



## Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

18 juli 2013\*

„Hogere voorziening — Mededingingsregelingen — Markt van butadieenrubber en van door polymerisatie in emulsie verkregen styreen-butadieenrubber — Vaststelling van richtprijzen, verdeling van klanten door middel van niet-aanvalspecten en uitwisseling van commerciële informatie — Toerekenbaarheid van inbreuk opleverende gedraging — Beoordelingsbevoegdheid van de Commissie — Vermenigvuldigingscoëfficiënt ter afschrikking — Gelijke behandeling”

In zaak C-499/11 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 26 september 2011,

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

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

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

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

vertegenwoordigd door D. Schroeder en T. Kuhn, Rechtsanwältinnen, en T. Graf, advocaat,

rekwiranten,

andere partij in de procedure:

**Europese Commissie**, vertegenwoordigd door M. Kellerbauer en V. Bottka als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster in eerste aanleg,

wijst

HET HOF (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: A. Tizzano, kamerpresident, M. Berger (rapporteur), A. Borg-Barthet, E. Levits en J.-J. Kasel, rechters,

advocaat-generaal: Y. Bot,

griffier: C. Strömholm, administrateur,

\* Procestaal: Engels.

gezien de stukken en na de terechtzitting op 16 januari 2013,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

### Arrest

- 1 Met hun hogere voorziening verzoeken The Dow Chemical Company (hierna: „Dow Chemical”), Dow Deutschland Inc. (hierna: „Dow Deutschland”), Dow Deutschland Anlagengesellschaft mbH (hierna: „Dow Deutschland Anlagengesellschaft”) en Dow Europe GmbH (hierna: „Dow Europe”, en al deze vennootschappen samen „Dow”) om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 13 juli 2011, Dow Chemical e.a./Commissie (T-42/07, Jurispr. blz. II-4531; hierna: „bestreden arrest”), houdende gedeeltelijke verwerping van hun beroep tot nietigverklaring van beschikking C(2006) 5700 definitief 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) (hierna: „litigieuze beschikking”), tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking voor zover deze Dow Chemical betreft, en tot verlaging van de aan Dow opgelegde geldboete.

### Voorgeschiedenis van het geding en litigieuze beschikking

- 2 Op 20 december 2002 heeft Bayer AG (hierna: „Bayer”) contact opgenomen met de diensten van de Europese Commissie en de wens geuit, ter zake van butadieenrubber (hierna: „BR”) en van door polymerisatie in emulsie verkregen styreen-butadieenrubber (hierna: „SBR”), synthetische rubbers die vooral bij de productie van banden worden gebruikt, mee 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 medewerking”).
- 3 Op 16 oktober 2003 zijn Dow Deutschland en Dow Deutschland Anlagengesellschaft met de diensten van de Commissie samengekomen en hebben zij de wens geuit om mee te werken in de zin van de mededeling betreffende medewerking. 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.
- 4 Op 7 juni 2005 heeft de Commissie met betrekking tot de markt van BR en SBR een procedure op grond van artikel 81 EG en artikel 53 van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte van 2 mei 1992 (PB 1994, L 1, blz. 3; hierna: „EER-Overeenkomst”) ingeleid. Zij heeft, onder meer aan Dow, een eerste mededeling van punten van bezwaar (hierna: „eerste mededeling”) toegestuurd.
- 5 Op 6 april 2006 heeft de Commissie een tweede mededeling van punten van bezwaar (hierna: „tweede mededeling”) vastgesteld.
- 6 Aan het einde van de administratieve procedure heeft de Commissie op 29 november 2006 de litigieuze beschikking vastgesteld. Volgens artikel 1 daarvan hebben Dow en de andere ondernemingen die adreesaat van die beschikking waren, te weten Bayer, Versalis SpA, voorheen: „Polimeri Europa SpA”, en Eni SpA (hierna samen: „Eni”), Shell Petroleum NV, Shell Nederland BV en Shell Nederland Chemie BV (hierna samen: „Shell”), Unipetrol a.s., Kaučuk a.s. (hierna: „Kaučuk”) en Trade-Stomil sp. z o.o. (hierna: „Stomil”), inbreuk gemaakt op artikel 81 EG en artikel 53 van de EER-Overeenkomst door 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.

- 7 De als duur van de inbreuk in aanmerking genomen periode loopt van 1 juli 1996 tot 28 november 2002 voor Dow Chemical, van 1 juli 1996 tot 27 november 2001 voor Dow Deutschland, van 22 februari 2001 tot 28 februari 2002 voor Dow Deutschland Anlagengesellschaft en van 26 november 2001 tot 28 november 2002 voor Dow Europe.
- 8 Volgens de punten 16 tot en met 21 van de litigieuze beschikking stonden Dow Deutschland, Dow Deutschland Anlagengesellschaft en Dow Europe tijdens de periode waarin Dow aan de betrokken inbreuk heeft deelgenomen, rechtstreeks of indirect volledig onder de zeggenschap van Dow Chemical.
- 9 De bij de litigieuze beschikking opgelegde geldboete is vastgesteld volgens de mededeling van de Commissie met het opschrift „Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, [KS]” worden opgelegd (PB 1998, C 9, blz. 3; hierna: „richtsnoeren”).
- 10 Zo heeft de Commissie de gepleegde inbreuk allereerst als „zeer zwaar” aangemerkt en voor de vaststelling van het aanvangsbedrag voor de berekening van de geldboete een onderscheid gemaakt naargelang van de hoeveelheid BR en SBR die elk van de betrokken ondernemingen in 2001 had verkocht. Volgens punt 469 van de litigieuze beschikking had Dow in 2001 voor 126,936 miljoen EUR BR en SBR verkocht. Op basis van dat bedrag is Dow in termen van verkoop van BR en SBR in de tweede categorie van de bij die inbreuk betrokken ondernemingen ingedeeld. Op grond daarvan heeft de Commissie het basisbedrag van de aan Dow opgelegde geldboete vastgesteld op 41 miljoen EUR.
- 11 Vervolgens heeft de Commissie naargelang van de wereldomzet van de betrokken ondernemingen in 2005 verschillende vermenigvuldigingscoëfficiënten ter afschrikking toegepast. De Commissie was van mening dat geen enkele vermenigvuldigingscoëfficiënt ter afschrikking moest worden toegepast op Stomil, met een omzet van 38 miljoen EUR, en evenmin op Kaučuk, met een omzet van 2,718 miljard EUR, en heeft op Bayer, met een omzet van 27,383 miljard EUR, een vermenigvuldigingscoëfficiënt 1,5, op Dow, met een omzet van 37,221 miljard EUR, een vermenigvuldigingscoëfficiënt 1,75, op Eni, met een omzet van 73,738 miljard EUR, een vermenigvuldigingscoëfficiënt 2, en op Shell, met een omzet van 246,549 miljard EUR, een vermenigvuldigingscoëfficiënt 3 toegepast.
- 12 Bovendien is voor Dow Chemical het aanvangsbedrag voor de berekening van de geldboete vermeerderd met 50 %, met name omdat deze vennootschap gedurende een periode van zes jaar en vier maanden aan de betrokken inbreuk had deelgenomen. Voor Dow Deutschland is het aanvangsbedrag met 40 % vermeerderd. Voor Dow Deutschland Anlagengesellschaft en Dow Europe is het aanvangsbedrag met 10 % vermeerderd. Dit kwam overeen met de duur van hun deelneming aan het kartel.
- 13 Ten slotte heeft de Commissie, omdat zij van mening was dat Dow de tweede onderneming was die zich overeenkomstig de mededeling inzake medewerking tot haar had gewend, en de eerste onderneming die voldeed aan de in punt 21 van die mededeling genoemde voorwaarden, de geldboete die aan Dow zou zijn opgelegd indien deze niet aan het onderzoek had meegewerkt, verminderd met 40 %.
- 14 Bijgevolg heeft de Commissie in artikel 2, sub b, van de litigieuze beschikking aan Dow Chemical een geldboete van 64,575 miljoen EUR opgelegd, waarvan 60,27 miljoen EUR gezamenlijk en hoofdelijk met Dow Deutschland en 47,355 miljoen EUR gezamenlijk en hoofdelijk met Dow Deutschland Anlagengesellschaft en Dow Europe.

## Beroep bij het Gerecht en bestreden arrest

- 15 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 16 februari 2007, heeft Dow tegen de litigieuze beschikking een beroep ingesteld strekkende, wat Dow Chemical betreft, tot nietigverklaring van die beschikking voor zover deze tot laatstgenoemde was gericht, wat Dow Deutschland betreft, tot nietigverklaring van artikel 1 van die beschikking zover daarin werd geconcludeerd dat Dow Deutschland vanaf 1 juli 1996 inbreuk had gemaakt op artikel 81 EG en artikel 53 van de EER-Overeenkomst, en wat alle rekwiranten – en Dow Chemical subsidiair – betreft, tot aanzienlijke verlaging van het bedrag van de hun opgelegde geldboete.
- 16 Bovendien verzochten alle rekwiranten het Gerecht, enerzijds, de Commissie te verwijzen in al hun kosten en uitgaven die verband hielden met de onderhavige zaak alsmede in de kosten die hun zouden zijn opgekomen voor het stellen van een bankgarantie voor het bedrag van de hun bij de litigieuze beschikking opgelegde geldboete in afwachting van de uitspraak van het Gerecht op het beroep, en anderzijds, elke andere maatregel te nemen die het passend zou achten.
- 17 Als eerste middel ter ondersteuning van het beroep voerde Dow onrechtmatige toerekening van de inbreuk aan Dow Chemical aan. Het tweede middel betrof onjuiste vaststelling van de duur van de deelneming van Dow Deutschland aan de inbreuk. Het derde middel, dat uit negen onderdelen bestond, betrof onjuiste vaststelling van het bedrag van de aan Dow opgelegde geldboeten.
- 18 Het Gerecht heeft het eerste middel in zijn geheel ongegrond verklaard. In dit verband heeft het in de punten 74 en 75 van het bestreden arrest met name geoordeeld dat Dow Chemical „de vennootschap [was] die aan het hoofd van de groep [stond]”, en „dat niet [werd] betwist dat zij, zij het indirect, het volledige kapitaal in handen [had] van de vennootschappen die rechtstreeks aan de inbreuk [hadden] deelgenomen”. Verder heeft het overwogen dat „het aan het oordeel van de Commissie [was] overgelaten of de inbreuk aan de moedermaatschappij [werd] toegerekend” en „dat het feit alleen dat de Commissie in haar eerdere beschikkingspraktijk [had] geoordeeld dat de omstandigheden van een bepaalde zaak toerekening van het gedrag van een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij niet rechtvaardigden, niet [impliceerde] dat zij verplicht [was] in een latere beschikking hetzelfde standpunt in te nemen”.
- 19 In punt 76 van het bestreden arrest heeft het Gerecht overwogen dat de omstandigheid dat „de [litigieuze] beschikking, door het feit dat zij tot Dow Chemical was gericht, deze vennootschap ongeoorloofd schade zou hebben berokkend, [...] de rechtmatigheid van de beschikking niet op losse schroeven [kon] zetten”. Ten slotte heeft het Gerecht, wat het gestelde motiveringsgebrek betreft, in punt 77 van het bestreden arrest eraan herinnerd dat „[d]e aan de motivering te stellen eisen [moesten] worden beoordeeld tegen de achtergrond van de omstandigheden van het geval” en dat „[h]et [...] niet noodzakelijk [was], dat alle relevante gegevens feitelijk of rechtens in de motivering [werden] gespecificeerd, aangezien bij de vraag of de motivering van een handeling aan de vereisten van artikel [296 VWEU] [voldeed], niet alleen acht [moest] worden geslagen op de bewoordingen van de betrokken handeling, doch ook op de context waarin de handeling [was] vastgesteld”. De Commissie zou „in de punten 333 tot en met 338 en 340 tot en met 364 van de [litigieuze] beschikking [echter] duidelijk [hebben] aangegeven op grond van welke elementen zij [had] geoordeeld dat Dow Chemical in het onderhavige geval aansprakelijk was” (zie punt 79 van het bestreden arrest).
- 20 Met betrekking tot het tweede middel heeft het Gerecht overwogen 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 had bewezen.
- 21 Wat het derde middel betreft, heeft het Gerecht allereerst in de punten 123 en 124 van het bestreden arrest eraan herinnerd dat „[d]e individuele bijdrage van elke onderneming, in termen van daadwerkelijke economische macht, tot het succes van de mededingingsregeling [...] echter [moest] worden onderscheiden van de in punt 1 A, eerste alinea, van de richtsnoeren bedoelde concrete

weerslag van de inbreuk” en dat „zelfs bij ontbreken van een meetbare concrete weerslag van de inbreuk [...] 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 [kon] beslissen om de betrokken ondernemingen gedifferentieerd te behandelen”.

- 22 Vervolgens heeft het Gerecht in de punten 126 en 127 overwogen dat „Dow [...] het een inbreuk opleverende doel van de mededingingsregeling, zoals dat in de [litigieuze] beschikking [...] is uiteengezet, niet ter discussie [stelde]” en dat „[d]e Commissie [...] dus geen fout [had] 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”. Bovendien zou de Commissie „in punt 462 van de [litigieuze] beschikking duidelijk [hebben] aangeven 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”.
- 23 Aangaande de gestelde schending van het recht van Dow om te worden gehoord heeft het Gerecht in punt 128 van het bestreden arrest geoordeeld dat „de Commissie [voldeed] 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 verklaar[de] dat zij [zou] onderzoeken of aan de betrokken ondernemingen geldboeten dien[d]en te worden opgelegd, en zij de voornaamste gegevens, feitelijk en rechtens, vermeld[de] op grond waarvan een boete k[o]n worden opgelegd”. In het onderhavige geval zou de Commissie „de weerslag van de mededingingsregeling op de markt niet in aanmerking [hebben] genomen bij de vaststelling van de zwaarte van de inbreuk (punt 462 van de [litigieuze] beschikking)”. Volgens het Gerecht zou er „[i]n die omstandigheden [...] geen sprake [zijn] van schending van het recht van Dow om dienaangaande te worden gehoord”.
- 24 Met betrekking tot de door Dow in het kader van het zevende onderdeel van het derde middel gestelde onrechtmatige toepassing van een vermenigvuldigingscoëfficiënt ter afschrikking is het Gerecht in punt 146 van het bestreden arrest tot de slotsom gekomen dat deze „berust[te] op de argumenten die in het kader van het eerste middel [waren] aangevoerd” en dat „[a]angezien het eerste middel ongegrond moe[s]t worden verklaard, [dit] onderdeel van het derde middel [...] dus eveneens ongegrond [diende] te worden verklaard”.
- 25 Verder heeft het Gerecht in de punten 147 en 149 van het bestreden arrest eraan herinnerd dat „rekening moe[s]t 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 moe[s]t worden gesteld dat daarvan een voldoende afschrikkende werking uitg[ing] (punt 1 A, vierde alinea, van de richtsnoeren)” en dat „[d]it vereist[e] dat het bedrag van de geldboete [werd] aangepast teneinde rekening te houden met de beoogde impact ervan op de onderneming waaraan zij [werd] opgelegd”. In punt 150 van het bestreden arrest heeft het Gerecht daaraan toegevoegd dat dienaangaande in het bijzonder „de totale omzet van elke onderneming die aan een kartel heeft deelgenomen”, relevant was.
- 26 Volgens het Gerecht zou evenmin kunnen worden aangenomen dat het beginsel van gelijke behandeling is geschonden. Dienaangaande heeft het in punt 153 van het bestreden arrest geoordeeld dat „Dow [...] de door de Commissie in de [litigieuze] beschikking vermelde omzetcijfers [...] niet [betwistte]” en „inzonderheid niet [betwistte] dat zij in 2005 een grotere onderneming was dan Bayer en een kleinere dan EniChem [te weten, volgens de in punt 36 van de litigieuze beschikking gegeven definitie van dit begrip, elke vennootschap in het bezit van Eni SpA]”. „Het [was] 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.”

- 27 In punt 154 van het bestreden arrest heeft het Gerecht daaruit geconcludeerd dat „[aangezien] 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) [...] het feit dat de vermenigvuldigingscoëfficiënt voor de geldboeten van Dow 16,66 % meer [bedroeg] dan die voor de vaststelling van het bedrag van de geldboete van Bayer (1,75 ten opzichte van 1,5), geen schending van het beginsel van gelijke behandeling op[leverde]”. Volgens het Gerecht „volgt[de] uit de [litigieuze] beschikking [immers] dat de voor Dow aangenomen vermenigvuldigingscoëfficiënt [was] berekend op basis van de vermenigvuldigingscoëfficiënt voor Bayer en niet op basis van de vermenigvuldigingscoëfficiënt voor EniChem of voor Shell”. Het Gerecht heeft ook beklemtoond dat „de Commissie enige beoordelingsvrijheid [had] bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete en dat zij niet gehouden [was], een precieze wiskundige formule te hanteren”.
- 28 Ten slotte heeft het Gerecht in punt 155 van het bestreden arrest overwogen dat „[Dow] geen nadere gegevens aandr[oeg] op grond waarvan [had] kunnen worden geoordeeld dat de voor haar aangenomen vermenigvuldigingscoëfficiënt niet evenredig [was] aan de zwaarte van de inbreuk en aan het doel, ervoor te zorgen dat de geldboeten afschrikkende werking hebben”.
- 29 Het Gerecht heeft geconcludeerd dat het tweede middel van Dow Deutschland diende te worden aanvaard en dat artikel 1 van de litigieuze beschikking nietig diende te worden verklaard voor zover daarin werd aangenomen dat deze vennootschap vanaf 1 juli 1996 in de plaats van vanaf 2 september 1996 aan de betrokken inbreuk had deelgenomen. Het Gerecht heeft echter geoordeeld dat het bedrag van de opgelegde geldboete niet diende te worden verlaagd. Het heeft alle andere middelen van Dow afgewezen. Voor zover laatstgenoemde middelen ter ondersteuning van de vordering tot herziening van het bedrag van de geldboete waren aangevoerd, heeft het Gerecht ze ongegrond verklaard. Hetzelfde geldt voor de door Dow geformuleerde vordering tot verwijzing van de Commissie in de kosten.

### **Conclusies van partijen**

- 30 Dow Chemical verzoekt het Hof:
- het bestreden arrest te vernietigen voor zover haar vordering tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking voor zover deze betrekking heeft op Dow Chemical, daarbij is afgewezen, en
  - de litigieuze beschikking nietig te verklaren voor zover deze betrekking heeft op Dow Chemical.
- 31 Alle rekwiranten verzoeken het Hof:
- het bestreden arrest te vernietigen voor zover hun vordering tot aanzienlijke verlaging van het bedrag van de hun opgelegde geldboete daarbij is afgewezen;
  - het bedrag van de hun opgelegde geldboete aanzienlijk te verlagen, en
  - de Commissie te verwijzen in de kosten en alle andere maatregelen te treffen die het Hof passend zal achten.
- 32 De Commissie verzoekt het Hof:
- de hogere voorziening af te wijzen, en
  - Dow te verwijzen in de kosten.

## Hogere voorziening

- 33 Ter ondersteuning van haar conclusies voert Dow vier middelen aan. Het Gerecht zou van een onjuiste rechtsopvatting blijk hebben gegeven, ten eerste, door ervan uit te gaan dat de Commissie haar beoordelingsbevoegdheid niet naar behoren hoefde uit te oefenen en door de wijze waarop de Commissie haar beoordelingsbevoegdheid heeft uitgeoefend om te concluderen dat Dow Chemical aansprakelijk is, niet ten volle te toetsen, ten tweede, door de basisbedragen van de geldboete gedifferentieerd te behandelen, ten derde, door te oordelen dat de Commissie rekening mocht houden met de omzet van Dow Chemical, en ten vierde, door te oordelen dat de Commissie de vermenigvuldigingscoëfficiënt ter afschrikking niet op discriminerende wijze heeft toegepast.

*Eerste middel: zakelijk weergegeven, het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de toetsing van de wijze waarop de Commissie haar beoordelingsbevoegdheid heeft uitgeoefend om te concluderen dat Dow Chemical aansprakelijk is*

### Argumenten van partijen

- 34 Met haar eerste middel voert Dow aan dat het Gerecht bij de afwijzing van haar eerste middel ter ondersteuning van haar beroep in eerste aanleg blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door enerzijds ervan uit te gaan dat de Commissie haar beoordelingsbevoegdheid niet naar behoren hoefde uit te oefenen, en door anderzijds de wijze waarop de Commissie haar beoordelingsbevoegdheid heeft uitgeoefend om te concluderen dat Dow Chemical aansprakelijk is voor het gedrag van haar dochterondernemingen, niet ten volle te toetsen. Het Gerecht zou alleen hebben geoordeeld dat de Commissie Dow Chemical aansprakelijk mocht achten, zonder na te gaan of en hoe de Commissie haar beoordelingsbevoegdheid had uitgeoefend.
- 35 Dow verklaart dat zij in haar verzoekschrift in eerste aanleg heeft aangevoerd dat de Commissie de argumenten betreffende de aansprakelijkheid van Dow Chemical niet had laten meewegen, en dat de litigieuze beschikking dienaangaande niet met redenen was omkleed. Volgens Dow moet de Commissie, wanneer zij een discretionaire beslissing neemt, rekening houden met alle elementen feitelijk en rechtens, en rust in het bijzonder in dat geval op haar een motiveringsplicht. In punt 362 van de litigieuze beschikking zou de Commissie echter alleen hebben vermeld dat zij als algemeen beleid de aansprakelijkheid voor de betrokken inbreuk toerekent aan de moedermaatschappij van de onderneming die aan de inbreuk heeft deelgenomen, en de argumenten van Dow hebben afgewezen op grond dat deze „van uitermate politieke aard” waren.
- 36 Volgens Dow heeft de Commissie, op grond van de overweging dat zij niet verplicht is de keuze van de adressaten van haar beschikking te expliciteren, geen rekening gehouden met de omstandigheid dat zij, door de beschikking tot Dow Chemical te richten, deze vennootschap heeft blootgesteld aan het risico van een ongerechtvaardigd geding wegens civiele aansprakelijkheid in de Verenigde Staten, wat, gelet op het feit dat Dow Chemical om clementie had verzocht, niet spoorde met het clementiebeleid van de Commissie omdat een dergelijke handelwijze tot gevolg had dat de vennootschappen ervan werden afgeschrikt toepassing van het clementieprogramma te vragen. De Commissie zou in elk geval in de litigieuze beschikking niet hebben uitgelegd waarom zij deze factoren niet in aanmerking heeft genomen.
- 37 Dow beklemtoont dat de Commissie niet is gebonden aan een algemeen beleid zoals het in punt 362 van de litigieuze beschikking genoemde en dat er tal van beschikkingen bestaan waarin de Commissie de moedermaatschappij niet aansprakelijk heeft geacht, hoewel deze laatste 100 % van het kapitaal bezat van de dochteronderneming die de inbreuk had gepleegd.

- 38 Volgens Dow heeft het Gerecht in punt 76 van het bestreden arrest ten onrechte geoordeeld dat de omstandigheid dat „de [litigieuze] beschikking, door het feit dat zij tot Dow Chemical was gericht, deze vennootschap ongeoorloofd schade zou hebben berokkend, [...] de rechtmatigheid van de beschikking niet op losse schroeven [kan] zetten, aangezien de Commissie om bovengenoemde redenen de aansprakelijkheid voor de betrokken inbreuk aan Dow Chemical mocht toerekenen”. In punt 75 van het bestreden arrest had het Gerecht weliswaar geoordeeld dat de Commissie de litigieuze beschikking tot Dow Chemical mocht richten omdat „het aan het oordeel van de Commissie [zou zijn] overgelaten of de inbreuk aan de moedermaatschappij wordt toegerekend”, doch het zou niet hebben onderzocht of laatstgenoemde haar discretionaire bevoegdheid daadwerkelijk had uitgeoefend en, indien dat het geval was, daarbij niet blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting of van een kennelijke beoordelingsfout.
- 39 Dow betoogt dat er in feite geen algemeen beleid van toerekening van de aansprakelijkheid aan de moedermaatschappij bestaat en dat haar vrees dat zij wordt blootgesteld aan het risico van een ongerechtvaardigd geding wegens civiele aansprakelijkheid in de Verenigde Staten, niet „van uitermate politieke aard” is. In de punten van de litigieuze beschikking waarnaar het Gerecht in punt 79 van het bestreden arrest verwijst, gaat het volgens Dow niet om de redenen waarom de Commissie Dow Chemical aansprakelijk heeft geacht voor het inbreuk opleverende gedrag van haar dochterondernemingen. Door niet te onderzoeken en te beoordelen of de litigieuze beschikking toereikend is gemotiveerd, zou het Gerecht blijk hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.
- 40 Ter terechtzitting heeft Dow een document overgelegd met wat juridische informatie over de goede uitoefening van een discretionaire bevoegdheid door de nationale autoriteiten in het Duitse, het Spaanse, het Italiaanse en het Oostenrijkse recht.
- 41 Volgens de Commissie is dit middel niet gegrond. Zij is van mening dat het Gerecht zijn rechterlijke toetsing ten volle heeft uitgeoefend. Volgens vaste rechtspraak zou het Gerecht niet verplicht zijn om een uiteenzetting te geven die volledig en één voor één alle argumenten van de partijen volgt. Een onderneming die de mededingingsregels van het VWEU schendt, heeft er volgens de Commissie geen enkel recht op dat de Commissie het pro en het contra tegen elkaar afweegt bij de toerekening van de aansprakelijkheid voor de inbreuk. Verder zou het door een inbreukmaker gelopen risico dat tegen hem een civiel geding wordt aangespannen, een doorgaans wenselijk gevolg van diens onrechtmatig gedrag zijn.
- 42 Bovendien verzoekt de Commissie het Hof, geen rekening te houden met het door Dow overlegde document betreffende de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid in andere rechtsorden, omdat dit document te laat is overgelegd.

#### Beoordeling door het Hof

- 43 Allereerst dient te worden vastgesteld dat volgens artikel 23, lid 2, sub a, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [101 VWEU] en [102 VWEU] (PB 2003, L 1, blz. 1) de Commissie bij beschikking aan ondernemingen geldboeten [kan] opleggen wanneer deze opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk maken op artikel 101 VWEU.
- 44 Uit de bewoordingen van deze bepaling vloeit enerzijds voort dat de Commissie een beoordelingsmarge heeft ter zake van de keuze of zij een onderneming die een dergelijke inbreuk heeft gepleegd, al dan niet een geldboete oplegt, en anderzijds dat de mogelijke grenzen van de dienaangaande aan de Commissie verleende beoordelingsbevoegdheid uitsluitend door het recht van de Unie worden bepaald, daar artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 geen enkele verwijzing naar het recht van de lidstaten bevat.



- 45 Bijgevolg staat in het onderhavige geval vast dat de synthese van de rechtspraak van verschillende nationale rechterlijke instanties in het document dat Dow ter terechtzitting aan het Hof heeft voorgelegd, kennelijk irrelevant is, zonder dat hoeft te worden uitgemaakt of Dow dit document te laat heeft ingediend.
- 46 Wat de grenzen betreft die krachtens het recht van de Unie aan de beoordelingsbevoegdheid van de Commissie op het gebied van het mededingingsrecht zijn gesteld, is deze instelling volgens artikel 105, lid 1, VWEU verplicht te waken over de toepassing van de onder meer in artikel 101 VWEU neergelegde beginselen, zoals de Commissie ter terechtzitting op goede gronden heeft aangevoerd.
- 47 Een van die beginselen is ontegenzeggelijk het krachtens artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 opleggen van geldboeten aan ondernemingen die een de mededinging beperkende overeenkomst hebben gesloten, zodat de Commissie, wanneer zij bij wijze van uitzondering beslist om geen geldboete op te leggen aan een onderneming ofschoon deze een inbreuk op de mededingingsregels van het recht van de Europese Unie heeft gemaakt, deze beslissing moet baseren op objectieve gronden die een dergelijke afwijking van de in artikel 101 VWEU neergelegde beginselen kunnen rechtvaardigen. Een dergelijke objectieve grond kan onder meer zijn, de omstandigheid dat de Commissie in een concreet geval niet in staat is rechtens genoegzaam te bewijzen dat de moedermaatschappij beslissende invloed heeft uitgeoefend op haar dochteronderneming die rechtstreeks bij de inbreuk betrokken was, een bewijs dat volgens vaste rechtspraak overigens aanzienlijk gemakkelijker is ingeval de moedermaatschappij het volledige kapitaal van haar dochteronderneming bezit (zie in die zin met name arrest van 10 september 2009, Akzo Nobel e.a./Commissie, C-97/08 P, Jurispr. blz. I-8237, punt 60 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 48 In dit verband dient er immers aan te worden herinnerd dat, enerzijds, volgens vaste rechtspraak de mogelijkheid om een geldboete op te leggen aan de moedermaatschappij van een dochteronderneming die rechtstreeks heeft deelgenomen aan een inbreuk op het mededingingsrecht van de Unie vooronderstelt dat die dochteronderneming haar marktgedrag niet zelfstandig bepaalt, maar in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt, inzonderheid gelet op de economische, organisatorische en juridische banden die deze twee juridische entiteiten verenigen en dat, anderzijds, de reden daarvoor is dat de moedermaatschappij en haar dochteronderneming in een dergelijke situatie deel uitmaken van één economische eenheid en dus één enkele onderneming in de zin van genoemde rechtspraak vormen (zie met name arrest Akzo Nobel e.a./Commissie, reeds aangehaald, punten 58 en 59 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 49 Aangezien de moedermaatschappij en haar dochteronderneming in de in het vorige punt genoemde hypothese één enkele onderneming vormen, geldt de krachtens artikel 105, lid 1, VWEU op de Commissie rustende verplichting om bij haar beslissing om al dan niet een geldboete op te leggen, te waken over de toepassing van de met name in artikel 101 VWEU neergelegde beginselen dus op dezelfde wijze met betrekking tot de betrokken moedermaatschappij als met betrekking tot de dochteronderneming. Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, bestaat er immers geen „voorrang” ter zake van de oplegging van een geldboete door de Commissie aan deze of gene van deze vennootschappen (zie naar analogie arrest van 24 september 2009, Erste Group Bank e.a./Commissie, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P en C-137/07 P, Jurispr. blz. I-8681, punten 81 en 82).
- 50 Een van de in punt 46 van het onderhavige arrest ter sprake gebrachte beginselen is trouwens ook het beginsel dat de Commissie, wanneer zij voor een mededingingsregeling een specifieke methode voor de vaststelling van de aansprakelijkheid van de betrokken moedermaatschappijen voor de inbreuken van hun dochterondernemingen aanneemt, behoudens uitzonderlijke omstandigheden dezelfde criteria moet hanteren voor al deze moedermaatschappijen (zie in die zin arrest van 19 juli 2012, Alliance One International en Standard Commercial Tobacco/Commissie en Commissie/Alliance One International e.a., C-628/10 P en C-14/11 P, punten 57 en 59).

- 51 Bijgevolg had de Commissie in het onderhavige geval slechts dan mogen beslissen om ook aan Dow Chemical geen geldboete op te leggen wanneer er daarvoor objectieve gronden waren die een afwijking van de beginselen van artikel 101 VWEU konden rechtvaardigen, en een dergelijke beslissing er niet toe zou hebben geleid dat Dow Chemical een voorkeursbehandeling kreeg in vergelijking met de andere bij de inbreuk betrokken moedermaatschappijen. Vaststaat in het onderhavige geval echter dat die voorwaarden voor de Commissie niet waren vervuld.
- 52 Ten eerste kan het enkele feit dat Dow Chemical het risico loopt dat in de Verenigde Staten tegen haar een geding wegens civiele aansprakelijkheid wordt ingesteld, immers overduidelijk niet rechtvaardigen dat de Commissie ervan afziet, deze vennootschap een geldboete op te leggen. Enerzijds lopen ook de dochterondernemingen van Dow Chemical, net als alle vennootschappen die adressaat van de litigieuze beschikking waren, op dezelfde wijze het risico dat tegen hen in rechte een vordering tot schadevergoeding wordt ingesteld. Dat risico houdt eigenlijk slechts verband met het feit dat Dow Chemical bij een de mededinging beperkend gedrag betrokken is geweest, en niet met het feit dat de Commissie dat gedrag formeel heeft vastgesteld.
- 53 Anderzijds is de stelling dat, wat Dow Chemical betreft, een dergelijk geding wegens aansprakelijkheid in de Verenigde Staten kan worden aangespannen omdat Dow Chemical daar haar zetel heeft, kennelijk niet ter zake dienend.
- 54 Ten tweede blijkt uit de litigieuze beschikking dat de Commissie alle moedermaatschappijen die aan het hoofd van de bij de inbreuk betrokken groepen stonden, aansprakelijk heeft gesteld voor zover deze 100 % of nagenoeg 100 % van het kapitaal van hun dochterondernemingen in handen hadden, zonder te hebben onderzocht of het feit dat de litigieuze beschikking tot deze vennootschappen werd gericht aan deze laatste een economische schade berokkende die verder ging dan de schade die inherent is aan de betaling van de opgelegde geldboete. Bijgevolg kon de Commissie niet uitsluitend voor Dow Chemical met dergelijke schade rekening houden zonder het beginsel van gelijke behandeling te schenden.
- 55 Mitsdien heeft het Gerecht in punt 76 van het bestreden arrest terecht geoordeeld dat de Commissie de aansprakelijkheid voor de betrokken inbreuk aan Dow Chemical mocht toerekenen.
- 56 Ten slotte dient, met betrekking tot stelling dat het bestreden arrest op dit punt ontoereikend is gemotiveerd, eraan te worden herinnerd dat volgens vaste rechtspraak van het Hof het Gerecht niet verplicht is om een uiteenzetting te geven die volledig en één voor één alle argumenten van de partijen volgt, en dat de motivering door het Gerecht dus impliciet kan zijn, mits de belanghebbenden de redenen kunnen kennen waarom het Gerecht hun argumenten heeft afgewezen en het Hof over voldoende elementen beschikt om zijn toezicht uit te oefenen (zie met name beschikking van 13 december 2012, Alliance One International/Commissie, C-593/11 P, punt 28 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 57 In het onderhavige geval heeft het Gerecht in de punten 74 tot en met 80 van het bestreden arrest onderzocht of de Commissie een fout heeft gemaakt bij de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid en of er in dat verband sprake is van ontoereikende motivering. Wat de grond van dit middel betreft, heeft het Gerecht in punt 76 van dat arrest uitdrukkelijk geoordeeld dat de omstandigheid dat „de [litigieuze] beschikking, door het feit dat zij tot Dow Chemical was gericht, deze vennootschap ongeoorloofd schade zou hebben berokkend, [...] de rechtmatigheid van de beschikking niet op losse schroeven [kan] zetten”. Aangaande de op de Commissie rustende motiveringsplicht heeft het Gerecht in punt 79 van het bestreden arrest verwezen naar de punten 333 tot en met 338 en 340 tot en met 364 van de litigieuze beschikking en vastgesteld dat de Commissie daarin duidelijk had aangegeven op grond van welke elementen zij heeft geoordeeld dat Dow Chemical aansprakelijk was.

- 58 Al lijkt deze motivering van het bestreden arrest bondig voor zover zij betrekking heeft op de vraag of de Commissie, gelet op het eventuele risico dat tegen Dow Chemical in de Verenigde Staten een geding wegens aansprakelijkheid wordt aangespannen, niet had moeten nalaten deze laatste in de litigieuze beschikking aansprakelijk te stellen, toch kan deze vennootschap daaruit opmaken dat het Gerecht het door de Commissie met name in punt 362 van de litigieuze beschikking uiteengezette standpunt deelde dat dit argument „van uitermate politieke aard” de rechtmatigheid van de litigieuze beschikking op dit punt niet in het geding kon brengen.
- 59 Gelet op een en ander is het bestreden arrest niet aangetast door een onjuiste rechtsopvatting, door een ontoereikende motivering in dit verband of, zoals Dow ter terechtzitting heeft aangevoerd, door een schending van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.
- 60 Aangezien geen enkel van de door Dow ter ondersteuning van haar eerste middel aangevoerde argumenten gegrond is, dient dit middel te worden afgewezen.

*Tweede middel: onjuiste rechtsopvatting betreffende de gedifferentieerde behandeling van de basisbedragen van de geldboete*

#### Argumenten van partijen

- 61 Ter ondersteuning van haar tweede middel voert Dow aan dat de Commissie de basisbedragen van de geldboete gedifferentieerd heeft behandeld waar zij in punt 466 van de litigieuze beschikking heeft overwogen dat „rekening [dient] te [worden] [ge]houden met het specifieke gewicht van elke onderneming en dus met de reële weerslag van de ongeoorloofde gedraging van de onderneming op de mededinging” en tegelijkertijd in punt 462 van die beschikking heeft verklaard dat het niet mogelijk is de reële weerslag op de markt van de Europese Economische Ruimte (EER) te meten, en dat de Commissie „voor de vaststelling van de in het onderhavige geval toepasselijke geldboeten geen rekening [zou] houden met de weerslag op de markt”, wat tegenstrijdig zou zijn.
- 62 Bovendien zou de Commissie de reële weerslag van het kartel op de markt niet hebben geëvalueerd, hoewel deze weerslag meetbaar is. Volgens Dow heeft de Commissie noch de waarschijnlijkheid van een dergelijke weerslag geraamd noch de tenuitvoerlegging van de betrokken inbreuk bewezen. Bovendien zou de Commissie inbreuk hebben gemaakt op het recht van Dow om te worden gehoord door laatstgenoemde niet de gelegenheid te geven haar standpunt kenbaar te maken over de wijze waarop de Commissie rekening wilde houden met de reële weerslag van het onrechtmatige gedrag van elke onderneming op de mededinging.
- 63 Dow voert aan dat het Gerecht deze argumenten heeft afgewezen door in punt 124 van het bestreden arrest te oordelen dat „zelfs bij ontbreken van een meetbare concrete weerslag van de inbreuk [...] de Commissie [...] overeenkomstig punt 1 A, derde, vierde en zesde alinea, van de richtsnoeren [kon] beslissen om de betrokken ondernemingen gedifferentieerd te behandelen”. Volgens Dow kan er zonder concrete weerslag op de markt echter geen enkele reële weerslag op de mededinging zijn, en kan de Commissie dus ook geen rekening houden met deze weerslag om verschillen aan te brengen bij de vaststelling van het basisbedrag van de geldboeten. In dit verband zou de Commissie, door de eerste mededeling in te trekken en vervolgens een tweede mededeling vast te stellen waarin noch de concrete weerslag op de markt noch de reële weerslag op de mededinging wordt behandeld, ook inbreuk hebben gemaakt op het recht van Dow om te worden gehoord.
- 64 Volgens Dow zou het voor rekwiranten vastgestelde basisbedrag van de geldboete dus niet hoger mogen zijn dan het voor de andere betrokken ondernemingen vastgestelde basisbedrag en bijgevolg moeten worden verminderd tot 5,5 miljoen EUR, waardoor de geldboete voor Dow Chemical 8 662 500 EUR, voor Dow Deutschland 8 085 000 EUR en voor Dow Deutschland Anlagengesellschaft en Dow Europe 6 352 000 EUR zou bedragen.

- 65 Volgens de Commissie heeft het Gerecht in de punten 127 en 128 van het bestreden arrest terecht vastgesteld dat Dow niet hoefde te worden gehoord over de concrete weerslag van de inbreuk, en dat dus geen inbreuk was gemaakt op het recht van Dow om haar standpunt over deze kwestie kenbaar te maken. De Commissie is van mening dat zij in punt 462 van de litigieuze beschikking de tenuitvoerlegging van de mededingingsregeling wel degelijk heeft aangetoond, hoewel deze tenuitvoerlegging niet in aanmerking is genomen bij de beoordeling van de hoogte van de geldboete. Bovendien is de Commissie van mening dat zij, door in de tweede mededeling uitdrukkelijk aan te geven dat zij zou onderzoeken of aan de betrokken ondernemingen geldboeten dienen te worden opgelegd, en door melding te maken van de belangrijkste elementen feitelijk en rechtens die het opleggen van een geldboete kunnen meebrengen, heeft voldaan aan haar verplichting tot eerbiediging van het recht van de ondernemingen om te worden gehoord.
- 66 Wat ten slotte de concrete weerslag van de mededingingsregeling betreft, zou uit punt 465 van de litigieuze beschikking blijken dat de gedifferentieerde behandeling is gebaseerd op de „economische macht” om schade te berokkenen aan de mededinging, en dat het bijgevolg niet nodig zou zijn om de concrete weerslag van de inbreuk op de markt te meten. Deze aanpak zou in overeenstemming zijn met de richtsnoeren en met de rechtspraak van het Hof en van het Gerecht.

#### Beoordeling door het Hof

- 67 Allereerst staat vast dat de stelling van Dow als zou de Commissie de waarschijnlijkheid van een reële weerslag van de inbreuk op de betrokken markt niet hebben geraamd en de tenuitvoerlegging van deze inbreuk niet hebben bewezen, onjuist is. In punt 462 van de litigieuze beschikking heeft de Commissie er immers uitdrukkelijk op gewezen dat, „wat de EER betreft, de op beperking van de mededinging gerichte overeenkomsten door de Europese producenten ten uitvoer zijn gelegd, en deze tenuitvoerlegging daadwerkelijk weerslag heeft gehad op de markt, ook al kan de concrete weerslag ervan moeilijk worden gemeten”. Dow draagt geen enkel argument, feitelijk of rechtens, aan dat deze vaststelling kan weerleggen.
- 68 Nu het bestaan van een reële – zij het moeilijk meetbare – weerslag van de betrokken inbreuk op de markt is aangetoond, faalt dus het door Dow aangevoerde argument, dat „er zonder concrete weerslag op de markt [...] geen enkele reële weerslag op de mededinging [kan] zijn en [...] de Commissie dus ook geen rekening [kan] houden met deze weerslag om verschillen aan te brengen bij de vaststelling van het basisbedrag van de geldboeten”.
- 69 Bovendien volgt uit het voorgaande dat de door Dow gestelde tegenspraak tussen punt 462 en punt 466 van de litigieuze beschikking niet bestaat. Enerzijds staat dit punt 462, waarin de Commissie heeft verklaard dat zij „voor de vaststelling van het bedrag van de toepasselijke geldboeten geen rekening zou houden met de weerslag op de markt”, onder het kopje 9.1, „Zwaarte [van de betrokken inbreuk]”, van de litigieuze beschikking en betreft het slechts de kwalificatie van de inbreuk als „zeer zwaar”. Anderzijds betreft punt 466, dat onder het kopje 9.2, „Gedifferentieerde behandeling”, van die beschikking staat, slechts de differentiëring van het aanvangsbedrag van de geldboete naargelang van de daadwerkelijke economische macht van de betrokken onderneming om de mededinging te beperken, een differentiëring die, zelfs bij ontbreken van een meetbare weerslag op de markt, geldig kan worden gebaseerd op de omzet die de betrokken ondernemingen hebben behaald met de producten waarop de inbreuk betrekking heeft, zoals in het onderhavige geval is gebeurd.
- 70 Ten slotte kan het argument van Dow, dat inbreuk is gemaakt op haar recht om te worden gehoord, niet slagen. In dit verband zij herinnerd aan de vaste rechtspraak van het Hof, volgens welke de Commissie, wanneer zij, zoals in het onderhavige geval, in haar mededeling van de punten van bezwaar uitdrukkelijk verklaart dat zij zal onderzoeken of aan de betrokken ondernemingen geldboeten dienen te worden opgelegd, en zij de belangrijkste gegevens, feitelijk en rechtens, vermeldt op grond waarvan een geldboete kan worden opgelegd, zoals de zwaarte en de duur van de

veronderstelde inbreuk en de omstandigheid dat deze „opzettelijk of uit onachtzaamheid” is begaan, voldoet aan haar verplichting tot eerbiediging van het recht van de ondernemingen om te worden gehoord. Daardoor verstrekt de Commissie hun immers de nodige gegevens om zich niet alleen tegen de vaststelling van een inbreuk, maar ook tegen de bestraffing daarvan door oplegging van een geldboete te verdedigen (zie met name arrest 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 428 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 71 Verder, en ten overvloede, dient in dit verband te worden vastgesteld dat de Commissie in punt 425 van de tweede mededeling duidelijk heeft verklaard dat zij van plan was rekening te houden met „de concrete weerslag [van de inbreuk] op de markt wanneer deze meetbaar [was]”. Bovendien heeft zij in punt 430, derde streepje, van die mededeling vermeld dat zij in de litigieuze beschikking rekening zou houden met de „weerslag van het inbreuk opleverende gedrag van elke onderneming op de mededinging”. Bijgevolg kan niet worden aangenomen dat inbreuk is gemaakt op het recht van Dow om te worden gehoord.
- 72 In die omstandigheden heeft het Gerecht geen enkele fout gemaakt door in punt 124 van het bestreden arrest vast te stellen dat de Commissie zelfs bij ontbreken van een meetbare concrete weerslag van de betrokken inbreuk kon beslissen, de betrokken ondernemingen gedifferentieerd te behandelen.
- 73 Mitsdien moet het tweede ter ondersteuning van de hogere voorziening aangevoerde middel ongegrond worden verklaard.

*Derde middel: door te verklaren dat de Commissie rekening mocht houden met de omzet van Dow Chemical zou het Gerecht blijk hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting*

#### Argumenten van partijen

- 74 Als derde middel voert Dow aan dat de litigieuze beschikking om de in het kader van het eerste middel van haar hogere voorziening genoemde redenen niet tot Dow Chemical had mogen worden gericht, en dat de Commissie de omzet van deze vennootschap dus ten onrechte in aanmerking heeft genomen om een vermenigvuldigingscoëfficiënt ter afschrikking vast te stellen. Volgens Dow heeft het Gerecht in punt 146 van het bestreden arrest het zevende onderdeel van het derde middel van Dow, dat op dezelfde in het kader van het eerste middel uiteengezette argumenten berust, ongegrond verklaard op grond dat het ook het eerste voor hem aangevoerde middel, betreffende onrechtmatige toerekening van de inbreuk aan Dow, ongegrond had verklaard.
- 75 Aangezien het Gerecht blijk zou hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het eerste middel af te wijzen, zou het ook blijk hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het argument inzake de inaanmerkingneming van de omzet van Dow Chemical af te wijzen. Dow leidt daaruit af dat de aan Dow Chemical opgelegde geldboete nietig moet worden verklaard.
- 76 De Commissie is van mening dat, aangezien het eerste middel van Dow ongegrond is, het onderhavige middel evenmin kan worden aanvaard.

#### Beoordeling door het Hof

- 77 Het derde middel van Dow berust op de premisse dat de litigieuze beschikking niet tot Dow Chemical als aan het hoofd van de groep Dow staande vennootschap had mogen worden gericht, een argument dat het voorwerp van het eerste middel van de onderhavige hogere voorziening is.

78 Zoals uit de overwegingen in de punten 43 en volgende van het onderhavige arrest blijkt, is deze premisse echter onjuist, zodat het eerste middel in punt 60 van dit arrest ongegrond is verklaard. Bijgevolg dient ook dit derde middel ongegrond te worden verklaard.

*Vierde middel: door te verklaren dat de toepassing die de Commissie van de vermenigvuldigingscoëfficiënt ter afschrikking heeft gemaakt, niet discriminerend was, zou het Gerecht blijk hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting*

#### Argumenten van partijen

79 Als vierde middel voert Dow aan, zoals zij ook voor het Gerecht heeft gedaan, dat de op haar toegepaste vermenigvuldigingscoëfficiënt ter afschrikking van 1,75 te hoog en discriminerend is. Het Gerecht zou het overeenkomstige middel hebben afgewezen op grond dat, gelet op de verhouding tussen de omzet van Dow en die van Bayer, de vermenigvuldigingscoëfficiënt voor de geldboeten van Dow geen schending van het beginsel van gelijke behandeling oplevert.

80 Aangaande de vergelijking van de op Dow toegepaste vermenigvuldigingscoëfficiënt ter afschrikking met die welke op EniChem en Shell is toegepast, zou het Gerecht in punt 154 van het bestreden arrest hebben geoordeeld dat „de voor Dow aangenomen vermenigvuldigingscoëfficiënt [1,75] is berekend op basis van de vermenigvuldigingscoëfficiënt voor Bayer [1,5] en niet op basis van de vermenigvuldigingscoëfficiënt voor EniChem [2] of voor Shell [3]”. Dow is van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door Dow alleen met Bayer en niet ook met EniChem en Shell te vergelijken.

81 Volgens Dow is het overduidelijk discriminerend dezelfde vermeerdering toe te passen op twee ondernemingen tussen de omzet waarvan een verschil van 36 % bestaat, te weten Bayer, waarvan de omzet 27,383 miljard EUR bedroeg, en Dow, waarvan de omzet destijds 37,221 miljard EUR bedroeg, en op twee ondernemingen tussen de omzet waarvan een verschil van 100 % bestaat, te weten Dow en EniChem. De omzet van laatstgenoemde bedroeg namelijk 73,738 miljard EUR.

82 Ter terechtzitting heeft Dow het Hof een document overgelegd dat een wiskundige formule bevat waarmee in het onderhavige geval een vermenigvuldigingscoëfficiënt ter afschrikking kan worden berekend die enerzijds elke discriminatie tussen de adressaten van de litigieuze beschikking en anderzijds toepassing van een vermenigvuldigingscoëfficiënt van meer dan 3 zou vermijden. Volgens deze formule zou op Dow een vermenigvuldigingscoëfficiënt van ongeveer 1,3 moeten worden toegepast.

83 De Commissie antwoordt hierop dat de voor de vaststelling van het basisbedrag van een geldboete aangenomen vermenigvuldigingscoëfficiënt de wiskundige verhoudingen slechts bij benadering moet weerspiegelen. In het onderhavige geval zou de omvang van de ondernemingen die aan de betrokken inbreuk hebben deelgenomen, zeer uiteenlopend zijn geweest. Volgens de Commissie zou het dan ook irrealistisch en wiskundig onmogelijk zijn geweest een vermenigvuldigingscoëfficiënt toe te passen die de verhouding tussen de omzet van alle betrokken ondernemingen exact zou hebben weerspiegeld.

84 De Commissie verklaart dat zij daarom heeft beslist, voor de toepassing van de vermenigvuldigingscoëfficiënten uit te gaan van de kleinste ondernemingen en erover te waken dat de op elk van hen toegepaste coëfficiënt min of meer evenredig is met de omzet van de eerstvolgende onderneming. Bovendien had de Commissie, zoals het Gerecht terecht zou hebben verklaard, op basis daarvan op Dow een nog hogere vermenigvuldigingscoëfficiënt mogen toepassen

85 Verder is de Commissie van mening dat het door Dow ter terechtzitting ingediende document niet-ontvankelijk is omdat het na het einde van de schriftelijke behandeling is overgelegd.

## Beoordeling door het Hof

- 86 Volgens vaste rechtspraak is het doel van de vermenigvuldigingscoëfficiënt ter afschrikking en van de inaanmerkingneming in dit verband van de omvang en de totale middelen van de betrokken onderneming gelegen in de beoogde impact op die onderneming, waarbij de sanctie niet verwaarloosbaar mag zijn gelet op met name de financiële draagkracht van deze onderneming (zie in die zin met name arrest van 17 juni 2010, *Lafarge/Commissie*, C-413/08 P, Jurispr. blz. I-5361, punten 104 en 105, en beschikking van 7 februari 2012, *Total en Elf Aquitaine/Commissie*, C-421/11 P, punt 82). Verder heeft het Hof reeds de gelegenheid gehad te preciseren dat aan de omzet niet overdreven veel belang mag worden gehecht (zie beschikking *Total en Elf Aquitaine/Commissie*, reeds aangehaald, punt 80).
- 87 Voor de berekening van de geldboeten die worden opgelegd aan de ondernemingen die aan een mededingingsregeling hebben deelgenomen, is een gedifferentieerde behandeling van de betrokken ondernemingen dus inherent aan de uitoefening van de bevoegdheden die de Commissie ter zake heeft. In het kader van haar beoordelingsmarge moet de Commissie immers de sancties individualiseren naargelang van de gedragingen en de eigenschappen van de betrokken ondernemingen, teneinde in elk concreet geval de volle werking van de mededingingsregels van de Unie te verzekeren (arrest van 12 november 2009, *SGL Carbon/Commissie*, C-564/08 P, punt 43 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 88 Overeenkomstig de in punt 86 van het onderhavige arrest vermelde rechtspraak moet de Commissie er vooral voor zorgen dat de geldboete niet „verwaarloosbaar” wordt, gelet op met name de financiële draagkracht van de betrokken ondernemingen, hetgeen echter niet betekent dat aan een onderneming die een veel hoger omzetcijfer heeft dan de andere leden van een kartel, een geldboete moet worden opgelegd die rigoureuus wordt vermeerderd volgens de verhouding tussen het omzetcijfer van die onderneming en dat van de andere bij het kartel betrokken ondernemingen. Indien dat het geval zou zijn, zouden de aan de grootste ondernemingen van een kartel opgelegde geldboeten die volgens een dergelijke wiskundige methode worden vermeerderd, weliswaar een voldoende afschrikkende werking hebben, maar zou het gevaar bestaan dat deze geldboeten niet evenredig zijn aan de zwaarte van de concreet gepleegde inbreuk, inzonderheid ingeval – zoals in casu – de omzetcijfers van de betrokken ondernemingen aanzienlijk verschillen (zie arrest van 13 juni 2013, *Versalis/Commissie*, C-511/11 P, punt 105).
- 89 Het is ook vaste rechtspraak dat het Gerecht in het kader van zijn volledige rechtsmacht geen afstand mag doen van zijn beoordelingsbevoegdheid ter zake van de vaststelling van het bedrag van de geldboeten door uitsluitend en mechanisch een wiskundige berekeningsformule toe te passen die alleen op de omzet van de betrokken onderneming is gebaseerd (zie met name arresten van 7 juni 1983, *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, 100/80-103/80, Jurispr. blz. 1825, punt 121, en 16 november 2000, *Mo och Domsjö/Commissie*, C-283/98 P, Jurispr. blz. I-9855, punt 47, en arrest *Dansk Rørindustri e.a./Commissie*, reeds aangehaald, punt 243).
- 90 Gelet op een en ander kan aan het Gerecht niet worden verweten dat het in wezen zijn goedkeuring heeft gehecht aan de aanpak door de Commissie, die de vermenigvuldigingscoëfficiënt ter afschrikking voor Dow op 1,75, voor EniChem op 2 en voor Shell op 3 had bepaald. Deze aanpak beoogt enerzijds ervoor te zorgen dat de aan een onderneming opgelegde geldboete niet verwaarloosbaar wordt gelet op de financiële draagkracht van de betrokken onderneming, en anderzijds dat geen onevenredige vermenigvuldigingscoëfficiënten worden toegepast op de grootste ondernemingen, waarop uitsluitend op basis van de wiskundige verhouding tussen hun omzet en die van de kleinere ondernemingen, theoretisch een veel hogere vermenigvuldigingscoëfficiënt ter afschrikking had kunnen worden toegepast.

- 91 Verder is het volstrekt irrelevant dat uit het door Dow ter terechtzetting ingediende document – zonder dat uitspraak hoeft te worden gedaan over de ontvankelijkheid daarvan – zou voortvloeien dat het wiskundig mogelijk is de vermenigvuldigingscoëfficiënten ter afschrikking uitsluitend op basis van het omzetcijfer van elke onderneming te berekenen en tegelijkertijd een maximumcoëfficiënt van 3 te handhaven. Een dergelijke zuiver wiskundige berekening zou de Commissie immers beletten, te voldoen aan haar met name uit de in de punten 86 tot en met 89 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak voortvloeiende verplichting, aan elke onderneming een geldboete op te leggen die noch verwaarloosbaar noch overdreven hoog is.
- 92 In die omstandigheden kan het vierde middel van Dow evenmin worden aanvaard.
- 93 Aangezien geen enkel van de door Dow ter ondersteuning van haar hogere voorziening aangevoerde middelen slaagt, dient de hogere voorziening in haar geheel te worden afgewezen.

### **Kosten**

- 94 Ingevolge artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof beslist dit laatste over van de proceskosten wanneer de hogere voorziening ongegrond is. Volgens artikel 138, lid 1, van dit reglement, dat ingevolge artikel 184, lid 1, daarvan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien Dow in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie te worden verwezen in de kosten.

Het Hof (Eerste kamer) verklaart:

- 1) **De hogere voorziening wordt afgewezen.**
- 2) **The Dow Chemical Company, Dow Deutschland Inc., Dow Deutschland Anlagengesellschaft mbH en Dow Europe GmbH dragen hun eigen kosten alsmede die van de Europese Commissie.**

ondertekeningen