit verband naar de arresten van 23 april 2015, *LG Display en LG Display Taiwan/Commissie* (C-227/14 P, EU:C:2015:258), en 9 september 2015, *Panasonic en MT Picture Display/Commissie* (T-82/13, EU:T:2015:612, punten 165 tot en met 169).
- 18 Verweerders opvatting is gebaseerd op het beginsel van voorzienbaarheid van de sanctie en het afschrikkende karakter ervan. Volgens deze uitlegging is hetgeen twijfels oproept, indien wordt aangenomen dat het uitsluitend aan de vennootschap staat om te bepalen op welke wijze zij haar boekhouding voert – met gevolgen voor het basisbedrag van de geldboete – de vraag of de mededingingsautoriteit verplicht is om rekening te houden met deze schriftelijke werkelijkheid op een wijze die verder gaat dan het evenredigheidsbeginsel (dat de autoriteit moet eerbiedigen). Dit beginsel zou in wezen inhouden dat de geldboete niet verder gaat dan nodig is om de door de verordening nagestreefde doelstellingen te bereiken.
- 19 Een geldboete die betrekking heeft op inkomsten van verzoekster die slechts formeel zijn geregistreerd en geen daadwerkelijke inkomsten uit de mededingingsverstoringende activiteit zijn, zou echter strijdig zijn met het evenredigheidsbeginsel.
- 20 Bovendien moet worden nagegaan of het voeren van de boekhouding in strijd met nationale regels met een specifiek doel de hoogte kan bepalen van een sanctie op

een totaal ander gebied en of een dergelijk gevolg niet indirect tot een te hoge sanctie voor de vennootschap zou leiden.