

ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer)

29 november 2005\*

In zaak T-62/02,

**Union Pigments AS**, voorheen Waardals AS, gevestigd te Bergen (Noorwegen),  
vertegenwoordigd door J. Magne Langseth en T. Olavson Laake, advocaten,

verzoekster,

tegen

**Commissie van de Europese Gemeenschappen**, vertegenwoordigd door F. Castillo  
de la Torre als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

betreffende een verzoek tot gedeeltelijke nietigverklaring van beschikking 2003/437/  
EG van de Commissie van 11 december 2001 betreffende een procedure op grond  
van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst (Zaak  
COMP/E-1/37.027 — Zinkfosfaat) (PB 2003, L 153, blz. 1), of, subsidiair, tot  
verlaging van de aan verzoekster opgelegde geldboete,

\* Procestaal: Engels.

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: P. Lindh, kamerpresident, R. García-Valdecasas en J. D. Cooke, rechters,

griffier: J. Plingers, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 2 juli 2004,

het navolgende

## **Arrest**

### **De feiten**

- <sup>1</sup> Union Pigments AS (voorheen Waardals AS; hierna: „verzoekster” of „Union Pigments”), een vennootschap naar Noors recht, produceert zinkfosfaat en aangepaste vormen van zinkfosfaat. In 2000 bedroeg haar wereldwijde omzet 7,09 miljoen EUR.

- 2 Ofschoon de chemische formules van zinkorthofosfaten onderling enigszins kunnen verschillen, vormen zinkorthofosfaten een homogeen chemisch product, dat algemeen „zinkfosfaat” wordt genoemd. Zinkfosfaat, dat wordt verkregen uit zinkoxide en fosforzuur, wordt vaak gebruikt als corrosiewerend mineraal pigment in de verfindustrie. Het wordt als gangbaar zinkfosfaat of als aangepast of „geactiveerd” zinkfosfaat op de markt gebracht.
  
- 3 In 2001 hadden de volgende vijf Europese producenten het grootste deel van de wereldmarkt van zinkfosfaat in handen: Dr. Hans Heubach GmbH & Co. KG (hierna: „Heubach”), James M. Brown Ltd (hierna: „James Brown”), Société nouvelle des couleurs zinciques SA (hierna: „SNCZ”), Trident Alloys Ltd (hierna: „Trident”) (voorheen Britannia Alloys and Chemicals Ltd; hierna: „Britannia”) en Union Pigments AS. Tussen 1994 en 1998 bedroeg de waarde van de markt van gangbaar zinkfosfaat ongeveer 22 miljoen EUR per jaar op wereldniveau en ongeveer 15 à 16 miljoen EUR per jaar op het niveau van de Europese Economische Ruimte (EER). In de EER hadden Heubach, SNCZ, Trident (voorheen Britannia) en Union Pigments nagenoeg gelijke aandelen in de markt van gangbaar zinkfosfaat, om en nabij de 20 %. James Brown had een veel kleiner marktaandeel. De afnemers van zinkfosfaat zijn de belangrijkste verffabrikanten. De verfmakrt wordt beheerst door enkele multinationale chemieconcerns.
  
- 4 Op 13 en 14 mei 1998 heeft de Commissie op grond van artikel 14, lid 2, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204), gelijktijdige en onaangekondigde verificaties verricht in de kantoren van Heubach, SNCZ en Trident. Van 13 tot en met 15 mei 1998 heeft de Toezichthoudende Autoriteit van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA) op grond van artikel 14, lid 2, van hoofdstuk II van Protocol nr. 4 bij de Overeenkomst tussen de EVA-staten betreffende de oprichting van een Toezichthoudende Autoriteit en een Hof van Justitie, gelijktijdige en onaangekondigde verificaties verricht in de kantoren van Union Pigments, na van de Commissie een verzoek hiertoe te hebben ontvangen overeenkomstig artikel 8, lid 3, van Protocol nr. 23 bij de Overeenkomst over de EER-overeenkomst.

- 5 Tijdens de administratieve procedure hebben Union Pigments en Trident de Commissie in kennis gesteld van hun voornemen om volledig met haar mee te werken overeenkomstig de mededeling van de Commissie van 18 juli 1996 betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen (PB 1996, C 207, blz. 4; hierna: „mededeling inzake medewerking”), en zij hebben beiden verklaringen afgelegd over de mededingingsregeling (hierna: „verklaring van Union Pigments” en „verklaring van Trident”).
  
- 6 Op 2 augustus 2000 heeft de Commissie een mededeling van punten van bezwaar vastgesteld met betrekking tot de adressaten van de beschikking waarop het onderhavige beroep betrekking heeft (zie punt 7 hieronder), waaronder verzoekster.
  
- 7 Op 11 december 2001 heeft de Commissie beschikking 2003/437/EG betreffende een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst (Zaak COMP/E-1/37.027 — Zinkfosfaat) (PB 2003, L 153, blz. 1) vastgesteld. Voor het onderhavige arrest wordt in aanmerking genomen de beschikking die aan de betrokken ondernemingen is betekend en bij het verzoekschrift is gevoegd (hierna: „bestreden beschikking”). Deze beschikking verschilt in bepaalde opzichten van die welke in het *Publicatieblad van de Europese Unie* is bekendgemaakt.
  
- 8 In de bestreden beschikking verklaart de Commissie dat er tussen 24 maart 1994 en 13 mei 1998 een mededingingsregeling heeft bestaan tussen Britannia (Trident vanaf 15 maart 1997), Heubach, James Brown, SNCZ en Union Pigments. De mededingingsregeling zou beperkt zijn geweest tot gangbaar zinkfosfaat. De leden van de mededingingsregeling zouden in de eerste plaats een marktverdelingsovereenkomst met verkoopquota voor de producenten hebben gesloten. In de tweede plaats zouden zij op iedere bijeenkomst „bodemprijzen” of „aanbevolen” prijzen hebben vastgesteld en die algemeen hebben gevolgd. In de derde plaats zou er sprake zijn geweest van een zekere toewijzing van klanten.

- 9 Het dispositief van de bestreden beschikking luidt als volgt:

*„Artikel 1*

Britannia [...], [...] Heubach [...], James [...] Brown [...], [SNCZ], Trident [...] en [Union Pigments] hebben inbreuk gemaakt op het bepaalde in artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst door deel te nemen aan een voortdurende overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de sector zinkfosfaat.

De duur van de inbreuk was als volgt:

a) in het geval van [...] Heubach [...], James [...] Brown [...], [SNCZ] en [Union Pigments]: van 24 maart 1994 tot en met 13 maart 1998;

b) in het geval van Britannia [...]: van 24 maart tot en met 15 maart 1997;

c) in het geval van Trident [...]: van 15 maart 1997 tot en met 13 mei 1998.

[...]

*Artikel 3*

Voor de in artikel 1 bedoelde inbreuk worden de volgende geldboeten opgelegd:

- a) Britannia [...]: 3,37 miljoen EUR;
- b) [...] Heubach [...]: 3,78 miljoen EUR;
- c) James [...] Brown [...]: 940 000 EUR;
- d) [SNCZ]: 1,53 miljoen EUR;
- e) Trident [...]: 1,98 miljoen EUR;
- f) [Union Pigments]: 350 000 EUR.

[...]"

- 10 Voor de berekening van het bedrag van de geldboeten heeft de Commissie gebruikgemaakt van de methode die is uiteengezet in de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd (PB 1998, C 9, blz. 3; hierna: „richtsnoeren”) en de mededeling inzake medewerking.
- 11 Zo heeft de Commissie om te beginnen een „basisbedrag” vastgesteld op grond van de zwaarte en de duur van de inbreuk (zie punten 261-313 van de bestreden beschikking).
- 12 Wat de eerste factor betreft, heeft zij geoordeeld dat er sprake was van een „zeer zware” inbreuk, gelet op de aard van de onderzochte gedragingen, de reële gevolgen ervan voor de zinkfosfaatmarkt en het feit dat zij de gehele gemeenschappelijke markt en de gehele EER sinds de oprichting ervan bestreken (punt 300 van de bestreden beschikking). Onverminderd het feit dat het om een zeer zware inbreuk ging, heeft de Commissie uiteengezet dat zij rekening zou houden met de beperkte omvang van de betrokken markt (punt 303 van de bestreden beschikking).
- 13 De Commissie heeft de betrokken ondernemingen „gedifferentieerd[...] behandel [d]” teneinde rekening te houden met hun daadwerkelijke economische macht om de mededinging aanzienlijke schade te berokkenen en de geldboete op een zodanig niveau vast te stellen dat daarvan een voldoende afschrikkende werking uitging (punt 304 van de bestreden beschikking). Daartoe heeft zij de betrokken ondernemingen naar gelang van hun „relatieve belang op de betrokken markt” in twee categorieën ingedeeld. Zo is zij uitgegaan van de door elk van die ondernemingen in het laatste jaar van de inbreuk in de EER behaalde omzet uit de verkoop van het betrokken product en heeft zij rekening gehouden met het feit dat verzoekster, Britannia (Trident vanaf 15 maart 1997), Heubach en SNCZ „de belangrijkste producenten van zinkfosfaat in de EER waren, met nagenoeg gelijke marktaandelen van min of meer 20 %” (punten 307 en 308 van de bestreden beschikking). Verzoekster zowel als Britannia, Heubach, SNCZ en Trident zijn in de eerste categorie ingedeeld („uitgangsbetrag” van 3 miljoen EUR). James Brown, die een „aanzienlijk kleiner” marktaandeel had, is in de tweede categorie ingedeeld („uitgangsbetrag” van 750 000 EUR) (punten 308 en 309 van de bestreden beschikking).

- 14 Wat de factor duur betreft, heeft de Commissie geoordeeld dat de inbreuk die aan verzoekster kan worden toegerekend en die van 24 maart 1994 tot en met 13 mei 1998 had geduurd, van „middellange” duur was (punt 310 van de bestreden beschikking). Zij heeft verzoeksters uitgangsbetrag bijgevolg met 40 % verhoogd, en is zo tot een „basisbedrag” van 4,2 miljoen EUR gekomen (punten 310 en 313 van de bestreden beschikking).
- 15 Vervolgens was de Commissie van oordeel dat er in de onderhavige zaak geen reden was om verzwarende of verzachtende omstandigheden in aanmerking te nemen (punten 314-336 van de bestreden beschikking). Zij heeft bovendien de argumenten inzake de „ongunstige economische omstandigheden” waarin de mededingingsregeling had plaatsgevonden, en de specifieke kenmerken van de betrokken ondernemingen afgewezen (punten 337-343 van de bestreden beschikking). „Alvorens de [mededeling inzake medewerking] toe te passen”, heeft de Commissie verzoeksters geldboete derhalve op 4,2 miljoen EUR vastgesteld (punt 344 van de bestreden beschikking).
- 16 Bovendien heeft de Commissie herinnerd aan de in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 bepaalde grens welke de aan elk van de betrokken ondernemingen op te leggen geldboete niet mocht overschrijden. Aldus is verzoeksters geldboete vóór de toepassing van de mededeling inzake medewerking verminderd tot 700 000 EUR en die van SNCZ tot 1,7 miljoen EUR. De geldboeten van de andere ondernemingen vóór de toepassing van de mededeling inzake medewerking zijn niet gewijzigd op grond van dit maximum (punt 345 van de bestreden beschikking).
- 17 Ten slotte heeft de Commissie verzoekster krachtens de mededeling inzake medewerking een vermindering van 50 % toegekend, gelet op het feit dat zij de Commissie gedetailleerde informatie over de activiteiten van de mededingingsregeling heeft verstrekt (punten 354-356 van de bestreden beschikking). Uiteindelijk is verzoekster dus een geldboete van 350 000 EUR opgelegd (punt 370 van de bestreden beschikking).



## **De procedure en de conclusies van partijen**

- 18 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 1 maart 2002, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.
- 19 Bij op diezelfde datum ter griffie neergelegd verzoekschrift heeft verzoekster in kort geding gevorderd dat de tenuitvoerlegging van artikel 3, sub f, en artikel 4 van de bestreden beschikking wordt opgeschort, voorzover haar daarbij een boete is opgelegd.
- 20 Aangezien partijen overeenstemming hebben bereikt over de oplossing van het geschil in kort geding, heeft de president van het Gerecht bij beschikking van 1 juli 2002, Waardals/Commissie (T-62/02 R, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie), de doorhaling van de zaak in het register gelast en de beslissing omtrent de kosten aangehouden.
- 21 Bij brief van 18 november 2003 heeft de Commissie het Gerecht laten weten dat Union Pigments in gerechtelijke vereffening was en dat zij ervan uitging dat zij afstand zou doen van haar beroep. Op een vraag van het Gerecht heeft de gerechtelijke vereffenaar bij brief van 12 december 2003 geantwoord dat deze vennootschap in juni 2003 in gerechtelijke vereffening was gesteld, maar dat hij de advocaten van Union Pigments had toegestaan, de procedure voort te zetten.
- 22 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Vijfde kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan. Als maatregel tot organisatie van de procesgang heeft het de Commissie gevraagd, bepaalde documenten over te leggen en een aantal vragen schriftelijk te beantwoorden. De Commissie heeft aan deze verzoeken voldaan.

23 De partijen hebben ter terechtzitting van 2 juli 2004 pleidooi gehouden en op de vragen van het Gerecht geantwoord.

24 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

- artikel 1 van de bestreden beschikking nietig te verklaren of te herzien, wat de duur van de haar toegerekende inbreuk betreft;
- artikel 3, sub f, van de bestreden beschikking nietig te verklaren of het bedrag van de geldboete te verlagen;
- haar verzoek tot het nemen van maatregelen tot organisatie van de procesgang en maatregelen van instructie toe te wijzen, en, met name, getuigen op te roepen en te verhoren, en haar inzage te verlenen in het door de Commissie opgestelde rapport van de hoorzitting van 17 januari 2001;
- de Commissie te verwijzen in de kosten.

25 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

- het beroep te verwerpen;
- verzoekster te verwijzen in de kosten.

## In rechte

26 Verzoekster voert ter onderbouwing van haar beroep twee middelen aan: onjuiste beoordeling van de feiten en de bewijselementen bij de toepassing van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, en onjuiste berekening van het bedrag van de geldboete alsook schending van algemene beginselen.

1. *Het eerste middel: onjuiste beoordeling van de feiten en de bewijselementen bij de toepassing van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17*

27 Verzoekster betoogt dat de berekening van het bedrag van de geldboete door de Commissie op een onjuiste beoordeling van de feiten en de bewijselementen berust. De Commissie heeft onvoldoende rekening gehouden met de opmerkingen die verzoekster over de omstandigheden van de zaak en haar deelneming aan de mededingingsregeling heeft geformuleerd. Zij verwijt de Commissie dat deze de zaak heeft beperkt, zowel in de tijd als wat de feiten betreft. Daardoor heeft de Commissie geen rekening kunnen houden met factoren die bijvoorbeeld een verhoging van de aan sommige betrokken ondernemingen op te leggen geldboete wegens de zwaarte van de inbreuk en wegens andere omstandigheden konden rechtvaardigen, zodat al deze ondernemingen op dezelfde wijze zijn behandeld en verzoeksters kansen op een gunstiger beschikking zijn verminderd.

28 Dit middel bestaat uit twee onderdelen, waarin verzoekster aanvoert dat:

— de Commissie een beoordelingsfout heeft gemaakt betreffende de duur van haar deelneming aan de inbreuk en haar terugtrekking uit de mededingingsregeling;

- de Commissie de feiten en de bewijselementen betreffende verzoekster en haar rol in de mededingingsregeling onjuist heeft beoordeeld.

*Het eerste onderdeel: de duur van verzoeksters deelneming aan de inbreuk en haar terugtrekking uit de mededingingsregeling*

#### De argumenten van partijen

- 29 Verzoekster stelt dat de Commissie een beoordelingsfout heeft gemaakt betreffende de duur van haar deelneming aan de inbreuk en haar terugtrekking uit de mededingsregeling. Volgens vaste rechtspraak moet de Commissie niet alleen het bewijs van het bestaan van de mededingingsregeling leveren, maar ook van de duur ervan (arresten *Gerecht van 7 juli 1994, Dunlop Slazenger/Commissie, T-43/92, Jurispr. blz. II-441, punt 79*, en *13 december 2001, Acerinox/Commissie, T-48/98, Jurispr. blz. II-3859, punt 55*). Verzoekster herinnert eraan dat de Commissie heeft vastgesteld dat zij van 24 maart 1994 tot 13 mei 1998, te weten gedurende vier jaar en een maand, aan de inbreuk heeft deelgenomen (bestreden beschikking, artikel 1, sub a). Hoewel de Commissie heeft vastgesteld dat verzoekster zich tijdelijk uit de mededingingsregeling heeft teruggetrokken (punt 125 van de bestreden beschikking), geeft zij toch een onjuist beeld van deze terugtrekking door er twijfel over te laten bestaan of „deze [...] heeft plaatsgevonden” (punt 130 van de bestreden beschikking).
- 30 Verzoekster herinnert eraan dat zij haar terugtrekking uit de mededingingsregeling officieel heeft aangekondigd bij fax van 24 april 1995, in antwoord op een herinneringsbrief van de Europese Raad van de bonden van de chemische industrie (hierna: „CEFIC”) betreffende de statistische gegevens over de maand mei, en dat deze terugtrekking heeft geduurd tot augustus 1995. Zij stelt dat deze terugtrekking vijf à zes maanden heeft geduurd, namelijk van maart 1995, over welke maand zij geen marktcijfers heeft meegedeeld, tot midden augustus 1995. Subsidiair voert zij aan dat zij „onmiddellijk na de bijeenkomst [van 27 maart 1995]” heeft besloten om zich uit de mededingingsregeling terug te trekken, in overeenstemming met de conclusie van de nota van 30 maart 1995.

31 Volgens verzoekster is de Commissie ten onrechte van mening dat haar terugtrekking uit de mededingingsregeling geen gevolgen heeft gehad. Zij merkt op dat CEFIC zonder haar gegevens geen juiste statistieken heeft kunnen maken, en deze bijgevolg voor de mededingingsregeling minder waardevol waren. Zij voegt hieraan toe dat Tekno Winter (hierna: „Teknos”) een bestelling bij haar heeft geplaatst, en dat zij, nadat zij zich in april 1995 uit de club had teruggetrokken, aan deze klant een container heeft geleverd buiten de door de andere leden van de mededingingsregeling gesloten toewijzingsovereenkomst om. Op het door de Commissie in de bestreden beschikking aangevoerde argument dat deze terugtrekking niet op een volledig autonoom commercieel gedrag wijst, aangezien het feit dat zij wist dat de mededingingsregeling nog steeds functioneerde, haar commercieel beleid gedurende deze periode ongetwijfeld heeft beïnvloed, antwoordt verzoekster dat het feit dat zij niet langer gebonden was door de door de mededingingsregeling opgelegde beperkingen, haar in staat heeft gesteld, actief afbreuk te doen aan de mededingingsregeling. Het feit dat zij van Teknos een bestelling heeft gekregen, kan slechts als een bewijs van een „volledig autonoom commercieel gedrag” worden beschouwd. Aangaande het argument van de Commissie volgens hetwelk moet worden aangenomen dat, behoudens tegenbewijs, een onderneming die actief blijft op de markt, rekening houdt met de informatie die zij met haar concurrenten uitwisselt, om haar gedrag op deze markt te bepalen, repliceert verzoekster dat de Commissie niet kan hebben bedoeld dat zij zich van de markt had moeten terugtrekken. Voorts stelt verzoekster dat er geen reden was om geloof te hechten aan de ontvangen informatie of om ernaar te handelen, aangezien, enerzijds, de aanbevolen prijzen in de noordse landen niet werden geëerbiedigd en de toegepaste prijzen lager waren dan de kosten „die, naar mag worden aangenomen, niet veel lager waren dan die van verzoekster” en, anderzijds, de informatie-uitwisseling vanaf maart 1995 daadwerkelijk is geëindigd.

32 In repliek voegt verzoekster hieraan toe dat zij zich niet louter heeft gedragen als „een onderneming die in weerwil van de onderlinge afstemming met haar concurrenten een min of meer zelfstandig marktbeleid voert” (arrest Gerecht van 14 mei 1998, SCA Holding/Commissie, T-327/94, Jurispr. blz. II-1373, punt 142). Zij heeft immers de door de andere deelnemers beoogde mededingingsversturende effecten rechtstreeks tegengewerkt (arrest SCA Holding/Commissie, reeds aangehaald, punt 143). Het rechtszekerheidsbeginsel brengt mee dat de Commissie moet aantonen dat verzoekster tijdens deze periode aan mededingingsbeperkende praktijken heeft deelgenomen (arrest Gerecht van 20 maart 2002, Dansk

Rørindustri/Commissie, T-21/99, Jurispr. blz. II-1681, punt 62). In casu heeft de Commissie hiervan evenwel niet het bewijs geleverd. Bijgevolg moet worden geconcludeerd dat verzoekster tijdens deze periode niet aan de mededingingsregeling heeft deelgenomen. Betreffende de stelling van de Commissie dat er geen continuïteit van de inbreuk zou zijn geweest indien de terugtrekking tot gevolg zou hebben gehad dat de uitgewisselde informatie geen enkel nut meer had, antwoordt verzoekster dat dit in casu juist het geval is geweest, aangezien de informatie die tussen de andere deelnemers is uitgewisseld, geen enkel nut meer had zonder cijfergegevens van haar kant.

- 33 Daarbij komt dat de Commissie volgens verzoekster een onjuiste indruk wekt van hetgeen er is gebeurd, waar zij de terugtrekking uit de mededingingsregeling als „tijdelijk” aanmerkt. Verzoekster stelt dat, toen zij zich aldus had teruggetrokken, zij niet de intentie had, dit slechts voor een korte periode te doen. Het feit dat zij van Teknos een bestelling heeft verkregen, is hiervan met name het bewijs.
- 34 Verzoekster voert aan dat in de bestreden beschikking lijkt te worden aangenomen dat zij heeft deelgenomen aan de bijeenkomst van de mededingingsregeling te Londen op 12 juni 1995. Wanneer de Commissie zich afvraagt of zij al dan niet aan deze bijeenkomst heeft deelgenomen, doch zonder op dit punt te concluderen, baseert zij haar beschikking evenwel op een onjuiste beoordeling van de feiten en de bewijselementen. Verzoekster herinnert eraan dat zij de Commissie zowel in haar verklaring als in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar op de hoogte heeft gebracht van een bijeenkomst met een vertegenwoordiger van Heubach te Heathrow (Londen) op 12 juni 1995. Het doel en de agenda van deze bijeenkomst hadden evenwel niets te maken met de mededingingsregeling. Verzoekster erkent dat diezelfde dag mogelijk een bijeenkomst van de mededingingsregeling heeft plaatsgevonden te Heathrow, maar zij benadrukt dat zij daarbij niet aanwezig was. Volgens haar mag niet worden gespeculeerd over de vele redenen die Heubach kan hebben gehad om deze plaats en deze datum voor een bijeenkomst voor te stellen. Zij stelt dat zij er in haar verklaring op heeft gewezen dat Heubach deze bijeenkomst te baat heeft genomen om haar te zeggen dat zij zich opnieuw bij de club moest aansluiten, maar dat zij het verzoek om aan de bijeenkomst deel te nemen, heeft afgewezen, waardoor de andere deelnemers haar trouwens als een „buitenstaander” zijn gaan beschouwen.

- 35 De Commissie betwist dat verzoekster zich daadwerkelijk uit de mededingingsregeling heeft teruggetrokken, en dat zij ten onrechte heeft nagelaten dit feit in aanmerking te nemen (punten 230-234 van de bestreden beschikking). Zij voert met name aan dat de zogenaamde terugtrekking gedurende drie maanden en zes dagen moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de omstandigheid dat de betrokken inbreuk uit een overeenkomst en/of een onderling afgestemde feitelijke gedraging bestond (arrest Hof van 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie, 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punten 164 en 173).

### Beoordeling door het Gerecht

- 36 Volgens de rechtspraak moet de Commissie niet alleen het bewijs van het bestaan van de mededingingsregeling leveren, maar ook van de duur ervan (arresten Acerinox/Commissie, punt 29 supra, punt 55, en Dunlop Slazenger/Commissie, punt 29 supra, punt 79). In casu staat vast dat verzoekster aan de mededingingsregeling heeft deelgenomen van 24 maart 1994 tot in maart of april 1995, en van 1 augustus 1995 tot 13 mei 1998. Verzoekster betoogt dat zij zich uit de mededingingsregeling heeft teruggetrokken van maart 1995 tot 1 augustus 1995.
- 37 Het Gerecht stelt vast dat er inderdaad aanwijzingen zijn dat verzoekster zich gedurende een bepaalde periode uit de mededingingsregeling heeft teruggetrokken. Aldus heeft verzoekster op een verzoek van CEFIC om haar statistieken over maart 1995 mee te delen, bij fax van 24 april 1995 verklaard dat zij „zich terugtrok uit de subgroep van de vereniging van zinkfosfaatproducenten” en dat zij derhalve geen statistieken meer zou overleggen. Dit antwoord stemt overeen met de schriftelijke interne nota die de sales manager op 30 maart 1995 aan de andere bestuursleden van verzoekster had gezonden (hierna: „nota van 30 maart 1995”) en waarin werd aanbevolen zich uit de mededingingsregeling terug te trekken. Voorts staat vast dat verzoekster van 24 april tot 1 augustus 1995 haar statistieken niet aan de andere betrokken ondernemingen heeft meegedeeld.

- 38 Het Gerecht is niettemin van oordeel dat de Commissie terecht heeft geconcludeerd dat verzoekster zonder daadwerkelijke onderbreking van 24 maart 1994 tot 13 mei 1998 aan de mededingingsregeling heeft deelgenomen.
- 39 Volgens de rechtspraak houdt het gedrag van een loyale concurrent in dat hij zelfstandig bepaalt welk beleid hij op de gemeenschappelijke markt zal voeren (arrest Suiker Unie e.a./Commissie, punt 35 supra, punt 173). Ook al wordt ervan uitgegaan dat verzoekster van maart 1995 tot 1 augustus 1995 niet aan de activiteiten van de mededingingsregeling heeft deelgenomen, moet worden vastgesteld dat zij tijdens deze korte periode niet opnieuw een werkelijk zelfstandig marktbeleid heeft gevoerd. Het profijt dat verzoekster uit de inzage in de statistieken van de andere leden trok, is niet opgehouden op de dag dat zij zich uit de mededingingsregeling heeft teruggetrokken. Aangenomen mag worden dat zij bij de bepaling van haar gedrag op deze markt gedurende haar zogenaamde terugtrekking, rekening heeft gehouden met de met haar concurrenten reeds uitgewisselde informatie, met inbegrip van die van de bijeenkomst van 27 maart 1995 (zie, in die zin, arresten Hof van 8 juli 1999, Commissie/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Jurispr. blz. I-4125, punt 121, en Hüls/Commissie, C-199/92 P, Jurispr. blz. I-4287, punt 162). Hieraan moet worden toegevoegd dat verzoekster erkent dat zij zich in augustus 1995 opnieuw bij de mededingsregeling heeft aangesloten omdat zij dringend behoefte had aan marktinformatie (punt 67 van de verklaring van Union Pigments).
- 40 Voorts zij erop gewezen dat, wanneer verzoekster zich opnieuw bij de mededingsregeling heeft aangesloten, zij aan de andere leden statistieken heeft overgelegd die retroactief de gehele periode van haar zogenaamde terugtrekking dekten. Bijgevolg heeft de beslissing om geen statistieken meer over te leggen, slechts beperkte gevolgen gehad. Bovendien heeft verzoekster niet betwist dat haar marktaandeel in 1995 overeenkwam met hetgeen op de bijeenkomsten van de mededingingsregeling was afgesproken.
- 41 Verzoekster voert aan dat zij aan Teknos een container heeft geleverd nadat zij zich uit de mededingingsregeling had teruggetrokken, en dit buiten de toewijzingsovereenkomst om. De Commissie heeft evenwel terecht geconcludeerd dat verzoekster deze bestelling had gekregen omdat zij had gehandeld op basis van de in het kader



van de overeenkomsten van de mededingingsregeling ontvangen informatie (zie, in die zin, de in punt 39 hierboven aangehaalde rechtspraak). Volgens de toewijzingsovereenkomst van Teknos mocht alleen de producent wiens „beurt” het was om aan Teknos te verkopen, een prijs onder de voor Teknos afgesproken prijs voorstellen. Vaststaat dat verzoekster de bestelling in kwestie aan Teknos heeft geleverd in april 1995 (punt 230 van de bestreden beschikking). De Commissie kon op goede gronden concluderen dat verzoekster deze bestelling had gekregen omdat zij de prijs kende die op de vorige bijeenkomst, namelijk die van 27 maart 1995, was vastgesteld. Verzoeksters gedrag ter zake is een klassiek voorbeeld van een deelnemer aan een mededingingsregeling die zich deze ten nutte maakt, en met deze omstandigheid kan geen rekening worden gehouden om de aansprakelijkheid van deze deelnemer te verminderen (zie, in die zin, arrest Gerecht van 14 mei 1998, Cascades/Commissie, T-308/94, Jurispr. blz. II-925, punt 230).

- 42 Voorts zij erop gewezen dat verzoekster zich niet uit de mededingingsregeling heeft teruggetrokken om deze bij de Commissie te melden en zelfs niet om opnieuw een loyaal en zelfstandig gedrag op de betrokken markt aan te nemen. Uit de nota van 30 maart 1995 blijkt integendeel dat verzoekster heeft geprobeerd haar zogenaamde terugtrekking te gebruiken om zich de mededingingsregeling beter ten nutte te maken. Volgens deze nota was zij van mening dat de andere deelnemers een interne samenwerking binnen de mededingingsregeling tot stand hadden gebracht en klanten en markten hadden toegewezen te haren nadele. In weerwil van een verzoek daartoe op de bijeenkomst van de mededingingsregeling van 27 maart 1995 waren de andere deelnemers niet bereid te praten over een verhoging van haar marktaandeel. Deze omstandigheid wordt in de betrokken nota genoemd als een reden om zich uit de mededingingsregeling terug te trekken. In deze nota staat eveneens vermeld dat verzoekster uitdrukkelijk overwoog om zich later opnieuw bij de mededingingsregeling aan te sluiten. Aangezien verzoekster zich niet definitief uit de mededingingsregeling heeft teruggetrokken en reeds enkele maanden na haar zogenaamde terugtrekking opnieuw eraan heeft deelgenomen, is het Gerecht van oordeel dat zij deze terugtrekking heeft gebruikt in een poging om betere voorwaarden binnen de mededingingsregeling te verkrijgen, hetgeen een ander voorbeeld vormt van een deelnemer die zich de mededingingsregeling ten nutte maakt (zie, in die zin, de in punt 41 hierboven aangehaalde rechtspraak).

- 43 De omstandigheid dat verzoekster alleen de bijeenkomst van 12 juni 1995 niet heeft bijgewoond, kan niet tot de afzwakking van haar deelneming aan de mededingingsregeling leiden, aangezien deze meer dan vier jaar heeft geduurd. Daarbij komt dat verzoekster tijdens deze periode in contact is gebleven met de andere betrokken ondernemingen, zoals blijkt uit het feit dat zij op de luchthaven van Heathrow een bijeenkomst met Heubach heeft gehad op 12 juni 1995, te weten op de dag en de plaats waarop een bijeenkomst van de mededingingsregeling heeft plaatsgevonden.
- 44 Hieruit volgt dat het eerste onderdeel van het eerste middel ongegrond moet worden verklaard.

*Het tweede onderdeel: onjuiste beoordeling van de feiten en de bewijselementen betreffende verzoekster en haar rol in de mededingingsregeling*

- 45 Dit tweede onderdeel van het eerste middel omvat vijf grieven waarin verzoekster aanvoert dat de Commissie beoordelingsfouten heeft gemaakt betreffende:
- de evolutie van haar situatie sinds het begin van de verificaties;
  
  
  
  
  
  
  
  
  
  
  - haar invloed op de betrokken markt;

- haar deelneming aan de mededingingsregeling vanaf 1994 en de omstandigheid dat zij niet het initiatief voor de inbreuk heeft genomen;
  
- de omstandigheid dat zij geen volwaardig lid was van de mededingingsregeling;
  
- de omstandigheid dat zij onmiddellijk een einde heeft gemaakt aan de inbreuk.

De eerste grief, betreffende de evolutie van haar situatie sinds het begin van de verificaties

- De argumenten van partijen

<sup>46</sup> Verzoekster stelt dat de Commissie niet naar behoren rekening heeft gehouden met de verslechtering van haar financiële situatie, terwijl zij deze omstandigheid had vermeld in de briefwisseling die zij vóór de vaststelling van de bestreden beschikking met de Commissie heeft gevoerd. Ook recentere ontwikkelingen hadden in aanmerking moeten worden genomen.

<sup>47</sup> In de eerste plaats stelt verzoekster dat de Commissie in de bestreden beschikking ten onrechte vaststelt dat zij „thans ongeveer 30 werknemers [telt]” (punt 28). Zij verklaart dat zij de Commissie erop heeft gewezen dat zij slechts 25 werknemers in dienst had.

- 48 In de tweede plaats beroept verzoekster zich op haar kritieke financiële situatie. Haar omzet is van 68,7 miljoen Noorse kroon (NOK) in 1997 tot 57,2 miljoen NOK (te weten ongeveer 6,92 miljoen EUR) in 2001 gedaald. Haar activiteiten zijn weinig rendabel, zoals blijkt uit de verliezen van 317 589 EUR en 310 659 EUR die zij respectievelijk in 2000 en 2001 heeft geleden. Verzoekster voegt hieraan toe dat zij in 1997 een nettoresultaat vóór belastingen van 1 148 837 NOK heeft behaald, maar dat dit resultaat in 2000 en 2001 respectievelijk – 3 413 554 en – 3 496 000 NOK bedroeg. Voorts zijn haar eigen middelen aanzienlijk verminderd, vooral wegens de aanzienlijke verliezen die zij in 2000 en 2001 heeft geleden. In 2001 bedroegen haar eigen middelen 466 095 NOK (te weten nagenoeg 58 300 EUR). Dit is 15 % van de geldboete die door de Commissie is opgelegd.
- 49 Verzoekster herinnert eraan dat zij niet in staat was om een bankgarantie voor de betaling van de geldboete te verkrijgen en dat zij dan ook bij het Gerecht een verzoek in kort geding tot opschorting van de verplichting tot betaling heeft ingediend. Zij voegt hieraan toe dat zij de laatste tijd niet al haar schulden heeft kunnen betalen.
- 50 De Commissie is van mening dat deze eerste grief niet relevant is voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de bestreden beschikking.

— Beoordeling door het Gerecht

- 51 Het Gerecht is van oordeel dat deze grief niet echt op een onjuiste beoordeling van de feiten en de bewijselementen berust. De Commissie heeft in de bestreden beschikking weliswaar vastgesteld dat verzoekster „[dan] ongeveer 30 werknemers

[telde]” (punt 28), terwijl deze laatste de Commissie erop had gewezen dat zij er slechts 25 had, doch dit kan de rechtmatigheid van de bestreden beschikking niet aantasten. Bovendien zij erop gewezen dat verzoekster zich vooral op een kritieke financiële situatie beroept en dat zij niet tracht aan te tonen dat de bestreden beschikking in dit verband fouten betreffende de feiten bevat. Met name haar argumenten betreffende de evolutie van haar economische situatie na de vaststelling van de bestreden beschikking zijn niet relevant voor de beoordeling van fouten betreffende de feiten die in de beschikking zelf zouden voorkomen.

- 52 Eigenlijk zijn de argumenten die in het kader van deze eerste grief van het tweede onderdeel zijn aangevoerd, slechts relevant met betrekking tot de feiten die in aanmerking kunnen worden genomen voor het tweede onderdeel van het tweede middel, dat berust op de onmogelijkheid om de geldboete te betalen (zie punten 172-181 hierna).

De tweede grief, betreffende verzoeksters invloed op de betrokken markt

— De argumenten van partijen

- 53 Verzoekster verwijt de Commissie niet naar behoren rekening te hebben gehouden met het feit dat zij slechts heel weinig marktinvoed had en dat haar manoeuvreerruimte beperkt was wegens haar betrekkingen met distributeurs en klanten. Wat in de eerste plaats haar distributienet betreft, verklaart zij dat zij jarenlang haar volledige voor het Europese vasteland bestemde productie van zinkfosfaat aan BASF heeft verkocht in het kader van een coproductieovereenkomst. Zij wijst erop dat zij het door haar geproduceerde zinkfosfaat in zakken of pakken met het merk BASF verpakte, die vervolgens als BASF-product werden verkocht. Gelet op haar afhankelijkheid van BASF en op het grote verschil in grootte en slagkracht tussen deze vennootschap en haarzelf, had verzoekster nagenoeg geen invloed op de prijs van haar leveringen aan BASF. Ondanks het feit dat de

overeenkomst met BASF in 1997 is beëindigd, is deze laatste een belangrijke klant gebleven. Voorts merkt verzoekster op dat Wengain Ltd (hierna: „Wengain”), haar exclusieve distributeur op de Britse markt voor verschillende producten, met inbegrip van zinkfosfaat, andere, van verschillende ondernemingen afkomstige producten had ingevoerd en verkocht, zodat zij een volledig gamma producten aan de verfindustrie kon aanbieden. Wengain kocht van verzoekster producten tegen een prijs die was gebaseerd op gratis levering, en verkocht deze op haar beurt in het Verenigd Koninkrijk tegen prijzen die zijzelf bepaalde. Voor belangrijke klanten en leveringen van meer dan tien ton had verzoekster het recht om aan de onderhandelingen deel te nemen en de koopwaar rechtstreeks te leveren. Gelet op haar distributienet, beschikte verzoekster met betrekking tot de hoeveelheden slechts over een beperkte manoeuvreerruimte, en kon zij de verkoop en de prijzen slechts in geringe mate beïnvloeden. Alleen ten opzichte van verzoeksters rechtstreekse klanten was dit niet het geval.

54 In de tweede plaats stelt verzoekster dat de Commissie niet voldoende rekening heeft gehouden met het feit dat zij zich ten opzichte van haar concurrenten, die eveneens haar klanten waren, in een positie van afhankelijkheid bevond. Verzoekster leverde zinkchromaat aan Heubach en aan SNCZ. Deze laatste was verzoeksters belangrijkste klant, wat dit product betreft. Sommige van verzoeksters klanten en concurrenten wilden hogere prijzen doen vaststellen voor zinkfosfaat, teneinde de prijs van aangepast zinkfosfaat competitiever te maken. Verzoekster verklaart dat zij, omdat zij de betrekkingen met haar concurrenten, die eveneens haar klanten waren, niet wilde schaden, onder grote druk stond om zich bij de mededingingsregeling aan te sluiten. Zij preciseert dat, anders dan de Commissie stelt, zij niet beweert dat zij verplicht werd om aan de inbreuk deel te nemen, maar dat door haar concurrenten druk werd uitgeoefend, en dat zij op dat tijdstip geen andere oplossing heeft kunnen bedenken.

55 De Commissie betwist dat verzoekster de prijzen die jegens de klanten werden toegepast, slechts in zeer geringe mate heeft kunnen beïnvloeden, en dat in de bestreden beschikking niet voldoende rekening is gehouden met de omstandigheid dat zij afhankelijk was van haar concurrenten, die eveneens haar klanten waren.

- 56 Met betrekking tot verzoeksters stelling dat zij geen of slechts weinig invloed heeft gehad op de in het Verenigd Koninkrijk en Duitsland verkochte hoeveelheden, merkt de Commissie op dat, zelfs indien dit zo zou zijn, het volstrekt irrelevant is, aangezien de marktaandelen op het niveau van de EER zijn berekend.
- 57 De Commissie wijst er eveneens op dat de cijfers betreffende de verkoop van fosfaat die in de bijlagen 23 tot en met 25 bij het verzoekschrift zijn opgenomen, niet geheel overeenkomen met die welke haar bij brief van 17 maart 1999 zijn meegedeeld. Zij benadrukt dat verzoekster geen uitleg geeft over deze verschillen.

— Beoordeling door het Gerecht

- 58 Wat in de eerste plaats het argument betreft, dat de Commissie een beoordelingsfout heeft gemaakt met betrekking tot verzoeksters invloed op haar „distributeurs”, moet worden opgemerkt dat verzoekster in het kader van de onderhavige procedure niet heeft aangetoond dat de Commissie een dergelijke fout heeft gemaakt.
- 59 In tegenspraak met haar verklaring dat zij haar volledige voor het Europese vasteland bestemde productie van zinkfosfaat in het kader van een coproductieovereenkomst met BASF verkocht, blijkt immers uit de bijlagen bij het verzoekschrift dat verzoekster andere ondernemingen op het Europese vasteland met zinkfosfaat heeft bevoorrad. Daarnaast is de coproductieovereenkomst tussen verzoekster en BASF in april 1997 beëindigd. Ten slotte heeft verzoekster betrekkingen aangeknoopt met gewezen klanten van BASF (punt 77 van de verklaring van Union Pigments). Ook al heeft BASF vóór april 1997 aanzienlijke invloed uitgeoefend op verzoekster, kon deze invloed tijdens het laatste jaar van de overeenkomst niet meer zo belangrijk zijn.

- 60 Met betrekking tot Wengain, verzoeksters distributeur in het Verenigd Koninkrijk, zij eraan herinnerd dat verzoekster aan de mededingingsregeling heeft deelgenomen om een einde te maken aan de prijzenoorlog die in het Verenigd Koninkrijk woedde. Zij heeft zelf erkend dat, enerzijds, zij tijdens deze prijzenoorlog in het Verenigd Koninkrijk een tegenaanval heeft kunnen organiseren (punt 45 van de verklaring van Union Pigments), en, anderzijds, dat een van de voordelen van de mededingingsregeling bestond in het einde van de prijzenoorlog in het Verenigd Koninkrijk waaraan zij had deelgenomen (punt 49 van de verklaring van Union Pigments en de interne nota van 30 maart 1995). Een en ander bewijst dat verzoekster het gedrag van Wengain op de Britse markt heeft kunnen beïnvloeden, wat de prijzen betreft.
- 61 In elk geval staat vast dat verzoeksters marktaandeel bijzonder dicht aanleunde bij het aandeel dat haar was toegewezen in het kader van de mededingingsregeling. Derhalve had zij voldoende invloed op haar distributeurs om de quotaovereenkomst uit te voeren. Voorts heeft verzoekster in haar verklaring erkend dat de mededingingsregeling jaar na jaar een betere „samenhang” inzake de prijzen tot gevolg had, behoudens in de noordse landen (punt 73 van de verklaring van Union Pigments). Bijgevolg heeft de Commissie op goede gronden geconcludeerd dat verzoekster voldoende invloed op haar distributeurs had om de toepassing van de prijsovereenkomst te verzekeren.
- 62 Uit wat voorafgaat volgt dat het eerste ter onderbouwing van deze tweede grief aangevoerde argument, moet worden afgewezen.
- 63 Wat in de tweede plaats het argument inzake de afhankelijkheid van verzoekster ten opzichte van haar klanten en concurrenten betreft (zie punt 54 hierboven), kan verzoekster zich, ook al zou er druk op haar zijn uitgeoefend, niet op deze omstandigheid beroepen, aangezien zij deze druk bij de bevoegde autoriteiten had kunnen aanbrengen en bij de Commissie een klacht had kunnen indienen krachtens artikel 3 van verordening nr. 17, in plaats van aan de betrokken activiteiten deel te nemen (zie, in die zin, arrest Gerecht van 20 maart 2002, KE KELIT/Commissie, T-17/99, Jurispr. blz. II-1647, punt 50, en de aangehaalde rechtspraak). Bovendien heeft verzoekster, nadat zij zich in 1995 zogenaamd uit de mededingingsregeling had teruggetrokken, er zich opnieuw bij aangesloten, volgens haar eigen verklaringen om



informatie over de markt te verkrijgen (punt 67 van de verklaring van Union Pigments) en niet wegens de uitgeoefende druk. Daarbij komt dat verzoeksters argument dat zij verplicht was om aan de inbreuk deel te nemen, haaks staat op deze zogenaamde terugtrekking.

64 Uit een en ander volgt dat deze grief moet worden afgewezen.

De derde grief, betreffende de omstandigheid dat verzoekster niet het initiatief voor de inbreuk heeft genomen

— De argumenten van partijen

65 Verzoekster stelt dat de Commissie met betrekking tot haar contacten met de leden van de mededingingsregeling vóór maart 1994, de feiten onjuist heeft opgevat. Zij wijst erop dat volgens de Commissie de mededingingsregeling in de betrokken sector in maart 1994 is opgericht (punt 81 van de bestreden beschikking). De mededingingsregeling is evenwel tot stand gekomen vóór deze datum en vóór zij is verzocht, zich erbij aan te sluiten. Verzoekster betoogt dat de „andere concurrenten” reeds overeenstemming hadden bereikt over een vorm van markttoewijzing en dat haar drie grootste concurrenten, SNCZ, Britannia en Heubach, dan ook hetzelfde marktaandeel hadden, namelijk 24 %. Verzoekster verklaart dat zij het bestaan vermoedde van een „mededingingsregeling binnen de mededingingsregeling”, een „kleine kring”, die reeds functioneerde vóór zij op de bijeenkomst van 24 maart 1994 is uitgenodigd. Het bestaan van een dergelijke „kleine kring” wordt bevestigd door de vaststelling van de Commissie dat Trident heeft verklaard dat er in de periode 1989 tot 1994 reeds regelmatig gesprekken tussen Pasminco Europe-ISC Alloys (de voorganger van Trident) en haar concurrenten hadden plaatsgevonden en dat een sales executive regelmatig contact opnam met concurrenten, met name via een rechtstreekse telefoonlijn (punt 76 van de bestreden beschikking). Volgens verzoekster heeft zij met de betrokken verantwoordelijke nooit contact gehad over de markttoestand en de prijsniveaus. Het feit dat de andere betrokken ondernemingen de mededingingsregeling hebben ingesteld vóór zij is verzocht, zich bij hen aan te sluiten, zou — althans ten dele — verklaren waarom zij geen deel uitmaakte van de kleine kring van stichtende leden.

66 Verzoekster voegt hieraan toe dat de omstandigheid dat de mededingingsregeling vóór de bijeenkomst van 24 maart 1994 een feit was, wordt bevestigd door de vaststelling van de Commissie dat in oktober 1993 een bijeenkomst heeft plaatsgehad, „die tot doel had een eind te maken aan de prijzenoorlog en enige orde in de markt te scheppen” (punt 315 van de bestreden beschikking). Verzoekster stelt dat zij niet aan deze bijeenkomst heeft deelgenomen. Hoewel zij zowel in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar als mondeling heeft verklaard dat zij deze bijeenkomst niet had bijgewoond, heeft de Commissie geen standpunt dienaangaande ingenomen en in de bestreden beschikking slechts vastgesteld dat zij haar deelneming aan de betrokken bijeenkomst betwistte (punt 86 van de bestreden beschikking). De omstandigheid dat de Commissie blijkbaar geen moeite heeft gedaan om de feiten betreffende deze bijeenkomst te verifiëren, heeft verzoekster geschaad. Op het argument van de Commissie dat zij in haar verklaringen van 2 september 1998 de bijeenkomst van 24 maart 1994 zelf als een „eerste bijeenkomst van de club” heeft vermeld, verklaart verzoekster dat zij duidelijk de „eerste bijeenkomst waarop [zij] aanwezig was” bedoelde.

67 Voorts herinnert verzoekster eraan dat de Commissie in de bestreden beschikking concludeert dat zij geen specifieke leidinggevende onderneming heeft kunnen aanwijzen en dat de mededingingsregeling een „gezamenlijk initiatief was van het merendeel van de concurrenten in de zinkfosfaatsector” (punt 319 van de bestreden beschikking). Zij verwijt de Commissie geen rekening te hebben gehouden met het feit dat de andere deelnemers aan de mededingingsregeling het initiatief hebben genomen tot de oprichting van het kartel en reeds een eerste bijeenkomst hadden gehouden, alvorens zij is verzocht, zich erbij aan te sluiten. Aangezien zij niet heeft deelgenomen aan de bijeenkomst van 1993, die aan de oorsprong van de mededingingsregeling lag, is het onbillijk, verzoekster met betrekking tot de oprichting van de mededingingsregeling op dezelfde manier te behandelen als de andere deelnemers. Indien het juist zou zijn dat de eerste bijeenkomst van de vijf producenten uiterlijk op 24 maart 1994 heeft plaatsgevonden, heeft de Commissie verzoekster benadeeld door geen rekening te houden met het feit dat er vóór 1994 multilaterale bijeenkomsten van de vier andere producenten hebben plaatsgehad. Volgens verzoekster heeft Heubach zich als de feitelijke leider van het kartel gedragen, althans ten opzichte van haar. Daarbij is het volgens haar niet vereist dat de mededingingsregeling door een van de deelnemers is opgelegd, opdat de Commissie een leider zou kunnen aanwijzen.

68 Met betrekking tot de weigering van de Commissie om haar verschillend te behandelen op grond dat de andere deelnemers de mededingingsregeling hadden opgericht vóór zij is verzocht, eraan deel te nemen, blijft verzoekster bij haar stelling dat wat er vóór en na de betrokken periode is gebeurd, niet als volkomen irrelevant kan worden beschouwd. De keuze van de Commissie om sommige elementen in aanmerking te nemen, heeft de beoordeling van de zwaarte van verzoeksters deelneming in haar nadeel beïnvloed. Ook al heeft de Commissie haar verificaties en de bestreden beschikking noodzakelijkerwijs moeten beperken tot een bepaalde periode die voor de anderen weinig gevolgen heeft wat de omvang van de geldboete betreft, mag verzoekster daarvan geen nadeel ondervinden wegens het feit dat zij niet de verschillende behandeling geniet die zij daarzonder zeer waarschijnlijk zou hebben gekregen.

69 De Commissie repliceert dat zij nooit heeft verklaard dat verzoekster het initiatief voor de mededingingsregeling heeft genomen, noch dat zij aan de bijeenkomst van oktober 1993 heeft deelgenomen. Zij heeft slechts vastgesteld dat er vanaf 1994 sprake was van een inbreuk. Hoewel het mogelijk is dat er vóór deze datum een mededingingsregeling heeft bestaan, is het duidelijk dat deze niet wordt gedekt door de bestreden beschikking en is het dus nutteloos het debat over dit punt voort te zetten. De Commissie merkt op dat verzoekster in haar verklaringen van 2 september 1998 refereert aan de bijeenkomst van 24 maart 1994 als een „eerste bijeenkomst van de „club””. Zij verwijst naar het onderzoek van dit punt in het deel betreffende de eventuele verzachtende omstandigheden.

70 In elk geval kan verzoekster geen profijt trekken uit de vaststelling dat de andere geadresseerden van de bestreden beschikking „leidinggevend” waren, of dat zij ook voor andere markten of reeds eerder afspraken hebben gemaakt.

## — Beoordeling door het Gerecht

- 71 Hoewel de stukken bepaalde aanwijzingen bevatten dat de producenten van zinkfosfaat vóór 24 maart 1994 mededingingsversturende gesprekken hebben gevoerd (zie, bijvoorbeeld, punten 76-80, 82-86 en 225 van de bestreden beschikking), is het Gerecht om te beginnen van oordeel dat de Commissie redelijkerwijs kon concluderen dat de inbreuk pas een aanvang heeft genomen met de bijeenkomst die op deze datum heeft plaatsgehad. In dit verband zij erop gewezen dat verzoekster heeft betwist dat zij aan een bijeenkomst in oktober 1993 heeft deelgenomen (punt 86 van de bestreden beschikking), zodat de Commissie op goede gronden kon concluderen dat de eerste bijeenkomst waarop alle betrokken ondernemingen aanwezig waren, die van 24 maart 1994 was. Bovendien was deze laatste bijeenkomst de eerste van de regelmatige bijeenkomsten van de mededingingsregeling. Daarbij komt dat de eerste bijeenkomsten van 24 maart en 3 mei 1994 samenvielen met de brief van CEFIC van 26 mei 1994, waarin de oprichting van de werkgroep Statistiek voor zinkfosfaat is meegedeeld (punten 66, 109 en 112 van de bestreden beschikking).
- 72 Hoe dan ook, zelfs als wordt aangenomen dat de inbreuk op een latere datum is begonnen, verandert dit niets voor verzoekster, aangezien deze pas vanaf 24 maart 1994 aan de inbreuk heeft deelgenomen. Verzoeksters argument dat de mededingingsregeling vóór 1993 is begonnen, is voor het verzoek tot nietigverklaring van de bestreden beschikking dus volkomen irrelevant.
- 73 Verzoekster betoogt dat de Commissie had moeten vaststellen dat de andere deelnemers, en met name Heubach, het initiatief hadden genomen om het kartel op te richten, en dat de Commissie is voorbijgegaan aan de specifieke rol van verzoekster. Al kan volgens de richtsnoeren „het feit dat de betrokken onderneming een leidinggevende rol speelde of tot de inbreuk heeft aangezet” een verzwarende

omstandigheid zijn die een verhoging van het basisbedrag rechtvaardigt (punt 2, derde streepje), in casu heeft de Commissie geconcludeerd dat „het kartel een gezamenlijk initiatief was van het merendeel van de concurrenten in de zinkfosfaatsector en dat derhalve geen specifieke leidinggevende onderneming kan worden aangewezen” (punt 319 van de bestreden beschikking). Derhalve heeft de Commissie, anders dan verzoekster lijkt te suggereren, de geldboeten niet op grond daarvan verhoogd. Bijgevolg heeft verzoekster geen schade geleden door genoemde conclusie van de Commissie. Voorts kan de gegrondheid van deze conclusie niet op losse schroeven worden gezet voorzover uit de stukken niet blijkt dat een onderneming het initiatief tot oprichting van het kartel heeft genomen (zie bijvoorbeeld punten 314-318 van de bestreden beschikking).

74 Hieruit volgt dat de derde grief niet gegrond is.

De vierde grief, betreffende de omstandigheid dat verzoekster geen volwaardig lid was van de mededingingsregeling

— De argumenten van partijen

75 Verzoekster stelt dat de Commissie een fout heeft gemaakt door geen rekening te houden met het feit dat zij geen volwaardig lid was van de mededingingsregeling en door de andere leden ook niet als dusdanig werd beschouwd. Zij voert in dit verband meerdere feiten aan. In de eerste plaats heeft zij niet deelgenomen aan de eerste bijeenkomst, die in oktober 1993 is gehouden. In de tweede plaats heeft zij in de regel slechts met veel terughoudendheid aan de mededingingsregeling meegewerkt. Zij verwijst daarbij naar de door de Commissie erkende omstandigheid dat CEFIC haar een herinneringsbrief heeft moeten sturen opdat zij informatie zou overleggen (punt 109 van de bestreden beschikking). In de derde plaats blijkt uit de vaststellingen van de Commissie inzake de nota's betreffende een bijeenkomst van 27 maart 1995 te Londen, dat verzoekster geen gelijke behandeling als lid genoot. Verzoekster wijst erop dat een van haar personeelsleden in zijn agenda, op datum

van 27 maart 1995, heeft genoteerd dat verzoekster van plan was, op deze bijeenkomst te vragen dat zij als een „volwaardig lid met toewijzing van klanten” zou worden behandeld (punt 122 van de bestreden beschikking). Na deze bijeenkomst heeft haar sales manager in een nota van 30 maart 1995 verklaard dat de andere deelnemers „niet bereid [waren] om over een groter marktaandeel voor [haar] [te praten]” (punt 122 van de bestreden beschikking). De Commissie bevestigt ook dat verzoekster dacht dat „[zij] door de anderen werd bedrogen” (punt 124 van de bestreden beschikking).

76 In de vierde plaats verklaart verzoekster dat zij niet heeft deelgenomen aan de toewijzingsovereenkomst inzake Teknos. Zij voert aan dat, zoals de Commissie opmerkt (punt 99 van de bestreden beschikking), de enige reden waarom de drie andere ondernemingen — slechts één keer — unilateraal hebben besloten dat zij een container aan Teknos moest leveren, erin bestond te voorkomen dat deze vennootschap de overeenkomst op het spoor zou komen. Deze bestelling is evenwel geschied ten koste van andere deals in Finland. De nota van 30 maart 1995 vormt volgens verzoekster het bewijs dat zij niet aan de toewijzingsovereenkomst inzake Teknos heeft deelgenomen. Verzoekster verwijt de Commissie, geen enkele conclusie te hebben verbonden aan het feit dat zij een bestelling van Teknos heeft ontvangen, nadat zij zich in april 1995 uit de club had teruggetrokken (punt 131 van de bestreden beschikking). De enige juiste methode zou zijn geweest, te concluderen dat verzoekster niet aan deze overeenkomst heeft deelgenomen, hetgeen een bewijs te meer is dat zij geen volwaardig lid van de mededingingsregeling was. Wat de verklaring van de Commissie betreft, dat zij „zelf erkent” Teknos voor zes maanden toegewezen te hebben gekregen, herhaalt verzoekster dat deze klant haar slechts één keer is toegewezen en niet voor zes maanden.

77 Verzoekster komt op tegen de verklaring van de Commissie dat de bewijselementen aantonen dat zij geen passieve rol heeft gespeeld in de mededingingsregeling. Zij is van mening dat op grond van deze bewijselementen, ook al wijzen deze misschien op een wat naïeve houding inzake de activiteiten van de club, niet tot een actieve of passieve rol kan worden geconcludeerd. Het verzamelen van documenten, zoals die welke de Commissie in verzoeksters kantoren heeft gevonden, is niet onverenigbaar met een passieve rol. In feite zou haar rol actiever zijn geweest, indien zij deze documenten had achtergehouden of vernietigd. Verzoekster voegt hieraan toe dat de omstandigheid dat zij bij tijd en wijle, wanneer het haar beurt was, vergaderzalen

heeft gereserveerd, het passieve karakter van haar deelneming alleen maar onderstreept. Met betrekking tot de pogingen van de Commissie om de indruk te wekken dat zij heeft nagelaten, te wijzen op de bijeenkomst van 9 januari 1995, stelt verzoekster dat zij deze bijeenkomst, die tot doel had, haar betrekkingen met een van de andere vennootschappen te verbeteren, niet als een „bijeenkomst van de club” had beschouwd. Dit element had bij de beoordeling van haar gedrag evenmin in aanmerking mogen worden genomen.

78 De wijze waarop de Commissie verzoeksters vertegenwoordigers op de bijeenkomsten van de mededingingsregeling heeft omschreven, is misleidend, en wekt de onjuiste indruk dat zij van een even hoog niveau waren als die van de andere betrokken ondernemingen. De Commissie heeft vastgesteld dat de andere ondernemingen werden vertegenwoordigd door bestuursleden op het hoogste niveau, te weten managing directors, general managers of voorzitters, en dat verzoekster werd vertegenwoordigd door een „directeur en de international sales manager” (punt 71 van de bestreden beschikking). Ook al had de heer R. inderdaad de titel van „directeur”, dit was geen juridische benaming en zei niets over de positie, de bevoegdheden of de verantwoordelijkheden van de betrokkene, die veeleer vergelijkbaar waren met die van de heer B., international sales manager. De andere ondernemingen hebben daarentegen vertegenwoordigers op het hoogste niveau van hun respectieve raden van bestuur gekozen. De heer W. was bij het begin van de inbreuk managing director van verzoekster.

79 De Commissie komt op tegen verzoeksters betoog. Zij benadrukt dat verzoekster niet verplicht was, deel te nemen aan de mededingingsregeling, en zij verklaart dat uit de feiten die in de bestreden beschikking zijn uiteengezet, en die worden gestaafd door tal van rechtstreekse bewijzen welke in verzoeksters kantoren zijn gevonden, blijkt dat haar rol niet als „passief” kan worden aangemerkt. De bewijselementen tonen integendeel aan dat zij de door de mededingingsregeling gesloten overeenkomsten heeft uitgevoerd.

80 De Commissie stelt dat aan verzoekster klanten zijn toegewezen. In haar verweerschrift wijst zij erop dat Teknos in 1997 voor zes maanden aan verzoekster

is toegewezen, hetgeen deze laatste zelf erkent. In dupliek geeft de Commissie toe dat zij „per vergissing heeft gerefereerd aan een andere toewijzing van een klant”, maar zij herinnert eraan dat verzoekster niet is opgekomen tegen het feit dat in de bestreden beschikking is geconcludeerd dat Teknos aan haar is toegewezen.

— Beoordeling door het Gerecht

- 81 Het Gerecht is van oordeel dat de Commissie op goede gronden kon concluderen dat verzoekster volwaardig aan de mededingingsregeling heeft deelgenomen. Zoals hierna zal worden aangetoond, heeft verzoekster immers aan alle essentiële elementen van de inbreuk deelgenomen.
- 82 In de eerste plaats staat vast dat verzoekster regelmatig aan de bijeenkomsten van de mededingingsregeling heeft deelgenomen. De Commissie heeft op goede gronden vastgesteld dat zij aanwezig was op vijftien van de zestien multilaterale bijeenkomsten waarvan vaststaat dat deze tijdens de duur van de mededingingsregeling hebben plaatsgehad (punten 102, 107, 112, 116, 120, 132, 133, 137, 151, 157, 168 en 181 van de bestreden beschikking). Bovendien heeft verzoekster sommige van deze bijeenkomsten zelf georganiseerd (punten 120, 136 en 160 van de bestreden beschikking). Haar verklaring dat zij de bijeenkomst van oktober 1993 niet heeft bijgewoond, is niet relevant, aangezien de Commissie heeft geconcludeerd dat de mededelingsregeling pas op 24 maart 1994 is begonnen.
- 83 Verzoeksters argument dat zij niet werd vertegenwoordigd door personen op een even hoog niveau als de vertegenwoordigers van de andere betrokken ondernemingen, toont niet aan dat zij geen volwaardig lid van de mededingingsregeling was. Anders dan verzoekster suggereert, heeft de Commissie niet verklaard dat de andere ondernemingen werden vertegenwoordigd door bestuursleden op het hoogste niveau. Zij heeft alleen de vaste vertegenwoordigers van de ondernemingen op de



bijeenkomsten van de mededingingsregeling geïdentificeerd. Bovendien was het niveau waarop verzoekster werd vertegenwoordigd, ook al betrof het slechts de sales manager, hoog genoeg om verzoeksters volledige deelneming aan deze bijeenkomsten aan te tonen.

- 84 In de tweede plaats betwist verzoekster niet dat zij volledig heeft deelgenomen aan de quotaovereenkomst (punten 51-53 van de verklaring van Union Pigments). Uit de interne nota van 30 maart 1995 blijkt overigens dat zij zelfs een verhoging van haar marktaandeel heeft geëist (punt 122 van de bestreden beschikking). Zoals in de overeenkomst was bepaald, heeft verzoekster aan CEFIC, en daarna aan de opvolger ervan, het Verband der Mineralfarbenindustrie eV informatie over haar verkoophoeveelheden toegestuurd (punten 51-53 van de verklaring van Union Pigments; punten 109, 110, 130, 134, 144, 153 en 184 van de bestreden beschikking). Verzoekster heeft op haar beurt informatie over de verkopen van de andere kartelleden ontvangen, wat haar gedrag binnen de mededingingsregeling en op de markt heeft kunnen beïnvloeden (zie, in die zin, arrest Gerecht van 9 juli 2003, Cheil Jedang/Commissie, T-220/00, Jurispr. blz. II-2473, punt 207). De omstandigheid dat CEFIC haar een herinneringsbrief heeft moeten sturen opdat zij informatie zou toesturen (punt 109 van de bestreden beschikking) volstaat niet als bewijs dat verzoekster slechts met veel terughoudendheid aan de mededingingsregeling heeft meegewerkt.
- 85 In de derde plaats betwist verzoekster in haar verklaring niet dat zij aan de vaststelling van indicatieve prijzen heeft deelgenomen (zie punten 49, 60 en 73 van de verklaring van Union Pigments). In haar nota van 30 maart 1995 heeft hij zelf erkend dat zij hogere prijzen had gekregen dankzij de mededingingsregeling (punt 125 van de bestreden beschikking; zie eveneens punten 49 en 73 van de verklaring van Union Pigments).
- 86 In de vierde plaats mocht de Commissie concluderen dat verzoekster heeft deelgenomen aan de toewijzing van klanten. Verzoekster betwist alleen dat zij aan de toewijzingsovereenkomst inzake Teknos heeft deelgenomen, maar niet dat zij aan

de andere, door de bestreden beschikking bedoelde toewijzingen heeft deelgenomen. Wat Teknos betreft, is het mogelijk dat deze klant vóór maart 1995 werd toegewezen zonder dat verzoekster hierbij was betrokken (punten 122-124 van de bestreden beschikking). Verzoekster heeft evenwel erkend dat zij een container aan Teknos heeft geleverd (punt 69 van de verklaring van Union Pigments). Haar uitleg dat deze levering alleen werd verricht opdat Teknos de overeenkomst niet op het spoor zou komen, kan niet worden aanvaard. Bovendien was volgens Trident de prijs die aan Teknos zou worden voorgesteld, overeengekomen en was tevens overeengekomen dat alleen de producent die aan de „beurt” was, een prijs onder de afgesproken prijs mocht voorstellen (punt 96 van de bestreden beschikking). Volgens een nota van verzoekster betreffende de bijeenkomst van 4 februari 1997 is tijdens deze bijeenkomst blijkbaar aanvaard om voor verzoekster hogere prijzen vast te stellen dan die van SNCZ, omdat Teknos voor zes maanden aan deze laatste was toegewezen (punten 138 en 139 van de bestreden beschikking). Dit toont eveneens aan dat verzoekster aan de toewijzingsovereenkomst inzake Teknos heeft deelgenomen. Bovendien was deze laatste vennootschap een van verzoeksters grootste klanten (punten 97 en 270 van de bestreden beschikking) en was verzoekster volgens Trident bereid een prijzenoorlog te ontketenen om haar te behouden (punt 97 van de bestreden beschikking). Het Gerecht is derhalve van oordeel dat niet is aangetoond dat verzoekster niet aan de toewijzing van deze klant heeft deelgenomen, althans nadat zij kennis had gekregen van deze toewijzing.

- 87 In elk geval, ook al zou verzoekster niet aan de toewijzingsovereenkomst inzake Teknos hebben deelgenomen, kon de Commissie op goede gronden concluderen dat verzoekster aansprakelijk was voor de toewijzing van klanten. In dit verband zij eraan herinnerd dat een onderneming die aan een veelvoudige inbreuk op de mededingingsregels heeft deelgenomen door eigen gedragingen die een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging met een mededingingsbeperkend doel in de zin van artikel 81, lid 1, EG vormen, en die een bijdrage aan de verwezenlijking van de inbreuk in zijn geheel beogen te leveren, voor de gehele duur van haar deelneming aan deze inbreuk tevens aansprakelijk kan zijn voor de gedragingen van andere ondernemingen in het kader van diezelfde inbreuk, wanneer vaststaat dat de betrokken onderneming de onrechtmatige gedragingen van de andere deelnemers kende of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico ervan te aanvaarden (arrest Commissie/Anic Partecipazioni, punt 39 supra, punt 203, en arrest Gerecht van 20 maart 2002, LR AF 1998/Commissie, T-23/99, Jurispr. blz. II-1705, punt 158).

- 88 Ten slotte heeft de Commissie op goede gronden niet tot het bestaan van de door verzoekster aangevoerde „mededingingsregeling binnen de mededingingsregeling” geconcludeerd (punten 122-125 van de bestreden beschikking). Laatstgenoemde heeft namelijk onvoldoende bewijs aangedragen dat er sprake was van een dergelijke beperkte kring. Hoe dan ook wordt de omstandigheid dat verzoekster volledig aan de in de bestreden beschikking vastgestelde inbreuk heeft deelgenomen, hierdoor niet op losse schroeven gezet.
- 89 Uit wat voorafgaat volgt dat de vierde grief ongegrond moet worden verklaard.

De vijfde grief, betreffende de omstandigheid dat verzoekster onmiddellijk een einde heeft gemaakt aan de inbreuk

— De argumenten van partijen

- 90 Verzoekster betoogt dat de Commissie niet naar behoren rekening heeft gehouden met de omstandigheid zij na de bij de ondernemingen verrichte verificaties onmiddellijk een einde heeft gemaakt aan de inbreuk. Zij had beslist om in het kader van deze verificaties volledige medewerking te verlenen aan de Commissie en was vastbesloten dit te blijven doen. Na die verificaties heeft verzoekster zonder opgave van redenen de geplande bijeenkomst te Amsterdam geschrapt en Heubach duidelijk laten weten dat zij geen statistische gegevens meer zou meedelen. Op 15 juli 1998 heeft verzoekster de deelnemers aan de mededingingsregeling een fax gezonden waarin zij hen op de hoogte heeft gebracht van haar terugtrekking. Verzoekster heeft het verzoek om lid te worden van de nieuwe vereniging, de European Manufacturers of Zinc Phosphates (hierna: „EMZP”), van de hand gewezen, en de Commissie kennis gegeven van de oprichting ervan. In feite toont verzoeksters gedrag met betrekking tot EMZP aan dat zij onmiddellijk de maatregelen heeft genomen die de Commissie later in het kader van de mededeling van punten van bezwaar zou opleggen. Dit gedrag rechtvaardigt dat verzoekster verschillend wordt behandeld. De Commissie heeft evenwel niet naar behoren rekening gehouden met deze omstandigheden. Verzoekster verwijt haar in het

bijzonder dat zij met betrekking tot EMZP geen onderscheid heeft gemaakt tussen haarzelf en de andere betrokken ondernemingen. De Commissie geeft een onjuist beeld van verzoeksters gedrag wanneer zij verklaart dat de „deelnemers aan het kartel” informatie aan deze vereniging hebben verstrekt (punt 254 van de bestreden beschikking), zonder duidelijk aan te geven dat verzoekster hieraan niet heeft deelgenomen.

- 91 De Commissie herinnert eraan dat zij niet verplicht is, het bedrag van de geldboete te verminderen op grond dat verzoekster na haar eerste actie een einde heeft gemaakt aan de inbreuk (arrest LR AF 1998/Commissie, punt 87 supra, punt 324) en dat de inaanmerkingneming van een verzachtende omstandigheid in casu geen invloed zou hebben gehad op het uiteindelijke bedrag van de geldboete.

— Beoordeling door het Gerecht

- 92 Er zij op gewezen dat volgens punt 3, derde streepje, van de richtsnoeren het basisbedrag wordt verminderd ingeval de betrokken onderneming „reeds bij de eerste stappen van de Commissie (met name de verificaties) de inbreuken heeft beëindigd”. De Commissie is evenwel niet verplicht om de beëindiging van een inbreuk in de regel als een verzachtende omstandigheid te beschouwen. De reactie van een onderneming op de instelling van een onderzoek naar haar activiteiten moet worden beoordeeld met inachtneming van de specifieke context van het concrete geval (arrest LR AF 1998/Commissie, punt 87 supra, punt 324).
- 93 In casu heeft de Commissie op 13 en 14 mei 1998 verificaties verricht bij de verschillende ondernemingen, en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA heeft van 13 tot 15 mei 1998 verificaties verricht bij verzoekster. De Commissie concludeert in artikel 1 van de bestreden beschikking dat de mededingingsregeling van 24 maart 1994 tot 13 mei 1998 heeft geduurd. Hieruit volgt dat rekening is gehouden met het feit dat de ondernemingen de inbreuk bij de eerste stappen van de Commissie hebben beëindigd.

- 94 In elk geval heeft verzoekster niet aangetoond dat zij haar deelneming aan de mededingingsregeling heeft beëindigd vanaf het optreden van de Commissie. Zij heeft de andere deelnemers immers pas op 15 juli 1998 van haar terugtrekking op de hoogte gebracht (zie punt 90 hierboven).
- 95 Met betrekking tot verzoeksters argument dat zij na de verificaties volledige medewerking heeft verleend aan de Commissie, moet worden opgemerkt dat zij de Commissie pas op 17 juli 1998 heeft benaderd (punt 57 van de bestreden beschikking). Voorts heeft zij overeenkomstig punt D van de mededeling inzake samenwerking de maximale vermindering gekregen, namelijk 50 %.
- 96 Wat EMZP betreft, volstaat het erop te wijzen dat deze organisatie op 31 juli 1998 is opgericht en dus niets te maken heeft met de betrokken inbreuk (punt 42 van de bestreden beschikking). Derhalve is het feit dat verzoekster niet tot deze vereniging is toegetreden, in casu niet relevant.
- 97 Hieruit volgt dat de vijfde grief en bijgevolg het eerste middel in zijn geheel, ongegrond moeten worden verklaard.

*2. Het tweede middel: onjuiste berekening van het bedrag van de geldboete en schending van algemene beginselen*

- 98 Verzoekster betoogt dat, aangezien de Commissie de bestreden beschikking op een onjuiste beoordeling van de feiten en de bewijselementen heeft gebaseerd, deze beschikking eveneens ongeldig is, wat het basisbedrag van de geldboete betreft, en bijgevolg in strijd is met artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, de in de beschikkingspraktijk erkende beginselen, de richtsnoeren en de mededeling inzake

medewerking. Dit middel bestaat uit zes onderdelen, betreffende de volgende aspecten van de bestreden beschikking:

- de zwaarte van de inbreuk en de verschillende behandeling;
- de duur van de inbreuk;
- de onjuiste toepassing van verzwarende omstandigheden en de niet-inaanmerkingneming van verzachtende omstandigheden;
- de onjuiste toepassing van de mededeling inzake samenwerking;
- de schending van het gelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel;
- de nutteloosheid om afschrikkender op te treden en de onmogelijkheid om de geldboete te betalen.

*Het eerste onderdeel, betreffende de zwaarte van de inbreuk en de verschillende behandeling*

De argumenten van partijen

<sup>99</sup> Volgens verzoekster mocht de Commissie de door haar begane inbreuk niet als „zeer zwa[ar]” (punt 300 van de bestreden beschikking) aanmerken. Zij stelt dat deze inbreuk als „niet te ernstig” had moeten worden aangemerkt, en dat zij een verschillende behandeling zou hebben verdiend, indien de Commissie naar behoren

rekening had gehouden met de omstandigheden van de zaak, in het bijzonder met het feit dat zij geen deel heeft uitgemaakt van degenen die het initiatief tot de mededelingsregeling hebben genomen of van de kleine kring, dat zij geen volwaardig lid van de mededingingsregeling is geweest, dat zij zich gedurende een periode van vijf tot zes maanden eruit heeft teruggetrokken, dat haar terugtrekking negatieve gevolgen heeft gehad voor de mededingingsregeling, en dat haar rol louter passief was, terwijl andere deelnemers de stuwende kracht van de mededingingsregeling vormden. Bovendien waren de reële gevolgen van de haar verweten inbreuk onbeduidend, aangezien een groot gedeelte van haar productie door BASF werd afgenomen of via haar distributeurs werd verkocht. De door haar toegepaste prijzen lagen immers regelmatig onder het „aanbevolen niveau”.

100 Voorts voert verzoekster aan dat de Commissie bij de toepassing van een verschillende behandeling geen rekening heeft gehouden met het relatieve gewicht van de betrokken ondernemingen. Gezien het vrij grote verschil in grootte van deze ondernemingen, qua omzet en aantal werknemers, en verzoeksters daadwerkelijke vermogen om schade toe te brengen, had het basisbedrag voor deze laatste veel lager moeten liggen dan voor de andere ondernemingen. Daarnaast had de Commissie rekening moeten houden met het feit dat andere deelnemers, in het bijzonder Heubach, SNCZ en Trident, samenwerkten jegens een kleine onderneming als verzoekster. Zij benadrukt dat haar invloed verschilde van die welke door de andere betrokken ondernemingen werd uitgeoefend, en aanzienlijk lager was dan het marktaandeel op basis waarvan de Commissie het bedrag van de geldboete heeft berekend (zie dienaangaande punt 53 hierboven).

101 Tegen de achtergrond van wat voorafgaat, stelt verzoekster dat de Commissie voor haar een buitensporig basisbedrag heeft vastgesteld.

102 Volgens de Commissie verwacht verzoekster de zwaarte van de inbreuk met haar eigen deelneming aan de inbreuk. Met betrekking tot hetgeen inzake een

verschillende behandeling is aangevoerd, herinnert zij eraan dat zij de ondernemingen in twee categorieën heeft ingedeeld, waarbij verzoekster samen met drie andere ondernemingen in de eerste categorie is ingedeeld. Aangezien het marktaandeel van verzoekster, dat deze zelf op ongeveer 30 % schatte, veruit het hoogste was, was er volgens de Commissie geen enkele reden om verzoekster een bijzondere behandeling te geven. In dupliek voegt de Commissie hieraan toe dat verzoekster geen enkel relevant bewijs aandraagt voor haar stelling dat zij niet tot de grootste zinkfosfaatproducenten van de EVA behoorde en zij ten onrechte in dezelfde categorie als deze producenten is ingedeeld.

### Beoordeling door het Gerecht

- <sup>103</sup> Overeenkomstig punt 1 A van de richtsnoeren heeft de Commissie bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk niet alleen uitdrukkelijk rekening gehouden met de eigen aard van de inbreuk en de omvang van de betrokken geografische markt, maar ook met de concrete weerslag ervan op de markt wanneer die meetbaar is. In het onderhavige geval worden al deze criteria in punt 300 van de bestreden beschikking genoemd.
- <sup>104</sup> Uit deze beschikking en uit de richtsnoeren, waarvan de beginselen in de beschikking zijn toegepast, blijkt immers dat de zwaarte van de inbreuk weliswaar eerst wordt beoordeeld aan de hand van de specifieke aspecten van de inbreuk zelf, zoals de aard en de weerslag ervan op de markt, maar dat die beoordeling vervolgens wordt aangepast naar gelang van de bijzondere situatie van de betrokken onderneming, waarbij de Commissie, naast de grootte en de capaciteit van de onderneming, overigens niet alleen eventuele verzwarende, doch in voorkomend geval ook verzachtende omstandigheden in aanmerking neemt (zie arrest Gerecht van 30 september 2003, *Atlantic Container Line e.a./Commissie*, T-191/98, T-212/98–T-214/98, Jurispr. blz. II-3275, punt 1530, en de aangehaalde rechtspraak).



- 105 De door verzoekster in het kader van dit eerste onderdeel aangevoerde argumenten hebben betrekking op haar deelneming aan de inbreuk, en niet zozeer op de kenmerken van deze inbreuk. Het Gerecht is van oordeel dat de argumenten die verzoekster ontleent aan het feit dat zij geen deel uitmaakte van degenen die het initiatief tot de mededelingsregeling hebben genomen of tot de „kleine kring”, dat zij geen volwaardig lid van de mededingingsregeling is geweest en dat haar rol louter passief was, dienen te worden beoordeeld in het kader van het onderzoek of er verzwarende en verzachtende omstandigheden aanwezig zijn (zie punten 118-133 hierna). Wat verzoeksters terugtrekking uit de mededingingsregeling betreft, dit aspect valt onder de duur van de inbreuk, die in de punten 111 tot en met 114 hierna zal worden onderzocht.
- 106 Aangaande verzoeksters argument dat de reële gevolgen van haar inbreuk onbeduidend zijn geweest, volstaat het erop te wijzen dat de gevolgen die in aanmerking moeten worden genomen om het algemene niveau van de geldboeten te bepalen, niet de gevolgen zijn van de feitelijke houding die een bepaalde onderneming stelt te hebben aangenomen, maar de gevolgen van de gehele inbreuk waaraan zij heeft deelgenomen (arrest Commissie/Anic Partecipazioni, punt 39 supra, punt 152, en arrest Gerecht van 9 juli 2003, Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie, T-224/00, Jurispr. blz. II-2597, punt 160).
- 107 De grief dat de Commissie bij de toepassing van een verschillende behandeling geen rekening heeft gehouden met het relatieve gewicht van de betrokken ondernemingen, noch met verzoeksters daadwerkelijke vermogen om schade toe te brengen, moet worden onderzocht in het kader van de grief inzake schending van het gelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel (zie punten 148-165 hierna).
- 108 Ten slotte zijn de andere argumenten die verzoekster in het kader van het tweede onderdeel van een eerste middel heeft aangevoerd, namelijk dat er sprake is geweest van een kleine kring (zie punt 88 hierboven) en dat zij weinig invloed op de markt heeft gehad (zie punten 58-62 hierboven) reeds door het Gerecht afgewezen.

*Het tweede onderdeel, betreffende de duur van de inbreuk*

De argumenten van partijen

- 109 Verzoekster betoogt dat de Commissie enerzijds, ten onrechte heeft geconcludeerd dat zij een inbreuk van dezelfde duur, te weten, vier jaar en een maand, heeft gemaakt als de andere deelnemers, en, anderzijds, ten onrechte het basisbedrag van de op grond van de zwaarte van de inbreuk gekozen geldboete met 40 % heeft verhoogd. De Commissie heeft geen rekening gehouden met het feit dat verzoekster zich gedurende een periode van vijf tot zes maanden uit de mededingingsregeling heeft teruggetrokken. Bijgevolg heeft zij in strijd met het gelijkheidsbeginsel en haar eigen beschikkingspraktijk gehandeld, en heeft zij de richtsnoeren onjuist toegepast. Volgens verzoekster had de verhoging van het basisbedrag op grond van de duur van de inbreuk veel lager moeten zijn dan 40 %.
- 110 De Commissie verwijst naar de argumenten die zij heeft aangevoerd met betrekking tot het eerste onderdeel van het eerste middel.

Beoordeling door het Gerecht

- 111 Zoals in de punten 36 tot en met 44 hierboven is aangegeven, heeft de Commissie op goede gronden geconcludeerd dat verzoekster op ononderbroken wijze aan de inbreuk heeft deelgenomen van 24 maart 1994 tot 13 mei 1998. Bijgevolg kan het tweede onderdeel van het tweede middel niet worden aanvaard.

- 112 Hoe dan ook, zelfs al zouden verzoeksters argumenten gegrond zijn, dit zou het uiteindelijke bedrag van de geldboete niet wijzigen. De Commissie zou nog steeds op goede gronden kunnen concluderen dat verzoekster een inbreuk van gemiddelde duur heeft gepleegd, te weten van 24 maart 1994 tot maart 1995 en daarna van augustus 1995 tot 13 mei 1998. Een verhoging wegens de duur ten belope van 35 % zou passend zijn geweest. Gelet op de berekeningen die overeenkomstig de mededeling inzake samenwerking zijn vereist, alsook op de bovengrens van 10 % van de omzet van de betrokken ondernemingen in het voorafgaande boekjaar, zou een verhoging met ongeveer 35 %, in plaats van 40 %, het uiteindelijke bedrag van verzoeksters geldboete niet wijzigen.
- 113 Wat ten slotte het door verzoekster ter terechtzitting aangevoerde argument betreft, dat de Commissie de geldboete niet met 10 % per jaar had mogen verhogen, kan worden volstaan met de vaststelling dat dit argument niet in het inleidende verzoekschrift is voorgedragen en dat het dus een nieuw middel vormt dat niet-ontvankelijk is volgens artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht.
- 114 Om al deze redenen dient het tweede onderdeel van het tweede middel te worden afgewezen.

*Het derde onderdeel, betreffende de onjuiste toepassing van verzwarende omstandigheden en de niet-inaanmerkingneming van verzachtende omstandigheden*

De argumenten van partijen

- 115 In de eerste plaats stelt verzoekster dat het niet gerechtvaardigd is dat de Commissie verzwarende omstandigheden jegens haar in aanmerking neemt door haar te

rekenen bij de deelnemers die het „gemeenschappelijke initiatief” tot instelling van de mededingingsregeling hebben genomen. Daarbij komt dat de Commissie volgens haar niet voldoende rekening heeft gehouden met het feit dat de andere ondernemingen aan de oorsprong van de mededingingsregeling lagen en een „kleine kring” hebben gevormd, terwijl zij zich pas later bij de mededingingsregeling heeft aangesloten en er nooit een volwaardig lid van is geweest. Door verzoekster om deze redenen geen gunstiger behandeling te geven, heeft de Commissie zich niet aan de richtsnoeren gehouden.

- 116 In de tweede plaats betoogt verzoekster dat de Commissie, door zich op het standpunt te stellen dat in casu geen verzachtende omstandigheid in aanmerking kon worden genomen, een fout heeft begaan en zich niet aan haar beschikkingspraktijk en aan de richtsnoeren heeft gehouden. Onder verwijzing naar de hierboven uiteengezette argumenten verklaart zij dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met de omstandigheid dat zij is verzocht zich bij een reeds bestaande mededingingsregeling aan te sluiten, dat zij nooit tot de „kleine kring” heeft behoord en dat haar nooit een klant is toegewezen, behoudens één keer, om de andere leden van de mededingingsregeling te beschermen. De Commissie heeft evenmin rekening gehouden met de omstandigheid dat verzoekster de litigieuze overeenkomsten in de praktijk slechts in zeer beperkte mate heeft uitgevoerd, zoals blijkt uit haar terugtrekking uit de mededingingsregeling, uit de lagere prijzen die zij op de noordse markt toepaste, en uit het door de Commissie vastgestelde feit (punt 118 van de bestreden beschikking) dat zij op de bijeenkomsten vaak in conflict kwam met de andere deelnemers, met name met Britannia, aangaande de verkoop in het Verenigd Koninkrijk en de prijzenoorlog. Voorts is verzoekster van mening dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met de omstandigheid dat zij min of meer verplicht was, zich bij de mededingingsregeling aan te sluiten, omdat, enerzijds, sommige deelnemers ook belangrijke klanten van haar waren, en zij, anderzijds, haar belangrijkste klant en distributeur op het vasteland, namelijk BASF dreigde te verliezen.

- 117 Volgens de Commissie volstaat het erop te wijzen dat in de bestreden beschikking geen verzwarende omstandigheden jegens verzoekster in aanmerking zijn genomen. Daarnaast is zij van mening dat verzoeksters argumenten betreffende de zogenaamde verzachtende omstandigheden moeten worden afgewezen.

## Beoordeling door het Gerecht

- 118 Volgens de rechtspraak moet, wanneer een inbreuk door meerdere ondernemingen is gepleegd, het relatieve gewicht van de deelneming van elk van hen worden onderzocht (arresten Suiker Unie e.a./Commissie, punt 35 supra, punt 623, en Commissie/Anic Partecipazioni, punt 39 supra, punt 150), om voor elk van hen na te gaan of er verzwarende of verzachtende omstandigheden zijn.
- 119 Deze conclusie is het logische gevolg van het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen en sancties, volgens hetwelk aan een onderneming slechts een sanctie kan worden opgelegd voor feiten die haar individueel ten laste worden gelegd. Dit beginsel geldt in elke administratieve procedure die tot sancties op grond van de communautaire mededingingsregels kan leiden (arrest Gerecht van 13 december 2001, Krupp Thyssen Stainless en Acciai speciali Terni/Commissie, T-45/98 en T-47/98, Jurispr. blz. II-3757, punt 63).
- 120 De punten 2 en 3 van de richtsnoeren voorzien in een aanpassing van het basisbedrag van de geldboete op basis van een aantal verzwarende en verzachtende omstandigheden die specifiek elke betrokken onderneming betreffen.
- 121 Wat om te beginnen verzoeksters argument betreft, dat de Commissie verzwarende omstandigheden jegens haar in aanmerking heeft genomen door haar te rekenen bij de deelnemers die het gemeenschappelijke initiatief tot instelling van de mededingingsregeling hebben genomen, behoeft slechts te worden opgemerkt dat dit argument feitelijke grondslag mist. De Commissie heeft immers geen enkele

verzwarende omstandigheid jegens verzoekster in aanmerking genomen (punten 314-319 van de bestreden beschikking). Hoe dan ook, zelfs al zou de Commissie met betrekking tot de andere betrokken ondernemingen tot het bestaan van een verzwarende omstandigheid hebben geconcludeerd op grond van het feit dat zij de leiders of de initiatiefnemers van de inbreuk waren, dit zou het bedrag van de aan verzoekster opgelegde geldboete geenszins hebben gewijzigd.

- 122 Om dezelfde redenen kan verzoeksters argument dat de Commissie het bestaan van een verzwarende omstandigheid had moeten vaststellen op grond dat de andere ondernemingen een kleine kring hadden gevormd, niet worden aanvaard (zie in dit verband punt 88 hierboven).
- 123 Voorts moet ook het verzoek tot vermindering van de geldboete wegens verzachtende omstandigheden worden afgewezen.
- 124 In de eerste plaats voert verzoekster aan dat zij is verzocht zich bij een reeds bestaande mededingingsregeling aan te sluiten, dat zij geen deel uitmaakte van de kleine kring en dat haar nooit een klant is toegewezen. Zoals in punt 71 hierboven is aangegeven, had de Commissie goede gronden om niet te concluderen dat de mededingingsregeling bestond vóór 24 maart 1994. Overigens bevatten de stukken geen enkel element dat wijst op het bestaan van de door verzoekster aangevoerde kleine kring (zie in dit verband punt 88 hierboven). Ten slotte heeft de Commissie terecht geconcludeerd dat verzoekster heeft deelgenomen aan de overeenkomst tot toewijzing van klanten, met inbegrip van Teknos (zie punt 86 hierboven).
- 125 Voorts is het Gerecht van oordeel dat een deelnemer aan een inbreuk zich in beginsel niet kan beroepen op een verzachtende omstandigheid die op het gedrag van de andere deelnemers aan deze inbreuk is gebaseerd. In casu zou de omstandigheid dat de andere leden van de mededingingsregeling zich eerder, of vaster, hadden verbonden, in voorkomend geval voor hen een verzwarende omstandigheid kunnen zijn, maar vormt dit geen verzachtende omstandigheid voor verzoekster.

126 Aangaande verzoeksters argument dat haar rol in de mededingingsregeling louter passief was, moet worden opgemerkt dat het feit dat een onderneming bij de totstandbrenging van de inbreuk „een louter passieve rol vervulde of slechts meeloopster was”, indien bewezen, volgens punt 3, eerste streepje, van de richtsnoeren inderdaad een verzachtende omstandigheid vormt. Een dergelijke passieve rol houdt in dat de betrokken onderneming zich „op de achtergrond” houdt, dat wil zeggen niet actief deelneemt aan de uitwerking van de mededingingsversturende overeenkomst. Volgens de rechtspraak kunnen als indicatie voor de passieve rol van een onderneming in een mededingingsregeling onder meer in aanmerking worden genomen het feit dat zij de bijeenkomsten veel onregelmatiger heeft bijgewoond dan de gewone leden van de mededingingsregeling, het feit dat zij pas later actief is geworden op de markt waarop de inbreuk betrekking had, ongeacht de duur van haar deelneming hieraan, of het feit dat vertegenwoordigers van andere ondernemingen die aan de inbreuk hebben deelgenomen, een uitdrukkelijke verklaring in die zin hebben afgelegd (zie arrest Cheil Jedang/Commissie, punt 84 supra, punten 167 en 168, en de aldaar aangehaalde rechtspraak, en arrest Gerecht van 29 april 2004, Tokai Carbon e.a./Commissie, T-236/01, T-239/01, T-244/01–T-246/01, T-251/01 en T-252/01, Jurispr. blz. II-1181, punt 331). Zoals in de punten 82 tot en met 87 hierboven is vastgesteld, heeft verzoekster in casu evenwel niet aangetoond dat zij zich aldus „op de achtergrond” heeft gehouden.

127 In de tweede plaats is verzoekster van mening dat zij een vermindering van het boetebedrag had moeten krijgen, omdat zij „de litigieuze overeenkomsten slechts in zeer beperkte mate heeft uitgevoerd”. Zij lijkt de Commissie te verwijten geen verzachtende omstandigheid als bedoeld in punt 3, tweede streepje, van de richtsnoeren, namelijk dat zij de inbreukmakende overeenkomsten niet daadwerkelijk heeft toegepast, in aanmerking te hebben genomen.

128 Daartoe dient te worden nagegaan, of uit de door verzoekster aangevoerde omstandigheden blijkt dat zij zich in de periode waarin zij partij was bij de inbreukmakende overeenkomsten, daadwerkelijk aan de toepassing ervan heeft onttrokken door zich concurrentieel te gedragen op de markt (zie, in die zin, arresten Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie, punt 106 supra, punt 268, en de aangehaalde rechtspraak).

- 129 Aangezien verzoekster volledig aan de mededingingsregeling heeft deelgenomen (zie punten 81-87 hierboven), is het Gerecht van oordeel dat zij zich niet concurrentieel op de markt heeft gedragen in de zin van de in punt 128 hierboven aangehaalde rechtspraak. In dit verband moet worden onderstreept dat verzoekster heeft erkend dat zij haar zogenaamde terugtrekking in augustus 1995 heeft beëindigd om de voordelen van de inbreuk te genieten (punt 67 van de verklaring van Union Pigments). Daardoor heeft zij duidelijk afgezien van een mogelijk concurrentieel gedrag op de markt en heeft zij gekozen om profijt te trekken uit de mededingingsregeling.
- 130 Aangaande verzoeksters argument dat zij producten onder de aanbevolen prijs heeft verkocht, dient te worden opgemerkt dat het feit dat een onderneming waarvan is aangetoond dat zij met haar concurrenten heeft samengespannen op het gebied van de prijzen, zich op de markt niet overeenkomstig de met haar concurrenten overeengekomen wijze heeft gedragen, niet noodzakelijkerwijs een omstandigheid is die als verzachtende omstandigheid in aanmerking moet worden genomen. Een onderneming die in weerwil van de onderlinge afstemming met haar concurrenten een hiervan afwijkend beleid voert, kan immers gewoonweg proberen zich de mededingingsregeling ten nutte te maken (zie, in die zin, arrest *Cascades/Commissie*, punt 41 supra, punt 230).
- 131 Met betrekking tot verzoeksters argument dat zij in weerwil van de mededingingsregeling in een concurrentieverhouding stond met *Britannia*, zij opgemerkt dat vaststaat dat deze ondernemingen in 1994 hebben geprobeerd om klanten aan de andere ondernemingen te ontfutselen, en dat *James Brown* op 9 januari 1995 een bijeenkomst met *Britannia* en verzoekster heeft georganiseerd in een poging een verbetering van de situatie te bewerkstelligen (punt 117 van de bestreden beschikking). Klaarblijkelijk hebben de partijen geen akkoord kunnen bereiken om de moeilijkheden op te lossen. Dit conflict toont weliswaar aan dat er nog enige mededinging tussen de betrokken ondernemingen bestond, doch de Commissie heeft in de bestreden beschikking niet verklaard dat de mededingingsregeling elke vorm van mededinging op de markt had belet. Bovendien heeft verzoekster geen bewijs aangedragen dat haar conflict met *Britannia* tijdens de gehele duur van de inbreuk is blijven bestaan.



- 132 Het is in elk geval duidelijk dat verzoekster aan de bijeenkomst van 9 januari 1995 heeft deelgenomen, omdat zij zich door de concurrenten benadeeld voelde, en zij derhalve een nieuwe overeenkomst wenste te sluiten.
- 133 In de derde plaats voert verzoekster aan dat de Commissie rekening had moeten houden met de omstandigheid dat zij min of meer verplicht was om zich bij de mededingingsregeling aan te sluiten. Zoals het Gerecht reeds heeft vastgesteld, dient dit argument te worden afgewezen (zie punt 63 hierboven).
- 134 Bijgevolg moet het derde onderdeel van het tweede middel ongegrond worden verklaard.

*Het vierde onderdeel, betreffende de onjuiste toepassing van de mededeling inzake samenwerking*

De argumenten van partijen

- 135 Volgens verzoekster is de vermindering met 50 % die de Commissie haar op grond van de mededeling inzake samenwerking heeft toegekend, onvoldoende. Zij wijst erop dat de nieuwe mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken (PB 2002, C 45, blz. 3; hierna: „nieuwe mededeling”) van de mededeling inzake medewerking verschilt, voorzover deze laatste mededeling eist dat een onderneming „doorslaggevende” bewijselementen aandraagt, en niet voorziet in een volledige immuniteit voor ondernemingen die het initiatief hebben genomen of een beslissende rol hebben gespeeld bij de onwettige activiteit. Verzoekster betoogt dat, ook al wekt de bestreden beschikking de indruk dat de mededingingsregeling uit een gemeenschappelijk initiatief is ontstaan, de Commissie thans erkent dat zij nooit heeft

beweerd dat zij het initiatief heeft genomen tot of een beslissende rol heeft gespeeld in de mededingingsregeling. Voorts stelt verzoekster dat zij de Commissie informatie heeft doen toekomen waardoor deze kennis heeft kunnen krijgen van het feit dat de andere deelnemers na de verificaties hadden besloten, EMZP op te richten. Verzoekster merkt op dat in beschikking 1999/60/EG van de Commissie van 21 oktober 1998 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (zaak nr. IV/35.691/E-4 — Kartel voor voorgeïsoleerde buizen) (PB 1999, L 24, blz. 1), Løgstør, een van de ondernemingen die een vermindering hadden gekregen, de Commissie heeft gewaarschuwd dat de kartelleden hadden beslist om de activiteiten ervan na de verificaties voort te zetten. Verzoekster voegt hieraan toe dat zij de Commissie mondelinge toelichting heeft gegeven en de lijsten van de bijeenkomsten heeft verstrekt. Ten slotte betwist verzoekster te hebben verklaard, dat het in de kantoren van de partijen bij de mededingingsregeling gevoerde onderzoek onvoldoende gronden had opgeleverd om de procedure in te leiden.

- 136 De Commissie stelt dat het door verzoekster aangevoerde onderscheid tussen de mededeling inzake samenwerking en de nieuwe mededeling volstrekt irrelevant is, aangezien zij nooit heeft beweerd dat verzoekster het initiatief heeft genomen tot of een beslissende rol heeft gespeeld in de mededingingsregeling. Voorts is volgens de Commissie verzoeksters argument dat zij de mededeling inzake samenwerking in casu niet juist heeft toegepast, volstrekt ongegrond.

#### Beoordeling door het Gerecht

- 137 Vooraf zij erop gewezen dat, zoals in de punten 351 tot en met 353 van de bestreden beschikking is vastgesteld, geen van de betrokken ondernemingen aan de toepassingsvoorwaarden van punt B of punt C van de mededeling inzake samenwerking voldeed. Derhalve diende het gedrag van deze ondernemingen te worden getoetst aan punt D van deze mededeling, dat als opschrift heeft „Belangrijke vermindering van de geldboete”.

138 Punt D, lid 1, bepaalt: „Wanneer een onderneming haar medewerking verleent zonder dat aan alle in [de punten] 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.”

139 In casu heeft de Commissie verzoekster een vermindering van 50 % van de geldboete verleend, dat wil zeggen de maximale vermindering die zij krachtens punt D, lid 1, van de mededeling inzake samenwerking mocht toekennen (punten 354-356 van de bestreden beschikking). Volgens verzoekster had de Commissie haar een nog grotere vermindering moeten toekennen. Zij komt evenwel niet op tegen het feit dat punt D, lid 1, in casu is toegepast. Zij betwist evenmin dat de Commissie bij de verificaties in haar kantoren doorslaggevende en rechtstreekse bewijzen van de inbreuk heeft gevonden, en dat zij dus niet voldoet aan de toepassingvoorwaarden van de punten B en C. Aangezien de Commissie verzoekster overeenkomstig punt D, lid 1, van de mededeling inzake samenwerking de maximale vermindering van 50 % heeft toegekend, is het Gerecht van oordeel dat verzoeksters argument ter zake volstrekt ongegrond is.

140 Wat de nieuwe mededeling betreft, deze is pas op 19 februari 2002 in het Publicatieblad bekendgemaakt en vervangt volgens punt 28 ervan de mededeling inzake samenwerking pas vanaf 14 februari 2002. In die omstandigheden is de nieuwe mededeling in casu niet relevant (zie, in die zin, arrest Tokai Carbon e.a./ Commissie, punt 126 supra, punt 273). Bovendien is het argument dat verzoekster in dit verband aanvoert (zie punt 135 hierboven), volstrekt irrelevant aangezien de Commissie nooit heeft beweerd dat verzoekster het initiatief heeft genomen tot of een beslissende rol heeft gespeeld in de mededingingsregeling.

141 Uit wat voorafgaat volgt dat het vierde onderdeel van het tweede middel moet worden afgewezen.

*Het vijfde middel, betreffende schending van het gelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel*

De argumenten van partijen

- 142 Verzoekster stelt dat zij verhoudingsgewijs strenger is gestraft dan de „leden van de kleine kring”, die nochtans een actievere rol hebben gespeeld bij de oprichting van de mededingingsregeling en bij het optreden ervan, en die onafgebroken eraan hebben deelgenomen. Bijgevolg heeft de Commissie het gelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel geschonden en zich niet gehouden aan de richtsnoeren.
- 143 Verzoekster herinnert eraan dat zij een vermindering heeft gekregen omdat de geldboete hoger was dan 10 % van haar totale omzet. Verzoeksters basisbedrag (4,2 miljoen EUR) vertegenwoordigt evenwel meer dan 60 % van haar totale omzet in 2001. De boete die aan Britannia, Heubach en James Brown is opgelegd, is daarentegen niet hoger dan 10 % van hun respectieve wereldwijde omzet. Het uiteindelijke bedrag van de aan verzoekster opgelegde geldboete na toepassing van de mededeling inzake samenwerking is hoger dan 5 % van die omzet, te weten een even strenge geldboete als die welke aan Heubach is opgelegd. Hoewel verzoekster na toepassing van de mededeling inzake samenwerking een vermindering met 50 % en Heubach een vermindering met 10 % heeft gekregen, hetgeen erop wijst dat deze laatste verhoudingsgewijs 80 % strenger diende te worden bestraft, blijkt uit het uiteindelijke bedrag van de geldboete dat de sanctie die aan Heubach is opgelegd, slechts 8 % strenger is dan die van verzoekster. Bijgevolg heeft de Commissie het gelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel geschonden.
- 144 Voorts heeft de Commissie bij de berekening van de geldboete voor nagenoeg alle ondernemingen, ongeacht de grootte ervan, hetzelfde bedrag van 3 miljoen EUR als

uitgangsbetrag genomen. Verzoekster merkt op dat, hoewel de betrokken ondernemingen nagenoeg even grote marktaandeelen hadden, hun respectieve grootte aanmerkelijk verschilde, en nog steeds verschildt, zoals blijkt uit hun omzet, die een belangrijk element vormt om hun „reële” marktinvloed vast te stellen. Door voor alle deelnemers hetzelfde uitgangsbetrag te nemen, heeft de Commissie een aanzienlijk zwaardere sanctie opgelegd aan de ondernemingen die, zoals verzoekster, een minder hoge omzet hadden. De Commissie heeft het evenredigheidsbeginsel geschonden voorzover de geldboeten niet evenredig zijn aan de slagkracht van elke onderneming, zoals die blijkt uit marktaandeel, grootte en omzet.

- 145 Verzoekster herinnert eraan dat volgens de richtsnoeren de inbreuken in drie categorieën worden ingedeeld, en de betrokken ondernemingen bijgevolg verschillend moeten worden behandeld naar gelang van de aard van de hun toegerekende inbreuk. Zoals het Gerecht in het arrest Acerinox/Commissie, punt 29 supra (punt 78), heeft verklaard, moet overigens ook „rekening [...] worden gehouden met de daadwerkelijke economische macht van de inbreukmakers om andere marktdeelnemers, met name de consumenten, aanzienlijke schade te berokkenen, en zal het bedrag van de geldboete op een zodanig niveau moeten worden gesteld dat daarvan een voldoende afschrikkende werking uitgaat” [punt 1 A, vierde alinea (van de richtsnoeren)]. Het Gerecht heeft eveneens geoordeeld dat het wenselijk kan zijn op de bedragen die binnen elk van de drie bovengenoemde categorieën worden opgelegd, „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 aanzienlijk verschil bestaat in de grootte van de ondernemingen die eenzelfde soort inbreuk hebben gepleegd, en bijgevolg het algemene uitgangsbetrag aan de specifieke aard van elke onderneming aan te passen [punt 1 A, zesde alinea (van de richtsnoeren)]”. In dezelfde zaak heeft het Gerecht geconcludeerd dat het marktaandeel van een onderneming relevant is om vast te stellen welke invloed die onderneming op de markt heeft kunnen uitoefenen, maar niet beslissend is om uit te maken of een onderneming tot een grote economische eenheid behoort (arrest Acerinox/Commissie, punt 29 supra, punt 88; arrest Hof van 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie, C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punt 139). Verzoekster verklaart dat de Commissie in casu niet heeft onderzocht of er een aanmerkelijk verschil bestond tussen de ondernemingen die aan de inbreuk hebben deelgenomen, en niet naar behoren rekening heeft gehouden met de grootte

en de economische macht van de betrokken ondernemingen, en dus met hun invloed op de markt. Het beginsel van gelijke behandeling voor eenzelfde soort inbreuk had de Commissie ertoe moeten aanzetten, aan de betrokken ondernemingen geldboeten van een verschillend bedrag op te leggen.

<sup>146</sup> Indien de Commissie haar „ruime beoordelingsmarge” juist zou hebben gebruikt, had zij volgens verzoekster de elementen die voor haar een minder hoge boete rechtvaardigden, in aanmerking moeten nemen. Zij wijst erop dat bijvoorbeeld uit het arrest van het Hof van 7 juni 1983, *Musique diffusion française e.a./Commissie* (100/80–103/80, Jurispr. blz. 1825), waarnaar de Commissie in haar verweerschrift verwijst, volgt dat deze laatste bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk met name rekening moet houden met de hoeveelheid en de waarde van de goederen waarop de inbreuk betrekking heeft, alsook met de grootte en de economische macht van de onderneming, en dus met de invloed die zij op de markt heeft kunnen uitoefenen (punt 120). Verzoekster herhaalt opnieuw dat zij niet echt in staat was om de binnen de mededingingsregeling vastgestelde prijzen op te leggen. Bovendien was haar financiële situatie, vergeleken met die van de andere betrokken ondernemingen, zwak. Zodoende was de invloed die zij op de markt kon uitoefenen, aanzienlijk geringer dan het marktaandeel op basis waarvan de Commissie de geldboete heeft berekend.

<sup>147</sup> De Commissie komt op tegen verzoeksters betoog. Zij merkt met name op dat deze laatste verzwijgt dat de haar opgelegde geldboete veruit de laagste is. Deze geldboete bedraagt slechts een tiende van die welke aan Heubach is opgelegd, terwijl beide ondernemingen gelijke marktaandelen hadden en zij in theorie hetzelfde profijt hebben kunnen trekken uit de mededingingsregeling.

### Beoordeling door het Gerecht

<sup>148</sup> Verzoekster betoogt, zakelijk weergegeven, dat de Commissie bij de berekening van het bedrag van de geldboeten onvoldoende rekening heeft gehouden met haar grootte en haar eigen aansprakelijkheid en bijgevolg het gelijkheids- en het

evenredigheidsbeginsel heeft geschonden. In deze context moet eveneens worden onderzocht verzoeksters argument dat de Commissie bij de toepassing van een verschillende behandeling geen rekening heeft gehouden met het relatieve gewicht van de betrokken ondernemingen, noch met verzoeksters daadwerkelijke vermogen om schade toe te brengen (zie punt 107 hierboven).

149 Allereerst zij eraan herinnerd dat de enige uitdrukkelijke verwijzing naar de omzet in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 de bovengrens betreft die het bedrag van een geldboete niet mag overschrijden, en dat voor die bovengrens de omzet moet worden begrepen als de totale omzet (arrest *Musique diffusion française e.a./Commissie*, punt 146 supra, punt 119). Zolang de Commissie binnen deze grens blijft, kan zij de geldboete in beginsel vaststellen op basis van de door haar gekozen omzet, zowel wat het geografische gebied als wat de betrokken producten betreft (arrest *Gerecht van 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie*, T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95, *Jurispr. blz. II-491, punt 5023*), zonder dat zij precies moet uitgaan van de totale omzet dan wel van de omzet op de markt voor de betrokken producten. Ten slotte voorzien de richtsnoeren weliswaar niet in de berekening van de geldboeten op basis van een welbepaalde omzet, maar zij verzetten zich er ook niet tegen dat van een dergelijke omzet wordt uitgegaan, mits de keuze van de Commissie niet op een kennelijke beoordelingsfout berust (arrest *Tokai Carbon e.a./Commissie*, punt 126 supra, punt 195).

150 In casu zij eraan herinnerd dat uit de bestreden beschikking blijkt dat de Commissie het nodig heeft geacht, de ondernemingen gedifferentieerd te behandelen om rekening te houden met het „werkelijke economische vermogen van de inbreukplegende ondernemingen om de mededinging significante schade toe te brengen en de geldboete op een zodanig niveau vast te stellen dat er een voldoende afschrikkende werking van uitgaat” (punt 304 van de bestreden beschikking). Zij heeft hieraan toegevoegd dat het nodig was „rekening te houden met hun specifieke gewicht, en bijgevolg met de reële gevolgen van de ongeoorloofde gedragingen van elke onderneming voor de mededinging”. Bij de beoordeling van deze elementen heeft de Commissie ervoor gekozen, zich te baseren op de omzet uit de verkoop van

gangbaar zinkfosfaat in de EER gedurende het laatste jaar van de inbreuk. Zij heeft erop gewezen dat verzoekster een van de belangrijkste producenten van zinkfosfaat in de EER was, aangezien zij een marktaandeel van ongeveer 20 % had, en heeft haar derhalve in de eerste categorie ingedeeld (punt 308 van de bestreden beschikking). Voor alle ondernemingen van de eerste categorie is het basisbedrag van de geldboete vastgesteld op 3 miljoen EUR. Het basisbedrag van James Brown, die een marktaandeel van ongeveer 5 % had, is vastgesteld op 750 000 EUR.

151 Hoewel de Commissie het relatieve belang van de betrokken ondernemingen heeft vergeleken op basis van de omzet uit de verkoop van zinkfosfaat in de EER, heeft zij zich voor de indeling ervan in twee verschillende categorieën eveneens gebaseerd op het marktaandeel van de ondernemingen op de betrokken markt. De Commissie heeft het marktaandeel van de betrokken ondernemingen namelijk berekend op basis van de omzet die op de betrokken markt is behaald en die is vermeld in de tabel die is opgenomen in punt 50 van de bestreden beschikking, enerzijds, en van de informatie die de stukken bevatten, anderzijds. Verzoekster heeft de gegrondheid van deze aanpak niet betwist.

152 Bij de analyse van het „werkelijke economische vermogen van de inbreukplegende ondernemingen om de mededinging significante schade toe te brengen”, die een beoordeling impliceert van het reële belang van deze ondernemingen op de betrokken markt, dat wil zeggen van hun invloed op de markt, geeft de totale omzet slechts een onvolledig beeld van de toestand. Het is immers niet uitgesloten dat een sterke onderneming met een waaier van verschillende activiteiten slechts een ondergeschikte rol speelt op een specifieke productmarkt. Het is ook niet uitgesloten dat een onderneming die een belangrijke positie inneemt op een geografische markt buiten de Gemeenschap, slechts zwak staat op de markt van de Gemeenschap of de EER. In dergelijke gevallen betekent de omstandigheid alleen dat de betrokken onderneming een belangrijke totale omzet realiseert, niet noodzakelijk dat zij een beslissende invloed op de betrokken markt uitoefent. Om die reden heeft het Hof in zijn arrest Baustahlgewebe/Commissie, punt 145 supra (punt 139), benadrukt dat, ofschoon het marktaandeel van een onderneming niet beslissend is om uit te maken of een onderneming tot een grote economische eenheid behoort, het daarentegen relevant is om vast te stellen welke invloed zij op de markt kon uitoefenen (zie arrest Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie, punt 106 supra, punt 193). In casu heeft de Commissie rekening gehouden met



zowel het marktaandeel als de omzet van de betrokken ondernemingen op de relevante markt en op basis daarvan heeft zij het relatieve belang van elke onderneming op deze markt kunnen vaststellen.

- 153 Hieruit volgt dat de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt bij haar analyse van het „werkelijke economische vermogen van de inbreukmakers” in de zin van punt 1 A, vierde alinea, van de richtsnoeren.
- 154 Bovendien blijkt uit de vergelijking van de omzet die de tot de eerste categorie behorende ondernemingen op de markt hebben behaald, en die is vermeld in de tabel in punt 50 van de bestreden beschikking, dat deze ondernemingen op goede gronden zijn samengebracht en een identiek basisbedrag opgelegd hebben gekregen. Zo heeft verzoekster in 1998 op de betrokken markt in de EER een omzet van 3,2 miljoen EUR behaald. Heubach, Trident en SNCZ hebben respectievelijk een omzet van 3,7, 3,69 en 3,9 miljoen EUR behaald. Britannia, die in 1998 alle economische activiteiten heeft stopgezet, had in 1996 op de betrokken markt in de EER een omzet behaald van 2,78 miljoen EUR.
- 155 De indeling in categorieën dient evenwel te geschieden met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel volgens hetwelk het verboden is, vergelijkbare situaties verschillend te behandelen en verschillende situaties gelijk te behandelen, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is (arrest Gerecht van 19 maart 2003, CMA CGM e.a./Commissie, T-213/00, Jurispr. blz. II-913, hierna: „arrest FETTCSA”, punt 406). Uit ditzelfde oogpunt kan een „aanzienlijk” verschil in de grootte van de ondernemingen die eenzelfde soort inbreuk hebben gepleegd, volgens punt 1 A, zesde alinea, van de richtsnoeren tot differentiatie nopen bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk. Voorts dient volgens de rechtspraak het bedrag van de geldboeten op zijn minst in verhouding te staan tot de elementen die

bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk in aanmerking zijn genomen (arrest Gerecht van 12 juli 2001, Tate & Lyle e.a./Commissie, T-202/98, T-204/98 en T-207/98, Jurispr. blz. II-2035, punt 106).

- 156 Wanneer de Commissie de betrokken ondernemingen dus in groepen verdeelt voor de bepaling van het bedrag van de geldboeten, moet de bepaling van de drempel voor elk van de aldus vastgestelde groepen samenhangend en objectief gerechtvaardigd zijn (arresten FETTCSA, punt 416, en LR AF 1998/Commissie, punt 87 supra, punt 298).
- 157 Ook al is verzoekster, hoewel zij in 2000 slechts een totale omzet van 7 miljoen EUR heeft behaald, in casu in dezelfde groep ingedeeld als Britannia, Heubach, Trident en SNCZ, die een totale omzet van respectievelijk ongeveer 55,7, 71, 76 en 17 miljoen EUR hadden, kan hieruit geen schending van het evenredigheidsbeginsel of van het gelijkheidsbeginsel worden afgeleid. Zoals in de punten 150 en 151 hierboven is uiteengezet, zijn deze verschillende ondernemingen in eenzelfde groep ingedeeld, omdat hun omzet op de betrokken markt en hun marktaandeel zeer dicht bij elkaar lagen. Het was samenhangend en objectief gerechtvaardigd, op basis daarvan de ondernemingen in eenzelfde groep in te delen. Voorts is het Gerecht van oordeel dat het verschil in grootte tussen verzoekster en de andere betrokken ondernemingen niet zo belangrijk was dat zij in een andere groep had moeten worden ingedeeld (zie, in die zin, arrest Gerecht van 9 juli 2003, Daesang en Sewon Europe/Commissie, T-230/00, Jurispr. blz. II-2733, punten 69-77).
- 158 Ten overvloede zij erop gewezen dat in de omstandigheden van de onderhavige zaak bij de toepassing van het maximum van 10 %, bedoeld in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, voldoende rekening is gehouden met verzoeksters totale omzet. Zoals in de punten 16 en 17 hierboven is aangegeven, is verzoeksters geldboete verminderd tot 700 000 EUR om dit maximum in acht te nemen, alvorens nog te worden verminderd tot 350 000 EUR wegens medewerking. Het maximum van 10 % dient te voorkomen dat de geldboeten onevenredig zijn aan de slagkracht van de

onderneming (arrest *Musique diffusion française e.a./Commissie*, punt 146 supra, punt 119). De toepassing van deze bovengrens heeft in casu ervoor gezorgd dat de geldboete die aan verzoekster is opgelegd, evenredig is aan haar omvang. Gelet op het feit dat het gaat om een zeer zware inbreuk die meer dan vier jaar heeft geduurd, had de geldboete veel hoger kunnen zijn, indien verzoekster geen kleine onderneming ware geweest en het maximum van 10 % niet op haar ware toegepast.

159 Verzoekster betoogt dat haar geldboete, vergeleken met die welke aan andere ondernemingen is opgelegd, niet in verhouding staat tot haar grootte. De Commissie is evenwel niet verplicht om het bedrag van de geldboete te berekenen op basis van de omzet van de betrokken ondernemingen. Bovendien is zij ook niet verplicht ervoor te zorgen dat, ingeval geldboeten worden opgelegd aan meerdere ondernemingen die bij eenzelfde inbreuk zijn betrokken, de uiteindelijke bedragen van de geldboeten waartoe haar berekening voor de betrokken ondernemingen leidt, elke differentiatie tussen deze ondernemingen ter zake van hun totale omzet of hun omzet op de markt van het betrokken product weergeven (arrest *Dansk Rørindustri/Commissie*, punt 32 supra, punt 202).

160 Aangaande verzoeksters argument dat zij na toepassing van de mededeling inzake samenwerking een vermindering met 50 % en Heubach een vermindering met 10 % heeft gekregen, hetgeen erop wijst dat deze laatste verhoudingsgewijs 80 % strenger had moeten worden bestraft, behoeft slechts te worden vastgesteld dat de Commissie niet verplicht is het bedrag van de geldboeten vast te stellen naar gelang van de verminderingen die zij in het kader van de mededeling inzake samenwerking heeft toegestaan.

161 Verzoeksters argument dat het basisbedrag meer dan 60 % van haar wereldwijde omzet bedroeg, is niet relevant. De bovengrens die bij artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 is opgelegd, namelijk dat de uiteindelijk aan een onderneming opgelegde geldboete wordt verminderd ingeval zij hoger is dan 10 % van de omzet van de betrokken onderneming, los van de intermediaire berekeningen om de zwaarte en de duur van de inbreuk mee te wegen, verbiedt de Commissie niet om bij haar berekening uit te gaan van een intermediair bedrag dat hoger is dan 10 % van

de omzet van de betrokken onderneming, voor zover de uiteindelijk aan deze onderneming opgelegde geldboete deze grens niet overschrijdt (arrest Dansk Rørindustri/Commissie, punt 32 supra, punt 205).

- 162 Voorts stelt verzoekster dat de Commissie het gelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel heeft geschonden en geen rekening heeft gehouden met de richtsnoeren voor de berekening van de geldboeten, voorzover verzoekster strenger is gestraft dan de „leden van de kleine kring”. Zoals in punt 88 hierboven is aangegeven, is het bestaan van de zogenaamde „kleine kring” niet bewezen.
- 163 Bovendien moet worden vastgesteld dat verzoekster niet heeft aangetoond dat haar gedrag „minder ernstig” was dan dit van de andere betrokken ondernemingen.
- 164 Tegen de achtergrond van wat voorafgaat moet ten slotte worden opgemerkt dat, wat het gelijkheidsbeginsel betreft, de toepassing van de richtsnoeren er in casu voor heeft gezorgd dat beide facetten van dit beginsel in acht zijn genomen. Enerzijds waren alle betrokken ondernemingen samen en in vergelijkbare mate aansprakelijk, voorzover zij allen aan een zeer zware inbreuk hebben deelgenomen. In een eerste fase is deze aansprakelijkheid beoordeeld op basis van de eigen kenmerken van de inbreuk, zoals de aard en de invloed ervan op de markt. In een tweede fase heeft de Commissie deze beoordeling aangepast op basis van de voor elke betrokken onderneming specifieke omstandigheden, met inbegrip van de grootte en de capaciteit ervan, de duur van hun deelneming aan de inbreuk en hun medewerking.
- 165 Uit een en ander volgt dat het vijfde onderdeel van het tweede middel moet worden afgewezen.

*Het zesde onderdeel, betreffende de nutteloosheid om afschrikkender op te treden en de onmogelijkheid om de geldboete te betalen*

De argumenten van partijen

<sup>166</sup> Verzoekster betoogt dat de Commissie wezenlijke vormvoorschriften alsook het evenredigheids- en het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden door geen rekening te houden met de omstandigheid dat er geen reden was om nog afschrikkender op te treden, en dat zij de geldboete niet kon betalen.

<sup>167</sup> In de eerste plaats stelt verzoekster dat de Commissie het evenredigheids- en het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden door niet na te gaan of minder afschrikkende maatregelen passend waren. Zoals zij in andere zaken heeft gedaan, had de Commissie niet alleen verzoeksters marktaandeel in aanmerking moeten nemen, maar eveneens „haar algemene omvang, teneinde te waarborgen dat de sanctie evenredig en afschrikkend [zou zijn]” [beschikking 2002/742/EG van de Commissie van 5 december 2001 inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst (zaak Comp/E-1/36.604 — Citroenzuur) (PB L 239, blz. 18)]. Verzoekster herinnert eraan dat zij zich in 1995 uit de mededingingsregeling heeft teruggetrokken, dat zij, nadat de Commissie was opgetreden, onmiddellijk een einde heeft gemaakt aan de inbreuk, en dat zij bij de verificaties als eerste met de Commissie heeft samengewerkt. Verzoekster heeft na deze dure ervaring het vaste voornemen om de mededingingsregels na te leven, en bijgevolg is het nutteloos strenge afschrikkende maatregelen te nemen. Verzoekster is van mening dat de Commissie op goede gronden had kunnen overwegen haar slechts een symbolische geldboete op te leggen. Zij stelt dat de geldboete bijgevolg moet worden verlaagd. Zij vreest het slachtoffer te zijn geworden van de uit het

perscommuniqué van de Commissie (IP/01/1797) blijkende wil van de Commissie om een signaal te geven, dat de kleine en middelgrote ondernemingen niet moeten denken dat zij met betrekking tot de geldboeten een voorkeurbehandeling genieten op grond van hun grootte.

- 168 In de tweede plaats stelt verzoekster dat de Commissie volgens punt 5, sub b, van de richtsnoeren en de rechtspraak (arrest LR AF 1998/Commissie, punt 87 supra, punt 308) rekening had moeten houden met haar vermogen om daadwerkelijk te kunnen betalen. Zij stelt dat zij in een benarde financiële situatie verkeert. Indien zij de geldboete moet betalen, lopen haar kansen op herstel en op het heroveren van een concurrentiële positie op de markt groot gevaar.
- 169 De Commissie heeft in haar verweerschrift erkend dat verzoekster haar op een verzoek daartoe, „financiële rapporten [had] toegestuurd waarin sprake was van een slechte financiële situatie”. Zij heeft verzoekster evenwel verweten, geen blijk te hebben gegeven van „ongerustheid over haar vermogen om welke boete dan ook te betalen”, en bovendien verklaard dat zij verzoeksters vermogen om daadwerkelijk te betalen niet kon beoordelen bij ontstentenis van toelichting van deze laatste dienaangaande. Verzoekster antwoordt dat, toen de Commissie die documenten heeft gevraagd, zij haar niet heeft verzocht om toelichting over haar vermogen om te betalen. Bovendien was de Commissie goed op de hoogte van de zwakke financiële situatie van verzoekster en van haar pogingen om wegens deze situatie haar kosten algemeen te verminderen. Op 31 januari 2001 heeft verzoekster de Commissie bijvoorbeeld de vertaling van de voorlopige jaarrekening voor 2000 gestuurd, waaruit een negatief eindresultaat, vóór belasting, van 417 100 EUR bleek. Bij brief van 31 januari 2001 heeft de Commissie verzoekster bedankt voor de jaarrekening, en haar verzekerd dat „deze bij de eindbeoordeling in aanmerking zou worden genomen”.
- 170 Op het argument van de Commissie dat een vermindering van verzoeksters geldboete op grond van de omstandigheid dat deze zich in een moeilijke financiële situatie bevindt, zou neerkomen op het verschaffen van een ongerechtvaardigd concurrentievoordeel, antwoordt verzoekster dat dit in casu niet het geval is. De

markt is immers veranderd. Voorts verklaart zij dat haar eigenaars en bestuursorganen niet meer dezelfde zijn en dat de nieuwe eigenaars en bestuurders, die niet langer door familiebanden worden belemmerd, in staat zijn, moedige beslissingen te nemen inzake het commercieel beleid en de herstructurering van de onderneming, die door de vorige eigenaars en bestuurders als onmogelijk zouden zijn beschouwd.

- 171 De Commissie betwist de gegrondheid van verzoeksters betoog. Zij merkt in dit verband op dat deze laatste het geenszins heeft over een onvermogen om te betalen in een „bepaalde sociale context” in de zin van de richtsnoeren, en dat zij zelfs geen informatie heeft verstrekt over de rendabiliteit van de onderneming. Voorts heeft zij geen blijk gegeven van „ongerustheid over haar vermogen om welke boete dan ook te betalen”.

#### Beoordeling door het Gerecht

- 172 Wat om te beginnen het afschrikkende karakter van de geldboete betreft, zij erop gewezen dat artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 tot doel heeft, de Commissie de bevoegdheid te verlenen om geldboeten op te leggen teneinde de haar door het gemeenschapsrecht toevertrouwde toezichthoudende taak te kunnen uitoefenen (arresten *Musique diffusion française e.a./Commissie*, punt 146 supra, punt 105, en *Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie*, punt 106 supra, punt 105). Daartoe behoort de bestraffing van individuele inbreuken en de verplichting om een algemeen beleid te voeren dat erop gericht is, op het gebied van de mededinging toepassing te geven aan de door het Verdrag vastgelegde beginselen en het gedrag van de ondernemingen in overeenstemming met deze beginselen te sturen. Derhalve moet de Commissie ervoor zorgen dat de geldboeten afschrikkend zijn (arrest *Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie*, punt 106 supra, punten 105 en 106). De afschrikkende werking van een geldboete die wegens schending van de communautaire mededingingsregels wordt opgelegd, kan immers niet uitsluitend worden bepaald aan de

hand van de bijzondere situatie van de veroordeelde onderneming (arrest Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie, punt 106 supra, punt 110; zie eveneens arrest Hof van 15 juli 1970, ACF Chemiefarma/Commissie, 41/69, Jurispr. blz. 661, punten 170-174).

<sup>173</sup> In casu bedraagt de aan verzoekster opgelegde geldboete van 350 000 EUR, slechts 4,9 % van verzoeksters omzet. Een dergelijke geldboete kan niet worden geacht onevenredig te zijn aan verzoeksters grootte of aan de aard van de inbreuk. Bovendien heeft verzoekster niet aangetoond dat het gelijkheidsbeginsel in dit verband op enigerlei wijze is geschonden (zie punten 149-165 hierboven).

<sup>174</sup> Aangaande verzoeksters stelling dat de Commissie haar een „symbolische” boete had moeten opleggen, zij opgemerkt dat de Commissie volgens punt 5, sub d, van de richtsnoeren „tevens de mogelijkheid [moet] openlaten om in bepaalde gevallen een zogenaamd ‚symbolische’ geldboete van 1 000 [EUR] op te leggen, waarbij de berekening op basis van duur, verzwarende of verzachtende omstandigheden achterwege wordt gelaten”. Verzoekster heeft niet aangetoond op welke gronden een symbolische geldboete in casu zou zijn gerechtvaardigd. Gelet op het feit dat zij gedurende meer dan vier jaar aan een zeer zware inbreuk heeft deelgenomen, is het Gerecht van oordeel dat een dergelijke rechtvaardiging overigens zeer moeilijk zou zijn. Verzoeksters medewerking tijdens de procedure kan een dergelijke geldboete niet rechtvaardigen. Zoals in punt 139 hierboven is aangegeven, heeft verzoekster reeds de maximale vermindering met 50 % gekregen overeenkomstig punt D, lid 1, van de mededeling inzake samenwerking. Voorts is de omstandigheid dat verzoekster vóór de vaststelling van de bestreden beschikking van plan was, de mededingingregels in acht te nemen, voor de Commissie geen voldoende reden om haar slechts een symbolische boete op te leggen. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat volgens de rechtspraak de afschrikking van derden, en niet alleen die van de betrokken onderneming, een belangrijke doelstelling van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 is (zie de in punt 172 hierboven aangehaalde rechtspraak).



- 175 Met betrekking tot verzoeksters stelling dat de Commissie niet voldoende rekening heeft gehouden met haar financiële situatie, zij eraan herinnerd dat de Commissie volgens vaste rechtspraak niet verplicht is om bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete rekening te houden met de deficitaire situatie van de betrokken onderneming, aangezien de erkenning van een dergelijke verplichting zou neerkomen op het verschaffen van een ongerechtvaardigd concurrentievoordeel aan de ondernemingen die het minst zijn aangepast aan de eisen van de markt (zie arrest LR AF 1998/Commissie, punt 87 supra, punt 308; arrest Gerecht van 20 maart 2002, HFB e.a./Commissie, T-9/99, Jurispr. blz. II-1487, en arrest FETTCSA, punt 351, en de aangehaalde rechtspraak).
- 176 Aan die rechtspraak wordt niet afgedaan door punt 5, sub b, van de richtsnoeren, volgens hetwelk het vermogen van een onderneming om daadwerkelijk te kunnen betalen, in aanmerking moet worden genomen. Dat vermogen moet immers worden gezien in een „bepaalde sociale context”, meer bepaald tegen de achtergrond van de gevolgen die de betaling van de geldboete heeft, met name op het niveau van een stijging van de werkloosheid of van een verslechtering van de economische situatie van de sectoren die aan de betrokken onderneming leveren of haar productie afnemen (arrest Tokai Carbon e.a./Commissie, punt 126 supra, punt 371). Hoewel verzoekster de Commissie tijdens de precontentieuze procedure van haar financiële situatie op de hoogte heeft gebracht, heeft zij zich niet op punt 5, sub b, van de richtsnoeren beroepen en geen enkel element aangedragen op basis waarvan de Commissie die „bepaalde sociale context” kon beoordelen.
- 177 Het feit dat een maatregel van een gemeenschapsinstantie het faillissement of de vereffening van een bepaalde onderneming meebrengt, is als zodanig niet door het gemeenschapsrecht verboden (zie, in die zin, arresten Hof van 15 januari 1986, Commissie/België, 52/84, Jurispr. blz. 89, punt 14, en 2 juli 2002, Commissie/Spanje, C-499/99, Jurispr. blz. I-6031, punt 38). Al kan de vereffening van een onderneming in haar huidige rechtsvorm afbreuk doen aan de financiële belangen van de

eigenaren, aandeelhouders of houders van deelbewijzen, dat betekent nog niet dat de personele, materiële en immateriële componenten van de onderneming ook hun waarde zouden verliezen (arrest Tokai Carbon e.a./Commission, punt 126 supra, punt 372).

178 Ten overvloede moet worden vastgesteld dat verzoekster geen causaal verband heeft aangetoond tussen, enerzijds, de bestreden beschikking en de oplegging van de geldboete, en, anderzijds, haar faillissement. Uit de stukken blijkt dat verzoekster failliet is verklaard op 2 juni 2003, te weten bijna 18 maanden na de datum van de bestreden beschikking en een jaar na de overeenkomst met de Commissie op grond waarvan zij per 1 juli 2002 alle zes maanden slechts 50 000 EUR moest betalen (zie beschikking Waardals/Commissie, punt 20 supra). Ondanks de vragen die het Gerecht dienaangaande ter terechtzitting heeft gesteld, heeft verzoekster noch over de aard van haar faillissement noch over de andere schulden die bij dit faillissement een rol hebben gespeeld, enige uitleg verstrekt. Bijgevolg is niet aangetoond dat de in casu opgelegde geldboete tot het faillissement van verzoekster heeft geleid.

179 Ten slotte heeft verzoekster niet aangetoond dat de Commissie zich ertoe had verbonden de geldboete te verminderen wegens haar financiële situatie. De Commissie heeft in haar brief van 31 januari 2001 verklaard dat zij verzoeksters jaarrekening voor 2000 in aanmerking zou nemen om haar individuele aansprakelijkheid vast te stellen. Dit stond geenszins gelijk met een toezegging in de door verzoekster aangevoerde zin, maar wees veeleer op het voornemen van de Commissie om de jaarrekening te gebruiken voor de vaststelling van het maximum van 10 %, bedoeld in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17.

180 Gelet op wat voorafgaat, moet het laatste middel van verzoekster worden afgewezen.

181 Bijgevolg moet het beroep in zijn geheel worden verworpen.

## **De verzoeken om maatregelen tot organisatie van de procesgang en om maatregelen van instructie**

182 Verzoekster vraagt het Gerecht, als maatregel tot organisatie van de procesgang en maatregel van instructie de oproeping en het verhoor van getuigen te gelasten, en haar inzage te verlenen in het door de Commissie opgestelde rapport van de hoorzitting van 17 januari 2001.

183 De Commissie verzet zich tegen dit verzoek.

184 Het Gerecht is van oordeel dat dit verzoek niet dient te worden toegewezen, aangezien de zaak geen onenigheid over het verloop van de feiten bevat.

185 Hieruit volgt dat het beroep in zijn geheel dient te worden verworpen.

## **Kosten**

186 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van de Commissie worden verwezen in de kosten, met inbegrip van die welke op de procedure in kort geding zijn gevallen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Het beroep wordt verworpen.**
  
- 2) **Verzoekster wordt verwezen in de kosten, met inbegrip van die welke op de procedure in kort geding zijn gevallen.**

Lindh

García-Valdecasas

Cooke

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 29 november 2005.

De griffier

De president van de Vijfde kamer

E. Coulon

P. Lindh

## Inhoud

De feiten .....	II - 5067
De procedure en de conclusies van partijen .....	II - 5074
In rechte .....	II - 5076
1. Het eerste middel: onjuiste beoordeling van de feiten en de bewijselementen bij de toepassing van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 .....	II - 5076
Het eerste onderdeel: de duur van verzoeksters deelneming aan de inbreuk en haar terugtrekking uit de mededingingsregeling .....	II - 5077
De argumenten van partijen .....	II - 5077
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 5080
Het tweede onderdeel: onjuiste beoordeling van de feiten en de bewijselementen betreffende verzoekster en haar rol in de mededingingsregeling ...	II - 5083
De eerste grief, betreffende de evolutie van haar situatie sinds het begin van de verificaties .....	II - 5084
— De argumenten van partijen .....	II - 5084
— Beoordeling door het Gerecht .....	II - 5085
De tweede grief, betreffende verzoeksters invloed op de betrokken markt .	II - 5086
— De argumenten van partijen .....	II - 5086
— Beoordeling door het Gerecht .....	II - 5088
De derde grief, betreffende de omstandigheid dat verzoekster niet het initiatief voor de inbreuk heeft genomen .....	II - 5090
— De argumenten van partijen .....	II - 5090
— Beoordeling door het Gerecht .....	II - 5093

De vierde grief, betreffende de omstandigheid dat verzoekster geen volwaardig lid was van de mededingingsregeling .....	II - 5094
— De argumenten van partijen .....	II - 5094
— Beoordeling door het Gerecht .....	II - 5097
De vijfde grief, betreffende de omstandigheid dat verzoekster onmiddellijk een einde heeft gemaakt aan de inbreuk .....	II - 5100
— De argumenten van partijen .....	II - 5100
— Beoordeling door het Gerecht .....	II - 5101
2. Het tweede middel: onjuiste berekening van het bedrag van de geldboete en schending van algemene beginselen .....	II - 5102
Het eerste onderdeel, betreffende de zwaarte van de inbreuk en de verschillende behandeling .....	II - 5103
De argumenten van partijen .....	II - 5103
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 5105
Het tweede onderdeel, betreffende de duur van de inbreuk .....	II - 5107
De argumenten van partijen .....	II - 5107
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 5107
Het derde onderdeel, betreffende de onjuiste toepassing van verzwarende omstandigheden en de niet-inaanmerkingneming van verzachtende omstandigheden .....	II - 5108
De argumenten van partijen .....	II - 5108
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 5110
Het vierde onderdeel, betreffende de onjuiste toepassing van de mededeling inzake samenwerking .....	II - 5114
De argumenten van partijen .....	II - 5114
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 5115

Het vijfde middel, betreffende schending van het gelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel .....	II - 5117
De argumenten van partijen .....	II - 5117
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 5119
Het zesde onderdeel, betreffende de nutteloosheid om afschrikkender op te treden en de onmogelijkheid om de geldboete te betalen .....	II - 5126
De argumenten van partijen .....	II - 5126
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 5128
De verzoeken om maatregelen tot organisatie van de procesgang en om maatregelen van instructie .....	II - 5132
Kosten .....	II - 5132