

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

A. TIZZANO

van 8 juli 2004¹

Inhoud

I — Rechtskader	I - 5441
A — Artikel 81 EG en verordening nr. 17	I - 5441
B — De richtsnoeren voor de berekening van geldboeten	I - 5441
C — De mededeling van de Commissie inzake de medewerking van ondernemingen	I - 5443
II — Feiten en procesverloop	I - 5444
A — De aan het geding ten grondslag liggende feiten	I - 5444
B — De litigieuze beschikking	I - 5445
C — De procedure voor het Gerecht en de bestreden arresten	I - 5448
D — De procedure voor het Hof	I - 5453
III — Juridische analyse	I - 5454
A — De middelen betreffende de berekeningsmethode en de hoogte van de geldboeten	I - 5454
1. De exceptie van onwettigheid van de richtsnoeren	I - 5454
a) De ontvankelijkheid van de exceptie	I - 5454
b) De gegrondheid van de exceptie	I - 5456
c) Enige specifieke aspecten van het middel	I - 5459
2. De middelen inzake schending van het evenredigheids- en het gelijkheidsbeginsel	I - 5462

¹ — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

3. De middelen inzake schending van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen en van het verbod van terugwerkende kracht	I - 5470
a) Schending van het gewettigd vertrouwen	I - 5470
b) Schending van het verbod van terugwerkende kracht	I - 5473
4. Het middel inzake schending van de rechten van de verdediging	I - 5475
5. Het middel inzake schending van de motiveringsplicht met betrekking tot de berekening van het bedrag van de geldboeten	I - 5476
B — De middelen inzake de situatie van de afzonderlijke rekwiranten	I - 5478
1. De middelen inzake onjuiste toepassing van artikel 81, lid 1, EG met betrekking tot de deelneming van een onderneming aan een kartel	I - 5478
2. De middelen inzake niet-inaanmerkingneming van verzachtende en verzwarende omstandigheden	I - 5481
3. De middelen inzake schending van procedurevoorschriften	I - 5485
IV — Kosten	I - 5487
V — Conclusie	I - 5487

1. Deze zaken betreffen de door Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH e.a. (hierna: „Isoplus-groep”), KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, LR AF 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR AF 1998 GmbH en ABB Asea Brown Boveri Ltd ingestelde hogere voorzieningen tegen de arresten van het Gerecht van eerste aanleg van 20 maart 2002 in de zaken T-9/99, Isoplus/Commissie, T-15/99, Brugg Rohrsysteme/Commissie, T-16/99,

Lögstör Rör/Commissie, T-17/99, KE KELIT/Commissie, T-21/99, Dansk Rørindustri/Commissie, T-23/99, LR AF 1998/Commissie en T-31/99, ABB/Commissie (hierna: „bestreden arresten”)², waarin beschikking 1999/60/EG van de Commissie van 21 oktober 1998 „inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag” (hierna: „litigieuze beschikking”)³ grotendeels werd bevestigd.

2 — Respectievelijk, Jurispr. blz. II-1487, II-1613, II-1633, II-1647, II-1681, II-1705 en II-1881.

3 — PB 1999, L 24, blz. 1.

I — Rechtskader

- a) inbreuk maken op artikel 85, lid 1, of artikel 86 van het Verdrag, of

A — Artikel 81 EG en verordening nr. 17

- b) [...]

2. Artikel 81 EG verbiedt, zoals bekend, „alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst”.

kan de Commissie bij beschikking aan deze ondernemingen of ondernemersverenigingen geldboeten opleggen van ten minste duizend en ten hoogste één miljoen rekeeneenheden, of tot een bedrag van ten hoogste tien procent van de omzet van elk der betrokken ondernemingen in het voorafgaande boekjaar, indien bedoeld bedrag hoger is dan één miljoen rekeeneenheden.

3. De Commissie kan wegens dergelijke gedragingen geldboeten aan de betrokken ondernemingen opleggen.

Bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete wordt niet alleen rekening gehouden met de zwaarte, maar ook met de duur van de inbreuk.”

4. Artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 van de Raad (hierna: „verordening nr. 17”)⁴ bepaalt:

B — De richtsnoeren voor de berekening van geldboeten

„Wanneer ondernemingen of ondernemersverenigingen opzettelijk of uit onachtzaamheid:

5. Teneinde de doorzichtigheid en de objectiviteit van haar beslissingen op dit gebied te waarborgen, heeft de Commissie in 1998

⁴ — PB 1962, 13, blz. 204.

richtsnoeren uitgevaardigd voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd (hierna: „richtsnoeren”).⁵

6. Volgens de methode van de richtsnoeren wordt het bedrag van de geldboete in wezen in verschillende etappes vastgesteld.

7. De Commissie berekent eerst het basisbedrag van de geldboete „naar gelang van de zwaarte en de duur van de inbreuk” (punt 1 van de richtsnoeren). Wat dit eerste aspect betreft, worden de inbreuken naar gelang van hun eigen aard, de concrete weerslag ervan op de markt en de omvang van de betrokken geografische markt in „niet te ernstige, zware en zeer zware inbreuken” ingedeeld.⁶ Qua duur worden de inbreuken onderscheiden in inbreuken van korte duur (minder dan één jaar), inbreuken van gemiddelde duur (één tot vijf jaar) en inbreuken van lange duur (meer dan vijf jaar).

5 — PB 1998, C 9, blz. 3.

6 — In de richtsnoeren zijn naar gelang van de inbreuk forfaitaire bedragen vastgesteld, die in samenhang met de beoordeling van de duur van de inbreuk als uitgangspunt dienen voor de berekening van de geldboete. Voor „niet te ernstige” inbreuken bedraagt de geldboete minimaal 1000 ECU en maximaal 1 miljoen ECU, voor „zware” inbreuken minimaal 1 miljoen ECU en maximaal 20 miljoen ECU, en voor „zeer zware inbreuken” minimaal 20 miljoen ECU (punt 1, deel A, van de richtsnoeren).

8. Na het basisbedrag te hebben vastgesteld, onderzoekt de Commissie of dit bedrag wegens verzwarende omstandigheden moet worden verhoogd⁷ dan wel wegens verzachtende omstandigheden moet worden verlaagd.⁸

9. Punt 5, sub a, van de richtsnoeren luidt als volgt:

„Het spreekt vanzelf dat het eindresultaat van de berekening van de boete volgens deze methode (basisbedrag met verhogings- respectievelijk verlagingscoëfficiënt) krachtens artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 in

7 — De richtsnoeren spreken in punt 2 van een „verhoging van het basisbedrag wegens bijzondere verzwarende omstandigheden, zoals bijvoorbeeld:
— recidive door dezelfde onderneming(en) voor eenzelfde type inbreuk;
— weigering van elke medewerking of zelfs pogingen om het verloop van het onderzoek te dwarsbomen;
— het feit dat de betrokken onderneming een leidinggevende rol speelde of tot de inbreuk heeft aangezet;
— retorsiemaatregelen tegen andere ondernemingen om hen de inbreukmakende besluiten of gedragsregels te doen naleven;
— de noodzaak de strafmaat te verzwaren opdat de boete groter uitvalt dan het bedrag van de onrechtmatig, dankzij de inbreuk gemaakte winst, wanneer de raming daarvan objectief mogelijk is;
— andere omstandigheden”.

8 — Punt 3 van de richtsnoeren bepaalt het volgende: „Verlaging van het basisbedrag wegens bijzondere verzachtende omstandigheden, zoals bijvoorbeeld:
— het feit dat de betrokken onderneming een louter passieve rol vervulde of slechts meeloopster was bij de totstandkoming van de inbreuk;
— het feit dat de inbreukmakende overeenkomsten of gedragsregels niet daadwerkelijk zijn toegepast;
— het feit dat de betrokken onderneming reeds bij de eerste stappen van de Commissie (met name de verificaties) de inbreuken heeft beëindigd;
— het feit dat bij de betrokken onderneming een redelijke twijfel kon bestaan over het inbreukmakende karakter van de concurrentiebeperkende gedraging;
— het feit dat de inbreuken uit onachtzaamheid en niet met opzet zijn gepleegd;
— daadwerkelijke medewerking van de onderneming in het kader van de procedure, buiten de werkingsfeer van de mededeling van 18 juli 1996 betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten;
— andere omstandigheden.”

geen geval 10 % van de mondiale omzet van de onderneming mag overschrijden."

10. Met inachtneming van het plafond van 10 % kan de Commissie vervolgens het aldus berekende bedrag krachtens punt 5, sub b, van de richtsnoeren het bedrag verder aanpassen, waarbij „rekening [dient] te worden gehouden met bepaalde objectieve gegevens, zoals een specifieke economische context, het economische of het financiële voordeel dat de inbreukmakers eventueel hebben behaald [...], de specifieke kenmerken van de betrokken ondernemingen en hun vermogen om in een bepaalde sociale context daadwerkelijk te kunnen betalen”.

samenwerken wanneer deze een onderzoek naar een mededingingsregeling instelt, van geldboeten kunnen worden vrijgesteld of aanspraak kunnen maken op een vermindering van de boete die hun anders zou worden opgelegd" (punt 3).

13. Volgens deze mededeling dienen ondernemingen die in aanmerking willen komen voor deze gunstige behandeling „contact op te nemen met het Directoraat-generaal Mededinging van de Europese Commissie" via een persoon die bevoegd is de onderneming dienaangaande te binden.

C — De mededeling van de Commissie inzake de medewerking van ondernemingen

11. Teneinde de samenwerking van de ondernemingen met haar diensten te bevorderen heeft de Commissie in 1996 de „Mededeling betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen" (hierna: „mededeling inzake medewerking") gepubliceerd.⁹

12. Het doel van deze mededeling is, de voorwaarden aan te geven „waaronder ondernemingen die met de Commissie

14. Bij de vaststelling van de boete houdt de Commissie er vervolgens rekening mee of de betrokken onderneming heeft meegewerkt.

15. In de praktijk kan de medewerking van de onderneming naar gelang van het tijdstip waarop zij wordt verleend en het specifieke nut ervan voor de diensten van de Commissie, leiden tot a) niet-oplegging of een zeer aanzienlijke vermindering van de geld-

⁹ — PB C 207, blz. 4.

boete¹⁰, b) een aanzienlijke vermindering van de geldboete¹¹ of c) een belangrijke vermindering van de geldboete.¹²

16. De Commissie merkt evenwel op dat „[h]et feit dat een onderneming [...] haar medewerking verleent, [...] slechts één van de factoren [is] waarmee de Commissie bij de vaststelling van de geldboete rekening houdt. Deze mededeling doet niet [...] af aan de mogelijkheid dat de Commissie de geldboete op grond van andere overwegingen vermindert.”

10 — Deel B van de mededeling inzake medewerking bepaalt:

„Een onderneming die:
a) de geheime mededingingsregeling bij de Commissie aanbrengt, voordat deze een bij beschikking gelaste verificatie bij de bij de mededingingsregeling betrokken ondernemingen heeft verricht en zonder dat de Commissie nog over voldoende gegevens beschikt om het bestaan van de aangebrachte mededingingsregeling te bewijzen;
b) als eerste materiaal heeft verstrekt dat van doorslaggevend belang is om het bestaan van de aangebrachte mededingingsregeling te bewijzen;
c) haar deelneming aan de ongeoorloofde activiteit uiterlijk op het tijdstip van de aangifte heeft beëindigd;
d) aan de Commissie alle dienstige inlichtingen verstrekt alsmede alle stukken en bewijsmateriaal waarover zij met betrekking tot de mededingingsregeling beschikt, en tijdens de gehele duur van het onderzoek haar voortdurende, volledige medewerking blijft verlenen;
e) geen andere onderneming heeft gedwongen aan de mededingingsregeling deel te nemen en niet het initiatief heeft genomen tot, of een bepalende rol heeft gespeeld bij de onwettige activiteit,
komt in aanmerking voor een vermindering van ten minste 75 % van de geldboete die haar zonder haar medewerking zou zijn opgelegd, of mogelijk zelfs voor een volledige niet-oplegging van die geldboete.”

11 — Deel C van de mededeling inzake medewerking luidt als volgt:

„Een onderneming die aan de in deel B, onder b) tot en met e), genoemde voorwaarden voldoet en die de geheime mededingingsregeling bij de Commissie aanbrengt nadat deze een bij beschikking gelaste verificatie bij de bij de mededingingsregeling betrokken ondernemingen heeft verricht, zonder dat deze verificatie voldoende grond heeft opgeleverd om een op een beschikking gerichte procedure te kunnen inleiden, komt in aanmerking voor een vermindering van 50 tot 75 % van de geldboete.”

12 — Deel D van de mededeling inzake medewerking bepaalt:

„1. Wanneer een onderneming haar medewerking verleent zonder dat aan alle in Deel B of C genoemde voorwaarden is voldaan, komt zij in aanmerking voor een vermindering van 10 tot 50 % van de geldboete die haar zou zijn opgelegd.
2. Dit kan met name het geval zijn indien:
— een onderneming, voordat een mededeling van de punten van bezwaar is verzonden, aan de Commissie inlichtingen dan wel schriftelijke of andere bewijsstukken verstrekt die bijdragen tot het bewijs van het bestaan van de inbreuk;
— de onderneming na ontvangst van de mededeling van de punten van bezwaar aan de Commissie mededeelt dat zij de feiten waarop de Commissie haar beschuldiging baseert, niet fundamenteel betwist.”

II — Feiten en procesverloop

A — De aan het geding ten grondslag liggende feiten

17. In de bestreden arresten¹³ worden de aan het geding ten grondslag liggende feiten uiteengezet als volgt:

„1 [Verzoeksters zijn vennootschappen die werkzaam zijn in de sector afstandsverwarming.]

2 Bij afstandsverwarmingssystemen wordt op een centrale plaats water verwarmd dat via ondergrondse buizen naar de te verwarmen gebouwen wordt geleid. Omdat de temperatuur van het water (of de stoom) zeer hoog is, is het noodzakelijk dat de buizen geïsoleerd zijn om een efficiënte en veilige distributie te waarborgen. De gebruikte buizen zijn voorgoed geïsoleerd en bestaan gewoonlijk uit stalen buizen die door plastic buizen worden omsloten, waar tussenin zich een laag schuimisolatie bevindt.

13 — Bij de uiteenzetting van de feiten en de citaten uit de bestreden arresten zal ik wegens de grotendeels gelijke motivering van deze arresten hoofdzakelijk verwijzen naar één van deze arresten, te weten het arrest in zaak T-23/99, LR AF 1998/Commissie.

- 3 De handel in buizen voor afstandsverwarming tussen de lidstaten is aanzienlijk. De grootste nationale markten van de Europese Unie zijn Duitsland, dat 40 % van het verbruik in de Gemeenschap voor zijn rekening neemt, en Denemarken, goed voor 20 %. Denemarken, het belangrijkste productiecentrum in de Europese Unie, beschikt over ongeveer 50 % van de EU-capaciteit en levert het product aan alle lidstaten waar afstandsverwarming wordt gebruikt.
- 4 Bij brief van 18 januari 1995 diende de Zweedse onderneming Powerpipe AB een klacht in bij de Commissie; zij wees erop dat de overige fabrikanten en leveranciers van buizen voor afstandsverwarming een kartel hadden gevormd waarbij zij de Europese markt onder elkaar verdeelden, en dat zij onderling afgestemde maatregelen hadden genomen om de activiteiten van Powerpipe te schaden of haar activiteiten tot de Zweedse markt te beperken of haar volledig uit de bedrijfstak te werken."

Naar aanleiding van dit onderzoek gaf zij de litigieuze beschikking, waarin zij

— constateerde dat Dansk Rørindustri A/S, Henss/Isoplus-groep, Pan-Isovit GmbH, KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, LR AF 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR AF 1998 GmbH, ABB Asca Brown Boveri Ltd., Sigma Tecnologia di Rivestimento Srl en Tarco Energi A/S inbreuk hadden gemaakt op artikel 85, lid 1 van het Verdrag, door deel te nemen „aan een complex geheel van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen dat omstreeks november/december 1990 tussen de vier Deense producenten totstandkwam, vervolgens werd uitgebreid tot andere nationale markten en Pan-Isovit en Henss/Isoplus als nieuwe leden [kreeg], zodat het tegen einde 1994 in een alomvattend kartel bestond dat de gehele gemeenschappelijke markt bestreek" (artikel 1);

— deze ondernemingen opdroeg de genoemde inbreuken te beëindigen en zich „met betrekking tot hun activiteiten inzake voorgeïsoleerde buizen te onthouden van overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die hetzelfde of een soortgelijk doel of gevolg kunnen hebben, met inbegrip van het uitwisselen van commerciële informatie die hen in staat zou kunnen stellen toe te zien op het al dan niet nakomen van stilzwijgende of uitdrukkelijke overeenkomsten betreffende

B — *De litigieuze beschikking*

18. Naar aanleiding van de klacht van Powerpipe AB verrichtte de Commissie een administratief onderzoek om een eventuele schending van artikel 85, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 1, EG) vast te stellen.

- marktverdeling, prijsvaststelling of manipulatie van inschrijvingsprocedures in de Gemeenschap” (artikel 2); en
- de volgende geldboeten aan deze ondernemingen oplegde:
- a) ABB Asea Brown Boveri Ltd een boete van 70 000 000 ECU;
- b) Brugg Rohrsysteme GmbH een boete van 925 000 ECU;
- c) Dansk Rørindustri A/S een boete van 1 475 000 ECU;
- d) Henss/Isoplus-groep een boete van 4 950 000 ECU, waarvoor de volgende ondernemingen gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk zijn:
- HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG;
- HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH Verwaltungsgesellschaft;
- Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH (voorheen Dipl.-Kfm. Walter Henss GmbH), Rosenheim;
- Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, Sondershausen;
- Isoplus Fernwärmetechnik Ges. mbH — stille Gesellschaft;
- Isoplus Fernwärmetechnik Ges. mbH, Hohenberg;
- e) KE KELIT Kunststoffwerk GmbH een boete van 360 000 ECU;
- f) Oy KWH Tech AB een boete van 700 000 ECU;
- g) Løgstør Rør A/S een boete van 8 900 000 ECU;

- h) Pan-Isovit GmbH een boete van 1 500 000 ECU; slechts de uitdrukking vormden van één enkel kartel, dat weliswaar zijn oorsprong vond in Denemarken, maar dat vanaf het begin de doelstelling op lange termijn had, de controle van de deelnemers uit te breiden tot de gehele gemeenschappelijke markt. Dit concurrentievervalsende gedrag heeft de handel tussen de lidstaten aanzienlijk geschaad.
- i) Sigma Tecnologia di rivestimento Srl een boete van 400 000 ECU;
- j) Tarco Energi A/S een boete van 3 000 000 ECU.

19. In de motivering van haar beschikking stelde de Commissie een sedert eind 1990 bestaande reeks van met artikel 81 EG strijdige overeenkomsten en onderling afgestemde gedragingen van rekwiranten vast, die aanvankelijk tot de Deense markt waren beperkt (hierna: „Deens kartel”) en vervolgens tot de gehele Europese markt voor buizen voor afstandsverwarming (hierna: „Europees kartel”) werden uitgebreid, en die in wezen ertoe dienden om a) de Europese markt op basis van quota onder de verschillende fabrikanten te verdelen, b) de enige niet bij het kartel aangesloten directe concurrent (Powerpipe AB) van de markt te verdrijven, c) de prijzen van de producten vast te stellen, d) projecten aan vooraf bepaalde producenten te gunnen en e) de inschrijvingsprocedures te manipuleren (punten 28 tot en met 127 van de beschikking).

21. Aangaande het aspect dat in de onderhavige zaak met name van belang is, te weten de berekening van de geldboeten van de ondernemingen, zette de Commissie uiteen dat de gedragingen van de betrokken ondernemingen op de Europese markt voor buizen voor afstandsverwarming een zeer zware inbreuk op artikel 81, lid 1, EG vormden en een boete met een forfaitair basisbedrag van 20 miljoen EUR rechtvaardigden (punt 165 van de litigieuze beschikking) voor elke onderneming.

22. Na het basisbedrag van de geldboete op grond van louter de zwaarte van de bestreden inbreuk te hebben vastgesteld, ging de Commissie over tot de beoordeling van het specifieke gewicht en derhalve van de daadwerkelijke invloed van de ongeoorloofde gedragingen van elke onderneming op de mededinging, teneinde a) het bedrag van de boete aan te passen aan de daadwerkelijke macht van de plegers van de inbreuk om de mededinging aanzienlijk te benadelen en b) een afdoende afschrikkende werking van de boete te verzekeren.

20. Verder benadrukte de Commissie dat het Deense kartel en het Europese kartel

23. Daartoe deelde de Commissie de ondernemingen naar gelang van hun omvang op de relevante markt in de Gemeenschap in vier categorieën in. Aan elke categorie werd een ander basisbedrag gekoppeld: aan de eerste groep, bestaande uit ABB, een forfaitair basisbedrag van 20 miljoen ECU, aan de tweede groep, bestaande uit Lögstör, een bedrag van 10 miljoen ECU, aan de derde groep bestaande uit Tarco, Starpipe, Henss/Isoplus en Pan-Isovit een bedrag van 5 miljoen ECU en aan de vierde groep, bestaande uit Brugg, KWH, KE KELIT en Sigma een bedrag van 1 miljoen ECU.

24. Vervolgens bepaalde de Commissie voor de individuele ondernemingen het bedrag van de boete, rekening houdend met a) de duur van de deelneming aan het kartel en b) eventuele verzachtende of verzwarende omstandigheden. Voorzover de aldus berekende boete hoger was dan 10 % van de wereldomzet van de betrokken onderneming, verminderde de Commissie het vastgestelde bedrag zodanig dat de boete deze drempel niet overschreed (punt 167 van de litigieuze beschikking).

25. Ten slotte paste de Commissie in voorkomend geval de verminderingen toe als bedoeld in de mededeling inzake medewerking (punt 166 van de litigieuze beschikking).

C — De procedure voor het Gerecht en de bestreden arresten

26. Bij verzoekschriften neergelegd ter griffie van het Gerecht tussen 18 en 25 januari 1999, hebben de ondernemingen Brugg Rohrsysteme, Lögstör Rör, KE KELIT Kunststoffwerk, Dansk Rørindustri, LR AF 1998, Sigma Technologie di Rivestimento, ABB Asea Brown Boveri, HFB Holding KG, HFB Holding GmbH, Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg en Isoplus GmbH nietigverklaring van de litigieuze beschikking en, subsidiair, verlaging van het bedrag van de door de Commissie opgelegde boeten gevorderd.

27. Alle verzoeksters hebben bezwaren ingediend in verband met hun eigen specifieke situatie. Om te beginnen hebben zij echter, vanuit verschillende invalshoeken, een reeks grieven geuit met betrekking tot de procedure ter berekening van de boeten, betreffende a) onwettigheid van de richtsnoeren, b) schending van de beginselen van evenredigheid en gelijke behandeling, c) schending van de beginselen van het verbod van terugwerkende kracht en van de bescherming van gewettigd vertrouwen, d) schending van de rechten van de verdediging van verzoeksters en e) de motivering van de litigieuze beschikking.

28. Ik zal thans de reactie van het Gerecht op deze grieven samenvatten, doch niet zonder eerst te vermelden dat het volgens het Gerecht vaststaat dat de Commissie in casu de geldboeten van verzoeksters heeft vastgesteld volgens de algemene methode van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten.

29. In dit verband wijs ik erop dat het Gerecht in de eerste plaats de door sommige verzoeksters op grond van artikel 241 EG opgeworpen exceptie van onwettigheid van de richtsnoeren heeft onderzocht.

30. Volgens deze verzoeksters heeft de Commissie in de genoemde richtsnoeren dermate hoge basisbedragen voor de berekening van de geldboeten vastgesteld, dat er geen ruimte meer over is om de haar bij artikel 15 van verordening nr. 17 verleende discretionaire bevoegdheid uit te oefenen om de geldboeten met inachtneming van alle relevante factoren, met inbegrip van eventuele verzachtende omstandigheden, aan te passen.

31. Het Gerecht heeft in dit verband weliswaar vastgesteld dat de Commissie voor de berekening van de geldboeten een methode heeft gebruikt die niet volledig op de omzet van de betrokken ondernemingen is gebaseerd, maar het heeft wel uitgesloten dat de Commissie van de uitlegging van vernoemd artikel 15 is afgeweken. Het Gerecht zet dienaangaande uiteen, dat „[...] de Commissie niet verplicht [is] bij de vaststelling van het bedrag van de geldboeten op basis van de zwaarte en de duur van de betrokken inbreuk uit te gaan van bedragen die op de omzet van de betrokken ondernemingen zijn gebaseerd. [Evenmin] behoeft zij [...], wanneer zij geldboeten oplegt aan verschillende bij eenzelfde inbreuk betrokken ondernemingen, ervoor te zorgen dat het definitieve bedrag van deze geldboeten elk verschil

tussen de betrokken ondernemingen op het gebied van hun totale omzet of hun omzet op de markt van het betrokken product weerspiegelt. Dienaangaande dient te worden herinnerd aan de vaste rechtspraak dat de zwaarte van de inbreuken moet worden vastgesteld op basis van een groot aantal factoren, zoals — met name — de bijzondere omstandigheden van de zaak, de context daarvan en de afschrikwekkende werking van de geldboeten, zonder dat een dwingende of uitputtende lijst van verplicht in aanmerking te nemen criteria is opgesteld [...]. Volgens de rechtspraak is de Commissie immers gerechtigd de geldboete te berekenen op basis van de zwaarte van de inbreuk, zonder de verschillende omzetcijfers van de betrokken ondernemingen in aanmerking te nemen.”¹⁴

32. Vervolgens verklaarde het Gerecht: „Anders dan verzoekster[s] [stellen], gaan de richtsnoeren niet verder dan bij verordening nr. 17 is toegestaan. [...] Artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, waarin wordt bepaald dat de Commissie geldboeten kan opleggen tot een bedrag van ten hoogste 10 % van de omzet van elk der betrokken ondernemingen in het voorafgaande boekjaar, eist immers dat de geldboete die uiteindelijk aan een onderneming zal worden opgelegd, wordt verlaagd wanneer zij 10 % van de omzet van de onderneming overschrijdt, ongeacht de tussenstappen in de berekening waarbij de zwaarte en de duur van de inbreuk in aanmerking worden genomen. Bijgevolg staat artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 niet eraan in de weg dat de Commissie bij haar berekening uitgaat van een tussenbedrag dat 10 % van de omzet

¹⁴ — Punten 278-281 van het bestreden arrest I.R. Af 1998/Commissie.

van de betrokken onderneming overschrijdt, voorzover de uiteindelijk aan de onderneming opgelegde geldboete dit maximum niet overschrijdt. De richtsnoeren wijzen overigens in dezelfde richting, aangezien hierin wordt bepaald dat 'het eindresultaat van de berekening van de geldboete volgens deze methode (basisbedrag met verhogings- respectievelijk verlagingscoëfficiënt) krachtens artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 in geen geval 10 % van de mondiale omzet van de ondernemingen mag overschrijden' (punt 5, sub a). Wanneer de Commissie zich bij haar berekening baseert op een bedrag dat 10 % van de omzet van de betrokken onderneming overschrijdt, kan haar niet worden verweten dat bepaalde bij de berekening in aanmerking genomen factoren niet in het eindbedrag van de geldboete tot uitdrukking komen, aangezien dit het gevolg is van het bij artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 opgelegde verbod om 10 % van de omzet van de betrokken onderneming te overschrijden."¹⁵

33. Het Gerecht heeft voorts geoordeeld dat de Commissie bij de vaststelling van de geldboeten niet de beginselen van evenredigheid en gelijke behandeling heeft geschonden.

34. Het heeft in dit verband uiteengezet: „Met betrekking tot het vertrekpunt voor elk van de categorieën heeft de Commissie op een vraag van het Gerecht uiteengezet dat

deze bedragen het belang van elke onderneming in de sector van voorgeïsoleerde buizen weerspiegelen, gelet op haar omvang en gewicht ten opzichte van ABB en binnen het kartel. Te dien einde heeft de Commissie niet alleen rekening gehouden met de omzet op de betrokken markt, maar ook met het relatieve belang dat de leden van het kartel elkaar onderling toekenden [...] In deze omstandigheden dient, gelet op alle bij de vaststelling van de specifieke vertrekpunten in aanmerking genomen relevante factoren, te worden geoordeeld dat het verschil tussen het voor verzoekster[s] gekozen vertrekpunt en het voor ABB gekozen vertrekpunt, objectief gerechtvaardigd is. Aangezien de Commissie niet verplicht is ervoor te zorgen dat de op basis van haar berekeningen vastgestelde eindbedragen van de aan de betrokken ondernemingen opgelegde geldboeten elk verschil in omzet weerspiegelen, [kunnen] verzoekster[s] haar niet verwijten dat zij heeft geopteerd voor een vertrekpunt dat voor verzoekster[s] heeft geleid tot een geldboete die een hoger percentage van [hun] totale omzet vertegenwoordigt dan de aan ABB opgelegde geldboete."¹⁶

35. Het Gerecht heeft voorts ook de grief inzake schending van het verbod van terugwerkende kracht afgewezen, waartoe verzoeksters hadden gesteld dat de richtsnoeren waren toegepast op gedragingen die de betrokken ondernemingen vóór het van kracht worden van deze richtsnoeren hadden verricht.

15 — Ibidem, punten 286-290.

16 — Ibidem, punten 296-298.

36. Het heeft vastgesteld dat dit beginsel enerzijds deel uitmaakt van de algemene beginselen waarvan de inachtneming door de communautaire rechter moet worden gewaarborgd, en anderzijds vereist dat „de sancties die wegens inbreuk op de mededingingsregels aan een onderneming worden opgelegd, overeenstemmen met die welke ten tijde van de inbreuk waren bepaald”.¹⁷

37. Het Gerecht wees er echter op, dat de toepassing van de richtsnoeren bij de berekening van de geldboeten geen schending van het verbod van terugwerkende kracht vormt wanneer de richtsnoeren binnen het rechtskader van de in artikel 15 van verordening nr. 17 omschreven sancties blijven.

38. Volgens dit artikel moet de Commissie bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete wegens inbreuk op het mededingingsrecht niet alleen rekening houden met de zwaarte maar ook met de duur van de inbreuk. Het aldus vastgestelde bedrag mag hoe dan ook niet hoger zijn dan 10 % van de omzet die elke bij de inbreuk betrokken onderneming in het voorafgaande boekjaar heeft gerealiseerd.

39. Ook verplichten de litigieuze richtsnoeren de Commissie ertoe, het basisbedrag van

de boete naar gelang van de zwaarte en de duur van de inbreuk vast te stellen. Bovendien bepalen zij dat het aldus berekende bedrag in geen geval 10 % van de mondiale omzet van de betrokken ondernemingen mag overschrijden. Het Gerecht verklaart dienaangaande: „Bijgevolg wordt het bedrag van de geldboeten ook volgens de in de richtsnoeren vastgelegde methode berekend aan de hand van de twee in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 genoemde criteria, namelijk de zwaarte en de duur van de inbreuk, terwijl tegelijkertijd de in dezelfde bepaling vastgelegde bovengrens ten opzichte van de omzet van elke onderneming in acht wordt genomen.”¹⁸

40. Aangaande de schending van het beginsel van de bescherming van gewettigd vertrouwen overwoog het Gerecht voorts: „Bij de vaststelling van de geldboeten voor inbreuken op het mededingingsrecht oefent de Commissie haar bevoegdheid uit binnen de grenzen van de haar bij verordening nr. 17 verleende beoordelingsvrijheid. Volgens vaste rechtspraak mogen de marktdeelnemers niet vertrouwen op de handhaving van een bestaande situatie die in het kader van de beoordelingsvrijheid van de gemeenschapsinstellingen kan worden gewijzigd [...] De Commissie is integendeel gerechtigd het algemene niveau van de geldboeten binnen de in verordening nr. 17 gestelde grenzen te verhogen, indien dit noodzakelijk is om de uitvoering van het communautaire mededin-

17 — Ibidem, punt 221.

18 — Ibidem, punt 231.

gingsbeleid te verzekeren [...] Bijgevolg kunnen de ondernemingen die zijn betrokken bij een administratieve procedure die tot de oplegging van een geldboete kan leiden, er niet op vertrouwen dat de Commissie het niveau van de vroeger opgelegde geldboeten niet zal overschrijden.”¹⁹

41. Aangaande de gestelde schending van de rechten van de verdediging van verzoeksters heeft het Gerecht opgemerkt, dat in de „mededeling van de punten van bezwaar [wordt] uitgelegd waarom de Commissie de betrokken inbreuk als zeer ernstig beschouwt, en worden de verzwarende omstandigheden genoemd, te weten manipulatie van de aanbestedingsprocedures, agressief doorvoeren van het kartel om ervoor te zorgen dat alle deelnemers de overeenkomsten nakomen en om de enige belangrijke concurrent die niet aan het kartel deelnam, uit te schakelen, en de voortzetting van de inbreuk na de verificaties. Op dezelfde bladzijden wordt verklaard dat de Commissie bij de bepaling van de aan elke individuele onderneming op te leggen geldboete met name rekening zal houden met de rol die elk van hen bij de mededingingsverstoringe praktijken heeft gespeeld, met alle wezenlijke verschillen ter zake van de duur van hun deelneming, met hun gewicht in de sector van de afstandsverwarming, met hun omzet in deze sector, in voorkomend geval met hun totale omzet om rekening te houden met de omvang en economische macht van de betrokken onderneming en om ervoor te zorgen dat de geldboete een voldoende afschrikwekkend effect heeft, en, ten slotte, met alle verzachtende omstandigheden. [...]

Aldus heeft de Commissie [...] de gegevens, feitelijk en rechtens, vermeld op basis waarvan de aan verzoekster[s] op te leggen geldboete zou worden berekend, zodat het recht van deze laatste[n] om te worden gehoord, op dit punt in acht is genomen. Aangezien de Commissie de gegevens, feitelijk en rechtens, heeft vermeld op basis waarvan de geldboete zou worden berekend, behoefde zij niet nader uit te leggen op welke wijze zij elk van deze gegevens bij de vaststelling van de hoogte van de geldboete zou gebruiken. Zolang de ondernemingen niet in staat waren gesteld hun opmerkingen te maken omtrent de tegen hen in aanmerking genomen punten van bezwaar, zou het geven van aanwijzingen omtrent de hoogte van de beoogde geldboeten er immers op neerkomen dat de Commissie vooruitloopt op haar beslissing, hetgeen onjuist zou zijn [...] Bijgevolg was de Commissie evenmin verplicht de betrokken ondernemingen tijdens de administratieve procedure mee te delen dat zij van plan was een nieuwe methode voor de berekening van de geldboeten toe te passen.”²⁰

42. Ten slotte heeft het Gerecht de door sommige verzoeksters geuite grief dat de Commissie in de bestreden beschikking geen behoorlijke motivering heeft gegeven van de methode die bij de vaststelling van het bedrag van de geldboeten was toegepast, afgewezen.

43. Volgens de meeste verzoeksters heeft de Commissie namelijk niet gemotiveerd

19 — Ibidem, punten 241-243.

20 — Ibidem, punten 202-207.

waarom de geldboeten zijn vastgesteld aan de hand van in absolute cijfers uitgedrukte basisbedragen die geen verband houden met de omzet van de ondernemingen en hoger liggen dan het wettelijk toegestane maximum.

c) de geldboete van Sigma Technologie di Rivestimento verlaagd²⁴ en de geldboete van ABB Asea Brown Boveri verlaagd²⁵, en d) voor het overige de litigieuze beschikking bevestigd.

44. Het Gerecht heeft deze grief afgewezen. Het overwoog dat de litigieuze beschikking „een toereikende en ter zake dienende vermelding van de elementen [bevat] die bij de beoordeling van de zwaarte en de duur van de door verzoekster[s] gepleegde inbreuk in aanmerking zijn genomen”²¹ en dat in die omstandigheden „de Commissie niet [kan] worden verweten dat zij de hoogte van het basis- en het eindbedrag van de aan verzoekster[s] opgelegde geldboete [...] niet omstandiger heeft gemotiveerd”.²²

45. Op grond van deze analyse en na de specifieke situatie van de individuele verzoeksters te hebben onderzocht, heeft het Gerecht in de bestreden arresten a) de beoordeling van de inbreuk door de Commissie in de litigieuze beschikking grotendeels bevestigd, b) deze beschikking nietig verklaard voorzover zij betrekking heeft op HFB Holding KG en HFB Holding GmbH²³,

D — De procedure voor het Hof

46. Bij verzoekschriften neergelegd ter griffie van het Hof tussen 21 mei en 7 juni 2002, hebben de ondernemingen Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft GmbH, KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, LR AF 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR AF 1998 GmbH en ABB Asea Brown Boveri Ltd (hierna gezamenlijk: „rekwiranten”) het Hof in wezen verzocht de arresten van het Gerecht te vernietigen en de procedure te beëindigen, subsidiair, deze arresten te vernietigen en de zaken naar het Gerecht te verwijzen, meer subsidiair, de hun opgelegde geldboeten te verlagen, alsmede de Commissie te verwijzen in de kosten van de procedure voor het Gerecht en het Hof.

47. De Commissie verzoekt het Hof, de hogere voorziening af te wijzen en rekwiranten in de kosten van de onderhavige procedures te verwijzen.

21 — Ibidem, punt 383.

22 — Ibidem, punt 384.

23 — Het Gerecht heeft vastgesteld dat HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft GmbH & Co. KG en HFB Holding für Wärmetechnik Beteiligungsgesellschaft GmbH Verwaltungsgesellschaft nog niet bestonden toen de litigieuze inbreuk plaatsvond.

24 — Het Gerecht heeft de geldboete van Sigma tot 300 000 EUR verlaagd aangezien deze onderneming alleen op de Italiaanse markt en niet op de gehele communautaire markt actief was.

25 — Het Gerecht heeft de geldboete van ABB Asea Brown Boveri tot 65 miljoen EUR verlaagd, aangezien deze onderneming haar deelneming aan het kartel niet langer had ontkend en met de Commissie had samengewerkt door haar bewijzen van het kartel te verschaffen, nadat zij de mededeling van de punten van bezwaar had ontvangen.

III — Juridische analyse

48. Ik begin de thans volgende analyse van de hogere voorzieningen met het onderzoek van de middelen van algemene aard, die door alle rekwiranten of sommige van hen zijn ingediend met betrekking tot de methode waarmee de Commissie de geldboeten heeft berekend (A), om vervolgens over te gaan tot het onderzoek van de specifieke middelen betreffende de speciale situatie van de individuele rekwiranten (B).

A — *De middelen betreffende de berekeningsmethode en de hoogte van de geldboeten*

49. Ik zal deze middelen onderzoeken in dezelfde volgorde als ik ze hiervoor heb besproken.

1. De exceptie van onwettigheid van de richtsnoeren

50. Zoals al gezegd, hebben alle rekwiranten vanuit verschillende gezichtspunten het oordeel van het Gerecht betwist, dat de methode van de Commissie ter berekening van de geldboeten niet in strijd is met het evenredigheids- en/of het gelijkheidsbeginsel en evenmin indruist tegen artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17.

51. Sommige rekwiranten zijn van mening dat het Gerecht met name ten onrechte heeft geoordeeld, dat de Commissie met de richtsnoeren niet buiten het rechtskader van artikel 15 van verordening nr. 17, zoals dit door het Hof in vaste rechtspraak is uitgelegd, is getreden en haar beoordelingsvrijheid dus niet heeft overschreden.

52. Volgens deze rekwiranten wordt het geldende recht door de richtsnoeren aanzienlijk gewijzigd, zonder dat de Raad de Commissie gemachtigd heeft nieuwe voorschriften uit te vaardigen.

53. Bijgevolg heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de exceptie van onwettigheid van de richtsnoeren, welke handeling als basis dient voor de berekening van de geldboeten, af te wijzen.

a) De ontvankelijkheid van de exceptie

54. Alvorens de gegrondheid van deze exceptie te onderzoeken, vraag ik mij af of een formeel onverbindende handeling als de richtsnoeren het voorwerp kan zijn van een exceptie van onwettigheid in de zin van artikel 241 EG.

55. Zoals bekend, kan krachtens deze bepaling de onwettigheid van een handeling alleen incidenteel worden ingeroepen in „een geschil waarbij een door het Europees Parlement en de Raad gezamenlijk vastgestelde verordening of een verordening van de Raad, van de Commissie of van de ECB in het geding is”.

56. In het arrest *Simmenthal/Commissie*²⁶ heeft het Gerecht het toepassingsgebied van de exceptie evenwel uitgebreid tot alle „handelingen van de instellingen welke, ofschoon geen verordening in formele zin, soortgelijke gevolgen sorteren”, derhalve tot handelingen van algemene aard die juist om deze reden niet rechtstreeks door particulieren kunnen worden bestreden op grond van artikel 230 EG.

57. Het Hof heeft niettemin gepreciseerd dat tussen de bestreden handeling en de verordening waarvan de onwettigheid incidenteel wordt ingeroepen een nauw verband moet bestaan. Deze laatste moet „al dan niet rechtstreeks, op de door het beroep aan de orde gestelde casuspositie van toepassing zijn”²⁷, en er moet een „onmiddellijk verband rechtens” bestaan tussen de bestreden individuele beslissing en de algemene handeling.²⁸

58. Ik ben van mening dat de richtsnoeren aan deze voorwaarden voldoen.

59. Zij zijn immers ongetwijfeld van algemene strekking, omdat zij objectief op bepaalde situaties van toepassing zijn en rechtsgevolgen hebben voor algemeen en in abstracto omschreven categorieën personen.²⁹ Ofschoon de richtsnoeren niet formeel bindend zijn, bevatten zij beginselen en voorschriften tot de inachtneming waarvan de Commissie zich bij de berekening van de geldboeten volgens artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 heeft verplicht. Het Hof heeft in zijn rechtspraak verduidelijkt dat de Commissie in dergelijke gevallen niet arbitrair kan afwijken van de regels die zij zichzelf heeft gesteld.³⁰ Dergelijke normen, die beogen de criteria te preciseren die een communautaire instelling bij de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid zal toepassen, kunnen derhalve rechtsgevolgen teweegbrengen.

60. Evenmin kan worden tegengeworpen dat de richtsnoeren van zuiver interne betekenis zijn en derhalve geen rechtsgevolgen jegens derden beogen.

26 — Arrest van 6 maart 1979 (92/78, Jurispr. blz. 777, punt 40).

27 — Arrest van 13 juli 1966, *Italië/Raad en Commissie* (32/65, Jurispr. blz. 563).

28 — Arresten van 31 maart 1965, *Macciorlatti Dalmas e Figli/Hoge Autoriteit* (21/64, Jurispr. blz. 227, in het bijzonder blz. 238), en 10 juni 1986, *Usinor/Commissie* (81/85 en 119/85, Jurispr. blz. 1777, punt 13).

29 — Arresten van 18 maart 1975, *Acton e.a./Commissie* (44/74, 46/74 en 49/74, Jurispr. blz. 383, punt 7), en 14 februari 1989, *Lefebvre Frère et Socur/Commissie* (206/87, Jurispr. blz. 275, punt 13).

30 — Arrest van 30 januari 1974, *Louwage/Commissie* (148/73, Jurispr. blz. 81, punt 12).

61. Uit de richtsnoeren zelf blijkt namelijk dat de Commissie bepaalde etappes voor de berekening van de geldboeten moet doorlopen en met name bepaalde verzachtende of verzwarende omstandigheden voor de ondernemingen in acht moet nemen; tegenover deze verplichting staat noodzakelijkerwijs het recht van de betrokken ondernemingen om te verlangen dat de handelingen van de Commissie daadwerkelijk en concreet met de richtsnoeren stroken.

62. Deze conclusie ligt volkomen in de lijn van de communautaire rechtspraak, volgens welke alleen handelingen die van zuiver interne betekenis voor een communautaire instelling zijn, niet geschikt zijn externe rechtsgevolgen teweeg te brengen. Dit is evenwel niet het geval ten aanzien van handelingen van de Commissie als bijvoorbeeld een „gedragscode”³¹ of „interne instructies”³², waarin de verplichtingen van de diensten en de personeelsleden van de Commissie juist hun weerspiegeling vinden in de rechten van de lidstaten of de marktdeelnemers.

63. Bovendien staat vast, zoals het Gerecht terecht heeft opgemerkt, dat de Commissie bij de vaststelling van het bedrag van de geldboeten de berekeningsmethode van de richtsnoeren nauwkeurig in acht heeft genomen. Ofschoon de richtsnoeren formeel niet

de rechtsgrondslag van de litigieuze beschikkingen vormen (dit zijn namelijk de artikelen 3 en 15 van verordening nr. 17), moet dus worden vastgesteld dat tussen de beschikkingen en de richtsnoeren, waartegen de incidentele exceptie is opgeworpen, een rechtstreeks verband bestaat.

64. De exceptie van onwettigheid is derhalve naar mijn mening ontvankelijk.

b) De gegrondheid van de exceptie

65. Thans dient de gegrondheid van deze exceptie te worden beoordeeld. In dit verband herinner ik er nogmaals aan, dat de in de richtsnoeren ontwikkelde nieuwe berekeningsmethode naar de mening van sommige rekwiranten geen correcte „individualisering” van de boete op grond van alle relevante factoren en omstandigheden mogelijk maakt, omdat zij berust op forfaitaire bedragen die zijn vastgesteld zonder dat rekening is gehouden met de omzet van de betrokken onderneming, en zij bovendien de Commissie in staat stelt bij de berekening van de boete de bovengrens van 10 % te overschrijden. Inzonderheid kan de Commissie als gevolg van de hantering van deze methode niet meer, zoals het hoort, rekening houden met de omvang van de ondernemingen en de rol van elk daarvan in de context van een kartel.

31 — Arrest van 13 november 1991, Frankrijk/Commissie (C-303/90, Jurispr. blz. I-5315).

32 — Arrest van 9 oktober 1990, Frankrijk/Commissie (C-366/88, Jurispr. blz. I-3571).

66. Dienaangaande wijs ik er in de eerste plaats op, dat de Commissie noch krachtens artikel 15 van verordening nr. 17 noch op grond van de rechtspraak van het Hof verplicht is een specifieke berekeningsmethode voor de vaststelling van het bedrag van de geldboete toe te passen. Zoals al uiteengezet, voorziet artikel 15 van verordening nr. 17 alleen in een bovengrens voor de berekening van de geldboete alsmede in enige criteria voor de beoordeling van de inbreuk.

67. Daarom moet worden vastgesteld of de richtsnoeren, die beogen de ruime discretionaire bevoegdheid waarover de Commissie op dit punt beschikt, af te bakenen, binnen deze grenzen blijven.

68. Dienaangaande ben ik evenals het Gerecht van mening, dat de berekening van de geldboeten ook na de uitvaardiging van de richtsnoeren uitdrukkelijk moet blijven plaatsvinden op grond van de enige twee in artikel 15 van verordening nr. 17 genoemde criteria, te weten de zwaarte en de duur van de inbreuk, en dat het eindbedrag de in deze bepaling vastgestelde bovengrens van 10 % van de mondiale omzet niet mag overschrijden (punt 5, sub a, van de richtsnoeren).

69. Aangaande het eerstgenoemde aspect deel ik eveneens de opvatting van het Gerecht, dat de Commissie volgens vaste

rechtspraak een bijzonder ruime beoordelingsvrijheid heeft bij de keuze van de factoren waarmee bij de toepassing van de genoemde criteria rekening moet worden gehouden. Zoals het Hof heeft uiteengezet, moet „[d]e zwaarte van de inbreuken [...] worden vastgesteld met inachtneming van een groot aantal factoren, zoals onder meer de bijzondere omstandigheden van de zaak, de context daarvan en de preventieve werking van de geldboetes, *zonder dat een dwingende of uitputtende lijst van verplicht in aanmerking te nemen criteria is opgesteld*”.³³ Tot dit grote aantal factoren voor de beoordeling van de inbreuk kunnen onder meer behoren: de hoeveelheid en de waarde van de goederen in verband waarmee de inbreuk is gepleegd, de omvang en de economische macht van de ondernemingen die de inbreuk hebben gepleegd en de invloed die zij op de markt kunnen uitoefenen, het gedrag van elke onderneming, de rol die zij bij de inbreuk heeft gespeeld, de winst die de ondernemingen hebben behaald uit hun concurrentievervalsende praktijken, het economisch en juridisch kader waarin de inbreuk heeft plaatsgehad, enzovoorts.³⁴

70. In het standaardarrest *Musique Diffusion française*, waarop zowel door rekwiranten als de Commissie herhaaldelijk een beroep is gedaan, heeft het Hof met name met betrekking tot de inaanmerkingneming van de omzet van de onderneming overwogen, dat „bij de vaststelling van de boete rekening mag worden gehouden zowel met

33 — Arrest van 17 juli 1997, *Ferriere Nord/Commissie* (C-219/95 P, Jurispr. blz. 1-4411, punt 33). Cursivering van mij.

34 — Zie inzonderheid arresten van 7 juni 1983, *Musique Diffusion française e.a.* (100/80-103/80, Jurispr. blz. 1825), en 9 november 1983, *Michelin/Commissie* (322/81, Jurispr. blz. 3461).

de totale omzet van de onderneming [...] als met het gedeelte van deze omzet, dat betrekking heeft op de goederen in verband waarmee de inbreuk is gepleegd”, zonder dat „aan een van deze omzetcijfers een belang dient te worden toegekend dat onevenredig is aan dat van de andere factoren”.³⁵

71. Ofschoon de omzet een nuttig en belangrijk aanknopingspunt voor de economische macht van de onderneming (totale omzet) alsmede voor de invloed van haar gedrag op de mededinging (omzet op de relevante markt) vormt, is dit derhalve „slechts” één van de vele beoordelingscriteria die de Commissie ter beschikking staan.

72. Zoals het Gerecht en de Commissie op goede gronden hebben opgemerkt, sluiten de richtsnoeren in ieder geval niet uit dat in verschillende etappes van de berekening van de geldboeten rekening wordt gehouden met de totale omzet en/of de op de relevante markt behaalde omzet. De richtsnoeren bepalen met name dat het in het geval van inbreuken waarbij verscheidene ondernemingen betrokken zijn, „onder bepaalde omstandigheden wenselijk [kan] zijn op de bedragen [...] een weging toe te passen om rekening te houden met het specifieke gewicht, en derhalve met de daadwerkelijke invloed van het inbreukmakende gedrag van elke onderneming afzonderlijk op de mededinging, met name wanneer er een aanzien-

lijk verschil bestaat in de grootte van de ondernemingen die eenzelfde soort inbreuk hebben gepleegd” (punt 1, A, zesde alinea, van de richtsnoeren).

73. Met andere woorden, ofschoon de richtsnoeren niet bepalen dat systematisch rekening moet worden gehouden met de omzet van de betrokken ondernemingen bij de berekening van het basisbedrag of tijdens het verdere verloop van de procedure ter vaststelling van de geldboete³⁶, wordt dit geenszins a priori uitgesloten. Dit blijkt overigens ook uit de bestreden beschikking, omdat de Commissie daarin de rekwiranten naar hun grootte in vier categorieën heeft verdeeld en de basisbedragen dienovereenkomstig aanzienlijk heeft gedifferentieerd.

74. Derhalve kan niet worden gesteld, zoals rekwiranten nochtans doen, dat de berekeningsmethode van de geldboeten volgens de richtsnoeren louter neerkomt op een vooraf bepaalde rekenkundige exercitie. Afgezien van mijn uiteenzetting over de omzet van de ondernemingen en met name over de mogelijkheid om de boetebedragen te differentiëren naar gelang van de grootte van de

36 — Bijvoorbeeld in het kader van de inaanmerkingneming van het feit dat „grootschalige ondernemingen meestal over de juridisch-economische kennis en middelen beschikken, waarmee het voor deze mogelijk is zich beter van het inbreukmakende karakter van hun gedragingen en van de gevolgen ervan uit het oogpunt van het mededingingsrecht rekenschap te geven” (punt 1, A, vijfde alinea), of wanneer eventueel het „economische of het financiële voordeel dat de inbreukmakers eventueel hebben behaald” en de „specifieke kenmerken van de betrokken ondernemingen” in acht worden genomen (punt 5, sub b).

35 — Aangehaald in voetnoot 34, punt 121.

betrokken ondernemingen, merk ik op dat de richtsnoeren, door een reeks verzwarende en verzachtende omstandigheden in aanmerking te nemen en in voorkomend geval rekening te houden „met bepaalde objectieve gegevens, zoals een specifieke economische context, het economische of het financiële voordeel dat de inbreukmakers eventueel hebben behaald [...] en de specifieke kenmerken van de betrokken ondernemingen” (punt 5, sub b), uitdrukkelijk erin voorzien dat de geldboete, zoals volgens vaste rechtspraak vereist is, niet alleen met inachtneming van de bijzondere omstandigheden van het individuele geval doch eveneens van de context waarbinnen de inbreuk is gepleegd, wordt vastgesteld.³⁷

75. De richtsnoeren bieden derhalve voldoende flexibiliteit om de Commissie in staat te stellen haar discretionaire bevoegdheid uit te oefenen in overeenstemming met de bepalingen van artikel 15 van verordening nr. 17, zoals in de rechtspraak uitgelegd.

76. Wat ten slotte de overschrijding van de bovengrens van 10 % bij de tussenberekening en de beweerdelijk daaruit voortvloeiende onwettige gevolgen betreft, deze mogelijkheid kan mijns inziens niet uitdrukkelijk of impliciet uit de tekst van de richtsnoeren worden afgeleid. Deze beperken zich er veeleer toe, te verwijzen naar de in artikel 15 van verordening nr. 17 vastgestelde bovengrens en te verduidelijken (punt 5, sub a), dat

„het eindresultaat van de berekening van de boete volgens deze methode (basisbedrag met verhogings- respectievelijk verlagingcoëfficiënt) [...] *in geen geval* 10 % van de mondiale omzet van de ondernemingen mag overschrijden”.³⁸ Derhalve kan worden gesteld dat de richtsnoeren met betrekking tot de kwestie van de overschrijding van de bovengrens niets toevoegen en niet afdoen aan hetgeen reeds in verordening nr. 17 is voorzien.

77. In dit opzicht zie ik derhalve geen reden om van de beoordeling van het Gerecht ter zake van de wettigheid van de richtsnoeren af te wijken, waarmee overigens de discussie nog niet als beëindigd kan worden beschouwd, zoals zal blijken uit het thans volgende onderzoek van de grieven betreffende schending van het evenredigheids- en het gelijkheidsbeginsel.

c) Enige specifieke aspecten van het middel

78. Eerst moet ik ingaan op twee andere grieven van de Isoplus-groep betreffende specifieke bepalingen van de richtsnoeren.

³⁷ – Zie bijvoorbeeld arrest *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, aangehaald in voetnoot 34, punt 106.

³⁸ – *Cursivering van mij*.

79. Rekwiranten stellen in de eerste plaats dat de richtsnoeren, door te bepalen dat het mogelijk is „de strafmaat te verzwaren opdat de boete groter uitvalt dan het bedrag van de onrechtmatig, dankzij de door de inbreuk gemaakte winst” (punt 2, vijfde streepje) in strijd met artikel 15 van verordening nr. 17 nieuwe verzwarende omstandigheden invoeren. Tegelijkertijd bestaat het risico, dat met dezelfde omstandigheid tweemaal rekening wordt gehouden, omdat volgens het schema van de richtsnoeren de winsten verkregen uit de inbreuk op het mededingingsrecht al in het kader van de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk in aanmerking worden genomen.

80. Ik kan mij evenwel volledig vinden in de analyse die het Gerecht in dit verband heeft verricht.³⁹ Zoals namelijk uit de door het Gerecht aangehaalde rechtspraak blijkt, vallen de voordelen die ondernemingen ontlenen aan inbreuken op het mededingingsrecht onder de factoren die de Commissie niet alleen bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk in aanmerking kan nemen, doch eveneens om te verzekeren dat de sanctie voldoende afschrikkend is, inzonderheid wanneer het, zoals in casu, gaat om gedragingen die als bijzonder nadelig voor de werking van de gemeenschappelijke markt moeten worden beschouwd. Overigens ben ik van mening dat het een van de belangrijkste doelstellingen van elk sanctiestelsel moet zijn, te voorkomen dat de pleger van een inbreuk daaruit voordelen behaalt.

81. Ik meen derhalve dat noch verordening nr. 17 noch de communautaire rechtspraak zich ertegen verzet dat de Commissie het bij de uitoefening van de ruime beoordelingsvrijheid die ook door het Hof is erkend, doelmatig kan achten het basisbedrag te verhogen teneinde beter rekening te kunnen houden met het voordeel dat uit concurrentievervalsende praktijken wordt behaald (wanneer derhalve het basisbedrag van de berekening dit onvoldoende doet), mits — zoals de richtsnoeren terecht uiteenzetten — het bedrag van de onrechtmatig behaalde winst „objectief” kan worden geraamd.⁴⁰

82. Genoemde rekwiranten stellen in de tweede plaats dat de richtsnoeren onwettig zijn omdat het bepaalde in punt 2, tweede streepje, ervan een onderneming ertoe dwingt, met de Commissie samen te werken en daarbij ook tegen zichzelf te getuigen, teneinde een verhoging van de geldboete te voorkomen.

83. Dit is in strijd met de rechten van de verdediging en met name met het recht niet tegen zichzelf te hoeven getuigen, zoals het Hof in mededingingszaken in zijn bekende arrest Orkem/Commissie heeft erkend.⁴¹

40 — Punt 2, vijfde streepje, van de richtsnoeren.

41 — Arrest van 18 oktober 1989, Orkem/Commissie (374/87, Jurispr. blz. 3283).

39 — Zie punten 454-458 van het bestreden arrest.

84. Ik wil er hier allereerst aan herinneren, dat volgens ditzelfde punt 2 van de richtsnoeren de Commissie het basisbedrag van de geldboete in geval van verzwarende omstandigheden kan verhogen, zoals bijvoorbeeld een „weigeren van elke medewerking of zelfs pogingen om het verloop van het onderzoek te dwarsbomen”.

85. Bovendien verleent verordening nr. 17 de Commissie ruime bevoegdheden bij haar onderzoek of sprake is van schending van de mededingingsbepalingen van het Verdrag. Volgens artikel 11 van deze verordening kan de Commissie een onderneming ertoe verplichten, haar alle noodzakelijke inlichtingen over deze onderneming bekende feiten te verstrekken en haar in voorkomend geval de in het bezit van deze onderneming zijnde stukken te overhandigen, voorzover deze kunnen dienen voor de vaststelling dat deze of een andere onderneming de mededinging heeft vervalst.

86. Weliswaar blijkt uit het arrest Orkem/Commissie, dat deze onderzoeks- en opsporingsbevoegdheden niet aldus kunnen worden uitgelegd dat zij afbreuk doen aan de rechten van de verdediging van de onderneming. Met name „kan de Commissie de onderneming niet verplichten antwoorden te geven, waardoor zij het bestaan van de inbreuk zou moeten erkennen, die de Commissie heeft te bewijzen”.⁴²

87. Dit is evenwel ten aanzien van punt 2 van de richtsnoeren niet het geval. De letterlijke betekenis daarvan is naar mijn mening juist zowel met de bepalingen van verordening nr. 17 als met de zin en de strekking van het arrest Orkem volkomen verenigbaar.

88. De richtsnoeren verplichten de betrokken onderneming er namelijk geenszins toe, tegen zichzelf te getuigen of bewijzen van eigen schuld te leveren; zij bepalen alleen dat de geldboete in geval van een „weigeren van elke medewerking” met de diensten van de Commissie of bij pogingen van de onderneming om het verloop van het onderzoek te dwarsbomen, wordt verhoogd.

89. Dit is ook het standpunt van het Hof in de door het Gerecht terecht aangehaalde arrest Finnboard/Commissie betreffende de onderneming Metsä-Serla Sales Oy⁴³, volgens hetwelk „[e]en onderneming die het standpunt van de Commissie bestrijdt en enkel die medewerking verleent waartoe zij krachtens verordening nr. 17 verplicht is, [...] om die reden geen hogere geldboete [zal] worden opgelegd.”⁴⁴

90. Deze grieven moeten derhalve eveneens worden afgewezen.

43 — Arrest van 16 november 2000 (C-298/98 P, Jurispr. blz. I-10157).

44 — Ibidem, punt 58.

42 — Arrest aangehaald in voetnoot 41, punt 35.

2. De middelen inzake schending van het evenredigheids- en het gelijkheidsbeginsel

91. In het kader van hun hierboven uiteengezette algemene grief betreffende de richtsnoeren klagen de meeste rekwiranten er voorts over, dat het Gerecht in zijn arrest niet heeft vastgesteld dat sprake is van schending van het evenredigheids- en het gelijkheidsbeginsel.

92. Vanuit deze optiek hebben zij bezwaar tegen het automatisme van de berekeningsmethode die de Commissie in casu heeft toegepast, waardoor niet daadwerkelijk rekening kon worden gehouden met de individuele factoren en omstandigheden die de situatie van elke onderneming in het kader van het kartel kenmerken.

93. Doordat deze methode op forfaitaire bedragen berust, kon niet op passende wijze rekening worden gehouden met de omzet van de ondernemingen, met name de omzet op de relevante markt, terwijl de beoordeling van deze factor zowel in de rechtspraak van het Hof als in de beschikkingspraktijk van de Commissie altijd van groot belang is geweest teneinde te waarborgen dat het evenredigheidsbeginsel in acht wordt genomen.

94. Volgens deze rechtspraak moet het basisbedrag van de geldboete worden vast-

gesteld aan de hand van de omzet van de betrokken onderneming, met het doel de omvang en de economische macht, en daarmee de mogelijke invloed van deze onderneming op de markt, te bepalen. Het gaat derhalve om een berekening die dient ter „individualisering” van de geldboete per afzonderlijke onderneming en ter „proportie-ring” van de boete ten opzichte van de andere bij de inbreuk betrokken ondernemingen.

95. De door de Commissie gevolgde methode kon volgens rekwiranten evenwel niet tot een correcte „individualisering” van de sanctie leiden. Telkens wanneer de Commissie met de door haar gevolgde berekeningswijze het maximumbedrag van 10 % van de omzet had bereikt of overschreden, was elke aanpassing van de berekening (naar gelang van de duur van de inbreuk, verzachtende omstandigheden, enzovoorts) boven deze drempelwaarde een puur theoretische aangelegenheid; de aanpassing heeft geen enkele invloed gehad op het eindbedrag van de geldboete, aangezien dit uiteindelijk hoe dan ook tot de drempelwaarde moest worden teruggebracht. Dit is in strijd met de rechtspraak van het Hof (inzonderheid het arrest *Musique Diffusion française*⁴⁵), volgens welke het bedrag van de geldboete moet worden vastgesteld met inachtneming van alle relevante factoren.

96. Sommige rekwiranten voeren tot slot aan, dat de Commissie als basisbedrag een forfaitair bedrag heeft gehanteerd dat losstaat

45 — Aangehaald in voetnoot 34.

van de omzet van de betrokken ondernemingen en in enkele gevallen al bij het begin van de berekening 10 % van de omzet overschreed, waardoor zij zich heeft schuldig gemaakt aan discriminatie van de kleine en middelgrote ondernemingen, waaraan geldboeten zijn opgelegd die in verhouding tot hun economische betekenis buitensporig zijn. De geldboeten van deze ondernemingen zijn verhoudingsgewijs namelijk belastender dan de geldboete van ABB, terwijl die onderneming niet alleen van grotere omvang, maar tevens de leidster van het kartel is, zodat sprake is van een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling.

97. Dienaangaande merk ik terstond op, dat de gepastheid van een geldboete in verhouding tot de zwaarte en de duur van de inbreuk krachtens artikel 17 van verordening nr. 17 ter – inhoudelijke – beoordeling van het Gerecht staat. Alleen het Gerecht is derhalve bevoegd om na te gaan, hoe de Commissie per afzonderlijk geval de zwaarte en de duur van de onrechtmatige gedragingen heeft beoordeeld.⁴⁶

98. In hogere voorziening dient het Hof enkel na te gaan of het Gerecht op een juridisch correcte wijze alle wezenlijke fac-

toren in aanmerking heeft genomen die voor de beoordeling van de inbreuk van betekenis zijn en of het blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij het onderzoek van de door verzoeksters aangevoerde argumenten.⁴⁷

99. Aangaande met name de gestelde onevenredige en discriminatoire aard van de geldboeten, staat het niet aan het Hof om uit billijkheidsoverwegingen zijn oordeel in de plaats te stellen van dat het Gerecht, dat zich in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht heeft uitgesproken over het bedrag van de geldboeten die ondernemingen wegens schending van het gemeenschapsrecht opgelegd hebben gekregen.⁴⁸

100. De toetsing van het Hof moet derhalve in de onderhavige zaak worden beperkt tot het onderzoek of het Gerecht, door de door de Commissie gehanteerde criteria voor de vaststelling van de geldboeten te bevestigen en de toepassing daarvan te controleren en in voorkomend geval zelfs te corrigeren, een kennelijke fout heeft gemaakt of het evenredigheids- en het gelijkheidsbeginsel, die de oplegging van geldboeten beheersen, heeft geschonden.⁴⁹

⁴⁶ — Arresten van 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie (C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punt 128), en 29 april 2004, British Sugar/Commissie (C-359/01 P, Jurispr. blz. I-4933, punt 47).

⁴⁷ — Arresten Ferriere Nord/Commissie, aangehaald in voetnoot 33, punt 31, en Baustahlgewebe/Commissie, aangehaald in voetnoot 46, punt 128.

⁴⁸ — Arresten Baustahlgewebe/Commissie, aangehaald in voetnoot 46, en British Sugar/Commissie, aangehaald in voetnoot 46, punt 48.

⁴⁹ — Arrest van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 365).

101. Met deze grenzen van de rechterlijke controle van het Hof in gedachten, zal ik nu de betrokken grieven onderzoeken.

102. Om te beginnen dient de Commissie bij de vaststelling van het bedrag van de geldboeten die zij van plan is wegens schending van het mededingingsrecht op te leggen, ontegenzeggelijk het evenredigheidsbeginsel in acht te nemen.

103. Op het in casu aan de orde zijnde gebied komt dit beginsel in de eerste plaats in zozegd „absolute” zin tot gelding en vindt het uitdrukking in de inachtneming van in de in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 vastgelegde bovengrens van 10 % van de totale omzet. Dit plafond dient er juist toe, geldboeten die in vergelijking met de omvang van de gestrafte onderneming onevenredig zijn, te voorkomen.⁵⁰

104. Vanuit deze optiek ben ik van mening, dat de grief van sommige rekwiranten dat de Commissie bij de toepassing van de 10 %-grens geen rekening heeft gehouden met hun omzet op de relevante markt, niet gegrond is.

Ik sluit mij namelijk aan bij de analyse van het Gerecht volgens welke uit vaste rechtspraak voortvloeit dat deze grens betrekking heeft op de *totale omzet* van de betrokken onderneming — alleen deze omzet kan een indicatie geven van het belang en de invloed van de betrokken ondernemingen — en dat de Commissie derhalve met inachtneming van deze grens over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt bij de beslissing in hoeverre met de totale omzet en/of de omzet op de relevante markt rekening moet worden gehouden.

105. Met andere woorden, wanneer het bedrag van de eindboete niet hoger is dan 10 % van de totale omzet van de rekwiranten in het laatste boekjaar vóór de inbreuk, kan de geldboete niet als onevenredig worden beschouwd op de enkele grond dat zij de op de relevante markt behaalde omzet overtreft.

106. Anderzijds kan evenmin worden tegen-
geworpen, zoals sommige rekwiranten hebben gedaan, dat de geldboeten alleen al daarom discriminerend zijn omdat het bedrag ervan voor enkele van de betrokken ondernemingen moest worden verminderd teneinde het plafond van 10 % in acht te nemen, terwijl dit niet is gebeurd voor ondernemingen ten aanzien waarvan dit plafond tijdens de verschillende fasen van

⁵⁰ — Zie bijvoorbeeld arrest *Musique Diffusion française* e.a./Commissie, aangehaald in voetnoot 34, punt 119.

de berekening van de geldboete nimmer werd overschreden. Zoals het Gerecht heeft opgemerkt⁵¹, is deze vermindering namelijk het rechtstreekse en onvermijdelijke gevolg van de in verordening nr. 17 vastgestelde bovengrens. In deze omstandigheden kan een alleen om deze reden achterwege gebleven vermindering van de geldboete er mijns inziens niet toe leiden, dat het bedrag van een overigens rechtmatig vastgestelde geldboete discriminerend is.⁵²

107. Dit neemt niet weg dat dit automatisme niet toch van invloed kan zijn op het evenredigheidsbeginsel wanneer dit beginsel niet in absolute maar in „relatieve” zin wordt opgevat, in die zin dat het dient te verzekeren dat de boete wordt „geïndividualiseerd” en daarmee evenredig wordt aan de zwaarte van de inbreuk en de overige subjectieve en objectieve omstandigheden van het individuele geval. Aldus bezien vloeit de evenredige en niet-discriminerende aard van het bedrag van de boete niet voort uit een eenvoudige rekenkundige verhouding met de totale omzet in het voorafgaande boekjaar, maar veeleer uit alle factoren die hierboven (punt 69) zijn genoemd.

108. Dit „relatieve” aspect van de evenredigheidstoets is van bijzonder belang wanneer het om collectieve inbreuken gaat, omdat het

evenredigheidsvereiste in geval van een inbreuk door verschillende ondernemingen vereist dat bij de vaststelling van de geldboete het „relatieve gewicht van de deelneming van elk van hen” wordt onderzocht.⁵³

109. Ditzelfde vereist ook het gelijkheidsbeginsel, dat immers volgens vaste rechtspraak wordt geschonden wanneer vergelijkbare situaties verschillend en verschillende situaties gelijk worden behandeld, behoudens wanneer een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is.⁵⁴ In de onderhavige zaak behoort daarom de geldboete voor alle ondernemingen die zich in dezelfde situatie bevinden, gelijk te zijn en mogen verschillende gedragingen niet op dezelfde wijze worden gesanctioneerd.

110. Terugkomend op de onderhavige zaken, zal ik thans de analyse van het Gerecht op dit punt nalopen.

51 — Bestreden arrest Brugg Rohrsysteme/Commissie, punt 155.

52 — Een andere vraag, die ik nog zal behandelen (zie punten 113 e.v.), betreft de gevolgen die kunnen voortvloeien uit een overschrijding van de bovengrens van 10 % voor de wettigheid van geldboeten waarop de Commissie een vermindering moest toepassen teneinde deze bovengrens in acht te nemen.

53 — Arrest van 8 juli 1999, Hercules Chemicals/Commissie (C-51/92 P, Jurispr. blz. I-4235, punt 110). Zie eveneens arresten van 16 december 1975, Sulker Unie e.a./Commissie (40/73-48/73, 50/73, 54/73, 56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1669, punt 623), alsmede het arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, aangehaald in voetnoot 49, punt 92).

54 — Arresten van 13 december 1984, Semide (106/83, Jurispr. blz. 4209, punt 28), en 28 juni 1990, Hoche (C-174/89, Jurispr. blz. I-2681, punt 25).

111. In de bestreden arresten is vastgesteld dat de door de Commissie gehanteerde criteria voor de vaststelling van de geldboeten berusten op een zorgvuldig en gedetailleerd onderzoek van de bijzondere zwaarte van de inbreuk en de duur ervan⁵⁵, alsmede van de situatie, de rol en de gedragingen van de gestrafte ondernemingen; dat de Commissie bij de vaststelling van het basisbedrag van de geldboeten op correcte wijze heeft rekening gehouden met het uiteenlopende economische gewicht van de karteldeelneemers door de ondernemingen „naar gelang van hun betekenis voor de betrokken markt in de Gemeenschap” in vier categorieën te verdelen (punt 166 van de beschikking) en per categorie verschillende basisbedragen vast te stellen, en dat de Commissie met het oog op de indeling in deze categorieën „niet alleen rekening [heeft] gehouden met de omzet op de betrokken markt, maar ook met het relatieve belang dat de leden van het kartel elkaar onderling toekenden, zoals blijkt uit de binnen het kartel overeengekomen quota [...] en uit de in 1995 beoogde en behaalde resultaten”⁵⁶. Op grond daarvan is geconcludeerd, dat de onderverdeling van de ondernemingen in vier categorieën en de vaststelling van de individuele basisbedragen objectief gerechtvaardigd waren en een coherent geheel opleverden.⁵⁷

55 — Behoudens in de zaak Dansk Rørindustri, waarin het Gerecht besliste dat de Commissie een beoordelingsfout had gemaakt door verzoekster te beschuldigen van deelneming aan het kartel in de periode van april tot augustus 1994. Nochtans heeft het Gerecht het bedrag van de door de Commissie opgelegde geldboete bevestigd.

56 — Bestreden arrest LR AF 1998/Commissie, punt 296.

57 — Zie bijvoorbeeld het bestreden arrest LR AF 1998/Commissie, punt 304, waarin het Gerecht heeft vastgesteld dat de Commissie met betrekking tot de vaststelling van het basisbedrag voor de ondernemingen van de „tweede categorie” „voor de beoordeling van het belang van elk van de ondernemingen op de relevante markt [...] het vertrekpunt [mocht] vaststellen op het niveau dat minstens tweemaal zo hoog was als voor de ondernemingen van de derde categorie”.

112. Aldus heeft de Commissie volgens het Gerecht de richtsnoeren correct toegepast, voorzover deze bepalen dat in het geval van inbreuken waarbij verscheidene ondernemingen van zeer verschillende grootte zijn betrokken, een weging van de basisbedragen kan worden toegepast „om rekening te houden met het specifieke gewicht, en derhalve met de daadwerkelijke invloed van het inbreukmakende gedrag van elke onderneming afzonderlijk op de mededinging” (punt 1, A, zesde en zevende alinea van de richtsnoeren).

113. De door de Commissie opgelegde en door het Gerecht bevestigde geldboeten waren derhalve het resultaat van een zorgvuldig en gedetailleerd onderzoek van de bijzondere zwaarte van de inbreuk en de duur ervan, alsmede van de situatie, de rol en het gedrag van elk van de gestrafte ondernemingen.

114. Ik wil niettemin opmerken dat ook al zijn de criteria voor de vaststelling van de geldboeten in acht genomen, dit nog niet betekent dat daarmee alle met de inachtneming van het evenredigheids- en gelijkheidsbeginsel verbonden vragen als beantwoord kunnen worden beschouwd.

115. In de litigieuze beschikking is namelijk, zoals de Commissie zelf toegeeft, een groot deel van de berekeningen boven het in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17

vastgestelde maximum van 10 % uitgevoerd. De Commissie heeft deze bovengrens bij de berekening van de geldboeten van alle rekwiranten, met uitzondering van KE KELIT Kunststoffwerk, Brugg Rohrsysteme en ABB Asea Brown Boveri, overschreden. Zij is bij de berekening van de geldboeten in drie gevallen (Isoplus-groep, LR AF 1998 [Duitsland] en Dansk Rørindustri) zelfs uitgegaan van een basisbedrag dat de bovengrens van 10 % reeds overschreed. Eerst aan het einde van de berekeningsprocedure en alvorens de mededeling inzake medewerking toe te passen, heeft zij een reductie op het aldus berekende tussenbedrag toegepast, teneinde het plafond van 10 % van de totale omzet in acht te nemen.

116. Met andere woorden, de in artikel 15 vastgestelde bovengrens van 10 % functioneerde niet als een plafond dat reeds vanaf het begin van de berekening niet mocht worden overschreden, maar slechts als een eindlimiet met het oog op de „aftrek” van het gedeelte van de geldboete dat dit plafond overschreed.

117. Sommige rekwiranten betogen dat deze berekeningsmethode in strijd is met artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 en in de onderhavige gevallen heeft geleid tot schending van het evenredigheids- en het gelijkheidsbeginsel, omdat het bedrag van de geldboeten slechts gedeeltelijk en op gebrekkige wijze de specificiteit van elk individueel geval en de relatieve positie van elke

individuele onderneming binnen het kartel weerspiegelt.

118. Telkens namelijk wanneer de Commissie bij de berekeningen het plafond van 10 % overschreed, kon een eventuele aanpassing (op grond van de duur van de inbreuk, verzachtende omstandigheden, enzovoorts) boven dit plafond niet concreet doorwerken op het eindbedrag van de geldboeten, zoals ook duidelijk blijkt uit de door rekwiranten overgelegde tabel met de cijfers voor de vaststelling van dit bedrag.

119. Ofschoon dit argument juist is, ben ik van mening dat het niet volstaat om het beroep op grond van de hier onderzochte middelen gegrond te verklaren.

120. Noch de tekst noch de geest van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 staat namelijk in de weg aan de door de Commissie toegepaste berekeningsmethode. Zoals het Gerecht heeft uiteengezet, is het de Commissie met name niet verboden om bij haar berekening uit te gaan van een bedrag dat 10 % van de omzet van de betrokken onderneming overschrijdt, voorzover de uiteindelijk opgelegde geldboete dit maximum niet overschrijdt.⁵⁸

⁵⁸ — Zie het bestreden arrest LR AF 1998/Commissie, punt 288.

121. In verband hiermee acht ik het van belang, dat artikel 15, lid 2, het bedrag van de geldboeten in twee afzonderlijke achtereenvolgende stappen berekent:

- ten eerste kan de Commissie volgens deze bepaling een geldboete opleggen „van ten minste duizend en ten hoogste één miljoen rekeneenheden”, waarmee een minimum- en een maximumboete wordt vastgesteld;
- ten tweede kan de Commissie volgens deze bepaling het genoemde „maximum strafbedrag” overschrijden, voorzover het eindbedrag van de geldboete „een bedrag van ten hoogste 10 procent van de omzet van elk der betrokken ondernemingen in het voorafgaande boekjaar” niet overschrijdt.

122. Mijns inziens kunnen hieruit twee belangrijke conclusies worden getrokken.

123. Zoals allereerst uit het bepaalde in het eerste gedachtestreepje van deze bepaling blijkt, is een op een forfaitair bedrag berustend systeem ter berekening van de geldboete niet geheel vreemd aan de logica van verordening nr. 17.

124. Bovendien stelt het tweede gedachtestreepje in de gevallen waarin de Commissie het opportuun acht van de in het eerste gedachtestreepje voorziene sanctiemarge af te wijken, slechts een „plafond” vast, zodat het de Commissie vrijstaat elke andere berekeningswijze toe te passen.

125. Bij een dergelijk systeem zijn aanpassingen en nivelleringen, zoals door rekwi-ranten bekritiseerd, onvermijdelijk, omdat een plafond per definitie een absolute bovengrens vormt die automatisch van toepassing is zodra een bepaald niveau is bereikt, en zulks onafhankelijk van andere beoordelingsmaatstaven. Inderdaad is, zoals de Commissie heeft opgemerkt, aan de rekwi-ranten waarop deze limiet is toegepast, een lagere geldboete opgelegd dan die welke hun zonder plafond, op grond van alle omstandigheden van de inbreuk, met name de zwaarte en de duur ervan, zou zijn opgelegd.

126. Dit alles is echter — ik herhaal het nogmaals — inherent aan het systeem van verordening nr. 17. Hetgeen rekwi-ranten namelijk als onevenredige en/of discrimine-rende resultaten van het berekeningsproces van de Commissie omschrijven, is in werke-lijkheid slechts de onvermijdelijke conse-quentie van de toepassing van de bovengrens van 10 %.

127. Gezien vanuit deze invalshoek kan de Commissie derhalve niets worden verweten,

indien vaststaat dat zij in situaties als de onderhavige a) de zwaarte, de duur en de andere omstandigheden van de inbreuk juist heeft beoordeeld en b) ten aanzien van het eindbedrag van de geldboeten de bovengrens van 10 % van de totale omzet van elke afzonderlijke onderneming in acht heeft genomen.

128. Bijgevolg kom ik tot de conclusie dat de onderhavige, tot vernietiging strekkende middelen geen steun vinden in de geldende rechtsregeling.

129. Ik wil er echter niettemin de aandacht op vestigen dat de berekeningsmethode van de Commissie, zoals uit de voorgaande bespreking blijkt, een zeker risico wat de billijkheid van het systeem betreft, met zich brengt.

130. Het lijkt mij namelijk niet volledig te stroken met de vereisten van individualisering en differentiëring van de „straf” — twee kernbeginselen van elk sanctiesysteem, zowel op strafrechtelijk als op administratiefrechtelijk gebied — dat in de onderhavige zaken een deel van de berekeningen in wezen van formele en abstracte aard is en dus in het eindbedrag van de geldboete niet concreet doorwerkt. Evenmin kan men ontkennen dat, om dezelfde reden, het door de richtsnoeren nagestreefde doel van een grotere

doorzichtigheid niet volledig dreigt te kunnen worden verwezenlijkt.

131. Daar komt nog bij, dat de vermelde situaties geenszins uitzonderingen vormen en dat juist de kans bestaat dat zij zich steeds vaker zullen voordoen. Het beleid van de Commissie op het gebied van geldboeten wegens inbreuken op het mededingingsrecht is namelijk met de uitvaardiging van de richtsnoeren in 1998 een nieuwe fase ingegaan, die, om redenen die niet te mijner beoordeling staan, ongetwijfeld strenger is en met name bij de zwaarste inbreuken in een verhoging van het boeteniveau tot uiting komt. Bovendien dreigt deze verscherping eerder kleine en middelgrote ondernemingen te zullen treffen, aangezien de berekeningsmethode op forfaitaire bedragen is gebaseerd.⁵⁹

132. Er is dus sprake van een nieuwe en meer problematische situatie in vergelijking

59 — In dit verband wijs ik erop, dat de richtsnoeren van de Nederlandse Mededingingsautoriteit voor de vaststelling van geldboeten juist om deze redenen uitdrukkelijk afwijken van de gedragslijn van de Commissie: „De d-g NMa heeft gencend ten aanzien van boetes voor overtreding van de Mededingingswet niet zonder meer de richtsnoeren die de Europese Commissie heeft opgesteld, tot uitgangspunt te kunnen nemen. De Europese Commissie hanteert volgens bedoelde richtsnoeren inbreukcategorieën waarvoor vervolgens vaste boetebedragen gelden. Een nadeel van een systeem met vaste boetebedragen is dat kleine ondernemingen relatief harder worden getroffen dan grotere (vaak internationaal opererende) ondernemingen. Het boetebeleid van de d-g NMa moet zowel toepasbaar zijn op (zeer) grote ondernemingen als op het midden- en kleinbedrijf, zonder daarbij ter ener zijde de beoogde preventieve werking te missen en te anderzijde onevenredige resultaten te genereren.” (Richtsnoeren boetetoemeting — met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet, 19 december 2001, punt 5).

met de fase waarin de methodiek van de Commissie tijdens het berekeningsproces in beginsel niet tot een overschrijding van de limiet van 10 % van de totale omzet leidde, waardoor het gemakkelijker was alle omstandigheden van het concrete geval bij de berekening van het bedrag van de geldboete direct in aanmerking te nemen.

schending oplevert van hun gewettigd vertrouwen dat de voorheen gebruikelijke methode ter berekening van de geldboeten, gebaseerd op het criterium van de omzet van de onderneming op de relevante markt, zou worden toegepast.

133. Derhalve rijst de vraag of de genoemde consequenties van de nieuwe koers van het boetebeleid niet nopen tot enige bijstelling, teneinde te verzekeren dat de uitkomst in elke zaak strookt met de algemene vereisten van redelijkheid en billijkheid.

135. De Commissie had, indien zij van deze praktijk had kunnen afwijken — quod non — de ondernemingen op zijn minst van haar bedoeling op de hoogte moeten brengen en een passende motivering voor deze wijziging moeten geven.

3. De middelen inzake schending van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen en van het verbod van terugwerkende kracht

136. De schending van het vertrouwensbeginsel is in casu bovendien des te ernstiger, nu rekwiranten hadden besloten met de diensten van de Commissie samen te werken, en dit besluit juist mede was ingegeven door de voordelen die de betrokken ondernemingen zich daarvan hadden voorgesteld, te weten dat de bovengenoemde mededeling inzake medewerking ook op de vroegere praktijk ter berekening van geldboeten zou worden toegepast.

a) Schending van het gewettigd vertrouwen

134. De meeste rekwiranten beklagen zich erover dat in de litigieuze beschikking de richtsnoeren op hen zijn toegepast, ofschoon de inbreuk vóór het opstellen van deze richtsnoeren is begonnen. Zij stellen dat dit

137. Ik stel voorop dat ik het verband dat rekwiranten tussen de mededeling inzake medewerking en het bedrag van de in casu door de Commissie opgelegde geldboeten leggen, ernstig in twijfel trek.

138. Het is juist dat de Commissie volgens punt 3 van deel E van deze mededeling „zich ervan bewust [is] dat deze mededeling een gewettigd vertrouwen wekt, waarop ondernemingen zich kunnen beroepen wanneer zij het bestaan van een mededingingsregeling aan de Commissie kenbaar maken”. Het is naar mijn mening echter duidelijk, dat de eventuele gewettigde verwachtingen van rekwiranten op grond van de mededeling alleen betrekking konden hebben op de *modaliteiten* van de wegens hun samenwerking te verlenen reductie en niet op het *bedrag* van de geldboete „die hun anders zou worden opgelegd”⁶⁰ of op de berekeningsmethode van de geldboete.

139. Zoals de Commissie ook ter terechtzitting terecht heeft aangevoerd, laat de mededeling inzake medewerking zich geenszins uit over het bedrag van de geldboeten die zonder samenwerking worden opgelegd. De mededeling heeft evenmin betrekking op de wijze waarop de Commissie in individuele gevallen bij de vaststelling van de geldboeten voor ondernemingen die artikel 81 EG hebben geschonden, dient te handelen.

140. Nauwkeuriger gezegd: punt 5 van deel A van de mededeling verduidelijkt dat de samenwerking van een onderneming met de diensten van de Commissie slechts één van de factoren is waarmee de Commissie bij de vaststelling van de geldboete rekening kan houden.

141. Bepalend voor de hier verdedigde opvatting is mijns inziens overigens punt 3 van deel A van de mededeling, volgens hetwelk de mededeling beoogt „de voorwaarden” aan te geven „waaronder ondernemingen die met de Commissie samenwerken wanneer deze een onderzoek naar een mededingingsregeling instelt, van geldboeten kunnen worden vrijgesteld of aanspraak kunnen maken op een vermindering van de boete die hun anders zou worden opgelegd”.

142. Nu rijst de vraag of de Commissie het gewettigd vertrouwen van rekwiranten heeft geschonden door de in de richtsnoeren voorziene nieuwe methode voor de berekening van geldboeten toe te passen.

143. Rekwiranten benadrukken terecht dat een door een gemeenschapsinstelling over een langere periode toegepaste praktijk in beginsel gefundeerde en wettige verwachtingen kan wekken die door het gemeenschapsrecht moeten worden beschermd.

144. In dit verband beroepen zij zich op het arrest Ferriere San Carlo/Commissie⁶¹ waarin het Hof moest oordelen over de rechtmatigheid van een beschikking van de Commissie, waarin deze Ferriere San Carlo

60 — Mededeling inzake medewerking, punten 1-3 van deel A.

61 — Arrest van 12 november 1987 (344/85, Jurispr. blz. 4435).

een overschrijding van haar leveringsquotum voor betonstaal in de gemeenschappelijke markt in de zin van een eerdere beschikking van de Commissie verweet. Het Hof verklaarde het beroep gegrond met de motivering dat het optreden van de Commissie in strijd was met haar praktijk van de twee voorafgaande jaren, waarin zij leveringen van grotere hoeveelheden dan de door de Gemeenschap vastgestelde hoeveelheden had getolereerd.

145. Op grond van dit precedent betogen rekwiranten dus dat ook in hun geval het gewettigd vertrouwen dat zij in de handhaving van de praktijk van de Commissie ter berekening van geldboeten hadden gesteld, had moeten worden beschermd. Bovendien heeft de Commissie in casu de betrokken ondernemingen nimmer meegedeeld dat zij van plan was de in de richtsnoeren vervatte nieuwe methode voor de berekening van geldboeten toe te passen en derhalve haar vroegere praktijk te verlaten.

146. Hierbij zien rekwiranten evenwel over het hoofd dat het Hof eveneens heeft verklaard, dat op het beginsel van de bescherming van het gewettigd vertrouwen alleen een beroep kan worden gedaan wanneer de wijziging van de praktijk van de instelling door een „voorzichtig en bezonnen handelaar” niet kon worden voorzien.⁶²

62 — Arrest van 15 april 1997, Irish Farmers Association e.a. (C-22/94, Jurispr. blz. I-1809, punt 25). Zie bovendien arrest van 11 maart 1987, Van den Bergh en Jurgens/Commissie (265/85, Jurispr. blz. 1155, punt 44).

147. Vastgesteld moet derhalve worden of een wijziging in de berekeningsmethode voor geldboeten, zoals door de Commissie door middel van de richtsnoeren ingevoerd, door een „voorzichtig en bezonnen” handelaar kon worden voorzien.

148. Het antwoord op deze vraag houdt mijns inziens verband met de bovenstaande uiteenzettingen betreffende de wettigheid van de richtsnoeren.

149. Dienovereenkomstig kan de Commissie er niet van worden beticht, het gewettigd vertrouwen van rekwiranten te hebben geschonden op de enkele grond dat zij voor een strengere gedraglijn bij de vaststelling van geldboeten heeft geopteerd of hiervoor een nieuwe berekeningsmethode heeft ingevoerd, waarbij zij binnen het kader van de regeling van verordening nr. 17 is gebleven.

150. Volgens mij had een voorzichtig en bezonnen handelaar redelijkerwijs kunnen voorzien dat het algemene niveau van de geldboeten zou worden verhoogd of dat de Commissie in het kader van de haar krachtens artikel 15 van verordening nr. 17 verleende beoordelingsbevoegdheid een berekeningsmodel voor geldboeten zou vaststellen dat strookte met het secundaire gemeenschapsrecht.

151. Het is namelijk vaste rechtspraak van het Hof dat „ook al is het vertrouwensbeginsel een van de fundamentele beginselen van de Gemeenschap, de marktdeelnemers niet mogen vertrouwen op de handhaving van een bestaande situatie die door de gemeenschapsinstellingen, handelend krachtens hun discretionaire bevoegdheid, kan worden gewijzigd”.⁶³

152. Welnu, op het in casu relevante gebied heeft het Hof de Commissie juist het recht toegekend het algemene niveau van geldboeten voor inbreuken op het communautaire mededingingsrecht discretionair te verhogen, waarbij het overwoog dat het feit dat de Commissie „in het verleden voor sommige soorten inbreuken geldboetes van een bepaald niveau heeft opgelegd, haar niet [behoeft] te verhinderen dit niveau binnen de in verordening nr. 17 gestelde grenzen te verhogen, indien zulks noodzakelijk is ter verzekering van de uitvoering van het communautaire mededingingsbeleid. Voor een doeltreffende toepassing van de communautaire mededingingsregels moet de Commissie het niveau van de geldboetes juist op elk moment aan de eisen van dit beleid kunnen aanpassen”.⁶⁴

153. In hetzelfde arrest heeft het Hof voorts uitgesloten dat de Commissie gehouden zou zijn in de mededeling van de punten van

bezwaar de mogelijkheid van een beleidswijziging met betrekking tot het algemene niveau van de boeten te vermelden: „deze mogelijkheid [is] afhankelijk van algemene overwegingen betreffende het mededingingsbeleid en [houdt] geen rechtstreeks verband met de bijzondere omstandigheden van de betrokken zaken”.⁶⁵

154. Ik wil hieraan toevoegen dat de Commissie de handelaren niettemin op een eventuele verhoging van het niveau van de geldboeten en een versterking van de afschrikkende werking van de boeten heeft geattendeerd.⁶⁶ De betrokken marktdeelnemers waren derhalve ook van de bedoelingen van de Commissie in dit opzicht op de hoogte.

155. Ik concludeer hieruit dat het gewettigd vertrouwen van rekwiranten in casu niet is geschonden.

b) Schending van het verbod van terugwerkende kracht

156. Zoals reeds vermeld, beroepen rekwiranten zich voorts op schending van het

63 — Arrest van 14 februari 1990, Delacre e.a./Commissie (C-350/88, Jurispr. blz. I-395, punt 33).

64 — Arrest Musique Diffusion française e.a./Commissie, aangehaald in voetnoot 34, punt 109.

65 — Ibidem, punt 22.

66 — Zie XXIIe Verslag over het mededingingsbeleid, blz. 120.

verbod van terugwerkende kracht van de sancties.

157. In dit opzicht delen zij de opvatting van het Gerecht in de bestreden arresten, te weten dat de sancties die een onderneming wegens inbreuk op de mededingingsregels zijn opgelegd moeten overeenkomen met de regels die ten tijde van de inbreuk golden.

158. Naar de mening van rekwiranten heeft de Commissie dit beginsel echter geschonden, doordat zij is afgeweken van de praktijk die tot dusverre was gevolgd met het oog op de berekening van de geldboeten, zodat het eindbedrag daarvan aanzienlijk hoger is uitgevallen.

159. Ik merk van mijn kant op, dat het sanctiesysteem dat van kracht was toen de inbreuken op het mededingingsrecht werden begaan, niet — zoals rekwiranten stellen — bestond in de beschikkingspraktijk van de Commissie maar in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17. Alleen deze bepaling bevat immers de criteria en parameters waarmee de Commissie bij de berekening van de geldboeten rekening moet houden.

160. Het ligt daarom mijns inziens voor de hand dat, om van een schending van het verbod van terugwerkende kracht te kunnen spreken, moet worden vastgesteld dat de aan rekwiranten opgelegde geldboeten de grenzen van het systeem van artikel 15 overschrijden (en daarmee niet verenigbaar zijn).

161. Dit is in casu evenwel niet het geval.

162. Zoals immers reeds vermeld, zijn de richtsnoeren door de Commissie met inachtneming van en conform met het in artikel 15 vervatte systeem vastgesteld.

163. De berekening van de geldboeten volgens de methode van de richtsnoeren vindt namelijk nog steeds plaats aan de hand van de twee criteria van artikel 15, lid 2, te weten de zwaarte en de duur van de inbreuk, met inachtneming van de bovengrens van 10 % van de omzet elk van de betrokken ondernemingen.

164. De omstandigheid dat het niveau van de geldboeten werd verhoogd, levert op zich evenmin schending van het verbod van

terugwerkende kracht op. Ik verwijs hiertoe naar hetgeen ik hiervoor heb overwogen, namelijk dat de Commissie op dit gebied beoordelingsvrijheid geniet, zodat zij om redenen van mededingingsbeleid kan overgaan tot verhoging en aanscherping van het boeteniveau, mits zij binnen het algemene juridische kader blijft dat van kracht was toen de inbreuken waarvoor de geldboete werd opgelegd, werden gepleegd.

snoeren een wezenlijke verandering in het alstoen geldende recht hebben teweeggebracht en tot een aanzienlijke verhoging van het bedrag van de geldboeten hebben geleid. De Commissie heeft in de mededeling van de punten van bezwaar geen enkele aanwijzing verschaft op grond waarvan zij de invoering van een nieuw beleid op het gebied van de berekening van de geldboeten konden voorzien. Rekwiranten zijn daarom niet in staat geweest tijdens de administratieve procedure opmerkingen over de toepassing van de nieuwe richtsnoeren te maken.

165. Bijgevolg kan de Commissie in casu niet worden verweten dat zij het verbod van terugwerkende kracht heeft geschonden, omdat zij bij de toepassing van de berekeningsmethode van de richtsnoeren binnen het kader van artikel 15 van verordening nr. 17 is gebleven.

167. De Commissie brengt tegen deze grieven voornamelijk in, dat zij geenszins verplicht was om de ondernemingen waarbij onderzoeken wegens concurrentievervalsing plaatsvonden, uitvoerig te informeren over de methode die zij van plan was voor de berekening van de geldboeten toe te passen of aanwijzingen te geven over de eventuele bedragen van die geldboeten.

4. Het middel inzake schending van de rechten van de verdediging

168. Ook ik ben van mening dat de Commissie de rechten van de verdediging van rekwiranten niet heeft geschonden en met name niet hun recht om ter zake van de vaststelling van de geldboeten te worden gehoord.

166. Alle rekwiranten behalve ABB stellen dat het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste opvatting door vast te stellen dat het recht van rekwiranten om gehoord te worden de Commissie er niet toe verplichtte, hen in de loop van de administratieve procedure mee te delen dat zij van plan was de nieuwe richtsnoeren voor de berekening van geldboeten toe te passen. Dit verzuim is des te ernstiger, daar de richt-

169. Hiertoe volstaat een verwijzing naar de, door het Gerecht terecht aangehaalde, rechtspraak van het Hof, volgens welke de Commissie haar verplichting om de ondernemingen te horen in acht neemt, wanneer zij in haar mededeling van de punten van bezwaar uitdrukkelijk verklaart dat zij zal

onderzoeken of aan de betrokken ondernemingen boeten dienen te worden opgelegd, en wanneer zij de voor de eventuele vaststelling van een geldboete voornaamste feitelijke en juridische gegevens vermeldt, zoals de ernst en de duur van de veronderstelde inbreuk en de omstandigheid dat deze opzettelijk of uit onachtzaamheid is begaan.⁶⁷

170. Zoals het Gerecht in de bestreden arresten heeft opgemerkt⁶⁸, heeft de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar de feitelijke en juridische gegevens genoemd waarop zij zich bij de vaststelling van het bedrag van de boete zou baseren: de zeer ernstige aard van de inbreuk, de duur van de inbreuk die zij aan elke onderneming wilde toeschrijven, de gegevens die zij als verzwarende omstandigheden beschouwde en de overige factoren waarmee zij bij de vaststelling van de geldboete rekening zou houden, zoals bijvoorbeeld de rol die elke onderneming in het kader van het kartel heeft gespeeld, hun economische macht op de relevante markt, enzovoorts.

171. Daarmee heeft de Commissie het recht van de ondernemingen om gehoord te worden met betrekking tot de oplegging van de geldboete en alle gegevens die zij bij de berekening van het bedrag daarvan in aanmerking zou nemen, naar behoren in acht genomen. Volgens de rechtspraak houdt

de inachtneming van dit recht geen verdere verplichtingen voor de Commissie in en zeker niet de verplichting om uiteen te zetten op welke wijze zij elk van deze gegevens in de berekening van de geldboete zal betrekken of op welk bedrag de geldboete zal worden vastgesteld.⁶⁹

172. Volgens het Hof behoeft de Commissie bovendien in de mededeling van de punten van bezwaar niet de mogelijkheid van een eventuele wijziging in haar beleid met betrekking tot het algemene niveau van de geldboeten te vermelden.⁷⁰

173. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, dit middel af te wijzen.

5. Het middel inzake schending van de motiveringsplicht met betrekking tot de berekening van het bedrag van de geldboeten

174. Enkele rekwiranten (met name KE KELIT, LR AF 1998 A/S en LR AF GmbH) verwijten het Gerecht dat het heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting

67 — Arrest *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, aangehaald in voetnoot 34, punt 21. Zie eveneens arrest *Michelin/Commissie*, aangehaald in voetnoot 34, punten 19 en 20.

68 — Zie bijvoorbeeld het bestreden arrest *LR AF 1998/Commissie*, punten 201-203.

69 — *Ibidem*, punt 206, en arrest *Michelin/Commissie*, aangehaald in voetnoot 34, punt 19.

70 — Arrest *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, aangehaald in voetnoot 34, punt 22.

door te oordelen dat de beschikking van de Commissie op het punt van de berekening van het bedrag van de geldboete voldoende gemotiveerd is en de Commissie derhalve artikel 253 EG niet heeft geschonden. Volgens deze rekwiranten had de Commissie haar beslissing om van haar vroegere praktijk — die inhield dat de geldboete werd vastgesteld op grond van de omzet op de relevante markt — af te wijken en de gestelde retroactieve toepassing van de richtsnoeren moeten motiveren.

175. Ik zeg op voorhand reeds dat ik dit middel — ook afgezien van de conclusies die ik hiervoor met betrekking tot de grieven inzake het gewettigd vertrouwen en de terugwerkende kracht heb getrokken — voor ongegrond houd.

176. Dienaangaande volstaat immers de vaststelling dat de Commissie volgens vaste rechtspraak aan haar verplichting om de wijze van berekening van de geldboete te motiveren voldoet wanneer zij de factoren aangeeft op basis waarvan zij de zwaarte en de duur van de inbreuk kon beoordelen.⁷¹ Dit vloeit voort uit artikel 15, lid 2, tweede alinea, van verordening nr. 17, volgens welke bepaling „niet alleen rekening [wordt] gehouden met de zwaarte, maar ook met de

duur van de inbreuk”. Bijgevolg schendt de beschikking de motiveringsplicht slechts wanneer deze factoren ontbreken.

177. Met betrekking tot beschikkingen waarbij geldboeten aan verschillende ondernemingen worden opgelegd, heeft het Gerecht er in de bestreden arresten⁷² voorts terecht op gewezen dat in dergelijke gevallen bij de vaststelling van de omvang van de motiveringsplicht in het bijzonder rekening moet worden gehouden met het feit dat de zwaarte van de inbreuken moet worden vastgesteld met inachtneming van een groot aantal factoren, zoals onder meer — maar niet uitsluitend — de bijzondere omstandigheden van de zaak, de context daarvan en de preventieve werking van de geldboeten.⁷³

178. Naar mijn mening heeft het Gerecht terecht vastgesteld dat de Commissie aan deze voorschriften heeft voldaan. Het heeft met name ten aanzien van iedere rekwirante geconstateerd, dat de beschikking van de Commissie een toereikende en ter zake dienende vermelding van de elementen bevat die bij de beoordeling van de zwaarte en de duur van de gepleegde inbreuk in aanmerking zijn genomen.⁷⁴

179. Zoals het Gerecht op goede gronden heeft uiteengezet: „Zelfs al zou de beschik-

71 — Arresten van 16 november 2000, Cascades/Commissie (C-279/98 P, Jurispr. blz. I-9693, punt 43); Sarrío/Commissie (C-291/98 P, Jurispr. blz. I-9991, punt 73), en 15 oktober 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P—C-252/99 P en C-254/99 P, Jurispr. blz. I-8375, punt 463).

72 — Zie bijvoorbeeld het bestreden arrest LR AF 1998/Commissie, punt 378.

73 — Beschikking van 25 maart 1996, SPO e.a./Commissie (C-137/95 P, Jurispr. I-1611, punt 54).

74 — Zie de bestreden arresten Lögstör Rör/Commissie, punt 372; KE KELIT/Commissie, punt 203, en LR AF 1998/Commissie, punt 383.

king een aanzienlijke verhoging van de geldboete ten opzichte van vroegere beschikkingen inhouden, de Commissie heeft *zeer duidelijk uiteengezet* waarom zij verzoeksters geldboete op een dergelijk niveau heeft vastgesteld⁷⁵, door te verwijzen naar de bijzondere zwaarte van de inbreuk, de duur daarvan, de aanwezigheid van verzwarende en/of verzachtende omstandigheden, de omvang van de ondernemingen en de rol van iedere onderneming in het kader van het kartel, alsmede de toepassing van de mededeling inzake medewerking.

180. Met andere woorden, de beschikking van de Commissie bevat alle beoordelings-elementen die zij bij de vaststelling van het bedrag van de geldboeten in aanmerking heeft genomen.

181. Mitsdien moet het middel gebaseerd op een ontoereikende motivering van de beschikking van de Commissie worden afgevoerd.

B — *De middelen inzake de situatie van de afzonderlijke rekwiranten*

182. Daarnaast hebben rekwiranten talrijke grieven geuit die betrekking hebben op de

specifieke situatie van elk van hen. Ik zal deze grieven op de volgende bladzijden analyseren, met uitzondering van de grieven die naar mijn mening slechts van ondergeschikte betekenis zijn en ten aanzien waarvan het arrest van het Gerecht mij hoe dan ook volkomen overtuigend voorkomt.

1. De middelen inzake onjuiste toepassing van artikel 81, lid 1, EG met betrekking tot de deelneming van een onderneming aan een kartel

183. De Isoplus-groep voert aan dat het Gerecht de rechtspraak — volgens welke een onderneming ook verantwoordelijk kan worden gehouden voor een inbreuk wanneer zij de resultaten van vergaderingen met een mededingingsverstoring doel weliswaar niet in de praktijk heeft toegepast, maar zich ook niet publiekelijk van die vergaderingen heeft gedistantieerd — onjuist heeft toegepast.

184. Rekwiranten betwisten met name de uiteenzettingen van het Gerecht, volgens welke het voor de vaststelling van een schending van artikel 81 EG „niet ter zake dienend [is] of de betrokken onderneming samenkomt met ondernemingen die een machtspositie of althans een sterke economische positie op de markt innemen” (punt 224 van het relevante arrest). Volgens rekwiranten moet juist in dergelijke omstandigheden de geringere economische omvang van sommige deelnemers in aanmerking worden genomen, aangezien het voor hen

⁷⁵ — Bestreden arrest LR AF 1998/Commissie, punt 385. Cursivering van mij.

moeilijk is zich publiekelijk te distantiëren van de beslissingen die het gevolg zijn van vergaderingen waaraan ook ondernemingen van grotere economische omvang hebben deelgenomen en die sterke druk op hun concurrenten kunnen uitoefenen. In dergelijke situaties behoren economisch „zwakkere” ondernemingen niet aansprakelijk te worden gesteld voor schendingen van artikel 81 EG wanneer zij geen uitvoering hebben gegeven aan de beslissingen die in een vergadering met een mededingingsverstoringdoel zijn genomen, zonder deze evenwel openlijk aan de kaak te stellen.

185. Ik wijs er terstond op dat ik mij geheel kan vinden in de analyse van het Gerecht die, anders dan rekwiranten betogen, alle kritiek die rekwiranten in eerste aanleg hebben geuit, volledig weerlegt.

186. Indien de door rekwiranten voorgestelde uitlegging werd aanvaard, zou dit tot gevolg hebben dat de toepassing van artikel 81 EG zou verschillen naar gelang van de omvang en/of economische positie van ondernemingen. Een dergelijke „meersporige” beschouwingswijze zou evenwel in strijd zijn met de beginselen van het communautaire mededingingsrecht, zoals zij door het Hof in vaste rechtspraak worden uitgelegd, volgens welke het ten aanzien van artikel 81 EG „van geen betekenis [is] of partijen, wat hun positie op de markt en hun

economische functie betreft, al dan niet op voet van gelijkheid staan”⁷⁶ of dat een onderneming bij haar deelneming aan een kartel „een zeer kleine rol heeft gespeeld”.⁷⁷

187. Dit betekent uiteraard niet dat de Commissie geen rekening mag houden met de verschillen tussen de deelnemers aan een kartel wat betreft hun economische omvang, en dat deze verschillen geen consequenties mogen hebben. Het betekent alleen dat dergelijke aspecten niet reeds bij de vaststelling van de individuele verantwoordelijkheid van de deelnemers aan het kartel, doch eerst bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk en derhalve bij de vaststelling van de geldboete van belang zijn.⁷⁸

188. Zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, kunnen dergelijke aspecten bovendien een rol spelen bij de beoordeling door een nationale rechterlijke instantie van de aansprakelijkheid van de individuele ondernemingen voor de civielrechtelijke gevolgen van de schending.⁷⁹

76 — Arrest van 13 juli 1966, Consten en Grundig/Commissie (56/64 en 58/64, Jurispr. blz. 429, in het bijzonder blz. 493).

77 — Arrest van 8 juli 1999, Commissie/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Jurispr. blz. I-4125, punt 90), en arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, aangehaald in voetnoot 49, punt 86.

78 — Zie bijvoorbeeld arrest Commissie/Anic Partecipazioni, aangehaald in voetnoot 77, punt 90.

79 — Arrest van 20 september 2001, Courage (C-453/99, Jurispr. blz. I-6297, punt 35).

189. Brugg Rohrsysteme GmbH (hierna: „Brugg”) verwijt het Gerecht daarentegen dat het uit haar deelneming aan de vergadering van 24 maart 1995, ter gelegenheid waarvan tot de boycot van Powerpipe is besloten, ten onrechte het bewijs heeft afgeleid dat zij actief aan die boycot heeft deelgenomen.

190. In dit verband wijst zij erop dat zij slechts wederverkoper van voorgeïsoleerde buizen is en daarom in het geheel niet tot een boycot van Powerpipe in staat is, aangezien alleen de rechtstreeks met Powerpipe concurrerende fabrikanten van dergelijke buizen een dergelijke actie kunnen uitvoeren.

191. Daarom is de Commissie er ten onrechte van uitgegaan dat de deelneming van rekwirante aan de genoemde vergadering als een verzwarende omstandigheid kon worden beschouwd, die als zodanig tot een verhoging van de geldboete met 20 % leidde.

192. Deze stelling gaat naar mijn mening te ver.

193. Tot het uiterste doorgeredeneerd, leidt deze stelling namelijk ertoe, dat alle ondernemingen die, ofschoon zij zelf met de uitvoering van een concurrentievervalsende handelwijze hebben ingestemd, er vervolgens niet in geslaagd zijn dit besluit in daden om te zetten, niet op schending van artikel 81 EG kunnen worden aangesproken.

194. De verantwoordelijkheid van een onderneming zou dus niet zozeer afhangen van haar kennelijke wil om het mededingingsrecht te schenden als wel van haar materiële mogelijkheid om dit te doen.

195. Een dergelijk standpunt vindt evenwel geen enkele steun in de rechtspraak.

196. Ik beperk mij tot de opmerking dat het Hof in het arrest Commissie/Anic Partecipazioni heeft vastgesteld dat een onderneming niet alleen inbreuk maakt op artikel 81 EG wanneer zij „met haar eigen gedrag heeft willen bijdragen aan het bereiken van de gemeenschappelijke doelstellingen van alle deelnemers”, maar ook wanneer zij „de materiële gedragingen die de andere ondernemingen met het oog op die doelstellingen planden of in praktijk brachten, kende of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico ervan te aanvaarden”.⁸⁰

⁸⁰ — Arrest aangehaald in voetnoot 77, punt 87.

197. Deze rechtspraak is onlangs bevestigd en nader uitgewerkt in het arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, waarin het Hof onder meer heeft verduidelijkt dat het „volstaat [...] dat de Commissie aantoonde dat de betrokken onderneming heeft deelgenomen aan bijeenkomsten tijdens welke mededingingsversturende overeenkomsten zijn gesloten, en zich daar niet duidelijk tegen heeft verzet, om de deelneming van die onderneming aan de mededingingsregeling genoegzaam te bewijzen [...] In dat verband leidt de stilzwijgende goedkeuring van een onrechtmatig initiatief, waarvan niet publiekelijk afstand wordt genomen en dat niet bij de administratieve instanties wordt aangegeven, ertoe dat het voortbestaan van de inbreuk wordt bevorderd en de ontdekking ervan wordt bemoeilijkt. Deze medeplichtigheid vormt een passieve deelneming aan de inbreuk waarvoor de onderneming in het kader van één enkele overeenkomst aansprakelijk kan worden gesteld.”⁸¹

198. Zoals het Gerecht terecht heeft overwogen, had Brugg derhalve openlijk moeten verklaren dat zij het ter vergadering van 24 maart 1995 overeengekomen concurrentievervalsende gedrag niet goedkeurde, zodat de andere deelnemers konden weten dat zij hun gedrag niet goedkeurde, zich daarvan distancierde en in geen geval de daaraan verbonden risico's wenste te aanvaarden.

199. Dit is in casu niet gebeurd, zoals wij hebben gezien.

200. Op grond van deze overwegingen dienen de middelen van de Isoplus-groep en Brugg ter zake van de onjuiste toepassing van artikel 81, lid 1, EG mijns inziens te worden afgewezen.

2. De middelen inzake niet-inaanmerking-neming van verzachtende en verzwarende omstandigheden

201. De ondernemingen van de Isoplus-groep stellen voorts dat het Gerecht hun ten onrechte het recht op een verlaging van de geldboete op grond van deel D van de mededeling inzake medewerking van de hand heeft ontzegd.

202. Zij wijzen erop dat de Commissie krachtens deze bepaling in geval van medewerking van de onderneming — zelfs wanneer deze, zoals in casu, slechts gedeeltelijk of beperkt is verleend — steeds een vermindering van het bedrag van de boete moet toestaan wanneer de medewerking heeft bijgedragen tot de vaststelling van het bestaan van de inbreuk. Rekwiranten laken bovendien het feit dat de Commissie bij haar berekeningen tweemaal rekening heeft gehouden met de pogingen om het onderzoek te belemmeren, te weten enerzijds als verzwarende omstandigheid, die tot een verhoging van de geldboete heeft geleid, en anderzijds als reden om vermindering van de geldboete op grond van de mededeling inzake medewerking te weigeren. Hierdoor

81 — Arrest aangehaald in voetnoot 49, punten 81 e.v.

heeft de Commissie met name de rechten van de verdediging van rekwiranten alsmede hun recht op een „eerlijk proces” geschonden.

203. Ook wat deze kwestie betreft acht ik de analyse van het Gerecht overtuigender. Ik voeg hieraan slechts enig commentaar toe over de gestelde „dubbele” inachtneming van het obstructieve gedrag van rekwiranten.

204. In de eerste plaats merk ik op, dat de Commissie de fundamentele rechten van rekwiranten alleen zou hebben geschonden indien zij dezelfde verzwarende omstandigheid tweemaal aan rekwiranten had toegerekend.

205. De situatie is echter volstrekt anders wanneer, zoals in casu, het bestaan van een verzwarende omstandigheid onverenigbaar is met de voorwaarden voor de toepassing van een verzachtende omstandigheid. In een dergelijk geval moet de bereidheid van een onderneming om al dan niet samen te werken in haar geheel worden beoordeeld.

206. De beschikking van de Commissie toont evenwel aan, dat de bijdrage van rekwiranten veeleer van gedeeltelijke en

beperkte aard en zeer tegenstrijdig was. Zij hebben weliswaar in zekere mate met de Commissie samengewerkt, doordat zij enig bewijs ter aanvulling op het reeds in handen van de Commissie zijnde bewijs hebben geleverd en hun deelneming aan het kartel gedeeltelijk hebben erkend, maar daar staat tegenover dat zij de onderzoeken opzettelijk hebben belemmerd door onvolledige en gedeeltelijk onjuiste informatie te verschaffen, waardoor het onderzoek van de Commissie werd bemoeilijkt. Zoals niet alleen uit de geest van de mededeling inzake medewerking doch ook uit de door het Gerecht vermelde vaste rechtspraak blijkt, laat dit zich moeilijk verenigen met het vereiste van „coöperatief gedrag” dat een vermindering van de geldboete rechtvaardigt.

207. LR AF 1998 beklagt zich er harerzijds over, dat de Commissie ten aanzien van haar ten onrechte het bestaan van verzachtende omstandigheden heeft uitgesloten en dat het Gerecht dit oordeel ten onrechte heeft overgenomen.

208. Rekwirante maakt inzonderheid aanspraak op vermindering van de haar opgelegde geldboete op grond van de volgende omstandigheden: a) haar ondergeschikte positie ten opzichte van ABB, de belangrijkste handelaar en de enige multinational in de sector afstandsverwarming alsmede leids-ter van het kartel; b) de economische druk die ABB op haar heeft uitgeoefend om haar te dwingen deel te nemen aan het kartel en

om de door de ondernemingen in onderlinge overeenstemming genomen besluiten uit te voeren; c) het feit dat de aan ABB ten laste gelegde inbreuken op het mededingingsrecht veel ernstiger waren dan die welke haar werden verweten.

209. Een ander aspect van de kritiek van LR AF 1998 is dat de Commissie is voorbijgegaan aan de pressie van ABB op de andere ondernemingen en dat het Gerecht deze houding van de Commissie aldus heeft gerechtvaardigd dat „bij de vaststelling van de aan ABB op te leggen geldboete de druk die deze laatste op de andere ondernemingen heeft uitgeoefend [...], als een boeteverhogende factor in aanmerking is genomen”.⁸²

210. Rekwirante is namelijk van mening, dat aan de verplichting om het bedrag van de geldboete vast te stellen op grond van de relevante individuele factoren niet kan worden voldaan door de aan een andere onderneming opgelegde geldboete aan te passen.

211. Ten slotte betwist rekwirante de opvatting van het Gerecht dat het feit dat zij een intern programma had ingevoerd om aan het gemeenschapsrecht te voldoen niet als een

verzachtende omstandigheid kon worden aangemerkt die verlaging van haar geldboete rechtvaardigde.

212. Mijns inziens heeft het Gerecht op goede gronden geoordeeld dat LR AF 1998 jegens de Commissie geen aanspraak kon maken op verzachtende omstandigheden.

213. De economische druk die ABB op rekwirante zou hebben uitgeoefend, levert namelijk geen verzachtende omstandigheid op.

214. In dit verband herinner ik er in de eerste plaats aan, dat de richtsnoeren in punt 3 een dergelijk geval niet uitdrukkelijk als een verzachtende omstandigheid vermelden.⁸³

215. Daar komt nog bij dat de Commissie bedoelde verzachtende omstandigheid mijns inziens tot dusverre terecht beperkt heeft uitgelegd, in die zin dat daarvan alleen

83 — Volgens punt 3 van de richtsnoeren zijn verzachtende omstandigheden die tot een verlaging van de geldboete voeren:

— het feit dat de betrokken onderneming een louter passieve rol vervulde of slechts meeloopster was bij de totstandbrenging van de inbreuk;

— het feit dat de inbreukmakende overeenkomsten of gedragsregels niet daadwerkelijk zijn toegepast;

— het feit dat de betrokken onderneming reeds bij de eerste stappen van de Commissie (met name de verificaties) de inbreuken heeft beëindigd;

— het feit dat bij de betrokken onderneming een redelijke twijfel kon bestaan over het inbreukmakende karakter van de concurrentiebeperkende gedraging;

— het feit dat de inbreuken uit onachtzaamheid en niet met opzet zijn gepleegd;

— daadwerkelijke medewerking van de onderneming in het kader van de procedure, buiten de werkingssfeer van de mededeling van 18 juli 1996 betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten;

— andere omstandigheden.”

82 — Bestreden arrest LR AF 1998/Commissie, punt 339.

sprake kan zijn in het geval dat de deelneming van een onderneming aan een kartel minimaal is, bijvoorbeeld wanneer de onderneming aan geen enkele vergadering van het concurrentievervalsende kartel heeft deelgenomen.⁸⁴ Anders zou de werkingssfeer van deze verzachtende omstandigheid te zeer worden uitgebreid wanneer zij zou worden toegekend aan alle ondernemingen die niet als aanstichter of initiatiefnemer van het kartel zijn opgetreden.

216. In het onderhavige geval kon het Gerecht voorts zonder een spoor van twijfel zowel het bijwonen als de actieve deelneming door rekwirante van talrijke vergaderingen van het Europese kartel vaststellen. Dat rekwirante eventueel door ABB tot deze deelneming is gedwongen, is niet van belang, aangezien niets eraan in de weg stond dat zij daarvan bij de nationale mededingingsautoriteiten of de Commissie aangifte deed in de zin van artikel 3 van verordening nr. 17.

217. Minder overtuigend lijkt mij daarentegen de redenering van het Gerecht, dat „de Commissie niet [kan] worden verweten dat zij geen rekening heeft gehouden met deze druk, aangezien bij de vaststelling van de aan ABB op te leggen geldboete de druk die deze laatste op de andere ondernemingen heeft

uitgeoefend om aan het kartel deel te nemen, als een boeteverhogende factor in aanmerking is genomen”.

218. Gelet namelijk op het louter individuele karakter van de geldboete kan de weigering, ten nadele van een marktdeelnemer, om de boete te verminderen niet worden gerechtvaardigd door een dienovereenkomstige verhoging van de geldboete van een andere marktdeelnemer.

219. Deze beoordelingsfout van het Gerecht tast echter niet de conclusie van de Commissie in de litigieuze beschikking aan, te weten dat LR AF 1998 geen aanspraak op vermindering van de geldboete had. De Commissie heeft naar mijn mening namelijk terecht geoordeeld dat rekwirante, om haar positie te handhaven, over legale middelen beschikte die doeltreffender waren dan de deelneming aan een concurrentievervalsend kartel.

220. Ten slotte is niet van belang dat rekwirante zich had uitgerust met een intern programma om aan het gemeenschapsrecht te voldoen. Ik ben het volledig eens met de redenering van het Gerecht in punt 345 van

⁸⁴ — Zie beschikkingen van de Commissie van 7 juni 2000, Amino-zuren (PB 2001, L 152, blz. 24) en 21 november 2001, Vitaminen (PB 2003, L 6, blz. 1).

het bestreden arrest en acht het daarom overbodig op dit punt nader in te gaan.

hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken.”

221. Ik kom derhalve tot de conclusie dat ook de hiervoor onderzochte middelen moeten worden afgewezen.

224. Volgens vaste rechtspraak van het Hof⁸⁵ moeten onder „nieuwe middelen” worden verstaan argumenten die in de loop van het geding worden aangevoerd en die geen enkele samenhang vertonen met het in een eerdere stand van het geding reeds gevoerde juridische betoog.

3. De middelen inzake schending van procedurevoorschriften

222. ABB Asea Brown Boveri Ltd (hierna: „ABB”) laakt in haar eerste middel het oordeel van het Gerecht dat met het advies van professor J. Schwarze, dat bij haar memorie van repliek was gevoegd, geen rekening kon worden gehouden omdat het in strijd met artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht nieuwe middelen bevatte die in het verzoekschrift niet waren aangevoerd.

225. Dit betekent dat wél ontvankelijk zijn de argumenten die, ofschoon aangevoerd in de loop van het geding, samenhangen met reeds eerder voorgedragen middelen, die zij rechtstreeks of impliciet verder uitwerken.

226. Derhalve moet worden vastgesteld of de argumenten van professor Schwarze in zijn advies geacht kunnen worden een logische uitwerking te zijn van de middelen

223. Dit artikel luidt: „Nieuwe middelen mogen in de loop van het geding niet worden voorgedragen, tenzij zij steunen op gegevens,

⁸⁵ — Arresten van 21 december 1954, Italië/Hoge Autoriteit (2/54, Jurispr. blz. 73, punt 6); 30 september 1982, Amylum/Raad (108/81, Jurispr. blz. 3107, punt 25), en 4 februari 1997, België/Commissie (C-71/95, C-155/95, C-271/95, Jurispr. blz. I-687).

die ABB in haar verzoekschrift bij het Gerecht heeft voorgedragen.

227. Professor Schwarze onderzoekt in zijn advies in wezen of de litigieuze beschikking strookt met bepaalde algemene rechtsbeginselen, met name de beginselen van de bescherming van het gewettigd vertrouwen en de zelfbinding van de administratie, het estoppelbeginsel, het beginsel van behoorlijk bestuur en dat van de bescherming van de rechten van de verdediging.

228. In haar verzoekschrift is ABB slechts op enkele van deze beginselen ingegaan. Met name heeft zij in de punten 44 en volgende van het verzoekschrift de Commissie verweten, door een retroactieve toepassing van de richtsnoeren haar gewettigd vertrouwen in de handhaving van een bepaalde praktijk voor de berekening van geldboeten alsmede bepaalde procedurele waarborgen te hebben geschonden.

229. ABB heeft zich echter in het eerste deel van haar verzoekschrift erover beklagd dat de Commissie in de loop van de totstandkomingsprocedure van de bestreden beschikking haar rechten van de verdediging en haar recht om gehoord te worden niet in acht heeft genomen.

230. Daarentegen heeft zij zich nimmer beroepen op schending van de overige beginselen die door professor Schwarze in zijn advies zijn onderzocht, waaronder met name het beginsel van zelfbinding van de administratie, het estoppelbeginsel en het beginsel van behoorlijk bestuur.

231. Hieruit volgt dat een groot deel van de argumenten die in dit advies zijn ontwikkeld, niet „nieuw” kan worden geacht.

232. Anderzijds kan de ontvankelijkheid van de argumenten van professor Schwarze niet worden uitgesloten op de enkele grond dat zij zijn uiteengezet in een juridisch advies dat als bijlage bij de memorie van repliek is gevoegd. Artikel 48 van het Reglement voor de procesvoering verbiedt namelijk een partij die (voorzover dit is toegestaan) nieuwe middelen wil voordragen of al aangevoerde argumenten wil toelichten niet om zich te beroepen op het advies van een jurist die in het geding niet optreedt als zijn advocaat of procureur.

233. Anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, moet derhalve het advies van professor Schwarze ontvankelijk worden geacht, voorzover het de schending analyseert van het vertrouwensbeginsel en van de rechten van de verdediging van rekwirante.

234. Maar ook indien deze onderdelen van het advies door het Gerecht ontvankelijk waren geacht, zouden de daarin ontwikkelde argumenten niet afdoen aan de conclusies van het Gerecht met betrekking tot deze beginselen. De beoordelingen van professor Schwarze brengen namelijk geen wezenlijke wijziging in de argumenten die zowel ABB alsook de andere rekwiranten reeds in eerste aanleg tot staving van de schending van de genoemde beginselen hebben aangevoerd.

236. Concluderend stel ik vast dat geen van de door rekwiranten voorgedragen middelen gegrond is, zodat hun hogere voorzieningen moeten worden afgewezen.

IV — Kosten

235. Aangezien het Gerecht, zoals ik hiervoor heb trachten aan te tonen, geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de middelen inzake schending van deze beginselen af te wijzen, kunnen de onderhavige middelen niet worden aanvaard.

237. Krachtens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering en gelet op mijn conclusie tot afwijzing van de hogere voorzieningen, dienen rekwiranten in de kosten te worden verwezen.

V — Conclusie

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

- de hogere voorzieningen af te wijzen;

- rekwiranten in de kosten te verwijzen.