

ARREST VAN HET GERECHT (Eerste kamer)

van 13 juli 2011 \*

In zaak T-42/07,

**The Dow Chemical Company**, gevestigd te Midland, Michigan (Verenigde Staten),

**Dow Deutschland Inc.**, gevestigd te Schwalbach (Duitsland),

**Dow Deutschland Anlagengesellschaft mbH**, gevestigd te Schwalbach,

**Dow Europe GmbH**, gevestigd te Horgen (Zwitserland),

aanvankelijk vertegenwoordigd door D. Schroeder, P. Matthey en T. Graf en  
vervolgens door D. Schroeder en T. Graf, advocaten,

verzoeksters,

\* Procestaal: Engels.

tegen

**Europese Commissie**, aanvankelijk vertegenwoordigd door M. Kellerbauer, V. Bottka en J. Samnadda en vervolgens door M. Kellerbauer, V. Bottka en V. Di Bucci, als gemachtigden,

verweerster,

betreffende een verzoek tot nietigverklaring, wat The Dow Chemical Company betreft, van beschikking C(2006) 5700 def. van de Commissie van 29 november 2006 inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (zaak COMP/F/38.638 — Butadieenrubber en door polymerisatie in emulsie verkregen styreen-butadieenrubber) of tot nietigverklaring, wat Dow Deutschland Inc. betreft, van artikel 1 van die beschikking of tot verlaging, voor alle verzoekende partijen, van de hun opgelegde geldboete,

wijst

HET GERECHT (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: F. Dehousse (rapporteur), waarnemend voor de president, I. Wiszniewska-Białycka en N. Wahl, rechters,

griffier: K. Pocheć, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 13 oktober 2009,

het navolgende

## Arrest

### Voorgeschiedenis van het geding

- 1 Bij beschikking C(2006) 5700 def. van 29 november 2006 (zaak COMP/F/38.638 — Butadiëenrubber en door polymerisatie in emulsie verkregen styreen-butadiëenrubber; hierna: „bestreden beschikking”) heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen vastgesteld dat verschillende ondernemingen inbreuk hebben gemaakt op artikel 81, lid 1, EG en artikel 53 van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER) door deel te nemen aan een mededingingsregeling op de markt van bovengenoemde producten.
  
- 2 De bestreden beschikking is gericht tot de volgende ondernemingen:
  - Bayer AG, gevestigd te Leverkusen (Duitsland);
  
  - The Dow Chemical Company, gevestigd te Midland, Michigan (Verenigde Staten) (hierna: „Dow Chemical”);
  
  - Dow Deutschland Inc., gevestigd te Schwalbach (Duitsland);
  
  - Dow Deutschland Anlagengesellschaft mbH (voorheen Dow Deutschland GmbH & Co. OHG), gevestigd te Schwalbach;
  
  - Dow Europe, gevestigd te Horgen (Zwitserland);

- Eni SpA, gevestigd te Rome (Italië);
  
  - Polimeri Europa SpA, gevestigd te Brindisi (Italië) (hierna: „Polimeri”);
  
  - Shell Petroleum NV, gevestigd te 's-Gravenhage (Nederland);
  
  - Shell Nederland BV, gevestigd te 's-Gravenhage;
  
  - Shell Nederland Chemie BV, gevestigd te Rotterdam (Nederland);
  
  - Unipetrol a.s., gevestigd te Praag (Tsjechië);
  
  - Kaučuk a.s., gevestigd te Kralupy nad Vltavou (Tsjechië);
  
  - Trade-Stomil sp. z o.o., gevestigd te Łódź (Polen) (hierna: „Stomil”).
- 3 Dow Deutschland, Dow Deutschland Anlagengesellschaft en Dow Europe worden, rechtstreeks of indirect, volledig beheerst door Dow Chemical (punten 16-21 van bestreden beschikking).
- 4 De activiteiten van Eni op het gebied van de betrokken producten werden aanvankelijk verricht door EniChem Elastomeri Srl, die door Eni indirect werd beheerst via haar dochteronderneming EniChem SpA (hierna: „EniChem SpA”). Op 1 november 1997 is EniChem Elastomeri door fusie opgegaan in EniChem SpA. Eni beheerste EniChem SpA voor 99,97%. Op 1 januari 2002 heeft EniChem SpA haar strategische chemische activiteiten (daaronder begrepen haar activiteiten op het gebied van butadieenrubber en van door polymerisatie in emulsie verkregen styreen-butadieenrubber) overgedragen aan haar 100%-dochteronderneming Polimeri. Sinds 21 oktober

2002 wordt Polimeri rechtstreeks en volledig beheerst door Eni. Per 1 mei 2003 heeft EniChem SpA haar naam veranderd in Syndial SpA (punten 26-32 van de bestreden beschikking). In de bestreden beschikking gebruikt de Commissie de benaming „Eni-Chem” voor elke vennootschap in het bezit van Eni (hierna: EniChem) (punt 36 van de bestreden beschikking).

- 5 Shell Nederland Chemie is een dochteronderneming van Shell Nederland, die zelf volledig wordt beheerst door Shell Petroleum (hierna samen: „Shell”) (punten 38-40 van de bestreden beschikking).
  
- 6 Kaučuk is in 1997 opgericht ten gevolge op de fusie van Kaučuk Group a.s. en Chemopetrol Group a.s. Op 21 juli 1997 heeft Unipetrol alle activa, rechten en verplichtingen van de gefuseerde ondernemingen verworven. Unipetrol bezit 100% van de aandelen van Kaučuk (punten 45 en 46 van de bestreden beschikking). Volgens de bestreden beschikking werden Kaučuk (en haar rechtsvoorganger Kaučuk Group) overigens van 1991 tot 28 februari 2003 bij de uitvoer vertegenwoordigd door Tavorex s.r.o. (hierna: „Tavorex”), die in de Tsjechische Republiek is gevestigd. Volgens de bestreden beschikking vertegenwoordigde Tavorex Kaučuk vanaf 1996 ook op de bijeenkomsten van de European Synthetic Rubber Association (punt 49 van de bestreden beschikking).
  
- 7 Volgens de bestreden beschikking vertegenwoordigde Stomil de Poolse producent Chemical Company Dwory S.A. (hierna: „Dwory”) sinds ongeveer 30 jaar en ten minste tot 2001 bij diens uitvoeractiviteiten. Volgens de bestreden beschikking heeft Stomil Dwory tussen 1997 en 2000 ook vertegenwoordigd op de bijeenkomsten van de European Synthetic Rubber Association (punt 51 van de bestreden beschikking).
  
- 8 De als duur van de inbreuk in aanmerking genomen periode loopt van 20 mei 1996 tot 28 november 2002 (voor Bayer, Eni en Polimeri), van 20 mei 1996 tot 31 mei 1999 (voor Shell Petroleum, Shell Nederland en Shell Nederland Chemie), van 1 juli 1996 tot 28 november 2002 (voor Dow Chemical), van 1 juli 1996 tot 27 november 2001

(voor Dow Deutschland), van 16 november 1999 tot 28 november 2002 (voor Unipetrol en Kaučuk), van 16 november 1999 tot 22 februari 2000 (voor Stomil), van 22 februari 2001 tot 28 februari 2002 (voor Dow Deutschland Anlagengesellschaft) en van 26 november 2001 tot 28 november 2002 (voor Dow Europe) (punten 476-485 en artikel 1 van het dispositief van de bestreden beschikking).

- 9 Butadieenrubber (hierna: „BR”) en door polymerisatie in emulsie verkregen styreen-butadieenrubber (hierna: „SBR”) zijn synthetische rubbers die vooral bij de productie van banden worden gebruikt. Deze twee producten zijn onderling vervangbaar en kunnen ook worden vervangen door andere synthetische rubbers en door natuurlijk rubber (punten 3-6 van de bestreden beschikking).
  
- 10 Naast de producenten waarop de bestreden beschikking ziet, hebben andere, in Azië en Oost-Europa gevestigde producenten geringe hoeveelheden BR en SBR verkocht op het grondgebied van de EER. Een groot deel van de BR wordt overigens door de grote bandenfabrikanten zelf geproduceerd (punt 54 van de bestreden beschikking).
  
- 11 Op 20 december 2002 heeft Bayer contact opgenomen met de diensten van de Commissie en de wens geuit ter zake van BR en SBR met de Commissie samen te werken in de zin van de mededeling van de Commissie betreffende immunititeit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken (PB 2002, C 45, blz. 3; hierna: „mededeling betreffende samenwerking”). Met betrekking tot SBR heeft Bayer een mondelinge verklaring afgelegd waarin zij de activiteiten van het kartel heeft beschreven. Deze mondelinge verklaring is opgenomen op een cassettebandje (punt 67 van de bestreden beschikking).
  
- 12 Op 14 januari 2003 heeft Bayer een mondelinge verklaring afgelegd waarin zij de activiteiten van het kartel ter zake van BR heeft beschreven. Deze mondelinge verklaring is opgenomen op een cassettebandje. Bayer heeft ook de notulen van de bijeenkomsten van het comité BR van de European Synthetic Rubber Association overgelegd (punt 68 van de bestreden beschikking).

- 13 Op 5 februari 2003 heeft de Commissie Bayer in kennis gesteld van haar beslissing om haar voorwaardelijke immunititeit tegen geldboeten te verlenen (punt 69 van de bestreden beschikking).
- 14 Op 27 maart 2003 heeft de Commissie een verificatie op grond van artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81 EG] en [82 EG] (PB 1962, 13, blz. 204), verricht in de lokalen van Dow Deutschland & Co. (punt 70 de bestreden beschikking).
- 15 Tussen september 2003 en juli 2006 heeft de Commissie aan de ondernemingen waarop de bestreden beschikking ziet, verschillende verzoeken om inlichtingen als bedoeld in artikel 11 van verordening nr. 17 en artikel 18 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] (PB 2003, L 1, blz. 1) gestuurd (punt 71 van de bestreden beschikking).
- 16 Op 16 oktober 2003 zijn Dow Deutschland en Dow Deutschland & Co. samengekomen met de diensten van de Commissie en hebben zij de wens geuit om samen te werken in de zin van de mededeling betreffende samenwerking. Tijdens die bijeenkomst is een mondelinge uitzetting over de activiteiten van het kartel ter zake van BR en SBR gegeven. Deze mondelinge uiteenzetting is opgenomen. Verder is een dossier met documenten betreffende de mededingingsregeling overgelegd (punt 72 van de bestreden beschikking).
- 17 Op 4 maart 2005 is Dow Deutschland in kennis gesteld van het voornemen van de Commissie om de geldboete met 30 à 50 % te verminderen (punt 73 van de bestreden beschikking).
- 18 Op 7 juni 2005 heeft de Commissie de procedure ingeleid en een eerste mededeling van punten van bezwaar gericht tot de adressaten van de bestreden beschikking —

met uitzondering van Unipetrol — en aan Dwory. De eerste mededeling van punten van bezwaar betrof ook Tavorex, maar is aan deze vennootschap niet ter kennis gebracht omdat deze sinds oktober 2004 failliet was. Met betrekking tot deze vennootschap is de procedure dan ook gesloten (punten 49 en 74 van de bestreden beschikking).

- 19 De betrokken ondernemingen hebben schriftelijke opmerkingen ingediend over deze eerste mededeling van punten bezwaar (punt 75 van de bestreden beschikking). Zij hebben ook toegang gehad tot het dossier, in de vorm van een CD-ROM, en tot de mondelinge verklaringen en de desbetreffende stukken in de lokalen van de Commissie (punt 76 van de bestreden beschikking).
  
- 20 Op 3 november 2005 heeft de Manufacture française des pneumatiques Michelin (hierna: „Michelin”) verzocht om te mogen interveniëren. Zij heeft schriftelijke opmerkingen ingediend op 13 januari 2006 (punt 78 van de bestreden beschikking).
  
- 21 Op 6 april 2006 heeft de Commissie een tweede mededeling van punten van bezwaar gericht tot de adressaten van de bestreden beschikking. De betrokken ondernemingen hebben daarover schriftelijke opmerkingen ingediend (punt 84 van de bestreden beschikking).
  
- 22 Op 12 mei 2006 heeft Michelin een klacht ingediend op grond van artikel 5 van verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] (PB L 123, blz. 18) (punt 85 van de bestreden beschikking).
  
- 23 Op 22 juni 2006 hebben de adressaten van de bestreden beschikking — met uitzondering van Stomil — en Michelin deelgenomen aan de hoorzitting voor de Commissie (punt 86 van de bestreden beschikking).



- 24 Bij gebreke van afdoende bewijzen van de deelneming van Dwory aan de mededingingsregeling heeft de Commissie beslist de procedure te sluiten met betrekking tot deze onderneming (punt 88 van de bestreden beschikking). De Commissie heeft ook beslist de procedure te sluiten met betrekking tot Syndial (punt 89 van de bestreden beschikking).
- 25 Waar de Commissie aanvankelijk twee verschillende zaaknummers (COMP/E-1/38.637 en COMP/E-1/38.638) (namelijk een voor BR en een voor SBR) had gebruikt, heeft zij na de eerste mededeling van punten van bezwaar één enkel zaaknummer (COMP/F/38.638) gebruikt (punten 90 en 91 van de bestreden beschikking).
- 26 Aan het einde van de administratieve procedure heeft de Commissie op 29 november 2006 de bestreden beschikking vastgesteld.
- 27 Volgens artikel 1 van het dispositief van de bestreden beschikking hebben de volgende ondernemingen inbreuk gemaakt op artikel 81 EG en artikel 53 EER door tijdens de hieronder genoemde perioden deel te nemen aan één enkele voortdurende overeenkomst in het kader waarvan zij hadden afgesproken prijsdoelstellingen vast te stellen, de klanten te verdelen door middel van niet-aanvalspecten en gevoelige informatie over de prijzen, de concurrenten en de klanten in de sectoren BR en SBR uit te wisselen:
- a) Bayer, van 20 mei 1996 tot 28 november 2002;
  - b) Dow Chemical, van 1 juli 1996 tot 28 november 2002; Dow Deutschland, van 1 juli 1996 tot 27 november 2001; Dow Deutschland Anlagengesellschaft, van 22 februari 2001 tot 28 februari 2002; Dow Europe, van 26 november 2001 tot 28 november 2002;
  - c) Eni, van 20 mei 1996 tot 28 november 2002; Polimeri, van 20 mei 1996 tot 28 november 2002;

- d) Shell Petroleum, van 20 mei 1996 tot 31 mei 1999; Shell Nederland, van 20 mei 1996 tot 31 mei 1999; Shell Nederland Chemie, van 20 mei 1996 tot 31 mei 1999;
  
  - e) Unipetrol, van 16 november 1999 tot 28 november 2002; Kaučuk, van 16 november 1999 tot 28 november 2002;
  
  - f) Stomil, van 16 november 1999 tot 22 februari 2000.
- 28 Op grond van de feitelijke vaststellingen en de juridische beoordelingen in de bestreden beschikking heeft de Commissie de betrokken ondernemingen geldboeten opgelegd waarvan het bedrag is berekend volgens 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 in de mededeling betreffende samenwerking.
- 29 Bij artikel 2 van het dispositief van de bestreden beschikking zijn de volgende geldboeten opgelegd:
- a) Bayer: 0 euro;
  
  - b) Dow Chemical: 64,575 miljoen EUR, waarvan:
    - i) 60,27 miljoen EUR hoofdelijk met Dow Deutschland;
  
    - ii) 47,355 miljoen EUR hoofdelijk met Dow Deutschland Anlagengesellschaft en Dow Europe;

- c) Eni en Polimeri, hoofdelijk: 272,25 miljoen EUR;
  
- d) Shell Petroleum, Shell Nederland en Shell Nederland Chemie, hoofdelijk: 160,875 miljoen EUR;
  
- e) Unipetrol en Kaučuk, hoofdelijk: 17,55 miljoen EUR;
  
- f) Stomil: 3,8 miljoen EUR.

<sup>30</sup> Bij artikel 3 van het dispositief van de bestreden beschikking worden de in artikel 1 genoemde ondernemingen gelast, de in dat artikel bedoelde inbreuken onmiddellijk te beëindigen voor zover zij dat nog niet hebben gedaan, en voortaan elke handeling of gedraging als beschreven in artikel 1 en elke maatregel met een overeenkomstig doel of gevolg achterwege te laten.

### **Procesverloop en conclusies van partijen**

<sup>31</sup> Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 16 februari 2007, hebben Dow Chemical, Dow Deutschland, Dow Deutschland Anlagengesellschaft en Dow Europe (hierna samen: „Dow”) het onderhavige beroep ingesteld.

<sup>32</sup> Bij beslissing van de president van het Gerecht van 2 april 2009 is de heer N. Wahl aangewezen om de kamer aan te vullen wegens verhindering van een van de leden ervan.

- 33 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Eerste kamer) besloten om de mondelinge behandeling te openen.
- 34 Ter terechtzitting van 13 oktober 2009 hebben partijen pleidooi gehouden en geantwoord op de mondelinge vragen van het Gerecht.
- 35 Dow Chemical verzoekt het Gerecht, de bestreden beschikking nietig te verklaren voor zover zij tot haar is gericht.
- 36 Dow Deutschland verzoekt het Gerecht, artikel 1 van de bestreden beschikking nietig te verklaren voor zover daarin wordt vastgesteld dat Dow Deutschland vanaf 1 juli 1996 inbreuk heeft gemaakt op artikel 81 EG en artikel 53 EER.
- 37 Alle verzoeksters (en Dow Chemical subsidiair) verzoeken het Gerecht, het bedrag van de hun opgelegde geldboete aanzienlijk te verlagen.
- 38 Alle verzoeksters verzoeken het Gerecht:
- de Commissie te verwijzen in alle kosten en uitgaven die verband houden met de onderhavige zaak alsmede in de kosten die hun zijn opgekomen voor het stellen van een bankgarantie voor het bedrag van de hun bij de bestreden beschikking

opgelegde geldboete in afwachting van de uitspraak van het Gerecht op het onderhavige beroep;

— elk andere maatregel te nemen die het zal vermenen te behoren.

<sup>39</sup> De Commissie verzoekt het Gerecht:

— het beroep te verwerpen;

— verzoeksters te verwijzen in de kosten.

### **In rechte**

<sup>40</sup> Ter ondersteuning van haar vorderingen voert Dow drie middelen aan. Met haar eerste middel komt Dow op tegen het feit dat de Commissie de inbreuk aan Dow Chemical heeft toegerekend. Als tweede middel voert Dow aan dat de Commissie een vergissing heeft begaan bij de vaststelling van de duur van de deelneming van Dow Deutschland aan de inbreuk. Als derde middel betoogt Dow dat de Commissie verschillende vergissingen heeft begaan bij de vaststelling van het bedrag van de geldboeten die haar zijn opgelegd.

*A — De vordering strekkende tot gedeeltelijke nietigverklaring van de bestreden beschikking*

*1. Het eerste middel: onrechtmatige toerekening van de inbreuk aan Dow Chemical*

<sup>41</sup> Het eerste middel van Dow bestaat uit drie onderdelen. In het kader van het eerste onderdeel stelt Dow dat de Commissie een onjuist criterium heeft toegepast voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van een moedermaatschappij. In het kader van het tweede onderdeel stelt Dow dat Dow Chemical in elk geval het op haar rustende vermoeden heeft weerlegd. In het kader van het derde onderdeel betoogt Dow dat de Commissie een vergissing heeft begaan door geen gebruik te maken van haar beoordelingsvrijheid om uit te maken of de bestreden beschikking tot Dow Chemical diende te worden gericht, en door de beslissing om de moedermaatschappij in het onderhavige geval aansprakelijk te stellen, niet met redenen te omkleden.

a) Het eerste onderdeel: toepassing van een onjuist criterium voor de toerekening van de inbreuk aan de moedermaatschappij

<sup>42</sup> Ter terechtzitting heeft Dow verklaard dat zij, gelet op het arrest van het Hof van 10 september 2009, Akzo Nobel e.a./Commissie (C-97/08 P, Jurispr. blz. I-8237), het eerste onderdeel van haar eerste middel introk, waarvan akte is genomen.

<sup>43</sup> Mitsdien behoeft geen uitspraak te worden gedaan over het eerste onderdeel van het eerste middel van Dow.

b) Het tweede onderdeel: weerlegging door Dow Chemical van het op haar rustende vermoeden

### Argumenten van partijen

- 44 Dow betoogt dat, voor zover er een vermoeden bestaat dat de moederschappij beslissende invloed uitoefent op een 100%-dochteronderneming, Dow Chemical in het onderhavige geval dit vermoeden heeft weerlegd. Dow beklemtoont in dit verband dat een moedermaatschappij het op haar rustende vermoeden kan weerleggen door aan te tonen dat zij geen beslissende invloed heeft uitgeoefend op het gedrag van haar dochteronderneming. Zij behoeft niet aan te tonen dat zij niet meer in staat was een beslissende invloed uit te oefenen op haar dochteronderneming. Het toepasselijke criterium bestaat erin, na te gaan of de dochteronderneming „in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt” ter zake van haar „commercieel beleid” (arrest Hof van 16 november 2000, Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie, C-286/98 P, Jurispr. blz. I-9925). De uitdrukking „in hoofdzaak” omvat het antwoord op de vraag of de dochteronderneming de mededingingsregels in acht neemt dan wel inbreuk maakt op deze regels om hogere prijzen te krijgen dan die welke zij normaliter op de markt kan krijgen. De Commissie heeft deze aanpak gevolgd in twee door Dow genoemde zaken. Dienaangaande herinnert Dow eraan dat slechts in geval van een inbreuk die opzettelijk of uit onachtzaamheid is begaan, aansprakelijkheid voor een inbreuk op het kartelrecht wordt opgelopen (artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003). De moedermaatschappij kan dus slechts worden geacht inbreuk te hebben gemaakt op artikel 81 EG indien zij op zijn minst onachtzaam is geweest met betrekking tot de tekortkoming van haar dochteronderneming.
- 45 In het onderhavige geval vermoedt de Commissie ten onrechte en zonder enig bewijs dat de hiërarchie banden tussen Dow Chemical en haar dochterondernemingen de activiteiten van het kartel dekten, en dat Dow Chemical op de hoogte was van die activiteiten.
- 46 Ten eerste heeft de Commissie geen rekening gehouden met het feit dat, zoals in de antwoorden van Dow op de mededelingen van punten van bezwaar is verklaard, Dow

Deutschland, Dow Deutschland Anlagengesellschaft en Dow Europe autonoom handelden. Dow beklemtoont dienaangaande dat slechts enkele werknemers van deze drie vennootschappen, die weinig talrijk waren en een vrij ondergeschikte positie in de hiërarchie innamen, aan de inbreuk hebben deelgenomen. Het enige personeelslid van hoge rang dat kennis kan hebben gehad van de activiteiten van het kartel, was de toenmalige verkoopdirecteur synthetische elastomeren van Dow Deutschland. Deze heeft echter steeds ontkend dat hij kennis had van de betrokken inbreuk, en niets wijst op het tegendeel. Onder verwijzing naar de situatie van de bij deze zaak betrokken personeelsleden stelt Dow bovendien dat het kartel en de zwakke organisatie ervan reeds voet aan de grond hadden op het tijdstip van de deelneming van Dow Deutschland. Er is geen enkele beslissing geweest om een proces op te gang te brengen of structuren op te zetten die tot de deelneming van Dow Chemical konden leiden.

47 Dow Chemical was niet in een positie waarin zij automatisch op de hoogte werd gebracht van eventuele de mededinging beperkende handelingen, toen Dow Deutschland op 1 juli 1996 op de betrokken markt is verschenen door distributeur te worden van Buna Sow Leuna Olefinverbund GmbH (hierna: „BSL”). De betrokken sector was een nieuwe activiteit voor Dow, die deze niet heeft geïntegreerd in een van haar bestaande organisatiestructuren. In dit verband herinnert Dow er met name aan dat BSL een 100% -dochteronderneming van de Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (BvS) was tot 1 september 1999, toen Dow een deelneming van 80% in het kapitaal van BSL en medezeggenschap over deze vennootschap heeft verworven. Bovendien was het niet zeker of BSL verder BR en SBR zou produceren. Bovendien is Dow slechts ten volle producent van BR en SBR geworden door de aankoop van de „synthetische rubber”-divisie van Shell op 1 juni 1999.

48 Dat Dow Chemical niet op de hoogte is gebracht van de discussies over de prijzen, is in overeenstemming met de organisatiestructuur van de groep. De directie van de divisie „synthetische elastomeren” bevond zich bij Dow Deutschland en Dow Deutschland & Co. (dat, zoals in punt 2 hierboven is gezegd, Dow Deutschland Anlagengesellschaft is geworden). Deze divisie is in geen enkele bestaande organisatiestructuur geïntegreerd en is een autonome bedrijfstak gebleven. De toenmalige verkoopdirecteur van Dow Deutschland stond onder het gezag van werknemers van



Dow Chemical die, omdat zij geen ervaring hadden op het gebied van synthetische rubber, niet hebben geïnterfereerd in de commerciële beslissingen van deze directeur. Bijgevolg waren de industriële en commerciële banden tussen Dow Chemical en haar dochterondernemingen uit de betrokken sector niet zo hecht als de Commissie in punt 357 van de bestreden beschikking stelt. Dat de toenmalige verkoopdirecteur van Dow Deutschland van Dow Chemical afhing, betekent niet dat deze laatste daadwerkelijk kennis had van de mededingingsregeling of blijkt heeft gegeven van onachtzaamheid door het bestaan van de mededingingsregeling niet te ontdekken.

- 49 Dow Chemical was niet in staat een einde te maken aan de deelneming van de andere vennootschappen van de groep aan de inbreuk, omdat zij daarvan geen kennis had. Daardoor verschilt de onderhavige zaak fundamenteel van die welke aanleiding heeft gegeven tot het arrest van het Gerecht van 14 mei 1998, *Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie* (T-354/94, Jurispr. blz. II-2111). Alle werknemers van Dow met commerciële verantwoordelijkheden krijgen regelmatig een opleiding mededingingsrecht. Bovendien waren alle personeelsleden verplicht de commerciële gedragscode van Dow Chemical in acht te nemen en deze bevatte in 1999 onder meer de door Dow aangehaalde regels inzake de „eerbiediging van het mededingingsrecht”. Indien de betrokken personeelsleden zich tot een jurist van Dow zouden hebben gewend, zou deze laatste alle maatregelen hebben getroffen om onmiddellijk een einde te maken aan de onrechtmatige praktijken.
- 50 Ten tweede verklaart de Commissie dat er tussen Dow Chemical en haar dochterondernemingen „afhankelijkheidsverhoudingen” bestonden, en vermoedt zij dat die verhoudingen „[...] alle wezenlijke aspecten van de activiteiten in verband met BR en SBR dekten”, en dat „[d]e omstreden mededingingsregeling zeker een essentiële factor van het commerciële beleid van de in de sector BR/SBR werkzame dochterondernemingen van Dow was en [d]at niet kan worden aanvaard dat [deze] over hun activiteiten konden spreken zonder het bestaan van de mededingingsregeling te vermelden” (punt 357 van de bestreden beschikking). De Commissie verstrekt daarvoor echter geen enkel bewijs.

- 51 Anders dan de Commissie in punt 357 van de bestreden beschikking betoogt, heeft Dow geen algemene ontkenningen geformuleerd, maar verklaard dat, ondanks een volledig intern onderzoek, niets erop wees dat iemand bij Dow Chemical op de hoogte was van de discussies over de prijzen. Het bestaan van een hiërarchieke structuur die alle wezenlijke aspecten van een activiteit dekt, betekent volgens Dow niet dat deze structuur wordt gebruikt om kartelpraktijken aan het hogere niveau te melden. Indien het bestaan van hiërarchieke banden zou volstaan om de moedermaatschappij aansprakelijk te stellen voor het gedrag van haar dochterondernemingen, zou niet kunnen worden aangetoond dat dochterondernemingen autonoom handelen. Een dochteronderneming kan autonoom handelen in weerwil van het feit dat sommige van haar werknemers verslag uitbrengen bij personen die een post bekleden in andere vennootschappen van de groep. Dow voegt daaraan toe dat de onderhavige zaak verschilt van die welke aanleiding heeft gegeven tot het arrest van het Gerecht van 27 september 2006, Avebe/Commissie (T-314/01, Jurispr. blz. II-3085). In laatstgenoemde zaak bekleedden de leidinggevende personeelsleden van de gemeenschappelijke onderneming (de dochteronderneming) tegelijkertijd directiefuncties in de moedermaatschappijen. De vertegenwoordigers van de moedermaatschappijen waren hetzij rechtstreeks betrokken bij de inbreuk hetzij noodzakelijkerwijze op de hoogte van de inbreuk. Bovendien was de dochteronderneming in een bijzondere rechtsvorm opgericht.
- 52 Ten derde stelt Dow voor, verschillende personen die (mogelijkerwijze) in staat waren informatie over de activiteiten van het kartel aan een werknemer van Dow Chemical door te geven, als getuigen te horen en hun te vragen of dit het geval was. Dow stelt ook voor de personen die de Commissie hetzij uitdrukkelijk in voetnoot 218 van de bestreden beschikking hetzij door verwijzing naar de brief van Dow van 26 juli 2004 als leden van de betrokken hiërarchieën heeft genoemd, als getuigen te horen.
- 53 Volgens de Commissie dient het tweede onderdeel van het eerste middel te worden afgewezen. Zij stelt, zakelijk weergegeven, dat de door Dow aangedragen elementen niet volstaan om het in het onderhavige geval bestaande vermoeden te weerleggen.

## Beoordeling door het Gerecht

- 54 De Commissie verklaart in de bestreden beschikking dat een moedermaatschappij aansprakelijk kan worden gesteld voor het onrechtmatige gedrag van een dochteronderneming wanneer deze laatste haar marktgedrag niet autonoom bepaalt. Zij verwijst dienaangaande met name naar het begrip onderneming in het mededingingsrecht (punten 333 en 334 van de bestreden beschikking). Verder verklaart de Commissie dat zij mag vermoeden dat een 100%-dochteronderneming in hoofdzaak de instructies van haar moedermaatschappij volgt, zonder dat zij hoeft na te gaan of de moedermaatschappij die macht daadwerkelijk heeft uitgeoefend. Het staat volgens haar aan de moedermaatschappij of aan de dochteronderneming om dat vermoeden te weerleggen door het bewijs aan te dragen dat de dochteronderneming haar marktgedrag autonoom heeft bepaald in plaats van de instructies van haar moedermaatschappij te volgen, zodat zij aan toepassing van het begrip onderneming ontsnappen (punt 335 van de bestreden beschikking).
- 55 Vervolgens neemt de Commissie aan dat Dow Deutschland Anlagengesellschaft, Dow Deutschland en Dow Europe aansprakelijk zijn voor rechtstreekse deelneming aan de inbreuk. Zij verklaart dat deze vennootschappen tijdens de inbreukperiode voor 100% rechtstreeks of indirect in het bezit waren van Dow Chemical. Volgens haar mocht dus worden vermoed dat de moedermaatschappij een beslissende invloed had uitgeoefend op het gedrag van haar dochterondernemingen. Dit vermoeden zou in het onderhavige geval nog worden versterkt door tal van elementen. De Commissie heeft daaruit geconcludeerd dat de bestreden beschikking moest worden gericht tot Dow Deutschland Anlagengesellschaft, Dow Deutschland, Dow Europe en Dow Chemical, die hoofdelijk aansprakelijk moesten worden gesteld voor de inbreuk (punten 340-364 van de bestreden beschikking).
- 56 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat, in het bijzondere geval van een moedermaatschappij die 100% van het kapitaal in handen heeft van haar dochteronderneming die inbreuk op de communautaire mededingingsregels heeft gemaakt, enerzijds deze moedermaatschappij een beslissende invloed kan uitoefenen op het gedrag van die dochteronderneming en anderzijds er een weerlegbaar vermoeden bestaat dat die

moedermaatschappij daadwerkelijk een beslissende invloed uitoefent op het gedrag van haar dochteronderneming. In die omstandigheden behoeft de Commissie slechts aan te tonen dat de moedermaatschappij het volledige kapitaal van een dochteronderneming in handen heeft, om te mogen vermoeden dat de moedermaatschappij een beslissende invloed uitoefent op het commerciële beleid van deze dochteronderneming. De Commissie kan de moedermaatschappij vervolgens hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de betaling van de aan de dochteronderneming opgelegde geldboete, tenzij deze moedermaatschappij, die dat vermoeden dient te weerleggen, afdoende bewijzen overlegt dat haar dochteronderneming zich op de markt autonoom gedraagt (zie arrest Akzo Nobel e.a./Commissie, aangehaald in punt 42 hierboven, punten 60 en 61 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 57 Aangezien Dow het eerste onderdeel van haar eerste middel heeft ingetrokken, betwist zij niet dat de Commissie mocht vermoeden dat Dow Chemical, door het feit dat zij rechtstreeks of indirect het volledige kapitaal van haar dochterondernemingen in handen had, een beslissende invloed uitoefende op het gedrag van deze ondernemingen.
- 58 Het stond derhalve aan Dow Chemical, dit vermoeden te weerleggen door aan te tonen dat die dochterondernemingen hun commercieel beleid autonoom bepaalden en daardoor niet samen met haar een enkele economische eenheid en dus een enkele onderneming in de zin van artikel 81 EG vormden.
- 59 Dow Chemical diende inzonderheid alle elementen betreffende de organisatorische, economische en juridische banden tussen haar dochterondernemingen en haarzelf voor te leggen die volgens haar aantoonde dat zij niet een enkele economische eenheid vormden. Bij zijn beoordeling dient het Gerecht immers rekening te houden met alle voorgelegde elementen, die naar aard en belang kunnen verschillen naargelang van de specifieke kenmerken van het concrete geval (arrest Gerecht van 12 december 2007, Akzo Nobel e.a./Commissie, T-112/05, Jurispr. blz. II-5049, punt 65).

- 60 Ten eerste stelt Dow, zakelijk weergegeven, dat, aangezien zij niet betrokken was bij en zelfs niet op de hoogte was van de inbreuk, zij niet aansprakelijk mocht worden gesteld. Ter terechtzitting heeft Dow echter verklaard dat zij, gelet op het arrest van 10 september 2009, Akzo Nobel e.a./Commissie, aangehaald in punt 42 hierboven, niet in staat was het dienaangaande op haar rustende vermoeden te weerleggen, aangezien uit dat arrest voortvloeit dat de beslissende invloed van de moedermaatschappij niet noodzakelijk betrekking moet hebben op het commerciële beleid en a fortiori op de inbreuk. Dow erkent aldus dat zij op dit punt de rechtmatigheid van de bestreden beschikking niet op losse schroeven kan zetten. Ter terechtzitting heeft Dow overigens verklaard dat zij haar betoog betreffende het tweede onderdeel van het eerste middel, dat betrekking had op deze kwestie, introk.
- 61 Ten tweede heeft de Commissie in de bestreden beschikking ten overvloede andere elementen aangedragen op grond waarvan kan worden geoordeeld dat Dow Chemical een beslissende invloed heeft uitgeoefend op het gedrag van haar dochterondernemingen. De Commissie wijst er inzonderheid op dat de personeelsleden die aan de inbreuk hebben deelgenomen, verslag uitbrachten bij de verkoopdirecteur (synthetische rubber) van Dow Deutschland, die op zijn beurt verslag uitbracht bij de verantwoordelijken van de betrokken sector van Dow Chemical, die uiteindelijk de algemeen directeur op de hoogte brachten (punten 344-352 van de bestreden beschikking). Dow betwist deze feiten niet, maar is van mening dat daaruit niet blijkt dat Dow Chemical daadwerkelijk kennis had van de mededingingsregeling of blijk heeft gegeven van nalatigheid door het bestaan daarvan niet te ontdekken. Om de in het voorgaande punt genoemde redenen kunnen deze argumenten het op Dow Chemical rustende vermoeden echter niet weerleggen, hetgeen Dow ter terechtzitting zelf heeft erkend.
- 62 Ter terechtzitting heeft Dow echter verklaard dat de Commissie in punt 357 van de bestreden beschikking ten onrechte heeft geoordeeld dat Dow Chemical op de hoogte was van de activiteiten van het kartel. Dow is van mening dat indien de stelling van de Commissie juist zou zijn, Dow Chemical rechtstreeks betrokken was bij de mededingingsregeling. Dit gaat echter verder dan de aansprakelijkheid die voortvloeit uit het feit dat een moedermaatschappij 100% van het kapitaal van haar dochteronderneming in handen heeft. De Commissie zou dienaangaande geen enkel bewijs hebben

aangedragen. Onder verwijzing naar het arrest van het Hof van 3 september 2009, Papierfabrik August Koehler/Commissie (C-322/07 P, C-327/07 P en C-338/07 P, Jurispr. blz. I-7191) en op grond van de overweging dat de onderhavige zaak vergelijkbaar is met die welke aanleiding heeft gegeven tot dat arrest, leidt Dow daaruit af dat de bestreden beschikking op dit punt onrechtmatig is.

- 63 Zonder dat uitspraak behoeft te worden gedaan over de ontvankelijkheid van de argumenten die Dow ter terechtzitting heeft aangevoerd, kan worden volstaan met erop te wijzen dat deze argumenten berusten op de premisse dat de Commissie door de in punt 357 van de bestreden beschikking vermelde elementen Dow Chemical ook aansprakelijk stelt voor rechtstreekse deelneming aan de inbreuk, en dat de onderhavige situatie daardoor vergelijkbaar is met die welke aanleiding heeft gegeven tot het arrest Papierfabrik August Koehler/Commissie, aangehaald in punt 62 hierboven. Uit de punten 340 tot en met 343 van de bestreden beschikking blijkt echter duidelijk dat Dow Chemical slechts aansprakelijk is gesteld omdat zij rechtstreeks of indirect zeggenschap uitoefende over de ondernemingen die rechtstreeks aan de inbreuk hebben deelgenomen, te weten Dow Deutschland Anlagengesellschaft, Dow Deutschland en Dow Europe. De premisse van Dow is dus onjuist.
- 64 Uit een en ander volgt dat de argumenten van Dow het feit dat Dow Chemical en haar dochterondernemingen als een enkele economische eenheid konden worden beschouwd, niet op losse schroeven kunnen zetten. In dit verband is het Gerecht van oordeel dat het niet noodzakelijk is, de door Dow gevraagde maatregelen tot organisatie van de procesgang te gelasten.
- 65 Mitsdien moet het tweede onderdeel van het eerste middel van Dow ongegrond worden verklaard.

c) Het derde onderdeel: beoordelingsfout van de Commissie en gebrek aan motivering

Argumenten van partijen

- <sup>66</sup> Dow beklemtoont dat de Commissie in elk geval verklaart dat „[w]anneer zij een beschikking richt tot de uiteindelijke moedermaatschappijen, [zij] dit doet op grond van een algemeen beginsel dat is bevestigd in vaste rechtspraak [...] en dat zij geen dwingende reden vindt om daarvan af te wijken” (punt 362 van de bestreden beschikking).
- <sup>67</sup> De rechtspraak van het Gerecht en het Hof waarnaar in de punten 333 tot en met 336 van de bestreden beschikking wordt verwezen, bevestigt echter geen algemeen beleid van de Commissie om de beschikking te richten tot de vennootschap die aan het hoofd van de groep staat. In deze rechtspraak wordt alleen geoordeeld dat, in geval van een weerlegbaar vermoeden dat de moedermaatschappij daadwerkelijk beslissende invloed heeft uitgeoefend op een 100 %-dochteronderneming en wanneer deze moedermaatschappij er niet in slaagt dit vermoeden te weerleggen, de Commissie de moedermaatschappij aansprakelijk mag stellen voor het gedrag van die dochteronderneming (zonder daartoe verplicht te zijn).
- <sup>68</sup> Verder merkt Dow op, onder verwijzing naar een aantal beschikkingen van de Commissie, dat de Commissie in andere zaken de moedermaatschappij niet aansprakelijkheid heeft gesteld, ofschoon deze 100 % van het kapitaal van de dochteronderneming in handen had, zonder aan te geven waarom zij de geldboete niet aan de moedermaatschappij had opgelegd.

- 69 Op grond van deze elementen betoogt Dow dat de Commissie bij het gebruik van haar beoordelingsvrijheid rekening dient te houden met de omstandigheden van het concrete geval. In het onderhavige geval heeft zij dit echter niet gedaan, zonder daarvoor een uitleg te geven, zoals inzonderheid uit punt 362 van de bestreden beschikking blijkt. Dow voegt daaraan toe dat er een verschil is tussen een algemeen beleid dat erin bestaat op te treden tegen schendingen van het communautaire mededingingsrecht en inbreukmakende ondernemingen te vervolgen, en een algemeen beleid dat erin bestaat altijd de moedermaatschappij aansprakelijk te stellen.
- 70 Dow herinnert eraan dat zij tijdens de administratieve procedure heeft aangevoerd dat haar ongeoorloofd schade zou worden berokkend indien de Commissie de voorgenomen beschikking tot Dow Chemical zou richten, omdat dit in de Verenigde Staten waarschijnlijk tot een ongerechtvaardigd geding wegens civiele aansprakelijkheid zou leiden. Dow beklemtoont dienaangaande dat Dow Chemical enkele dagen na de aankondiging van de vaststelling van de bestreden beschikking in de Verenigde Staten voor verschillende rechterlijke instanties is gedaagd in het kader van collectieve acties. Verder wijst Dow Chemical erop dat de Commissie, door de beschikking tot haar te richten, niet in overeenstemming met haar beleid inzake samenwerking heeft gehandeld, aangezien ondernemingen minder tot medewerking geneigd zullen zijn indien zij door hun medewerking meer komen bloot te staan aan schadevorderingen van derden. De Commissie heeft dit uitdrukkelijk erkend in punt 6 van haar mededeling van 8 december 2006 betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken (PB C 298, blz. 17).
- 71 Dow concludeert daaruit dat de Commissie onvoldoende rekening heeft gehouden met deze argumenten door zich ertoe te beperken te verklaren dat deze „van uitermate politieke aard” waren. De Commissie was nochtans verplicht deze argumenten in aanmerking te nemen en ze af te wegen tegen eventuele argumenten om de bestreden beschikking tot Dow Chemical te richten. Zij heeft dit echter niet gedaan.
- 72 De bestreden beschikking is in elk geval ontoereikend gemotiveerd omdat de Commissie daarin niet heeft aangegeven om welke redenen zij er in de omstandigheden



van het concrete geval uiteindelijk voor heeft gekozen de beschikking tot de moedermaatschappij te richten. Het is geenszins nodig dat de Commissie uitlegt waarom zij een moedermaatschappij niet aansprakelijk stelt voor de handelingen van een van haar dochterondernemingen, want een dergelijke beslissing berokkent niemand schade. Het is daarentegen wel noodzakelijk dat de Commissie de verschillende argumenten beoordeelt en haar beslissing met redenen omkleedt, wanneer zij aan een moedermaatschappij een geldboete oplegt wegens inbreuken van een van haar dochterondernemingen.

- 73 Volgens de Commissie dient het derde onderdeel van het eerste middel te worden afgewezen. Zij is, zakelijk weergegeven, van mening dat wanneer de voorwaarden voor toerekening van het gedrag van de dochterondernemingen aan de moedermaatschappij vervuld zijn, zij niet verplicht is de keuze van de adressaten van haar beschikking te expliciteren.

### Beoordeling door het Gerecht

- 74 Er zij aan herinnerd dat, om de in het kader van het tweede onderdeel van het eerste middel uiteengezette redenen, de Commissie de aansprakelijkheid voor een door een dochteronderneming begane inbreuk aan de moedermaatschappij kan toerekenen wanneer die dochteronderneming haar gedrag op de markt niet autonoom bepaalt. In het onderhavige geval volgt uit de hierboven geformuleerde overwegingen dat de Commissie dienaangaande geen fout heeft begaan. Dat Dow Chemical de vennootschap is die aan het hoofd van de groep staat, kan deze conclusie niet wijzigen, aangezien niet wordt betwist dat zij, zij het indirect, het volledige kapitaal in handen heeft van de vennootschappen die rechtstreeks aan de inbreuk hebben deelgenomen, te weten Dow Deutschland Anlagengesellschaft, Dow Deutschland en Dow Europe (zie in die zin arrest Gerecht van 30 september 2003, Michelin/Commissie, T-203/01, Jurispr. blz. II-4071, punt 290). Verder zij erop gewezen dat Dow Chemical rechtstreeks

het volledige kapitaal in handen heeft van Dow Europe, die door de Commissie aansprakelijk is gesteld voor rechtstreekse deelneming aan de inbreuk zonder dat dit in het kader van het onderhavige geding is betwist.

- 75 Met betrekking tot het argument van Dow dat de bestreden beschikking niet in overeenstemming is met de beschikkingspraktijk van de Commissie en dat het beginsel van gelijke behandeling is geschonden, dient er allereerst aan te worden herinnerd dat, om de in punt 56 hierboven genoemde redenen, het gedrag van een dochteronderneming die inbreuk maakt op de mededingingsregels, aan de moedermaatschappij kan worden toegerekend. Vervolgens dient erop te worden gewezen dat het aan het oordeel van de Commissie is overgelaten of de inbreuk aan de moedermaatschappij wordt toegerekend (zie in die zin arrest Hof van 24 september 2009, *Erste Bank der österreichischen Sparkassen/Commissie*, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P en C-137/07 P, Jurispr. blz. I-8681, punt 82, en arrest Gerecht van 14 december 2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a./Commissie*, T-259/02–T-264/02 en T-271/02, Jurispr. blz. II-5169, punt 331). In die omstandigheden dient te worden aangenomen dat het feit alleen dat de Commissie in haar eerdere beschikkingspraktijk heeft geoordeeld dat de omstandigheden van een zaak toerekening van het gedrag van een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij niet rechtvaardigden, niet impliceert dat zij verplicht is in een latere beschikking hetzelfde standpunt in te nemen (zie in die zin arrest Gerecht van 20 april 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie*, genoemd „PVC II”, T-305/94–T-307/94, T-313/94–T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, Jurispr. blz. II-931, punt 990). Ten overvloede dient eraan te worden herinnerd dat wanneer een onderneming inbreuk heeft gemaakt op artikel 81, lid 1, EG, zij niet aan elke sanctie kan ontsnappen op grond dat aan een andere marktdeelnemer geen geldboete is opgelegd, wanneer de situatie van deze laatste zelfs niet het voorwerp van een procedure voor het Gerecht is (zie in die zin arrest PVC II, reeds aangehaald, punt 1237 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 76 Dat de bestreden beschikking, door het feit dat zij tot Dow Chemical was gericht, deze vennootschap ongeoorloofd schade zou hebben berokkend, kan de rechtmatigheid van de beschikking niet op losse schroeven zetten, aangezien de Commissie om bovengenoemde redenen de aansprakelijkheid voor de betrokken inbreuk aan Dow Chemical mocht toerekenen.

- 77 Wat ten slotte het gestelde motiveringsgebrek betreft, dient eraan te worden herinnerd dat de motivering van een individuele beschikking de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking moet doen komen, opdat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen. De aan de motivering te stellen eisen moeten worden beoordeeld tegen de achtergrond van de omstandigheden van het geval. Het is niet noodzakelijk, dat alle relevante gegevens feitelijk of rechtens in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de vraag of de motivering van een handeling aan de vereisten van artikel 253 EG voldoet, niet alleen acht moet worden geslagen op de bewoordingen van de betrokken handeling, doch ook op de context waarin de handeling is vastgesteld (arrest Hof van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 63).
- 78 Aan de eisen van het wezenlijke vormvoorschrift van motivering is voldaan, wanneer de Commissie in haar beschikking de elementen aangeeft op basis waarvan zij de zwaarte en de duur van de inbreuk heeft beoordeeld (arresten Hof van 16 november 2000, Sarrió/Commissie, C-291/98 P, Jurispr. blz. I-9991, punt 73, en 15 oktober 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P en C-254/99 P, Jurispr. blz. I-8375, punt 463).
- 79 In het onderhavige geval behoeft slechts te worden vastgesteld dat de Commissie in de punten 333 tot en met 338 en 340 tot en met 364 van de bestreden beschikking duidelijk heeft aangegeven op grond van welke elementen zij heeft geoordeeld dat Dow Chemical in het onderhavige geval aansprakelijk was. Dow betwist deze elementen overigens in het kader van het onderhavige beroep. In deze omstandigheden kan Dows argument inzake ontoereikende motivering niet worden aanvaard.
- 80 Gelet op een en andere dient het derde onderdeel van het eerste middel van Dow, en dus het eerste middel in zijn geheel, ongegrond te worden verklaard.

*2. Het tweede middel: onjuiste vaststelling van de duur van de deelneming van Dow Deutschland aan de inbreuk*

a) Argumenten van partijen

Argumenten van Dow

- <sup>81</sup> In de bestreden beschikking neemt de Commissie als uitgangspunt dat een onderneming aan de inbreuk heeft deelgenomen vanaf de datum waarop een werknemer van de betrokken onderneming voor het eerst een van de bijeenkomsten van het subcomité van de European Synthetic Rubber Association heeft bijgewoond. Aldus is het begin van de deelneming van Dow Deutschland Anlagengesellschaft aan de inbreuk bepaald op 22 februari 2001 en die van Dow Europe op 26 november 2001 (punt 450 van de bestreden beschikking).
- <sup>82</sup> Welnu, ofschoon BSL vanaf 1 juli 1996 een van haar personeelsleden ter beschikking van Dow Deutschland had gesteld (punt 100 van de bestreden beschikking), heeft dit personeelslid pas op 2 en 3 september 1996 voor het eerst voor rekening van Dow Deutschland aan een dergelijke bijeenkomst deelgenomen (punt 167 van de bestreden beschikking). De bestreden beschikking bevat niets dat erop wijst dat dit personeelslid tussen 1 juli 1996 en de bijeenkomst van 2 en 3 september 1996 contact heeft gehad met vertegenwoordigers van de andere partijen bij het kartel. De door de Commissie aangewende methode komt erop neer dat Dow met terugwerkende kracht aansprakelijk wordt gesteld voor de deelneming van dit personeelslid aan de bijeenkomst van 20 en 21 mei 1996. De Commissie benadeelt Dow Deutschland dus ten opzichte van de andere adressaten van de bestreden beschikking. Aangezien de (eventuele) inbreuk van Dow Chemical beperkt is tot die van de dochterondernemingen van deze vennootschap, geldt hetzelfde voor Dow Chemical in haar geheel.

- 83 Bovendien legt de Commissie in de bestreden beschikking niet uit waarom zij voor Dow Deutschland een andere methode heeft toegepast, hetgeen een motiveringsgebrek oplevert.

#### Argumenten van de Commissie

- 84 Volgens de Commissie berust het tweede middel van Dow op de onjuiste premisse dat zij algemeen de datum van deelneming aan een van de subcomités van de European Synthetic Rubber Association als beginpunt van de deelneming aan de inbreuk heeft gekozen. Zij zou integendeel, zoals steeds, de datum waarop een werknemer van de onderneming voor het eerst aan de activiteiten van het kartel deelneemt, als beginpunt hebben genomen (punt 444 van de bestreden beschikking).
- 85 In het geval van Dow Deutschland (en dus van Dow Chemical) heeft de Commissie haars inziens terecht in de bestreden beschikking geoordeeld dat deze vennootschap aan de inbreuk heeft deelgenomen vanaf de datum waarop een personeelslid van BSL, die reeds aan de activiteiten van het kartel deelnam, ter beschikking van Dow Deutschland is gesteld. Dow Deutschland dient dus vanaf die datum aansprakelijk te worden gesteld voor de deelneming van haar personeelslid. Dow is niet opgekomen tegen het bewijs dat het aan Dow Deutschland ter beschikking gestelde personeelslid reeds aan de activiteiten van het kartel had deelgenomen. Dat personeelslid is aan die activiteiten blijven deelnemen nadat het ter beschikking van Dow Deutschland was gesteld (punten 166, 167, 169-182 van de bestreden beschikking).
- 86 Dow betwist ook niet dat de mededingingsregeling van kracht is gebleven tussen 1 juli 1996 en de daaraanvolgende bijeenkomst van de European Synthetic Rubber Association. De Commissie betoogt inzonderheid dat de deelneming aan de lopende activiteiten van het kartel niet is onderbroken tijdens de periode waarin geen enkele

bijeenkomst van het kartel en geen enkele tenuitvoerlegging van beslissingen van het kartel was gepland. Om een einde te maken aan de deelneming aan een voortdurende mededingingsregeling moet de deelnemer aantonen dat hij duidelijk afstand heeft genomen van de mededingingsregeling op een wijze die bij de voormalige mededeelnemers geen enkele twijfel laat bestaan over het feit dat hij het kartel heeft verlaten (arresten Gerecht van 17 december 1991, Hercules Chemicals/Commissie, T-7/89, Jurispr. blz. II-1711, punt 232; 10 maart 1992, Solvay/Commissie, T-12/89, Jurispr. blz. II-907, punt 98, en 11 december 2003, Marlines/Commissie, T-56/99, Jurispr. blz. II-5225, punt 56).

- <sup>87</sup> Met betrekking tot het door Dow gestelde motiveringsgebrek verwijst de Commissie naar punt 444 van de bestreden beschikking en naar punt 19 van de bestreden beschikking voor de feiten.

## b) Beoordeling door het Gerecht

- <sup>88</sup> Er zij aan herinnerd dat ter zake van het bewijs van een inbreuk op artikel 81, lid 1, EG de Commissie de door haar vastgestelde inbreuken dient te bewijzen en de elementen dient aan te dragen die rechtens genoegzaam het bestaan van de constitutieve elementen van een inbreuk bewijzen (arresten Hof van 17 december 1998, Baustahl-gewebe/Commissie, C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punt 58, en 8 juli 1999, Commissie/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Jurispr. blz. I-4125, punt 86). Indien de rechter twijfels heeft, dienen deze twijfels in het voordeel te spelen van de adressaat van de beschikking waarbij een inbreuk is vastgesteld. De rechter kan dus niet concluderen dat de Commissie de betrokken inbreuk rechtens genoegzaam heeft bewezen, indien daarover bij hem twijfel blijft bestaan (arrest Gerecht van 25 oktober 2005, Groupe Danone/Commissie, T-38/02, Jurispr. blz. II-4407, punt 215).

- 89 Verder blijkt uit de rechtspraak dat de Commissie niet alleen het bestaan maar ook de duur van de mededingingsregeling dient te bewijzen (arresten Gerecht van 7 juli 1994, *Dunlop Slazenger/Commissie*, T-43/92, Jurispr. blz. II-441, punt 79; 13 december 2001, *Acerinox/Commissie*, T-48/98, Jurispr. blz. II-3859, punt 55, en 29 november 2005, *Union Pigments/Commissie*, T-62/02, Jurispr. blz. II-5057, punt 36). Voor de berekening van de duur van een inbreuk die op beperking van de mededinging is gericht, moet worden bepaald hoe lang de overeenkomst heeft geduurd, te weten de periode die is verstreken tussen de datum waarop zij is gesloten, en die waarop zij is beëindigd (arresten Gerecht van 27 juli 2005, *Brasserie nationale e.a./Commissie*, T-49/02–T-51/02, Jurispr. blz. II-3033, punt 185, en 5 december 2006, *Westfalen Gassen Nederland/Commissie*, T-303/02, Jurispr. blz. II-4567, punt 138). Bij ontbreken van bewijsmateriaal waarmee de duur van een inbreuk rechtstreeks kan worden aangetoond, moet de Commissie zich ten minste baseren op bewijzen betreffende feiten die zich zo kort na elkaar hebben voorgedaan dat redelijkerwijs kan worden aangenomen dat deze inbreuk tussen twee welbepaalde tijdstippen zonder onderbreking heeft voortgeduurd (arresten Gerecht *Dunlop Slazenger/Commissie*, reeds aangehaald, punt 79, en 16 november 2006, *Peróxidos Orgánicos/Commissie*, T-120/04, Jurispr. blz. II-4441, punt 51).
- 90 In het onderhavige geval heeft de Commissie geoordeeld dat Dow Deutschland vanaf 1 juli 1996 aan de inbreuk heeft deelgenomen (artikel 1 van het dispositief van de bestreden beschikking). De Commissie heeft er meer bepaald op gewezen dat de heer N. per 1 juli 1996 door BSL ter beschikking van Dow Deutschland is gesteld alvorens hij per 1 oktober 1997 personeelslid van Dow is geworden (punt 100 van de bestreden beschikking). De Commissie wijst er ook op dat BSL in mei 1996 voor het eerst aan een bijeenkomst van het kartel heeft deelgenomen, maar dat Dow niet voor het gedrag van BSL aansprakelijk kon worden gesteld vóór de inwerkingtreding van de handelsovereenkomst tussen BSL en Dow, te weten 1 juli 1996. Ten slotte verklaart de Commissie dat Dow na de inwerkingtreding van de handelsovereenkomst tussen BSL en Dow aan de mededingingsregeling is „blijven” deelnemen. De Commissie wijst er in dit verband op dat de heer N. op de bijeenkomst van het kartel van 2 en 3 september 1996 zowel BSL als Dow vertegenwoordigde. Zij concludeert daaruit dat de deelneming van Dow aan de inbreuk uiterlijk op 1 juli 1996 is begonnen (punt 444 van de bestreden beschikking).

- 91 Opgemerkt zij dat, behalve het feit dat BSL de heer N. ter beschikking heeft gesteld, de Commissie geen enkel element aandraagt op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat Dow Deutschland tussen 1 juli en 2 september 1996 aan de inbreuk heeft deelgenomen. De Commissie draagt met name geen enkel concreet element aan op grond waarvan het bestaan van een wilsovereenstemming tussen Dow Deutschland en de andere leden van kartel tussen 1 juli en 2 september 1996 zou kunnen worden aangenomen.
- 92 Verder blijkt uit de processtukken niet dat een op beperking van de mededinging gerichte wil van een van de leden van het kartel jegens Dow Deutschland is geconcretiseerd.
- 93 Het feit alleen dat een werknemer van een vennootschap die aan een mededingingsregeling heeft deelgenomen, ter beschikking van een andere vennootschap wordt gesteld, impliceert echter nog niet dat deze laatste vennootschap automatisch lid wordt van het kartel. Het valt immers niet uit te sluiten dat de betrokken werknemer in dergelijke omstandigheden beslist om de vennootschap ter beschikking van dewelke hij is gesteld, niet te betrekken bij op beperking van de mededinging gerichte praktijken, of dat die vennootschap maatregelen treft om dit soort praktijken te voorkomen.
- 94 De verklaring van de Commissie dat Dow na 1 juli 1996 aan de mededingingsregeling is „blijven” deelnemen, is overigens onjuist, aangezien vaststaat dat Dow in elk geval vóór die datum nooit aan de inbreuk heeft deelgenomen.
- 95 Bovendien heeft de Commissie niet aangetoond dat Dow Deutschland in de periode tussen 1 juli en 2 september 1996 dankzij de informatie die de heer N. in het kader van zijn vorige functie had verkregen, binnen het kartel gesloten overeenkomsten ten uitvoer heeft gelegd, en dus niet autonoom heeft gehandeld op de markt. Dienaangaande zij erop gewezen dat, ook al is in de rechtspraak soms geoordeeld dat op grond van het bezit van informatie van concurrenten kon worden aangenomen dat de betrokken onderneming geen autonoom marktbeleid voerde, zelfs niet in een



periode waarin zij zich naar eigen zeggen uit het kartel had teruggetrokken, het daarbij steeds ging om gevallen waarin die onderneming reeds aan die mededingingregeling had deelgenomen (zie met name arrest *Union Pigments/Commissie*, aangehaald in punt 89 hierboven, punt 39 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 96 Hieruit volgt dat de Commissie, wat Dow Deutschland betreft, niet rechtens genoegzaam het bestaan van de constitutieve elementen van een inbreuk in de periode tussen 1 juli en 2 september 1996 heeft bewezen. Dow betwist daarentegen niet dat Dow Deutschland vanaf 2 september 1996 aan de inbreuk heeft deelgenomen.
- 97 De andere argumenten van de Commissie kunnen deze conclusie niet op losse schroeven zetten.
- 98 Wat de punten 166, 167 en 169 tot en met 182 van de bestreden beschikking betreft, waarnaar de Commissie in haar schrifturen verwijst, daarin wordt verklaard dat de heer N. vanaf 2 en 3 september 1996 als vertegenwoordiger van Dow Deutschland en BSL aan de bijeenkomsten van het kartel heeft deelgenomen. Uit deze punten blijkt niet dat de heer N. tussen 1 juli en 2 september 1996 voor rekening van Dow Deutschland aan de activiteiten van het kartel heeft deelgenomen.
- 99 De door de Commissie aangevoerde rechtspraak volgens welke de deelneming aan de lopende activiteiten van het kartel niet is onderbroken tijdens de periode waarin geen enkele bijeenkomst van het kartel en geen enkele tenuitvoerlegging van beslissingen van het kartel waren gepland, is van toepassing wanneer de betrokken onderneming reeds aan de activiteiten van het kartel had deelgenomen, hetgeen vóór de bijeenkomst van 2 en 3 september 1996 niet het geval was met Dow Deutschland. Bijgevolg kan aan Dow Deutschland niet worden verweten dat zij geen afstand heeft genomen van een mededingingsregeling waaraan zij nog niet had deelgenomen.

- 100 Gelet op een en ander dient het tweede middel te worden aanvaard en dient, overeenkomstig de desbetreffende vordering van Dow Deutschland, artikel 1 van de bestreden beschikking nietig te worden verklaard voor zover daarin wordt aangenomen dat deze vennootschap vanaf 1 juli 1996 in de plaats van vanaf 2 september 1996 aan de betrokken inbreuk heeft deelgenomen.

*3. Het derde middel: onjuiste vaststelling van het bedrag van de aan verzoeksters opgelegde geldboeten*

- 101 Het derde middel van Dow bestaat uit negen onderdelen. In het kader van het eerste onderdeel stelt Dow dat de Commissie vergissingen heeft begaan bij de vaststelling van de zwaarte van de inbreuk. Het tweede tot en met het zesde onderdeel betreffen de toepassing van een gedifferentieerde behandeling met betrekking tot de basisbedragen van de geldboeten. Het zevende en het achtste onderdeel betreffen de toepassing van een vermenigvuldigingscoëfficiënt ter afschrikking. In het kader van het negende onderdeel betoogt Dow dat de Commissie een vergissing heeft begaan bij de vaststelling van de duur van de inbreuk.

a) Het eerste onderdeel: onjuiste vaststelling van de zwaarte van de inbreuk

Argumenten van partijen

- 102 Dow komt niet op tegen de conclusie van de Commissie dat de inbreuk als zeer zwaar in de zin van de richtsnoeren kan worden aangemerkt. Het discriminatieverbod verplicht de Commissie echter de aard van de inbreuk omstandig te beoordelen wanneer zij voor de vaststelling van het basisbedrag van de geldboete uitgaat van de categorie zeer zware inbreuken.

- 103 In het onderhavige geval heeft de Commissie geen rekening gehouden met het feit dat de inbreuk niet voortvloeide uit een zorgvuldig voorbereide en zeer weloverwogen overeenkomst. De deelnemers aan de mededingingsregeling hebben elkaar gewoon tot vier keer per jaar op informele wijze ontmoet buiten het rechtstreekse kader van de bijeenkomsten van de subcomités van de European Synthetic Rubber Association (punten 94 en 95 van de bestreden beschikking). In het onderhavige geval ontbreken de mechanismen die vaak worden aangetroffen in zeer gestructureerde mededingingsregelingen, zoals de mechanismen van stelselmatige controle of represaille. De Commissie is zelf van mening dat er niet stelselmatig overeenstemming over de prijzen is geweest (punten 270 en 272 van de bestreden beschikking). Deze elementen, die de Commissie in punt 461 van de bestreden beschikking niet in aanmerking heeft genomen, pleiten ervoor dat voor de geldboete een lager basisbedrag wordt genomen dan het door de Commissie vastgestelde bedrag. Dow wijst erop dat het Gerecht in het arrest *Groupe Danone/Commissie*, aangehaald in punt 88 hierboven (punt 393) heeft verklaard dat volgens de richtsnoeren het ontbreken van mechanismen van tenuitvoerlegging in aanmerking moet worden genomen voor de vaststelling van de zwaarte van de inbreuk.
- 104 Dow voegt daaraan toe dat volgens punt 1 A, derde streepje, van de richtsnoeren de Commissie binnen de categorie van zware inbreuken de ondernemingen verschillend kan behandelen naargelang van de aard van de inbreuk die zij hebben begaan. De Commissie had dus rekening moeten houden met de bijzondere omstandigheden van het concrete geval.
- 105 Volgens de Commissie dient het eerste onderdeel van het derde middel te worden afgewezen. Zij beklemtoont met name dat het aanvangsbedrag van de geldboete is vastgesteld in verhouding tot de omvang van de productmarkt en de aard van de inbreuk.

### Beoordeling door het Gerecht

- 106 De zwaarte van de inbreuken moet worden bepaald met inachtneming van een groot aantal factoren, zoals de bijzondere omstandigheden van de zaak, de context ervan en

de afschrikkende werking van de geldboeten, zonder dat een dwingende of uitputtende lijst van verplicht in aanmerking te nemen criteria is opgesteld (arrest Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, aangehaald in punt 78 hierboven, punt 465, en arrest Hof van 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punt 241).

- 107 Tot de factoren die van belang kunnen zijn voor de beoordeling van de zwaarte van de inbreuken behoren het gedrag van elk van de ondernemingen, de rol die elk van hen heeft gespeeld bij de totstandkoming van de mededingingsregeling, de winst die zij hieruit hebben kunnen behalen, hun omvang, de waarde van de betrokken goederen en het gevaar dat dergelijke inbreuken opleveren voor de doelstellingen van de Gemeenschap (zie arrest Hof van 25 januari 2007 Dalmine/Commissie, C-407/04 P, Jurispr. blz. I-829, punt 130 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 108 Verder bepalen de richtsnoeren met name dat bij de beoordeling van de zwaarte van een inbreuk rekening moet worden gehouden met de aard van de inbreuk, met de concrete weerslag ervan op de markt wanneer die meetbaar is, en met de omvang van de betrokken geografische markt. De inbreuken worden er in drie categorieën ingedeeld: niet te ernstige, zware en zeer zware inbreuken (punt 1 A, eerste en tweede alinea, van de richtsnoeren).
- 109 In het onderhavige geval heeft de Commissie in de bestreden beschikking allereerst geoordeeld dat de betrokken ondernemingen overeenkomsten over prijsdoelstellingen en over de verdeling van de markt hadden gesloten en commercieel gevoelige informatie hadden uitgewisseld. Volgens de Commissie zijn deze praktijken naar de aard ervan zeer zware inbreuken (artikel 1 van het dispositief en punt 461 van de bestreden beschikking). Vervolgens heeft de Commissie verklaard dat de concrete weerslag van de mededingingsregeling op de markt van de EER niet kon worden gemeten. Zij heeft daaraan toegevoegd dat, ook al kon de concrete weerslag van de mededingingsregeling niet worden gemeten, de gelaakte overeenkomsten door de betrokken ondernemingen ten uitvoer waren gelegd en dus gevolgen hadden gehad voor de markt. Concluderend heeft de Commissie verklaard dat zij voor de vaststelling

van het bedrag van de geldboeten geen rekening zou houden met de weerslag op de markt (punt 462 van de bestreden beschikking). Ten slotte heeft de Commissie erop gewezen dat de inbreuk het gehele grondgebied van de EER dekte (punt 463 van de bestreden beschikking). Om deze redenen heeft de Commissie geoordeeld dat de betrokken inbreuk als een zeer zware inbreuk kon worden aangemerkt (punt 464 van de bestreden beschikking).

- 110 Vervolgens heeft de Commissie de betrokken ondernemingen gedifferentieerd behandeld naargelang van hun gecumuleerde omzet betreffende BR en SBR voor 2001, het laatste volledige jaar van de inbreuk, behalve voor Shell (1998) en Stomil (1999). De Commissie heeft de betrokken ondernemingen in vijf categorieën ingedeeld; Dow behoort tot de tweede categorie (aanvangsbedrag van de geldboete 41 miljoen EUR) (punten 465-473 van de bestreden beschikking).
- 111 Dow komt niet op tegen de conclusie van de Commissie dat de betrokken inbreuk als zeer zwaar in de zin van de richtsnoeren kan worden aangemerkt, maar wel tegen het aanvangsbedrag van de geldboete. Zij stelt met name dat de betrokken mededingingsregeling werd gekenmerkt door het geringe formalisme ervan.
- 112 Dienaangaande zij er ten eerste aan herinnerd dat volgens punt 1 A van de richtsnoeren voor een zeer zware inbreuk een geldboete van meer dan 20 miljoen EUR kan worden opgelegd, en zij erop gewezen dat het voor Dow aangenomen aanvangsbedrag van de geldboete voortvloeit uit een bepaald aantal elementen en met name uit het bedrag van de door deze onderneming in 2001 op het grondgebied van de EER verkochte BR en SBR (te weten 126,93 miljoen EUR — punt 469 van de bestreden beschikking).

113 Ten tweede staat vast dat Dow in het kader van haar beroep het een inbreuk opleverende doel van de mededingingsregeling, zoals dat in de bestreden beschikking en inzonderheid in artikel 1 van het dispositief ervan is uiteengezet, te weten vaststelling van prijsdoelstellingen, verdeling van de markt en uitwisseling van commercieel gevoelige informatie, niet ter discussie stelt. Uit het feit dat de mededingingsregeling tegelijkertijd verschillende doelstellingen nastreefde, ook al was zij niet erg formalistisch, blijkt niettemin dat zij in hoge mate gestructureerd was (zie in die zin arrest Groupe Danone/Commissie, aangehaald in punt 88 hierboven, punt 149). Wat inzonderheid het argument betreft inzake het ontbreken van mechanismen om de eerbiediging en de toepassing van de overeenkomst in de praktijk af te dwingen en gesteld dat Dows verklaring dienaangaande juist is en in aanmerking kan worden genomen, dient eraan te worden herinnerd dat Dow niet opkomt tegen de conclusie van de Commissie dat de betrokken inbreuk als zeer zwaar in de zin van de richtsnoeren kan worden aangemerkt. Dienaangaande zij erop gewezen dat de betrokken ondernemingen waren overeengekomen, prijsdoelstellingen vast te stellen, de klanten te verdelen door middel van niet-aanvalspacten en gevoelige informatie over de prijzen, de concurrenten en de klanten uit te wisselen. Bovendien dekte de betrokken mededingingsregeling het gehele grondgebied van de EER. Verder zij erop gewezen dat het voor Dow vastgestelde bedrag van de geldboete het in artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 bepaalde maximum van 10% van de totale omzet van die onderneming in het voorafgaande boekjaar niet overschrijdt, een maximum dat is vastgesteld om te voorkomen dat de betrokken onderneming in een situatie wordt gebracht waarin zij de betrokken geldboete onmogelijk kan betalen (zie in die zin arrest Hof van 7 juni 1983, *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, 100/80–103/80, *Jurispr. blz.* 1825, punt 119). Verder dient eraan te worden herinnerd dat bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk rekening dient te worden gehouden met alle relevante elementen van het concrete geval. In het onderhavige geval is het Gerecht van oordeel dat, gelet op de door de Commissie in de bestreden beschikking aangedragen elementen, de door Dow gestelde omstandigheid, gesteld dat zij juist is, de hoogte van het door de Commissie aangenomen aanvangsbedrag van de geldboete niet op losse schroeven zet.

114 Gelet op een en ander moet het eerste onderdeel van het derde middel van Dow ongegrond worden verklaard.

b) Het tweede tot en met het zesde onderdeel: onjuiste toepassing van een gedifferentieerde behandeling met betrekking tot de basisbedragen van de geldboeten

### Argumenten van partijen

<sup>115</sup> In het kader van het tweede onderdeel van het derde middel wijst Dow erop dat de Commissie op de basisbedragen van de geldboeten een gedifferentieerde behandeling toepast om „rekening te houden met het specifieke gewicht van elke onderneming en dus met de reële weerslag van de ongeoorloofde gedraging van de onderneming op de mededinging” (punt 466 van de bestreden beschikking). In punt 462 van de bestreden beschikking verklaart de Commissie echter dat „het niet mogelijk is de reële weerslag op de markt van de EER te meten van het samenstel van overeenkomsten die de inbreuk opleveren.” Deze verklaringen van de Commissie zijn dus tegenstrijdig. Wanneer de weerslag van een inbreuk niet kan worden gemeten, wat in casu het geval zou zijn, is er geen enkele reden om de individuele geldboeten te baseren op een gestelde „macht” om schade te berokkenen, zoals de Commissie in haar schrifturen beweert te doen. In dit verband dient punt 1 A, vierde alinea, van de richtsnoeren te worden gelezen in samenhang met de zesde alinea van datzelfde punt. Dow voegt daaraan toe dat in de zaken die aanleiding hebben gegeven tot de arresten van het Gerecht van 9 juli 2003, Daesang en Sewon Europe/Commissie (T-230/00, Jurispr. blz. II-2733), en 27 september 2006, Archer Daniels Midland/Commissie (T-329/01, Jurispr. blz. II-3255), waarnaar de Commissie in haar schrifturen verwijst, de weerslag op de markt was vastgesteld.

<sup>116</sup> In het kader van het derde onderdeel van het derde middel verklaart Dow dat volgens punt 1 A van de richtsnoeren de Commissie verplicht is om de „concrete weerslag” van de inbreuk op de markt (wanneer deze weerslag meetbaar is) te beoordelen. Deze verplichting is door het Gerecht bevestigd in de arresten van 9 juli 2003, Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie (T-224/00, Jurispr. blz. II-2597), en 5 april 2006, Degussa/Commissie (T-279/02, Jurispr. blz. II-897). In het onderhavige geval heeft de Commissie de reële weerslag van de inbreuk op de markt niet gemeten (punt 462 van de bestreden beschikking). In hetzelfde

punt concludeert zij echter dat de inbreuk „daadwerkelijk weerslag heeft gehad op de markt, ook al kan de concrete weerslag ervan moeilijk worden gemeten”. In de arresten van het Gerecht van 18 juli 2005, *Scandinavian Airlines System/Commissie* (T-241/01, Jurispr. blz. II-2917), en *Groupe Danone/Commissie*, aangehaald in punt 88 hierboven, waarnaar de bestreden beschikking verwijst, wordt verklaard dat de Commissie de reële weerslag van een inbreuk kan bepalen aan de hand van de waarschijnlijkheid van een weerslag of door te bewijzen dat de inbreuk daadwerkelijk is gepleegd. In het onderhavige geval heeft de Commissie niet geoordeeld dat de inbreuk waarschijnlijk een weerslag had, en heeft zij evenmin aangetoond dat een op beperking van de mededinging gerichte overeenkomst ten uitvoer was gelegd (terwijl zij in het kader van de eerste mededeling van punten van bezwaar had proberen aan te tonen dat de inbreuk daadwerkelijk was gepleegd). De verklaring van de Commissie in punt 462 van de bestreden beschikking, dat „de op beperking van de mededinging gerichte overeenkomsten door de Europese producenten ten uitvoer waren gelegd”, wordt door geen enkel bewijs gestaafd. De punten 148 en 203 van de bestreden beschikking, waarnaar de Commissie in haar schrifturen verwijst, doen geenszins blijken van het bestaan van enige tenuitvoerlegging, maar slechts van vruchteloze pogingen daartoe, waaronder een poging met een onderneming waarvoor de procedure is afgesloten (Dwory).

- 117 In het kader van het vierde onderdeel van het derde middel stelt Dow dat haar recht om te worden gehoord is geschonden, en beklemtoont zij dienaangaande dat de eerste mededeling van punten van bezwaar van de Commissie een aantal „economische bewijselementen” betreffende de weerslag van de activiteiten van het kartel bevatte. De Commissie heeft die mededeling echter ingetrokken nadat een aantal betrokken ondernemingen, waaronder Dow, de bewijswaarde van die elementen hadden betwist. De tweede mededeling van punten van bezwaar, waarop de bestreden beschikking is gebaseerd, bevat geen bewijselementen dienaangaande. Zij bevat ook geen enkel element dat erop wijst dat een tenuitvoerlegging van de op beperking van de mededinging gerichte overeenkomsten een weerslag heeft gehad op de markt. De punten van de tweede mededeling van punten van bezwaar waarnaar de Commissie in haar schrifturen verwijst, zijn niet ter zake dienend. Bijgevolg heeft Dow niet de gelegenheid gekregen om haar standpunt over de eventuele weerslag van de mededingingsregeling op de markt kenbaar te maken. De Commissie is er echter van



uitgegaan dat de mededingingsregeling een weerslag heeft gehad op de markt, wanneer zij de adressaten van de bestreden beschikking gedifferentieerd heeft behandeld.

- 118 Op grond van de in het kader van het tweede tot en met het vierde onderdeel van het derde middel aangevoerde argumenten concludeert Dow dat de Commissie geen gedifferentieerde basisbedragen voor de aan de betrokken ondernemingen op te leggen geldboeten had mogen vaststellen. De Commissie had in het onderhavige geval een eenvormig basisbedrag moeten vaststellen. Aangezien het basisbedrag voor de geldboete van Stomil op 5,5 miljoen EUR was bepaald en dat bedrag werd geacht te beantwoorden aan de objectieve zwaarte van de mededingingsregeling, was er geen enkele reden om voor Dow een hoger basisbedrag te nemen.
- 119 In het kader van het vijfde, subsidiair aangevoerde, onderdeel van het derde middel betoogt Dow dat, indien zou worden geoordeeld dat de Commissie de adressaten van de bestreden beschikking gedifferentieerd mocht behandelen om rekening te houden met de reële weerslag op de mededinging, de Commissie zich ten onrechte heeft gebaseerd op de omzet die Dow in 2001 met BR en SBR heeft behaald. De Commissie is er daardoor aan voorbijgegaan dat de omzet van Dow pas vanaf juni 1999, door de aankoop van de „synthetische rubber”-divisie van Shell, aanzienlijk is gestegen. Gedurende ongeveer de helft van de inbreukperiode had Dow een veel zwakkere marktpositie. Dow wijst erop dat de Commissie in punt 479 van de bestreden beschikking voor de berekening van de vermeerdering wegens de duur van de inbreuk rekening heeft gehouden met het feit dat Dow tijdens de eerste jaren van de inbreuk geen eigenaar was van de BR- en SBR-divisie van Shell, doch dat is een andere kwestie. Dow voegt eraan toe dat zij op het tijdstip van de overname van die divisie van Shell niet op de hoogte was van de inbreuk en dus geen grotere aansprakelijkheid dient te dragen. Bovendien heeft het Hof in het arrest *Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie*, aangehaald in punt 44 hierboven, verklaard dat een vennootschap niet aansprakelijk kan worden gesteld voor de inbreuken van een vennootschap die zij heeft overgenomen, wanneer die inbreuken vóór de overname zijn begaan, op de enkele grond dat de overnemende vennootschap destijds zelf aan de mededingingsregeling had

deelgenomen. Dow concludeert daaruit dat de Commissie ook in het kader van de berekening van het basisbedrag van de geldboete rekening had moeten houden met de evolutie van de verkopen door uit te gaan van de verkopen van Dow in 1998 en in 2001 en vervolgens het gemiddelde daarvan te berekenen. Dow wijst er in dit verband op dat haar verkopen in 1998 veel geringer waren dan die van Shell. Door zich voor de gehele inbreukperiode op de verkopen van Dow in 2001 te baseren, heeft de Commissie Dow gediscrimineerd ten opzichte van Shell. Dow concludeert dat, uitgaande van haar omzet in 1998 en van de door haar bepleite methode, het basisbedrag van de geldboete voor haar op 32,4 miljoen EUR dient te worden bepaald.

- 120 In het kader van het zesde onderdeel van het derde middel betoogt Dow dat, indien zou worden geoordeeld dat de Commissie de adressaten van de bestreden beschikking gedifferentieerd mocht behandelen om rekening te houden met de reële weerslag op de mededinging, niettemin moet worden erkend dat de Commissie te veel gewicht heeft gehecht aan dit element. Zoals de Commissie in punt 461 van de bestreden beschikking zelf heeft erkend, is de belangrijkste factor voor het bepalen van het basisbedrag van een geldboete de objectieve zwaarte (of de aard) van de inbreuk. In het onderhavige geval heeft de Commissie voor de geldboete van Dow een basisbedrag vastgesteld dat het zesvoudige is van het voor Stomil vastgestelde bedrag op de enkele grond dat de reële weerslag van de deelneming van Dow aan de inbreuk veel groter is. Dit aspect stelt de zwaarte van de inbreuk als factor voor de berekening van de geldboete volledig in de schaduw, terwijl de reële weerslag voor alle ondernemingen dezelfde dient te zijn, behalve indien een deelnemer een bijzondere rol heeft gespeeld. Dow voegt daaraan toe dat het zesde onderdeel van het derde middel niet ziet op de toepassing van vermenigvuldigingscoëfficiënten ter afschrikking, zoals de Commissie in haar schrifturen suggereert.

- 121 Volgens de Commissie dienen het tweede tot en met het zesde onderdeel van het derde middel te worden afgewezen. Zij is, zakelijk weergegeven, van mening dat zij geen vergissing heeft begaan bij de toepassing van een gedifferentieerde behandeling met betrekking tot de basisbedragen van de geldboeten.

## Beoordeling door het Gerecht

— Het tweede tot en met het vierde onderdeel van het derde middel

- <sup>122</sup> In de richtsnoeren wordt onderscheid gemaakt tussen niet te ernstige inbreuken, zware inbreuken en zeer zware inbreuken (punt 1 A, eerste en tweede alinea, van de richtsnoeren). De differentiatie tussen de ondernemingen bestaat er overigens in om conform punt 1 A, derde, vierde en zesde alinea, van de richtsnoeren, de individuele bijdrage van elke onderneming, in termen van daadwerkelijke economische macht, tot het succes van de mededingingsregeling te bepalen met het oog op de indeling ervan in de juiste categorie (zie in die zin arrest Gerecht van 15 juni 2005, Tokai Carbon e.a./Commissie, T-71/03, T-74/03, T-87/03 en T-91/03, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 225; zie ook arrest Gerecht van 18 juni 2008, Hoechst/Commissie, T-410/03, Jurispr. blz. II-881, punt 360).
- <sup>123</sup> De individuele bijdrage van elke onderneming, in termen van daadwerkelijke economische macht, tot het succes van de mededingingsregeling moet echter worden onderscheiden van de in punt 1 A, eerste alinea, van de richtsnoeren bedoelde concrete weerslag van de inbreuk. In dit laatste geval wordt de concrete weerslag van de inbreuk, wanneer die weerslag meetbaar is, in aanmerking genomen voor de indeling van de inbreuk als niet te ernstige, zware of zeer zware inbreuk. De individuele bijdrage van elke onderneming wordt in aanmerking genomen voor de weging van de op basis van de zwaarte van de inbreuk vastgestelde bedragen.
- <sup>124</sup> Dus zelfs bij ontbreken van een meetbare concrete weerslag van de inbreuk kan de Commissie, na de inbreuk als niet te ernstig, zwaar of zeer zwaar te hebben aangemerkt, overeenkomstig punt 1 A, derde, vierde en zesde alinea, van de richtsnoeren beslissen om de betrokken ondernemingen gedifferentieerd te behandelen.

- <sup>125</sup> Bijgevolg kunnen de door Dow in het kader van het tweede tot en met het vierde onderdeel van het derde middel aangevoerde argumenten de door de Commissie verrichte indeling in de categorie zeer zware inbreuken niet op losse schroeven zetten.
- <sup>126</sup> In elk geval stelt Dow, zoals in punt 113 hierboven is gezegd, in het kader van haar beroep het een inbreuk opleverende doel van de mededingingsregeling, zoals dat in de bestreden beschikking en inzonderheid in artikel 1 van het dispositief ervan is uiteengezet, niet ter discussie. Dienaangaande volgt uit de beschrijving van de zeer zware inbreuken in de richtsnoeren dat overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die, zoals in casu, met name op vaststelling van prijsdoelstellingen of verdeling van mark aandelen zijn gericht, reeds naar de aard ervan als „zeer zwaar” kunnen worden aangemerkt zonder dat de Commissie een concrete weerslag van de inbreuk op de markt behoeft aan te tonen (zie in die zin arrest Hof van 3 september 2009, Prym en Prym Consumer/Commissie, C-534/07 P, Jurispr. blz. I-7415, punt 75; zie ook arresten Brasserie nationale e.a./Commissie, aangehaald in punt 89 hierboven, punt 178, en Hoechst/Commissie, punt 122 hierboven, punt 345). Verder is het vaste rechtspraak dat horizontale prijskartels behoren tot de zwaarste inbreuken op het communautaire mededingingsrecht en op zichzelf dus als zeer zwaar kunnen worden aangemerkt (zie in die zin arrest Gerech van 12 juli 2001, Tate & Lyle e.a./Commissie, T-202/98, T-204/98 en T-207/98, Jurispr. blz. II-2035, punt 103, en arrest Groupe Danone/Commissie, aangehaald in punt 88 hierboven, punt 147).
- <sup>127</sup> De Commissie heeft dus geen fout gemaakt door te oordelen dat de betrokken praktijken naar de aard ervan zeer zware inbreuken waren zonder rekening te houden met de concrete weerslag van de inbreuk op de markt. Dienaangaande zij erop gewezen, anders dan Dow in wezen heeft gesteld, dat de Commissie in punt 462 van de bestreden beschikking duidelijk heeft aangegeven dat zij voor het bepalen van het bedrag van de geldboeten geen rekening zou houden met de concrete weerslag van de inbreuk op de markt.

- 128 Met betrekking tot het argument inzake schending van het recht van Dow om te worden gehoord, dient eraan te worden herinnerd dat dit beginsel met name vereist dat de mededeling van punten van bezwaar die de Commissie richt tot een onderneming waaraan zij wegens schending van de mededingingsregels een sanctie wil opleggen, de belangrijkste tegen deze onderneming in aanmerking genomen elementen bevat, zoals de verweten feiten, de kwalificatie daarvan en de bewijselementen waarop de Commissie zich baseert, zodat deze onderneming in de gelegenheid is om nuttig haar argumenten aan te voeren in het kader van de tegen haar gevoerde administratieve procedure (zie arrest Hof van 2 oktober 2003, *Arbed/Commissie*, C-176/99 P, Jurispr. blz. I-10687, punt 20 en de aldaar aangehaalde rechtspraak). Wat inzonderheid de berekening van de geldboeten betreft, voldoet de Commissie aan haar verplichting tot eerbiediging van het recht van de ondernemingen om te worden gehoord wanneer zij in haar mededeling van punten van bezwaar uitdrukkelijk verklaart dat zij zal onderzoeken of aan de betrokken ondernemingen geldboeten dienen te worden opgelegd, en zij de voornaamste gegevens, feitelijk en rechtens, vermeldt op grond waarvan een boete kan worden opgelegd, zoals de zwaarte en de duur van de gestelde inbreuk en de omstandigheid dat deze „opzettelijk of uit onachtzaamheid” is begaan. Aldus verstrekt zij hun de nodige gegevens om zich niet alleen tegen de vaststelling van een inbreuk, maar ook tegen de oplegging van geldboeten te verdedigen (arrest *Dansk Rørindustri e.a./Commissie*, aangehaald in punt 106 hierboven, punt 428; zie arrest *Gerecht van 20 maart 2002*, LR AF 1998/Commissie, T-23/99, Jurispr. blz. II-1705, punt 199 en de aldaar aangehaalde rechtspraak, en arrest *Tokai Carbon e.a./Commissie*, aangehaald in punt 122 hierboven, punt 139). In het onderhavige geval kan worden volstaan met de vaststelling dat de Commissie de weerslag van de mededingingsregeling op de markt niet in aanmerking heeft genomen bij de vaststelling van de zwaarte van de inbreuk (punt 462 van de bestreden beschikking). In die omstandigheden is er geen sprake van schending van het recht van Dow om dienaangaande te worden gehoord.
- 129 Bijgevolg zijn de door Dow in het kader van het tweede tot en met het vierde onderdeel van het derde middel geformuleerde argumenten in elk geval volstrekt ongegrond.
- 130 Gelet op een en ander moeten het tweede tot en met het vierde onderdeel van het derde middel ongegrond worden verklaard.

— Het, subsidiair aangevoerde, vijfde onderdeel van het derde middel

- <sup>131</sup> De differentiatie tussen de ondernemingen bestaat erin om conform punt 1 A, derde, vierde en zesde alinea, van de richtsnoeren, de individuele bijdrage van elke onderneming, in termen van daadwerkelijke economische macht, tot het succes van de mededingingsregeling te bepalen met het oog op de indeling ervan in de juiste categorie (zie in die zin arrest Gerecht van 15 juni 2005, Tokai Carbon e.a./Commissie, aangehaald in punt 122 hierboven, punt 225; zie ook arrest Hoechst/Commissie, aangehaald in punt 122 hierboven, punt 360). Inzonderheid volgens punt 1 A, zesde alinea, van de richtsnoeren mag rekening worden gehouden 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.” In het kader daarvan dient de Commissie, wanneer zij inbreuken in categorieën indeelt, het beginsel van gelijke behandeling in acht te nemen, dat verbiedt vergelijkbare situaties verschillend te behandelen of verschillende situaties gelijk te behandelen, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is (arresten Gerecht van 19 maart 2003, CMA CGM e.a./Commissie, T-213/00, Jurispr. blz. II-913, punt 406; 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 219, en arrest Degussa/Commissie, aangehaald in punt 116 hierboven, punt 324). Verder moet volgens de rechtspraak het bedrag van de geldboeten ten minste in verhouding staan tot de factoren die bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk in aanmerking zijn genomen (arrest Tate & Lyle e.a./Commissie, aangehaald in punt 126 hierboven, punt 106; arrest van 29 april 2004, Tokai Carbon e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 219, en arrest Degussa/Commissie, punt 116 hierboven, punt 324). Wanneer de Commissie de betrokken ondernemingen dus in categorieën indeelt voor de vaststelling van het bedrag van de geldboeten, moet de bepaling van de drempel voor elk van de aldus vastgestelde categorieën samenhangend en objectief gerechtvaardigd zijn (arresten CMA CGM e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 416, en Degussa/Commissie, aangehaald in punt 116 hierboven, punt 325). Ten slotte is het vaste rechtspraak dat mogelijke factoren ter beoordeling van de zwaarte van de inbreuk naargelang van het geval onder meer zijn: de hoeveelheid en de waarde van de goederen waarop de inbreuk betrekking heeft, alsook de grootte en de economische macht van de onderneming en dus de invloed die deze op de markt heeft kunnen uitoefenen. Hieruit volgt enerzijds dat de Commissie voor de vaststelling van het bedrag van de geldboete zowel rekening mag houden met de totale omzet van de onderneming,

die — zij het ook benaderend en onvolkomen — een aanwijzing vormt voor de grootte en de economische macht van de onderneming, als met het gedeelte van deze omzet dat betrekking heeft op de goederen waarop de inbreuk betrekking heeft, en dat dus een aanwijzing kan vormen voor de omvang van de inbreuk. Anderzijds volgt hieruit dat aan geen van deze omzetcijfers een belang mag worden gehecht dat niet in verhouding staat tot de overige beoordelingselementen, zodat de vaststelling van een passende geldboete niet de resultante kan zijn van een eenvoudige berekening op basis van de totale omzet (zie arrest Gerecht van 30 september 2009, Akzo Nobel e.a./Commissie, T-175/05, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 139 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

<sup>132</sup> Dow komt met name op tegen het gebruik van de omzet die zij in 2001 met BR en SBR heeft behaald. Zij betoogt, zakelijk weergegeven, dat dit omzetcijfer niet geschikt is omdat haar omzet op de betrokken markt aanzienlijk is toegenomen nadat zij in 1999 de divisie van Shell op die markten had overgenomen.

<sup>133</sup> Dienaangaande zij erop gewezen dat, voor zover het omzetcijfer van de bij eenzelfde inbreuk betrokken ondernemingen als uitgangspunt dient te worden genomen voor het bepalen van de verhouding tussen de op te leggen geldboeten, de in aanmerking te nemen periode aldus moet worden afgebakend dat de verkregen omzetcijfers zo vergelijkbaar mogelijk zijn. Bijgevolg kan een bepaalde onderneming slechts eisen dat de Commissie ten aanzien van haar een andere periode in aanmerking neemt dan die welke in het algemeen wordt aangehouden, wanneer zij aantoont dat de door haar gedurende deze laatste periode behaalde omzet om redenen die specifiek haar betreffen, geen aanwijzing geeft over haar werkelijke grootte en haar economische macht, noch over de omvang van de door haar gepleegde inbreuk (arrest van 30 september 2009, Akzo Nobel e.a./Commissie, aangehaald in punt 131 hierboven, punt 142).

- 134 Dow draagt echter geen nadere gegevens aan, behalve een zekere evolutie van haar omzet tussen 1999 en 2001, ten bewijze dat de omzet die zij in 2001 met BR en SBR heeft behaald, geen aanwijzing geeft over haar werkelijke grootte en haar economische macht, noch over de omvang van de door haar gepleegde inbreuk.
- 135 Ten overvloede zij erop gewezen dat, gelet op de aan het Gerecht voorgelegde gegevens, de reële weerslag van de aankoop van de BR- en SBR-divisie van Shell op de omzet van Dow onzeker is. Inzonderheid blijkt uit de in punt 65 van de bestreden beschikking opgenomen tabel nr. 3 dat de omzet van Dow met BR en SBR tussen 1998 en 2000 met 32 miljoen EUR gestegen, terwijl de omzet van Shell in 1999 86 miljoen EUR bedroeg. In dezelfde periode is de BR- en SBR-omzet van Bayer, die geen activiteiten van een andere vennootschap had overgenomen, met ongeveer 20 miljoen EUR gestegen. Bovendien is de omzet van Dow met BR en SBR ook tussen 2000 en 2001, dus nadat de aankoop van de divisie van Shell had plaatsgevonden, met meer dan 23 miljoen EUR gestegen.
- 136 De evolutie van de omzet van Dow na de aankoop van de BR- en SBR-divisie van Shell in 1999 heeft overigens geen wijziging gebracht in de positie van Dow ten opzichte van de concurrenten. Dow heeft in 2000 en 2001 immers haar derde positie qua omzet na EniChem en Bayer behouden. Dit zou ook het geval zijn geweest indien de door Dow ter terechtzitting bepleite methode, namelijk het gemiddelde van de omzet in 1998 en 2001, ware toepast. Ook in dat geval zou Dow na EniChem en Bayer, maar voor Shell, zijn gekomen.
- 137 Verder dient erop te worden gewezen dat de Commissie de door Dow aangevoerde bijzondere situatie in aanmerking heeft genomen in het kader van de vermeerdering die is toegepast om rekening te houden met de duur van de inbreuk. In punt 479 van de bestreden beschikking heeft de Commissie met name verklaard dat Dow Chemical aansprakelijk moest worden gesteld voor de inbreuk tijdens de periode van 1 juli 1996 tot en met 28 november 2002, te weten een periode van zes jaar en vier maanden.



Deze duur van de inbreuk zou tot een vermeerdering van het aanvangsbedrag van de geldboete met 60 % hebben geleid. Om rekening te houden met het feit dat Dow gedurende de eerste drie jaren van de inbreuk geen eigenaar was van de BR- en SBR-divisie van Shell en dat Shell tijdens deze periode eveneens aansprakelijk was voor de inbreuk, heeft de Commissie echter in datzelfde punt van de bestreden beschikking beslist, het aanvangsbedrag van de geldboete van Dow Chemical slechts met 50 % te vermeerderen. De Commissie heeft diezelfde omstandigheden in aanmerking genomen om de vermeerdering wegens de duur van de inbreuk voor Dow Deutschland van 50 % op 40% te brengen (punt 480 van de bestreden beschikking). Dow heeft geen enkel element aangedragen op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat de Commissie een kennelijke fout heeft gemaakt bij de keuze van deze methode.

- <sup>138</sup> Gelet op een en ander dient het vijfde onderdeel van het derde middel van Dow ongegrond te worden verklaard.

— Het zesde onderdeel van het derde middel

- <sup>139</sup> Ofschoon de argumenten van Dow niet erg duidelijk zijn, kan uit de schrifturen van deze partij worden afgeleid dat zij, zakelijk weergegeven, van mening is dat de Commissie te veel belang heeft gehecht aan het „specifieke gewicht” van de ondernemingen die lid zijn van het kartel, ten opzichte van de „zwaarte” van de inbreuk. De door de Commissie toegepaste gedifferentieerde behandeling van de betrokken ondernemingen terwijl deze allemaal een even zware inbreuk hadden gepleegd, zou dan ook niet gerechtvaardigd zijn.
- <sup>140</sup> Opgemerkt zij dat Dow in feite schending van het beginsel van gelijke behandeling stelt. Zij betwist echter niet dat er in de door de Commissie in aanmerking genomen jaren tussen de betrokken ondernemingen — soms aanzienlijke — verschillen ter zake van de omzet met BR en SBR bestonden. Verder blijkt uit punt 1 A, zesde alinea,

van de richtsnoeren duidelijk dat de Commissie op het bedrag van de geldboete een weging kan toepassen om rekening te houden met het specifieke gewicht van het inbreukmakende gedrag van elke onderneming.

- <sup>141</sup> Door voor de ondernemingen die op de betrokken markt een belangrijkere positie innemen dan de andere, een hoger aanvangsbedrag voor de geldboete te nemen heeft de Commissie dus rekening gehouden met de daadwerkelijke invloed van de betrokken onderneming op die markt. Dit element is namelijk de uitdrukking van de grotere verantwoordelijkheid die de ondernemingen die op de betrokken markt een belangrijkere positie innemen dan de andere, hebben voor de schade die de oprichting van een geheim kartel aan de mededinging en uiteindelijk dus ook aan de consumenten heeft berokkend (arrest Gerecht van 27 september 2006, Jungbunzlauer/Commissie, T-43/02, Jurispr. blz. II-3435, punt 230).
- <sup>142</sup> Mitsdien moet het zesde onderdeel van het derde middel van Dow ongegrond worden verklaard.

c) Het zevende en het achtste onderdeel: onrechtmatige toepassing van een vermenigvuldigingscoëfficiënt ter afschrikking

#### Argumenten van partijen

- <sup>143</sup> In het kader van het zevende onderdeel van het derde middel betoogt Dow dat, gelet op het feit dat de bestreden beschikking niet tot Dow Chemical had mogen worden gericht (eerste middel), de Commissie de omzet van deze vennootschap niet aanmerking had mogen nemen voor de vaststelling van de vermenigvuldigingscoëfficiënt ter

afschrikking, maar alleen de omzet van de dochterondernemingen van Dow Chemical die rechtstreeks aan de inbreuk hadden deelgenomen. Dow leidt daaruit af dat de Commissie op haar een vermenigvuldigingscoëfficiënt van om en bij één had moeten toepassen. De aan de drie vennootschappen van haar groep opgelegde geldboeten zouden dus dienovereenkomstig moeten worden verlaagd.

144 In het kader van het achtste onderdeel van het derde middel stelt Dow dat, zelfs al zou van de omzet van Dow Chemical moeten worden uitgegaan, de door de Commissie gekozen vermenigvuldigingscoëfficiënt van 1,75 te hoog is. In vergelijking met de vermenigvuldigingscoëfficiënt die is toegepast voor EniChem (2) en voor Shell (3), had de voor Dow toegepaste vermenigvuldigingscoëfficiënt lager moeten zijn, daar de omzet van de twee bovengenoemde vennootschappen aanzienlijk groter was. Dow wijst er inzonderheid op dat de Commissie voor Shell een vermenigvuldigingscoëfficiënt heeft toegepast waarvan het verschil met de voor haarzelf toegepaste vermenigvuldigingscoëfficiënt vijf keer zo groot is als het verschil tussen de voor Dow toegepaste vermenigvuldigingscoëfficiënt en die welke voor Bayer is toegepast. Het verschil tussen de omzet van Shell en die van Dow is echter meer dan 20 keer zo groot als het verschil tussen de omzet van Dow en die van Bayer. Verder stelt Dow onder verwijzing naar het arrest van 29 april 2004, Tokai Carbon e.a./Commissie, aangehaald in punt 131 hierboven, en het arrest Degussa/Commissie (aangehaald in punt 116 hierboven), dat het evenredigheidsbeginsel niet in acht is genomen, daar er tussen de voor haarzelf vastgestelde vermenigvuldigingscoëfficiënt en die van EniChem slechts een verschil van 0,25 is, terwijl de omzet van laatstgenoemde vennootschap ongeveer dubbel zo groot is als die van Dow Chemical. Daarmee vergeleken is de vermenigvuldigingscoëfficiënt voor Dow 0,25 hoger dan die voor Bayer, ofschoon de omzet van Dow Chemical niet dubbel zo groot als die van Bayer. De vermenigvuldigingscoëfficiënt voor Dow had dus dichter bij die voor Bayer moeten liggen, dat wil zeggen dichter bij 1,5. Ook op grond daarvan zouden de aan Dow opgelegde geldboeten dienovereenkomstig moeten worden verlaagd.

145 Volgens de Commissie dienen het zevende en het achtste onderdeel van het derde middel te worden afgewezen. Zij betoogt dat zij geen fout heeft gemaakt bij de toepassing van een vermenigvuldigingscoëfficiënt ter afschrikking.

## Beoordeling door het Gerecht

- <sup>146</sup> Het zevende onderdeel van het derde middel van Dow berust op de argumenten die in het kader van het eerste middel zijn aangevoerd. Aangezien het eerste middel ongegrond moet worden verklaard, dient het zevende onderdeel van het derde middel van Dow dus eveneens ongegrond te worden verklaard.
- <sup>147</sup> Met betrekking tot het achtste onderdeel van het derde middel van Dow dient eraan te worden herinnerd dat de richtsnoeren bepalen dat, naast de aard van de inbreuk, de concrete weerslag ervan op de markt en de geografische omvang van de markt, rekening moet worden gehouden met de daadwerkelijke economische macht van de inbreukmakers om andere marktdeelnemers, met name de consumenten, aanzienlijke schade te berokkenen, en dat het bedrag van de geldboete op een zodanig niveau moet worden gesteld dat daarvan een voldoende afschrikkende werking uitgaat (punt 1 A, vierde alinea, van de richtsnoeren).
- <sup>148</sup> De bevoegdheid van de Commissie om geldboeten op te leggen aan ondernemingen die opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk maken op de bepalingen van artikel 81 EG, is een van de middelen die de Commissie ter beschikking zijn gesteld om de haar door het gemeenschapsrecht toevertrouwde toezichttaak te kunnen uitoefenen, een taak die de verplichting omvat om een algemeen beleid te voeren dat erop is gericht, 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. Daaruit volgt dat de Commissie bij de beoordeling van de zwaarte van een inbreuk met het oog op de vaststelling van het bedrag van de geldboete ervoor moet zorgen dat haar optreden een afschrikkende werking heeft, vooral met betrekking tot inbreuken die bijzonder schadelijk zijn voor de verwezenlijking van de doelstellingen van de Gemeenschap (zie in die zin arrest *Musique diffusion française e.a./Commissie*, aangehaald in punt 113 hierboven, punten 105 en 106; arrest Gerecht van 20 maart 2002, *ABB Asea Brown Boveri/Commissie*, T-31/99, Jurispr. blz. II-1881, punt 166, en arrest *Groupe Danone/Commissie*, aangehaald in punt 88 hierboven, punt 169).

- 149 Dit vereist dat het bedrag van de geldboete wordt aangepast teneinde rekening te houden met de beoogde impact ervan op de onderneming waaraan zij wordt opgelegd, ter voorkoming dat de geldboete in het niet valt of integendeel buitensporig is gelet op onder meer het financiële vermogen van de betrokken onderneming, zulks overeenkomstig de vereisten om zowel de doelmatigheid van de geldboete te waarborgen als het evenredigheidsbeginsel te eerbiedigen. Een grote onderneming, die over aanzienlijke financiële middelen beschikt in vergelijking met die van de andere leden van een kartel, kan gemakkelijker de voor de betaling van haar geldboete vereiste middelen bijeenbrengen, hetgeen met het oog op een voldoende afschrikkende werking van de geldboete rechtvaardigt dat deze onderneming, met name door toepassing van een vermenigvuldigingscoëfficiënt, een verhoudingsgewijs hogere geldboete wordt opgelegd dan een onderneming die niet over dergelijke middelen beschikt en dezelfde inbreuk heeft gepleegd (zie in die zin arrest Gerecht van 29 april 2004, Tokai Carbon e.a./Commissie, aangehaald in punt 131 hierboven, punten 241 en 243; zie ook arrest ABB Asea Brown Boveri/Commissie, aangehaald in punt 148 hierboven, punt 170, en arrest Gerecht van 15 maart 2006, BASF/Commissie, T-15/02, Jurispr. blz. II-497, punt 235).
- 150 Bovendien heeft het Hof in het bijzonder benadrukt dat de totale omzet van elke onderneming die aan een kartel heeft deelgenomen, relevant is voor de vaststelling van het bedrag van de geldboete (zie in die zin arrest Sarrió/Commissie, aangehaald in punt 78 hierboven, punten 85 en 86, en arrest Hof van 14 juli 2005, Acerinox/Commissie, C-57/02 P, Jurispr. blz. I-6689, punten 74 en 75; zie ook arrest Hof van 29 juni 2006, Showa Denko/Commissie, C-289/04 P, Jurispr. blz. I-5859, punt 17).
- 151 Ten slotte dient erop te worden gewezen dat het doel van afschrikking dat de Commissie bij de bepaling van het bedrag van een geldboete mag nastreven, erop is gericht te verzekeren dat de ondernemingen de mededingingsregels naleven die in het Verdrag zijn vastgesteld voor hun activiteiten binnen de Gemeenschap of de EER. Bijgevolg wordt de factor afschrikking, die bij de berekening van de geldboete in aanmerking kan worden genomen, beoordeeld aan de hand van tal van elementen en niet alleen aan de hand van de bijzondere situatie van de betrokken onderneming. Dit beginsel geldt met name wanneer de Commissie een „vermenigvuldigingscoëfficiënt ter afschrikking” heeft vastgesteld voor de aan een onderneming op te leggen geldboete (zie in die zin arrest Showa Denko/Commissie, aangehaald in punt 150 hierboven, punten 23 en 24).

- 152 In het onderhavige geval heeft de Commissie aangenomen dat binnen de categorie van zeer zware inbreuken het gamma van sancties de mogelijkheid bood om, rekening houdend met de grootte van elke onderneming, de geldboeten vast te stellen op een niveau dat voldoende afschrikkende werking had. De Commissie heeft op basis van de wereldomzet van de betrokken ondernemingen in 2005 geconstateerd dat er een aanzienlijk verschil van grootte bestond tussen Kaučuk (met een omzet van 2,718 miljard EUR) en Stomil (met een omzet van 38 miljoen EUR) enerzijds, en de andere betrokken ondernemingen, inzonderheid Bayer (met een omzet van 27,383 miljard EUR), te weten de eerste in de bestreden beschikking bedoelde grote onderneming, anderzijds. Op basis daarvan en rekening houdend met de omstandigheden van het onderhavige geval heeft de Commissie geoordeeld dat geen vermenigvuldigingscoëfficiënt ter afschrikking moest worden toegepast met betrekking tot Kaučuk en Stomil en dat, wat Bayer betreft, een vermenigvuldigingscoëfficiënt 1,5 passend was. Ten slotte heeft de Commissie op basis daarvan en rekening houdend met de omstandigheden van het onderhavige geval een vermenigvuldigingscoëfficiënt 1,75 toegepast met betrekking tot Dow (met een omzet van 37,221 miljard EUR), 2 met betrekking tot EniChem (met een omzet van 73,738 miljard EUR) en 3 met betrekking tot Shell (met een omzet van 246,549 miljard EUR) (punt 474 van de bestreden beschikking).
- 153 Voor zover Dow in haar betoog schending van het beginsel van gelijke behandeling stelt, dient erop te worden gewezen dat uit de bestreden beschikking blijkt dat de Commissie de door haar toegepaste vermenigvuldigingscoëfficiënten ter afschrikking heeft vastgesteld in verhouding tot de grootte van de betrokken ondernemingen. Dow betwist de door de Commissie in de bestreden beschikking vermelde omzetcijfers echter niet. Zij betwist inzonderheid niet dat zij in 2005 een grotere onderneming was dan Bayer en een kleinere dan EniChem. Het is dan ook coherent en objectief gerechtvaardigd dat de vermenigvuldigingscoëfficiënt ter afschrikking voor de berekening van de aan Dow op te leggen geldboeten groter was dan die voor de berekening van de aan Bayer op te leggen geldboete en kleiner dan die voor de berekening van de aan EniChem op te leggen geldboete.
- 154 Verder dient te worden beklemtoond dat de wereldomzet in 2005 27,383 miljard EUR bedroeg voor Bayer en 37,221 miljard EUR voor Dow (dus 35,93% meer dan die van Bayer). In die omstandigheden levert het feit dat de vermenigvuldigingscoëfficiënt

voor de geldboeten van Dow 16,66% meer bedraagt dan die voor de vaststelling van het bedrag van de geldboete van Bayer (1,75 ten opzichte 1,5), geen schending van het beginsel van gelijke behandeling op. Integendeel, op basis daarvan had de Commissie voor Dow een nog hogere vermenigvuldigingscoëfficiënt kunnen aannemen. Voor het overige en voor zover de argumenten van Dow erop zijn gericht te verkrijgen dat het Gerecht de rechtmatigheid onderzoekt van de boetebedragen die zijn vastgesteld voor de grote ondernemingen waarmee Dow de haar opgelegde geldboete vergelijkt, inzonderheid wat de voor EniChem aangenomen vermenigvuldigingscoëfficiënt betreft, volgt uit de bestreden beschikking dat de voor Dow aangenomen vermenigvuldigingscoëfficiënt is berekend op basis van de vermenigvuldigingscoëfficiënt voor Bayer en niet op basis van de vermenigvuldigingscoëfficiënt voor EniChem of voor Shell. Dienaangaande zijn de argumenten van Dow dus niet ter zake dienend. Verder dient te worden bevestigd dat de Commissie enige beoordelingsvrijheid heeft bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete en dat zij niet gehouden is, een precieze wiskundige formule te hanteren (zie arrest Gerecht van 4 juli 2006, Hoek Loos/Commissie, T-304/02, Jurispr. blz. II-1887, punt 68 en de aldaar aangehaalde rechtspraak). In het onderhavige geval heeft de Commissie dus geen kennelijke beoordelingsfout gemaakt door bij de keuze van de door haar toegepaste vermenigvuldigingscoëfficiënten rekening te houden met het verschil in economische macht tussen de betrokken ondernemingen (zie in die zin arrest Gerecht van 30 september 2009, Akzo Nobel e.a./Commissie, aangehaald in punt 131 hierboven, punt 155).

154 Voor zover Dow in haar betoog schending van het evenredigheidsbeginsel stelt, dient ten slotte te worden vastgesteld zij geen nadere gegevens aandraagt op grond waarvan zou kunnen worden geoordeeld dat de voor haar aangenomen vermenigvuldigingscoëfficiënt niet evenredig is aan de zwaarte van de inbreuk en aan het doel, ervoor te zorgen dat de geldboeten afschrikkende werking hebben.

156 Mitsdien moet het achtste onderdeel van het derde middel van Dow ongegrond worden verklaard.

d) Het negende onderdeel: vergissing bij de vermeerdering wegens de duur van de inbreuk

#### Argumenten van partijen

- 157 In het kader van het negende onderdeel van het derde middel herinnert Dow eraan dat de Commissie bij de berekening van de vermeerdering wegens de duur van de inbreuk rekening heeft gehouden met het feit dat Dow tijdens de eerste drie jaren van de inbreuk geen eigenaar was van de BR- en SBR-divisie van Shell. De Commissie heeft aldus een vermeerdering wegens langdurige inbreuk van 50% in de plaats van 60% toegepast voor Dow Chemical en van 40% in de plaats van 50% voor Dow Deutschland (punten 479 en 480 van de bestreden beschikking).
- 158 Dow is echter van mening dat de Commissie nog lagere percentages had moeten toepassen. Aangenomen dat elk inbreukjaar een vermeerdering met 10% rechtvaardigde en gelet op het feit dat de activiteiten van Dow op het gebied van „synthetische rubber” meer dan verdubbeld zijn door de aankoop van de desbetreffende divisie van Shell na ongeveer drie jaar, had de Commissie voor elk van de drie betrokken jaren een vermindering van 5% moeten toepassen, dus een totale vermindering van 15%. Aangezien de Commissie de geldboete van Dow Chemical normaliter met 60% en die van Dow Deutschland met 50% had moeten vermeerderen, zou een passende vermeerdering wegens langdurige inbreuk 45% voor Dow Chemical en 35% voor Dow Deutschland hebben bedragen. De geldboeten waartoe Dow Chemical en Dow Deutschland zijn veroordeeld, zouden dienovereenkomstig moeten worden verlaagd.
- 159 Met betrekking tot de verklaring van de Commissie — in haar bij het Gerecht ingediende memories — dat zij de omzet van Dow Chemical in 1998 met de omzet van deze vennootschap in 2000 heeft vergeleken, betoogt Dow dat bij deze vergelijking geen rekening is gehouden met het feit dat de omzet die Dow met „synthetische rubber” heeft behaald, in 1999 en 2000 is gedaald. Bijgevolg bedroeg de uit de aankoop



van de „synthetische rubber”-divisie van Shell voortvloeiende stijging van de omzet in 2000 meer dan het verschil van 30 % tussen de omzet in 1998 en de omzet in 2000. Door de aankoop van de „synthetische rubber”-divisie van Shell zou de omzet van Dow met de betrokken producten in feite meer dan verdubbeld zijn. Dow verwijst inzonderheid naar de omzet die zij en Shell in 1998 met de betrokken producten hebben behaald. In de plaats van voor elk van de eerste drie jaren van de inbreuk de geldboete met 7 % te vermeerderen, zoals de Commissie in haar schrifturen aangeeft, had deze de geldboete voor elk van die jaren dus maximaal met 5 % mogen vermeerderen.

- <sup>160</sup> Volgens de Commissie dient het negende onderdeel van het derde middel te worden afgewezen. Zij stelt inzonderheid dat de door haar toegepaste methode om rekening te houden met de wijzigingen in de structuur van Dow samenhangend en logisch is.

#### Beoordeling door het Gerecht

- <sup>161</sup> Volgens artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 is de duur van de inbreuk een van de elementen waarmee rekening wordt gehouden bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete die dient te worden opgelegd aan de ondernemingen die inbreuk hebben gemaakt op de mededingingsregels.
- <sup>162</sup> Ter zake van de duur van de inbreuk wordt in de richtsnoeren een onderscheid gemaakt tussen inbreuken van korte duur (over het algemeen korter dan één jaar), waarvoor het op grond van de zwaarte vastgestelde aanvangsbedrag niet dient te worden vermeerderd, inbreuken van middellange duur (over het algemeen één tot vijf jaar), waarvoor dat bedrag met 50 % kan worden vermeerderd, en inbreuken van lange duur (over het algemeen meer dan vijf jaar), waarvoor dat bedrag voor elk jaar met 10 % kan worden vermeerderd (punt 1 B, eerste alinea, eerste tot en met derde streepje, van de richtsnoeren).

- 163 In het onderhavige geval heeft de Commissie, zoals in punt 137 hierboven is gezegd, in het kader van de vermeerdering wegens de duur van de inbreuk rekening gehouden met de bijzondere situatie dat Dow in 1999 de SB- en SBR-divisie van Shell heeft gekocht. Dow komt niet op tegen de methode die de Commissie heeft aangewend om rekening te houden met die bijzondere situatie. Haar argumenten zijn er vooral op gericht, aannemelijk te maken dat die bijzondere situatie tot een nog geringere vermeerdering wegens de duur van de inbreuk had moeten leiden. Zelfs al zouden dergelijke argumenten door de Commissie bij haar berekening daadwerkelijk in aanmerking kunnen worden genomen, de door Dow aangevoerde argumenten berusten op een onzekere, en zelfs onjuiste, feitelijke grondslag of worden niet door bewijzen gestaafd. Dow betoogt inzonderheid dat haar activiteiten op het gebied van „synthetische rubber” door aankoop van de desbetreffende divisie van Shell na ongeveer drie jaar meer dan verdubbeld zijn. Afgezien van het feit dat deze stelling niet op nadere gegevens berust, dient erop te worden gewezen dat de omzet die Dow met BR en SBR heeft behaald, zoals die uit de bestreden beschikking blijkt, tussen 1998 en 2001 niet is verdubbeld. Verder wordt de stelling van Dow dat haar omzet met „synthetische rubber” in de jaren 1999 en 2000 is gedaald, door geen enkel bewijs gestaafd.
- 164 In die omstandigheden kunnen de argumenten van Dow de rechtmatigheid van de bestreden beschikking op dit punt niet op losse schroeven zetten.
- 165 Mitsdien moet het negende onderdeel van het derde middel van Dow, en dus het derde middel in zijn geheel, ongegrond worden verklaard
- 166 Gelet op een en ander dient het tweede middel te worden aanvaard en dient bijgevolg artikel 1 van de bestreden beschikking nietig te worden verklaard voor zover daarin wordt aangenomen dat Dow Deutschland vanaf 1 juli 1996 in de plaats van vanaf 2 september 1996 aan de betrokken inbreuk heeft deelgenomen, en dient de vordering tot gedeeltelijke nietigverklaring van de bestreden beschikking voor het overige te worden afgewezen.

*B — De vordering tot herziening van het bedrag van de geldboete*

- <sup>167</sup> Voor zover de door Dow geformuleerde middelen worden aangevoerd ter ondersteuning van haar vordering tot herziening van het bedrag van de geldboete, dient erop te worden gewezen dat het tweede middel, dat dient te worden aanvaard, niet tot herziening van het bedrag van de betrokken geldboete kan leiden, aangezien, zoals Dow overigens ter terechtzitting heeft erkend, de door de Commissie gemaakte fout geen gevolgen kan hebben voor de vermeerdering wegens de duur van de inbreuk.
- <sup>168</sup> Wat de andere door Dow aangevoerde middelen betreft, kan worden volstaan met de vaststelling dat, zoals uit het voorgaande blijkt, deze middelen ongegrond zijn en dus niet tot verlaging van de geldboete kunnen leiden.
- <sup>169</sup> Mitsdien moet de vordering tot herziening van het bedrag van de geldboete worden afgewezen.

**Kosten**

- <sup>170</sup> Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Ingevolge lid 3, eerste alinea, van dat artikel, kan het Gerecht de proceskosten over de partijen verdelen, indien deze onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld.

- 171 Aangezien het beroep grotendeels is verworpen, is het gelet op de omstandigheden van de zaak naar het oordeel van het Gerecht billijk verzoeksters te verwijzen in hun eigen kosten en in negen tiende van de kosten van de Commissie en de Commissie te verwijzen in een tiende van haar eigen kosten.
- 172 Met betrekking tot de vordering van verzoeksters strekkende tot veroordeling van de Commissie in de kosten die hun zijn opgekomen voor het stellen van een bankgarantie voor het bedrag van de hun opgelegde geldboete, dient te worden geoordeeld dat die kosten geen door de partijen in verband met de procedure gemaakte noodzakelijke kosten, en dus geen invorderbare kosten in de zin van artikel 91 van het Reglement voor de procesvoering, zijn. Bijgevolg is de desbetreffende vordering van verzoeksters niet-ontvankelijk.

HET GERECHT (Eerste kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Artikel 1, sub b, van beschikking C(2006) 5700 def. van de Commissie van 29 november 2006 inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (zaak COMP/F/38.638 — Butadiëenrubber en door polymerisatie in emulsie verkregen styreen-butadiëenrubber) wordt nietig verklaard voor zover daarin wordt aangenomen dat Dow Deutschland Inc. vanaf 1 juli 1996 tot 27 november 2001 in de plaats van vanaf 2 september 1996 tot 27 november 2001 aan de betrokken inbreuk heeft deelgenomen.**

- 2) **Het beroep wordt verworpen voor het overige.**
  
- 3) **The Dow Chemical Company, Dow Deutschland, Dow Deutschland Anlagengesellschaft mbH en Dow Europe GmbH worden verwezen in hun eigen kosten en in negen tiende van de kosten van de Europese Commissie.**
  
- 4) **De Commissie wordt verwezen in een tiende van haar eigen kosten.**

Dehousse

Wiszniewska-Białecka

Wahl

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 13 juli 2011.

ondertekeningen

## Inhoud

Voorgeschiedenis van het geding .....	II - 4540
Procesverloop en conclusies van partijen .....	II - 4548
In rechte .....	II - 4550
A — De vordering strekkende tot gedeeltelijke nietigverklaring van de bestreden beschikking .....	II - 4551
1. Het eerste middel: onrechtmatige toerekening van de inbreuk aan Dow Chemical .....	II - 4551
a) Het eerste onderdeel: toepassing van een onjuist criterium voor de toerekening van de inbreuk aan de moedermaatschappij .....	II - 4551
b) Het tweede onderdeel: weerlegging door Dow Chemical van het op haar rustende vermoeden .....	II - 4552
Argumenten van partijen .....	II - 4552
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 4556
c) Het derde onderdeel: beoordelingsfout van de Commissie en gebrek aan motivering .....	II - 4560
Argumenten van partijen .....	II - 4560
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 4562
2. Het tweede middel: onjuiste vaststelling van de duur van de deelneming van Dow Deutschland aan de inbreuk .....	II - 4565
a) Argumenten van partijen .....	II - 4565
Argumenten van Dow .....	II - 4565
Argumenten van de Commissie .....	II - 4566
b) Beoordeling door het Gerecht .....	II - 4567
	II - 4599

3.	Het derde middel: onjuiste vaststelling van het bedrag van de aan verzoekers opgelegde geldboeten .....	II - 4571
a)	Het eerste onderdeel: onjuiste vaststelling van de zwaarte van de inbreuk .....	II - 4571
	Argumenten van partijen .....	II - 4571
	Beoordeling door het Gerecht .....	II - 4572
b)	Het tweede tot en met het zesde onderdeel: onjuiste toepassing van een gedifferentieerde behandeling met betrekking tot de basisbedragen van de geldboeten .....	II - 4576
	Argumenten van partijen .....	II - 4576
	Beoordeling door het Gerecht .....	II - 4580
	— Het tweede tot en met het vierde onderdeel van het derde middel .....	II - 4580
	— Het, subsidiair aangevoerde, vijfde onderdeel van het derde middel .....	II - 4583
	— Het zesde onderdeel van het derde middel .....	II - 4586
c)	Het zevende en het achtste onderdeel: onrechtmatige toepassing van een vermenigvuldigingscoëfficiënt ter afschrikking .....	II - 4587
	Argumenten van partijen .....	II - 4587
	Beoordeling door het Gerecht .....	II - 4589
d)	Het negende onderdeel: vergissing bij de vermeerdering wegens de duur van de inbreuk .....	II - 4593
	Argumenten van partijen .....	II - 4593
	Beoordeling door het Gerecht .....	II - 4594
	B — De vordering tot herziening van het bedrag van de geldboete .....	II - 4596
	Kosten .....	II - 4596