

ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

28 juni 2005*

Inhoud

I — Toepasselijke bepalingen	I - 5495
Het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden	I - 5495
Verordening nr. 17	I - 5495
De richtsnoeren	I - 5497
De mededeling inzake medewerking	I - 5498
II — De feiten	I - 5499
III — De beroepen bij het Gerecht en de bestreden arresten	I - 5508
IV — De conclusies van partijen in hogere voorziening	I - 5512
V — De gronden voor vernietiging van de bestreden arresten	I - 5517
VI — De hogere voorzieningen	I - 5525
A — De procedurele middelen	I - 5525
1. Het middel inzake schending van artikel 68, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht doordat het Gerecht het verzoek van de groep Henss/Isoplus om bij wijze van maatregel van instructie een aantal getuigen te horen, heeft afgewezen	I - 5525
2. Het middel dat ABB ontleent aan schending van de artikelen 44, lid 1, sub c, en 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht doordat het Gerecht de overlegging van een bij de repliek gevoegd juridisch advies heeft geweigerd	I - 5531

* Procestalen: Deens, Duits en Engels.

B — De middelen ten gronde betreffende de toerekenbaarheid van de inbreuk	I - 5537
1. Het middel inzake schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag doordat bepaalde ondernemingen tot de groep Henss/Isoplus zijn gerekend en de inbreuk aan deze groep als „onderneming” in de zin van deze bepaling is toegerekend	I - 5538
2. De middelen ontleend aan schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag doordat aan de groep Henss/Isoplus en aan Brugg een inbreuk op de mededingingsregels is toegerekend wegens hun deelneming aan een vergadering met een mededingingsverstorend doel	I - 5545
C — De middelen ten gronde betreffende de vaststelling van het bedrag van de geldboeten	I - 5551
1. De middelen inzake schending van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen en het verbod van terugwerkende kracht ten gevolge van de toepassing van de richtsnoeren op de betrokken inbreuken	I - 5551
a) De middelen inzake schending van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen	I - 5552
b) De middelen inzake schending van het verbod van terugwerkende kracht	I - 5563
2. De middelen betreffende de wettigheid van de methode voor de berekening van het bedrag van de geldboeten als neergelegd in de richtsnoeren of toegepast in de litigieuze beschikking	I - 5572
a) De middelen betreffende schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 bij de vaststelling in de litigieuze beschikking van het bedrag van de geldboeten aan de hand van de in de richtsnoeren voorziene berekeningsmethode	I - 5573
b) De middelen inzake schending van het evenredigheids- en het gelijkheidsbeginsel bij de vaststelling van het bedrag van de geldboeten in de litigieuze beschikking aan de hand van de berekeningsmethode van de richtsnoeren	I - 5591
	I - 5489

c) De middelen van de groep Henss/Isoplus inzake schending van de rechten van de verdediging bij de beoordeling van de verzwarende omstandigheden	I - 5605
d) Het middel van LR A/S inzake de niet-inaanmerkingneming van verzachtende omstandigheden	I - 5608
e) De middelen van de groep Henss/Isoplus en LR A/S inzake de niet- of ontoereikende inaanmerkingneming van hun medewerking in de administratieve procedure	I - 5611
D — De middelen inzake het recht om te worden gehoord en de motiveringsplicht .	I - 5622
1. De middelen inzake schending van het recht om te worden gehoord	I - 5622
2. De middelen inzake schending van de motiveringsplicht met betrekking tot de berekening van de geldboeten	I - 5630
VII — Kosten	I - 5635

In de gevoegde zaken C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P tot en met C-208/02 P en C-213/02 P,

betreffende hogere voorzieningen krachtens artikel 49 van het Statuut-EG van het Hof van Justitie, ingesteld op 17 mei 2002 wat de eerste zaak betreft, op 29 mei 2002 wat de tweede zaak betreft, op 3 juni 2002 wat de volgende vier zaken betreft, en op 5 juni 2002 wat de laatste zaak betreft,

Dansk Rørindustri A/S, gevestigd te Fredericia (Denemarken), vertegenwoordigd door K. Dyekjær-Hansen en K. Høegh, advokaterne (C-189/02 P),

Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, gevestigd te Rosenheim (Duitsland),

Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH, gevestigd te Hohenberg (Oostenrijk),

Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, gevestigd te Sondershausen (Duitsland),

vertegenwoordigd door P. Krömer, Rechtsanwalt, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg (C-202/02 P),

KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, gevestigd te Linz (Oostenrijk), vertegenwoordigd door W. Löbl, Rechtsanwalt, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg (C-205/02 P),

LR af 1998 A/S, voorheen Løgstør Rør A/S, gevestigd te Løgstør (Denemarken), vertegenwoordigd door D. Waelbroeck, avocat, en H. Peytz, advokat (C-206/02 P),

Brugg Rohrsysteme GmbH, gevestigd te Wunstorf (Duitsland), vertegenwoordigd door T. Jestaedt, H.-C. Salger en M. Sura, Rechtsanwältin, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg (C-207/02 P),

LR af 1998 (Deutschland) GmbH, voorheen Lögstör Rör (Deutschland) GmbH, gevestigd te Fulda (Duitsland), vertegenwoordigd door H.-J. Hellmann, Rechtsanwalt, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg (C-208/02 P),

ABB Asea Brown Boveri Ltd, gevestigd te Zürich (Zwitserland), vertegenwoordigd

door A. Weitbrecht, Rechtsanwält, J. Ruiz Calzado, abogado, en M. Bay, avvocato, domicilië gekozen hebbende te Luxemburg (C-213/02 P),

rekwiranten,

andere partijen in de procedure:

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door W. Mölls, P. Oliver en H. Støvlbæk als gemachtigden, bijgestaan door A. Böhlke, Rechtsanwält (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P en C-208/02 P), en R. Thompson, QC (C-206/02 P en C-213/02 P), domicilië gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster in eerste aanleg,

HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG,

HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH Verwaltungsgesellschaft,

vertegenwoordigd door P. Krömer, Rechtsanwält, domicilië gekozen hebbende te Luxemburg (C-202/02 P),

verzoeksters in eerste aanleg,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Grote kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris, president, P. Jann, C. W. A. Timmermans (rapporteur) en R. Silva de Lapuerta, kamerpresidenten, C. Gulmann, R. Schintgen, N. Colneric, S. von Bahr en J. N. Cunha Rodrigues, rechters,

advocaat-generaal: A. Tizzano,

griffier: H. von Holstein, adjunct-griffier, en M.-F. Contet, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 16 maart 2004,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 8 juli 2004,

het navolgende

Arrest

- 1 Deze hogere voorzieningen zijn ingesteld door de ondernemingen Dansk Rørindustri A/S (hierna: „Dansk Rørindustri”) (C-189/02 P), Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH en

Isoplus Fernwärmetechnik GmbH (hierna gezamenlijk: „groep Henss/Isoplus”) (C-202/02 P), KE KELIT Kunststoffwerk GmbH (hierna: „KE KELIT”) (C-205/02 P), LR af 1998 A/S, voorheen Løgstør Rør A/S (hierna: „LR A/S”) (C-206/02 P), Brugg Rohrsysteme GmbH (hierna: „Brugg”) (C-207/02 P), LR af 1998 (Deutschland) GmbH, voorheen Løgstør Rør (Deutschland) GmbH (hierna: „LR GmbH”) (C-208/02 P), en ABB Asea Brown Boveri Ltd (hierna: „ABB”) (C-213/02 P).

- 2 Deze ondernemingen verzoeken om vernietiging van de op hen betrekking hebbende arresten van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 20 maart 2002, namelijk respectievelijk het arrest Dansk Rørindustri/Commissie (T-21/99, Jurispr. blz. II-1681), HFB e.a./Commissie (T-9/99, Jurispr. blz. II-1487), KE KELIT/Commissie (T-17/99, Jurispr. blz. II-1647), LR AF 1998/Commissie (T-23/99, Jurispr. blz. II-1705), Brugg Rohrsysteme/Commissie (T-15/99, Jurispr. blz. II-1613), Løgstør Rør/Commissie (T-16/99, Jurispr. blz. II-1633) en ABB Asea Brown Boveri/Commissie (T-31/99, Jurispr. blz. II-1881) (hierna, verwijzend naar een van die arresten, bijvoorbeeld: „bestreden arrest Dansk Rørindustri/Commissie”, en, verwijzend naar al die arresten: „bestreden arresten”).

- 3 Bij de bestreden arresten heeft het Gerecht met name de geldboete verlaagd die aan ABB was opgelegd bij beschikking 1999/60/EG van de Commissie van 21 oktober 1998 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (Zaak nr. IV/35.691/E-4 — Kartel voor voorgeïsoleerde buizen) (PB 1999, L 24, blz. 1; hierna: „litigieuze beschikking”) en de beroepen tot nietigverklaring van die beschikking voor het grootste deel verworpen.

I — Toepasselijke bepalingen

Het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden

- 4 Artikel 7 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 (hierna: „EVRM”), met als opschrift „Geen straf zonder wet”, bepaalt in lid 1:

„Niemand mag worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten, dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uitmaakte ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde. Evenmin mag een zwaardere straf worden opgelegd dan die, die ten tijde van het begaan van het strafbare feit van toepassing was.”

Verordening nr. 17

- 5 Artikel 15 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204), bepaalt:

„1. De Commissie kan bij beschikking aan ondernemingen of ondernemersverenigingen geldboeten opleggen van ten minste honderd en ten hoogste vijfduizend rekeneenheden, wanneer zij opzettelijk of uit onachtzaamheid:

[...]

- b) in antwoord op een verzoek als bedoeld in artikel 11, leden 3 en 5, [...] een onjuiste inlichting verstrekken

[...]

2. Wanneer ondernemingen of ondernemersverenigingen opzettelijk of uit onachtzaamheid:

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

[...]

kan de Commissie bij beschikking aan deze ondernemingen of ondernemersverenigingen geldboeten opleggen van ten minste duizend en ten hoogste

één miljoen rekeneenheden, of tot een bedrag van ten hoogste tien procent van de omzet van elk der betrokken ondernemingen in het voorafgaande boekjaar, indien bedoeld bedrag hoger is dan één miljoen rekeneenheden.

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

De richtsnoeren

- 6 De preambule van de mededeling van de Commissie met de titel „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”, gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* van 14 januari 1998 (PB C 9, blz. 3; hierna: „richtsnoeren”), luidt:

„De beginselen die deze richtsnoeren behelzen, zouden zowel ten aanzien van het bedrijfsleven als van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen de doorzichtigheid en de objectiviteit van de beslissingen van de Commissie moeten kunnen waarborgen, zonder afbreuk te doen aan de door de wetgever aan de Commissie bij de vaststelling van geldboeten beneden het maximum van 10 % van de totale omzet van de betrokken ondernemingen verleende discretionaire bevoegdheid. Deze beoordelingsvrijheid moet echter worden uitgeoefend in het raam van een samenhangend, niet-discriminerend beleid, dat op de bij de bestrijding van inbreuken op de mededingingsregels nagestreefde doelstellingen is afgestemd.

Het bedrag van de geldboete zal voortaan volgens de volgende, nieuwe methode worden berekend, die op de vaststelling van een basisbedrag berust, waarop bij

verzwarende omstandigheden verhogen, en bij verzachtende omstandigheden verminderingen worden toegepast.”

De mededeling inzake medewerking

- 7 Blijkens hoofdstuk A, punt 3, van haar mededeling betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen, gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* van 18 juli 1996 (PB C 207, blz. 4; hierna: „mededeling inzake medewerking”), waarvan een ontwerp is gepubliceerd op 19 december 1995 (PB C 341, blz. 13; hierna: „ontwerpmededeling inzake medewerking”), heeft de Commissie de voorwaarden aangegeven waaronder ondernemingen die met haar samenwerken wanneer zij een onderzoek naar een mededingingsregeling instelt, van geldboeten kunnen worden vrijgesteld of aanspraak kunnen maken op een vermindering van de geldboete die hun anders zou worden opgelegd.
- 8 Hoofdstuk A, punt 5, van de mededeling bepaalt:

„Het feit dat een onderneming de Commissie haar medewerking verleent, is slechts een van de factoren waarmee de Commissie bij de vaststelling van de geldboete rekening houdt. [...]”

- 9 In hoofdstuk E, punt 3, van de mededeling, betreffende de procedure, staat onder meer:

„De Commissie is zich ervan bewust dat deze mededeling een gewettigd vertrouwen wekt, waarop ondernemingen zich kunnen beroepen wanneer zij het bestaan van een mededingingsregeling aan de Commissie kenbaar maken.”

II — De feiten

- 10 De aan de bij het Gerecht ingestelde beroepen ten grondslag liggende feiten die in de bestreden arresten worden vermeld, kunnen ten behoeve van dit arrest worden samengevat als volgt.
- 11 Rekwiranten zijn vennootschappen die werkzaam zijn in de sector afstandsverwarming. Zij produceren of verkopen voorgeïsoleerde buizen voor deze sector.
- 12 Naar aanleiding van een klacht van de Zweedse onderneming Powerpipe AB (hierna: „Powerpipe”) van 18 januari 1995 voerden de Commissie en vertegenwoordigers van de mededingingsautoriteiten van de betrokken lidstaten op 28 juni 1995 op grond van artikel 14 van verordening nr. 17 verificaties uit bij tien ondernemingen of verenigingen uit de sector van de afstandsverwarming, onder meer bij rekwiranten, en een aantal van hun vestigingen.

- 13 Krachtens artikel 11 van verordening nr. 17 richtte de Commissie verzoeken om inlichtingen tot de meeste ondernemingen die bij de litigieuze feiten betrokken waren.
- 14 Op 20 maart 1997 zond de Commissie een aantal rekwiranten en de andere betrokken ondernemingen overeenkomstig artikel 2, lid 1, van verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 (PB 1963, 127, blz. 2268) een mededeling van punten van bezwaar.
- 15 Op 24 en 25 november 1997 werden de betrokken ondernemingen gehoord.
- 16 Op 21 oktober 1998 gaf de Commissie de litigieuze beschikking, waarbij de deelneming van verschillende ondernemingen, waaronder sommige rekwiranten, aan een geheel van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 85, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 1, EG) (hierna: „kartel”) werd vastgesteld.
- 17 Volgens de beschikking werd eind 1990 tussen de vier Deense producenten van buizen voor afstandsverwarming een beginselakkoord gesloten over een algemene samenwerking op hun binnenlandse markt. Partijen bij deze overeenkomst waren ABB IC Møller A/S, de Deense dochtermaatschappij van ABB, Dansk Rørindustri, ook bekend onder de naam Starpipe, LR A/S en Tarco Energi A/S (hierna: „Tarco”; de vier partijen samen worden hierna aangeduid als de „Deense producenten”).

- 18 Een van de eerste maatregelen bestond erin om zowel voor de Deense markt als voor de exportmarkten een prijsstijging te coördineren. Met het oog op de verdeling van de Deense markt werd een quotaregeling vastgesteld, die vervolgens werd uitgevoerd en gecontroleerd door een contactgroep, samengesteld uit de verkoopdirecteuren van de betrokken ondernemingen.
- 19 Volgens de beschikking namen vanaf de herfst van 1991 twee Duitse producenten, de groep Henss/Isoplus en Pan-Isovit GmbH [naderhand Lögstör Rör (Deutschland) GmbH genoemd, en nog later LR GmbH], deel aan de regelmatig gehouden bijeenkomsten van de Deense producenten. Tijdens deze bijeenkomsten werd onderhandeld over de verdeling van de Duitse markt, hetgeen in augustus 1993 leidde tot de vaststelling van verkoopquota voor elke deelnemende onderneming.
- 20 Nog steeds volgens de beschikking bereikten al deze producenten in 1994 een akkoord over de vaststelling van quota voor de gehele Europese markt. Dit kartel met een communautaire dimensie had een tweetrapsstructuur. De club van directeuren, die bestond uit de voorzitters of algemene directeuren van de deelnemende ondernemingen, stelde voor elke onderneming quota vast, zowel voor de gehele markt als voor de verschillende nationale markten, waaronder de Deense, de Duitse, de Italiaanse, de Nederlandse, de Oostenrijkse, de Finse en de Zweedse. Voor bepaalde nationale markten werden contactgroepen opgericht, samengesteld uit de lokale verkoopdirecteuren, die tot taak hadden de overeenkomsten toe te passen door de projecten toe te wijzen en de inschrijvingen op aanbestedingen te coördineren.
- 21 Wat de Duitse markt betreft, wordt in de litigieuze beschikking verklaard dat de eerste bijeenkomst van de contactgroep voor Duitsland op 7 oktober 1994 werd

gehouden na een bijeenkomst van de zes belangrijkste Europese producenten, namelijk ABB, Dansk Rørindustri, de groep Henss/Isoplus, LR A/S, LR GmbH en Tarco, en Brugg op 18 augustus 1994. De bijeenkomsten van deze groep zijn nog lang na de verificaties van de Commissie eind juni 1995 doorgegaan, zij het vanaf dat ogenblik buiten de Europese Unie, te Zürich (Zwitserland), waar bijeenkomsten hebben plaatsgevonden tot 25 maart 1996, dus enkele dagen nadat sommige van die ondernemingen van de Commissie een verzoek om inlichtingen hadden ontvangen.

- 22 Een van de oogmerken van het kartel was volgens de beschikking de vaststelling en uitvoering van onderling afgestemde maatregelen om de enige belangrijke onderneming die niet aan het kartel deelnam, Powerpipe, uit te schakelen. De Commissie verklaart dat sommige leden van het kartel sleutelposities innemende werknemers van Powerpipe aanwierven en deze onderneming te kennen gaven dat zij zich uit de Duitse markt diende terug te trekken.
- 23 Nadat in maart 1995 een belangrijk Duits project aan Powerpipe was gegund, zou te Düsseldorf (Duitsland) een vergadering hebben plaatsgevonden van de zeven ondernemingen die hadden deelgenomen aan de bijeenkomst van 18 augustus 1994, waarop werd beslist de klanten en leveranciers van Powerpipe collectief te boycotten. Deze boycot werd vervolgens doorgevoerd.
- 24 In de litigieuze beschikking zet de Commissie uiteen waarom niet alleen de eind 1990 tussen de Deense producenten gesloten expliciete marktverdelingsovereenkomst, maar ook de vanaf oktober 1991 overeengekomen regelingen in hun geheel genomen als een door artikel 85, lid 1, van het Verdrag verboden overeenkomst kunnen worden aangemerkt.

- 25 Verder benadrukt de Commissie dat het kartel in Denemarken en het kartel met een communautaire dimensie slechts de uitdrukking waren van één enkel kartel, dat in Denemarken is begonnen, maar dat vanaf het begin de doelstelling op lange termijn had, de controle van de deelnemers uit te breiden tot de gehele gemeenschappelijke markt. Volgens de beschikking had de voortgezette overeenkomst tussen de producenten belangrijke gevolgen voor de handel tussen de lidstaten.
- 26 In de bestreden arresten heeft het Gerecht erop gewezen dat niet wordt betwist dat de geldboeten in de litigieuze beschikking zijn berekend aan de hand van de methode in de richtsnoeren, zoals met name blijkt uit de punten 222 en 275 van het bestreden arrest LR AF 1998/Commissie.
- 27 Verder staat vast dat in de litigieuze beschikking geen melding wordt gemaakt van de richtsnoeren, dat de ondernemingen in de administratieve procedure niet is meegedeeld dat de in die richtsnoeren vastgelegde methode op hen zou worden toegepast en dat die methode met name niet is vermeld in de mededeling van punten van bezwaar noch ter sprake is gebracht tijdens de hoorzittingen met de ondernemingen.
- 28 Ook moet worden opgemerkt dat behalve aan de groep Henss/Isoplus aan alle ondernemingen waarop de litigieuze beschikking betrekking had, door de Commissie op grond van de mededeling inzake medewerking een vermindering van de geldboete is toegekend. Deze vermindering in de vorm van een percentage van het bedrag van de geldboete die in beginsel verschuldigd zou zijn, is hun toegekend als beloning voor hun medewerking tijdens de administratieve procedure. De medewerking bestond erin dat zij ervan afzagen de wezenlijke elementen van de inbreuken te betwisten of dat zij in uiteenlopende mate hebben bijgedragen tot het leveren van het bewijs van de inbreuken.

29 De litigieuze beschikking bevat de volgende bepalingen:

„Artikel 1

ABB [...], Brugg [...], Dansk Rørindustri [...], Henss/Isoplus Group, [KE KELIT], Oy KWH Tech AB, Løgstør Rør A/S, Pan-Isovit GmbH, Sigma Tecnologie di Rivestimento Srl en Tarco [...] hebben inbreuk gemaakt op artikel 85, lid 1, van het Verdrag door op de wijze en in de mate als uiteengezet in de overwegingen, deel te nemen aan een complex geheel van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen dat omstreeks november/december 1990 tussen de vier Deense producenten tot stand kwam, vervolgens werd uitgebreid tot andere nationale markten en Pan-Isovit en Henss/Isoplus als nieuwe leden [kreeg], zodat het tegen einde 1994 in een alomvattend kartel bestond dat de gehele gemeenschappelijke markt bestreek.

De duur van de inbreuken bestreek het tijdvak:

— in het geval van ABB, Dansk Rør[industri], Løgstør, Pan-Isovit [...], van omstreeks november/december 1990 tot ten minste maart of april 1996,

— in het geval van [de groep] Henss/Isoplus, van omstreeks oktober 1991 tot datzelfde tijdstip,

- in het geval van Brugg, van omstreeks augustus 1994 tot datzelfde tijdstip,

- in het geval van [KE KELIT], van omstreeks januari 1995 tot datzelfde tijdstip,

[...]

De voornaamste kenmerken van de inbreuk zijn:

- het onder elkaar verdelen van nationale markten, en uiteindelijk van de gehele Europese markt, op basis van quota's;

- de toewijzing van nationale markten aan bepaalde producenten en het zo regelen dat andere producenten zich uit die markten terugtrokken;

- het overeenkomen van prijzen voor het product en voor individuele projecten;

- het toewijzen van individuele projecten aan vooraf aangeduide producenten, waarbij de inschrijvingsprocedure voor die projecten werd gemanipuleerd om er zeker van te zijn dat het betrokken contract aan de door het kartel aangeduide producent werd toegekend;

- teneinde het kartel te beschermen tegen concurrentie door Powerpipe [...], de enige belangrijke niet bij het kartel aangesloten onderneming, het overeenkomen en uitvoeren van onderling afgestemde maatregelen om de commerciële activiteiten van Powerpipe te belemmeren, haar schade te berokkenen of zelfs haar volledig uit de markt te verdrijven.

[...]

Artikel 3

Aan de in artikel 1 genoemde ondernemingen worden wegens de bij dat artikel vastgestelde inbreuken de volgende geldboeten opgelegd:

a) ABB [...]: een boete van 70 000 000 ECU;

b) Brugg [...]: een boete van 925 000 ECU;

- c) Dansk Rørindustri [...]: een boete van 1 475 000 ECU;
- d) de Henss/Isoplus-groep: een boete van 4 950 000 ECU, waarvoor de volgende ondernemingen gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk zijn:
- HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co KG,
 - HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH Verwaltungsgesellschaft,
 - Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH (voormalig Dipl.-Kfm Walter Henss GmbH Rosenheim),
 - Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, Sondershausen,
 - Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH - stille Gesellschaft,

— Isoplus Fernwärmetechnik Ges. mbH, Hohenberg;

e) [KE KELIT]: een boete van 360 000 ECU;

[...]

g) Løgstør Rør A/S: een boete van 8 900 000 ECU;

h) Pan-Isovit GmbH: een boete van 1 500 000 ECU;

[...]”

III — De beroepen bij het Gerecht en de bestreden arresten

³⁰ Bij verzoekschriften, neergelegd ter griffie van het Gerecht, hebben acht van de tien ondernemingen waaraan bij de litigieuze beschikking een sanctie was opgelegd,

waaronder de zeven rekwiranten in deze hogere voorziening, beroepen ingesteld tot gehele of gedeeltelijke nietigverklaring van die beschikking, en, subsidiair, tot intrekking of verlaging van de hun opgelegde geldboete.

31 Bij het bestreden arrest Dansk Rørindustri/Commissie heeft het Gerecht:

- artikel 1 van de beschikking nietig verklaard voorzover daarbij was vastgesteld dat Dansk Rørindustri in de periode van april tot augustus 1994 had deelgenomen aan de verweten inbreuk;

- het beroep voor het overige verworpen;

- Dansk Rørindustri verwezen in haar eigen kosten en in 90 % van de kosten van de Commissie;

- de Commissie verwezen in 10 % van haar eigen kosten.

32 Bij het bestreden arrest HFB e.a./Commissie heeft het Gerecht:

- de artikelen 3, sub d, en 5, sub d, van de litigieuze beschikking nietig verklaard voorzover zij betrekking hebben op HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG en HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH Verwaltungsgesellschaft;

- het beroep voor het overige verworpen;

- de vennootschappen van die groep verwezen in hun eigen kosten, met inbegrip van de kosten die op de procedure in kort geding zijn gevallen, en in 80 % van de kosten van de Commissie, met inbegrip van de kosten die op de procedure in kort geding zijn gevallen;

- de Commissie verwezen in 20 % van haar eigen kosten, met inbegrip van die welke op de procedure in kort geding zijn gevallen.

33 Bij de bestreden arresten KE KELIT/Commissie, LR AF 1998/Commissie, Brugg Rohrsysteme/Commissie en Lögstör Rör/Commissie heeft het Gerecht:

- de beroepen verworpen;

— de betrokken verzoeksters verwezen in de kosten.

34 Bij het bestreden arrest ABB Asea Brown Boveri/Commissie heeft het Gerecht:

— de bij artikel 3 van de litigieuze beschikking aan ABB opgelegde geldboete verlaagd tot 65 miljoen EUR;

— het beroep voor het overige verworpen;

— verzoekster in haar eigen kosten verwezen en in 90 % van de kosten van de Commissie;

— de Commissie verwezen in 10 % van haar eigen kosten.

IV — De conclusies van partijen in hogere voorziening

35 Dansk Rørindustri concludeert dat het het Hof behage:

- de haar bij de litigieuze beschikking opgelegde geldboete te verlagen;

- subsidiair, het bestreden arrest Dansk Rørindustri/Commissie te vernietigen en de zaak naar het Gerecht te verwijzen voor een nieuwe uitspraak over de hoogte van de geldboete;

- de Commissie te verwijzen in rekwirantes kosten in de procedures voor het Gerecht en het Hof.

36 De groep Henss/Isoplus concludeert dat het het Hof behage:

- het bestreden arrest HFB e.a./Commissie, met uitzondering van het eerste punt van het dictum, te vernietigen en de litigieuze beschikking nietig te verklaren;

- subsidiair, het bestreden arrest, met uitzondering van het eerste punt van het dictum, te vernietigen en de zaak voor aanvulling van de procedure en een nieuwe uitspraak naar het Gerecht te verwijzen;

- meer subsidiair, het tweede punt van het dictum van het bestreden arrest te vernietigen en de bij de litigieuze beschikking aan de vennootschappen van de groep opgelegde geldboete te verlagen;

- de Commissie te verwijzen in de kosten van die vennootschappen in de procedures voor het Gerecht en het Hof.

37 KE KELIT concludeert dat het het Hof behage:

- het bestreden arrest KE KELIT/Commissie te vernietigen;

- subsidiair, het arrest te vernietigen en de zaak voor nieuw onderzoek naar het Gerecht te verwijzen;

- meer subsidiair, de haar bij de litigieuze beschikking opgelegde geldboete te verlagen;

- de Commissie hoe dan ook te verwijzen in rekwirantes kosten in de procedures voor het Gerecht en het Hof.

38 LR A/S concludeert dat het het Hof behage:

- het bestreden arrest LR AF 1998/Commissie te vernietigen;
- de litigieuze beschikking waarbij haar een geldboete is opgelegd nietig te verklaren, of althans deze geldboete aanzienlijk te verlagen of, subsidiair, de zaak te verwijzen naar het Gerecht;
- de richtsnoeren overeenkomstig artikel 184 EG-Verdrag (thans artikel 241 EG) onwettig te verklaren;
- de Commissie te verwijzen in de kosten.

39 Brugg concludeert dat het het Hof behage:

- het bestreden arrest Brugg Rohrsysteme/Commissie te vernietigen en de artikelen 1 en 3 van de litigieuze beschikking nietig te verklaren;

- subsidiair, de haar bij de beschikking opgelegde geldboete te verlagen;

- de Commissie hoe dan ook te verwijzen in rekwirantes kosten in de procedures voor het Gerecht en het Hof.

40 LR GmbH concludeert dat het het Hof behage:

- het bestreden arrest Lögstör Rör/Commissie te vernietigen en de zaak af te doen als volgt: nietigverklaring van de litigieuze beschikking voorzover zij betrekking heeft op rekwirante, of, subsidiair, verlaging van de geldboete en verwijzing van de Commissie in de kosten;

- uiterst subsidiair, het bestreden arrest te vernietigen en de zaak voor afdoening naar het Gerecht te verwijzen.

41 ABB concludeert dat het het Hof behage:

- de punten 2 en 3 van het dictum van het bestreden arrest ABB Asea Brown Boveri/Commissie te vernietigen;

- artikel 3 van de litigieuze beschikking nietig te verklaren voorzover het betrekking heeft op rekwirante;

- de haar bij die beschikking opgelegde geldboete verder te verlagen;

- subsidiair, de zaak naar het Gerecht te verwijzen voor afdoening overeenkomstig het arrest van het Hof;

- de Commissie te verwijzen in alle kosten, met inbegrip van de kosten van ABB in hogere voorziening.

42 De Commissie concludeert in elke zaak dat het het Hof behage:

- de bestreden arresten te bevestigen;
- rekwiranten te verwijzen in de kosten van het geding.

V — De gronden voor vernietiging van de bestreden arresten

43 Dansk Rørindustri voert drie gronden voor vernietiging aan:

- schending van verordening nr. 17, het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van gelijke behandeling doordat het Gerecht geen sanctie heeft verbonden aan het feit dat de aan rekwirante opgelegde geldboete onevenredig is aan de inbreuk;

- schending van verordening nr. 17, het vertrouwensbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht doordat het Gerecht geen sanctie heeft verbonden aan het feit dat de aan rekwirante opgelegde geldboete is vastgesteld op basis van de beginselen van de richtsnoeren, terwijl deze sterk verschillen van de beginselen die golden toen de gelaakte handelingen zijn verricht, de mededeling van punten van bezwaar is meegedeeld en de hoorzitting is gehouden;

- schending van de rechten van de verdediging doordat het Gerecht geen sanctie heeft verbonden aan het feit dat Dansk Rørindustri tijdens de administratieve procedure niet de gelegenheid heeft gehad zich uit te spreken over de wijzigingen die de richtsnoeren hadden aangebracht in de praktijk van de Commissie inzake de vaststelling van wegens schending van de mededingingsregels opgelegde geldboeten.

⁴⁴ De groep Henss/Isoplus voert zeven gronden voor vernietiging aan, waarvan sommige uit verschillende onderdelen bestaan:

- onwettigheid van de richtsnoeren wegens:

- onbevoegdheid van de Commissie;

- schending van het beginsel van gelijke behandeling;

- schending van de rechten van de verdediging;

- schending van het verbod van terugwerkende kracht;

- schending van het recht om te worden gehoord met betrekking tot de toepassing van de richtsnoeren bij de vaststelling van de geldboeten;

- schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 bij de vaststelling van de geldboeten, wegens:
 - het feit dat de mededeling inzake medewerking niet is toegepast op de betrokken ondernemingen;

 - schending van de rechten van de verdediging als grondrecht bij de beoordeling van verzwarende omstandigheden;

- schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag wegens de gevolgen die zijn getrokken uit de deelneming van de betrokken ondernemingen aan een vergadering met een mededingingsverstorend doel;

- schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag wegens de groepering van de betrokken vennootschappen in de groep Henss/Isoplus en de toerekening van de inbreuk aan deze groep als „onderneming”;

- een procedurefout, nu het Gerecht heeft geweigerd om bij wijze van maatregel van instructie getuigen te horen, zoals rekwirante had gevraagd;

- een procedurefout wegens bepaalde contradicties tussen het arrest en het dossier.

45 KE KELIT voert vijf gronden voor vernietiging aan:

- schending van de beginselen van gelijke behandeling en van bescherming van het gewettigd vertrouwen doordat de geldboeten zijn vastgesteld overeenkomstig de richtsnoeren;

- schending van het beginsel van gelijke behandeling wat de duur van de inbreuk betreft;

- schending van het verbod van terugwerkende kracht;

- schending van de rechten van de verdediging;

- schending van de motiveringsplicht.

46 LR A/S voert vier gronden voor vernietiging aan:

- schending van het evenredigheidsbeginsel, het beginsel van gelijke behandeling en verordening nr. 17 doordat de geldboete buitensporig en discriminatoir was, en, subsidiair, onwettigheid van de richtsnoeren;

- schending van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen, het verbod van terugwerkende kracht en artikel 190 EG-Verdrag (thans artikel 253 EG) doordat de Commissie ten onrechte is afgeweken van haar vroegere praktijk inzake medewerking en met terugwerkende kracht de richtsnoeren en strengere regels inzake medewerking heeft toegepast of die retroactieve toepassing althans niet heeft gemotiveerd;

— onvoldoende inaanmerkingneming van de verzachtende omstandigheden voor rekwirante;

— onvoldoende inaanmerkingneming van rekwirantes medewerking.

47 Brugg voert vijf gronden voor vernietiging aan:

— schending van het verbod van terugwerkende kracht, het beginsel van bescherming van gewettigd vertrouwen en het beginsel van behoorlijk bestuur doordat voor de vaststelling van de geldboete de richtsnoeren zijn toegepast;

— schending van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen doordat de wijze van berekening van de geldboete is gewijzigd nadat rekwirante had meegewerkt;

— schending van de rechten van de verdediging doordat de richtsnoeren zijn toegepast zonder dat rekwirante is gehoord;

- schending van het beginsel van gelijke behandeling doordat het basisbedrag voor de vaststelling van de geldboete van Brugg niet is verlaagd;
- onjuiste toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag met betrekking tot de deelneming van rekwirante aan de boycot van Powerpipe.

48 LR GmbH voert vier gronden voor vernietiging aan:

- schending van het verbod van terugwerkende kracht en het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen doordat de richtsnoeren zijn toegepast met terugwerkende kracht;
- schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 en het beginsel van legaliteit van de bestuurshandeling doordat de Commissie bij de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid de in die bepaling gestelde grenzen van deze bevoegdheid niet heeft geëerbiedigd, alsmede onjuiste uitoefening van die bevoegdheid bij de toepassing van die bepaling op dit geval doordat het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van gelijke behandeling ten nadele van LR GmbH zijn geschonden;
- schending van de motiveringsplicht van artikel 190 van het Verdrag doordat de litigieuze beschikking geen motivering geeft voor de retroactieve toepassing van de richtsnoeren;

- schending van de rechten van de verdediging doordat de Commissie rekwirantes recht om met betrekking tot de retroactieve toepassing te worden gehoord, niet heeft geëerbiedigd.

49 ABB voert drie gronden voor vernietiging aan:

- schending van de artikelen 44, lid 1, sub c, en 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht door de beslissing van het Gerecht om een bij de repliek gevoegd juridisch advies niet-ontvankelijk te verklaren;
- schending van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen doordat rekwirante, met name gelet op de mededeling inzake medewerking, mocht vertrouwen op de vaste praktijk van de Commissie inzake de berekening van de geldboete, zodat de Commissie niet willekeurig van die praktijk mocht afwijken;
- schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 doordat het Gerecht de vaststelling door de Commissie van de zwaarte van de door ABB gepleegde inbreuk heeft goedgekeurd zonder rekening te houden met haar omzet op de relevante markt.

VI — De hogere voorzieningen

- 50 Partijen en de advocaat-generaal op dit punt gehoord, dienen de zaken wegens verknochtheid te worden gevoegd voor het arrest overeenkomstig artikel 43 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof.

A — De procedurele middelen

- 51 In de eerste plaats moeten de middelen worden onderzocht die de groep Henss/Isoplus en ABB ontlene aan bepaalde schendingen van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht.

1. Het middel inzake schending van artikel 68, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht doordat het Gerecht het verzoek van de groep Henss/Isoplus om bij wijze van maatregel van instructie een aantal getuigen te horen, heeft afgewezen

- 52 Met haar zesde middel verwijt de groep Henss/Isoplus het Gerecht dat het in de punten 36 tot en met 38 van het bestreden arrest HFB e.a./Commissie haar verzoek

om overeenkomstig artikel 68, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht de heren Boysen, B. Hansen, N. Hansen, Hybschmann, Jespersen en Volandt als getuigen te horen, heeft afgewezen. Deze punten leveren een procedurefout op.

- 53 Anders dan in punt 37 van dit bestreden arrest wordt overwogen, was in het verzoek om deze zes personen te horen, wel degelijk aangegeven over welke feiten een getuigenverhoor diende te worden gelast. In punt 72 van het bij het Gerecht neergelegde verzoekschrift van de groep Henss/Isoplus stond dat dit verzoek ertoe strekte te bewijzen dat de ondernemingen van de groep vóór oktober 1994 niet aan het kartel hadden deelgenomen.
- 54 Dit middel moet worden afgewezen.
- 55 Uit punt 34 van het bestreden arrest blijkt immers dat het Gerecht akte heeft genomen van het feit dat om het getuigenverhoor werd verzocht „om te bewijzen dat verzoeksters of de groep Henss/Isoplus vóór oktober 1994 niet hebben deelgenomen aan een ongeoorloofde praktijk/maatregel of aan een andere, soortgelijke gedraging in de zin van artikel 85, lid 1, [van het] Verdrag”.
- 56 In punt 36 van het arrest heeft het Gerecht er echter aan herinnerd dat volgens artikel 68, lid 1, laatste alinea, van het Reglement voor de procesvoering de partij die om een getuigenverhoor verzoekt, daarbij nauwkeurig de feiten moet aangeven waarop dit verhoor betrekking zal hebben, alsmede de redenen die dit verhoor rechtvaardigen.

- 57 In het volgende punt van het arrest heeft het Gerecht erop gewezen dat met name in de punten 20, 40, 50, 66 tot en met 71, 94, 96, 125 en 142 van het verzoekschrift weliswaar bepaalde personen werden genoemd die als getuigen konden optreden met betrekking tot de in deze punten uiteengezette feiten, maar dat de zes personen met betrekking tot wie uitdrukkelijk was gevraagd dat zij door het Gerecht als getuigen zouden worden gehoord, in deze punten niet werden genoemd. Derhalve heeft het vastgesteld dat de groep Henss/Isoplus voor deze zes personen op generlei wijze de feiten had aangegeven waarover een getuigenverhoor diende te worden gelast.
- 58 In punt 38 van het arrest heeft het Gerecht daaruit geconcludeerd dat het verzoek om getuigenverhoor moest worden afgewezen zonder dat behoefde te worden nagegaan of het opportuun was de zes genoemde personen te horen.
- 59 Vastgesteld moet worden dat het Gerecht enerzijds geconfronteerd werd met een groot aantal feiten met betrekking waartoe de groep Henss/Isoplus in haar verzoekschrift had aangeboden het bewijs te leveren door het horen van een aantal personen, en anderzijds met een formeel verzoek in hetzelfde verzoekschrift om overeenkomstig artikel 68, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht zes andere personen te horen teneinde algemeen aan te tonen dat de betrokken ondernemingen van de groep vóór oktober 1994 niet hadden deelgenomen aan het kartel, maar waarbij in het verzoekschrift niet was vermeld met betrekking tot welke feiten precies het bewijs werd aangeboden.
- 60 Nu het nochtans lijvige verzoekschrift op dit punt verre van duidelijk was, heeft het Gerecht terecht geoordeeld dat het verzoek om de zes betrokkenen te horen niet duidelijk aangaf over welke feiten die personen als getuigen moesten worden gehoord.

- 61 De groep Henss/Isoplus voert verder nog aan dat het horen van andere dan deze zes personen niet mocht worden opgevat als een louter bewijsaanbod, maar als een verzoek om een getuigenverhoor in de zin van artikel 68, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht.
- 62 Met deze grief verwijt de groep Henss/Isoplus het Gerecht dus dat het de strekking van haar verzoekschrift op dit punt verkeerd heeft opgevat.
- 63 Deze grief is ongegrond.
- 64 Uit het verzoekschrift, met name punt 145 waar rekwirante ook specifiek naar verwijst, blijkt immers dat rekwirante zelf onderscheid heeft gemaakt tussen haar bewijsaanbiedingen in de zin van artikel 44, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht en haar formele verzoek om de maatregel van instructie die bestaat uit het getuigenverhoor van zes andere personen op grond van artikel 68, lid 1, van het Reglement. Een verkeerde opvatting dienaangaande is dus niet aangetoond.
- 65 Subsidiair stelt de groep Henss/Isoplus dat zelfs indien haar verzoek om de betrokkenen als getuigen te horen, niet was ingediend overeenkomstig artikel 68, lid 1, het Gerecht dit getuigenverhoor toch ambtshalve diende te bevelen.

- 66 Daar krachtens het mededingingsrecht opgelegde geldboeten moeten worden aangemerkt als „strafrechtelijk” in de zin van artikel 6 EVRM, dient het Gerecht haars inziens krachtens lid 3 van die bepaling en het algemene beginsel van gemeenschapsrecht van het recht op een eerlijk proces hoe dan ook de door de verweerder bij naam genoemde getuigen à décharge op te roepen en te horen.
- 67 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het uitsluitend ter beoordeling van het Gerecht staat, of de gegevens waarover het beschikt betreffende de aan hem voorgelegde zaken, eventueel aanvulling behoeven (zie met name arresten van 30 september 2003, Freistaat Sachsen e.a./Commissie, C-57/00 P en C-61/00 P, Jurispr. blz. I-9975, punt 47, en 7 oktober 2004, Mag Instrument/BHIM, C-136/02 P, Jurispr. blz. I-9165, punt 76).
- 68 Bovendien heeft het Hof in een mededingingszaak beslist dat zelfs wanneer een in het verzoekschrift geformuleerd verzoek om getuigen te horen, nauwkeurig de feiten aangeeft waarop dit verhoor betrekking zal hebben, alsmede de redenen die dit verhoor rechtvaardigen, het aan het Gerecht staat de relevantie van dit verzoek voor het geschil en de noodzaak om die getuigen te horen te beoordelen (arrest van 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie, C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punt 70).
- 69 Dat het Gerecht dienaangaande over een beoordelingsbevoegdheid beschikt, kan niet worden betwist met, zoals de groep Henss/Isoplus doet, een beroep op het algemeen beginsel van gemeenschapsrecht dat is geïnspireerd door artikel 6, lid 1,

EVRM, volgens hetwelk een ieder recht heeft op een eerlijk proces, en inzonderheid door lid 3, sub d, daarvan, volgens hetwelk een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld, met name het recht heeft het oproepen en de ondervraging van getuigen à décharge te doen geschieden onder dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuigen à charge, welk beginsel een bijzonder aspect is van het recht op een eerlijk proces.

- 70 Blijkens de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens verleent deze bepaling degene tegen wie een vervolging is ingesteld, namelijk geen absoluut recht om getuigen voor de rechter te doen verschijnen, en staat het in beginsel aan de nationale rechter om te beslissen of oproeping van een getuige nodig of opportuun is (zie met name EHRM, arresten *Pisano v. Italië* van 27 juli 2000, niet gepubliceerd in de *Recueil des arrêts et décisions*, § 21; *S.N. v. Zweden* van 2 juli 2002, *Recueil des arrêts et décisions*, 2002-V, § 43, en *Destrehem v. Frankrijk* van 18 mei 2004, nog niet gepubliceerd in de *Recueil des arrêts et décisions*, § 39).
- 71 Volgens deze rechtspraak schrijft artikel 6, lid 3, EVRM niet de oproeping van alle getuigen voor, maar strekt het tot de volledige gelijkwaardigheid van procedurele rechten, die verzekert dat degene tegen wie een vervolging is ingesteld, in de litigieuze procedure in haar geheel genomen de mogelijkheid heeft gehad om de op hem rustende verdenking naar behoren en voldoende te betwisten (zie met name arrest *Pisano v. Italië*, reeds aangehaald, § 21).
- 72 In casu staat vast dat het Gerecht, zoals uit punt 21 van het bestreden arrest HFB e.a./Commissie blijkt, de groep Henss/Isoplus bij wijze van maatregel tot organisatie van de procesgang heeft verzocht schriftelijke vragen te beantwoorden en bepaalde stukken over te leggen, en dat partijen aan dat verzoek hebben voldaan. Het Gerecht kan dus niet worden verweten dat het zijn plicht om de feiten te onderzoeken, niet is nagekomen (zie in die zin arrest *Baustahlgewebe/Commissie*, reeds aangehaald, punt 76).

- 73 Voorts moet worden vastgesteld dat het Gerecht in de punten 137 tot en met 181 van het bestreden arrest een groot aantal stukken uit het dossier heeft onderzocht en heeft geconcludeerd dat de Commissie de groep Henss/Isoplus terecht verweet dat zij van oktober 1991 tot oktober 1994 had deelgenomen aan een kartel.
- 74 Deze rekwirante heeft dus ruimschoots de gelegenheid gehad om aan te tonen dat de bij haar aangesloten ondernemingen vóór oktober 1994 niet hadden deelgenomen aan het kartel.
- 75 Anders dan rekwirante stelt, was het Gerecht dus niet verplicht ambtshalve het verhoor van de betrokken getuigen à décharge te bevelen.
- 76 Bijgevolg moet het middel worden afgewezen.

2. Het middel dat ABB ontleent aan schending van de artikelen 44, lid 1, sub c, en 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht doordat het Gerecht de overlegging van een bij de repliek gevoegd juridisch advies heeft geweigerd

- 77 Met haar eerste middel stelt ABB dat het Gerecht de artikelen 44, lid 1, sub c, en 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering heeft geschonden door in de

punten 112 tot en met 114 van het bestreden arrest ABB Asea Brown Boveri/ Commissie te oordelen dat het bij haar repliek gevoegde juridisch advies van professor J. Schwarze (hierna: „juridisch advies”) geheel noch gedeeltelijk in aanmerking kon worden genomen.

78 Met het eerste onderdeel van dit middel verwijt ABB het Gerecht dat het blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 112 van het bestreden arrest te oordelen dat overeenkomstig artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht dat juridisch advies niet toelaatbaar was, daar het bepaalde algemene beginselen vermeldt die de basis vormen voor middelen die niet werden aangevoerd in het bij het Gerecht neergelegde verzoekschrift.

79 Daar de punten 115 tot en met 136 van het arrest enkel betrekking hebben op het vertrouwensbeginsel, is het Gerecht er dienaangaande van uitgegaan dat dit middel enkel betrekking heeft op dat beginsel, zodat elk ander administratiefrechtelijk beginsel dat in het juridisch advies wordt onderzocht, een nieuw middel is dat derhalve niet-ontvankelijk is in de zin van artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht.

80 Het juridisch advies verwijst echter met name naar bepaalde administratiefrechtelijke beginselen en ontwikkelt enkel argumenten die de nauwkeurige rechtsgrondslag verduidelijken, vooral de strekking van het vertrouwensbeginsel. Die argumenten beoogden in wezen aan te tonen dat de beoordelingsbevoegdheid van de Commissie bij de vaststelling van de geldboete in de gegeven omstandigheden beperkt was.

- 81 Het juridisch advies bevatte haars inziens dus geen nieuw middel, maar enkel argumenten tot staving van een middel dat reeds was aangevoerd in het bij het Gerecht neergelegde verzoekschrift.
- 82 Dienaangaande moet worden vastgesteld dat in het advies in kwestie, dat in totaal 101 punten bevat, met name zes beginselen van gemeenschapsrecht worden ontwikkeld, namelijk het vertrouwensbeginsel, het beginsel van zelfbinding van de administratie („self-binding”), het estoppelbeginsel, het beginsel van behoorlijk bestuur, het beginsel venire contra factum proprium, en het recht op een eerlijk proces en de bescherming van de rechten van de verdediging.
- 83 Blijkens punt 19 van het juridisch advies worden die beginselen onderzocht teneinde uit te maken of het gemeenschapsrecht regels kent die de discretionaire bevoegdheid van de Commissie om geldboeten op te leggen op het gebied van het mededingingsrecht beperken en die eraan in de weg staan dat deze instelling haar vaste praktijk inzake de vaststelling van geldboeten wijzigt en haar nieuwe praktijk toepast op een geval als het onderhavige.
- 84 In punt 43 van het advies wordt gesteld dat elk van die beginselen uit verschillende oogpunten en eventueel in verschillende mate die discretionaire bevoegdheid van de Commissie kan beperken.
- 85 In de punten 44 tot en met 96 van het juridisch advies wordt elk van die beginselen afzonderlijk onderzocht en toegepast op het onderhavige geval.

- 86 In de punten 97 tot en met 101 van het advies wordt daaruit geconcludeerd dat de discretionaire bevoegdheid van de Commissie in casu inderdaad aldus beperkt was dat zij niet kon afwijken van haar vroegere praktijk.
- 87 In punt 98 van het advies wordt gesteld dat voorzover die beginselen dwingend zijn, zij vergelijkbaar zijn.
- 88 Uit de opzet en de inhoud van het juridisch advies volgt dat ofschoon er bepaalde overlappingen zijn tussen de daarin genoemde administratiefrechtelijke beginselen en de in het verzoekschrift aangevoerde middelen, het advies duidelijk niet beperkt blijft tot een uiteenzetting van argumenten die het middel inzake het vertrouwensbeginsel verduidelijken of aanvullen, zoals ABB betoogt, maar een aantal autonome beginselen ontwikkelt om aan te tonen dat de Commissie in casu niet mocht afwijken van haar vroegere praktijk inzake de vaststelling van geldboeten. In dat verband moet worden vastgesteld dat het vertrouwensbeginsel slechts één van de zes beginselen is die daartoe worden ontwikkeld.
- 89 Zoals de Commissie heeft gesteld, blijkt uit de tekst van het juridisch advies dus dat daarin voor het eerst werd bedoeld op beginselen die niet waren aangevoerd in het bij het Gerecht neergelegde verzoekschrift.
- 90 Derhalve moet het eerste onderdeel van het eerste middel van ABB worden afgewezen.

- 91 Met het tweede onderdeel van haar eerste middel stelt deze rekwirante dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 113 van het bestreden arrest ABB Asea Brown Boveri/Commissie te oordelen dat het juridisch advies geheel noch gedeeltelijk in aanmerking kon worden genomen daar het verzoekschrift krachtens artikel 44, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht het voorwerp van het geschil en een summierere uiteenzetting van de aangevoerde middelen moet bevatten.
- 92 Het Gerecht heeft volgens haar in het verzoekschrift en de repliek geen gebrek gevonden dat toepassing van die bepaling kon rechtvaardigen. Het heeft dan ook ten onrechte geoordeeld dat ABB een ontoereikend middel wilde compenseren door een algemene verwijzing naar het juridisch advies. Bovendien kan die bepaling van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht niet naar analogie worden ingeroepen, zoals het Gerecht in dat punt van het bestreden arrest heeft gedaan.
- 93 In dit verband moet de redenering van het Gerecht in punt 113 van het bestreden arrest ABB Asea Brown Boveri/Commissie worden nagegaan.
- 94 Het Gerecht heeft eraan herinnerd dat uit artikel 44, lid 1, sub c, van zijn Reglement voor de procesvoering volgt dat de elementen feitelijk en rechtens van het beroep althans summier uit het verzoekschrift zelf moeten blijken, en dat het dus niet volstaat dat in het verzoekschrift wordt verwezen naar dergelijke elementen in een bijlage daarbij.

- 95 Het Gerecht heeft met name verwezen naar de vaste rechtspraak van het Hof betreffende de plicht van de Commissie om in elk krachtens artikel 226 EG ingediend verzoekschrift de exacte grieven aan te geven waarover zij een uitspraak van het Hof verlangt, evenals — in elk geval summier — de juridische en feitelijke gronden waarop die grieven berusten.
- 96 Uit die rechtspraak volgt inderdaad dat aan deze verplichting niet is voldaan, wanneer van de grieven van de Commissie in het verzoekschrift slechts blijkt in de vorm van een gewone verwijzing naar de in de aanmaningsbrief en in het met redenen omkleed advies gegeven redenen, dan wel hiervan slechts blijkt in het onderdeel van het verzoekschrift dat is gewijd aan het juridische kader (zie in die zin met name arresten van 31 maart 1992, Commissie/Denemarken, C-52/90, Jurispr. blz. I-2187, punten 17 en 18; 23 oktober 1997, Commissie/Griekenland, C-375/95, Jurispr. blz. I-5981, punt 35, en 29 november 2001, Commissie/Italië, C-202/99, Jurispr. blz. I-9319, punten 20 en 21).
- 97 Het Gerecht heeft er ook aan herinnerd dat het niet zijn taak is om in de bijlagen de middelen te zoeken en te ontdekken die het als grondslag voor het beroep zou kunnen beschouwen, daar de bijlagen slechts als bewijsmiddel dienen.
- 98 Op grond daarvan heeft het Gerecht geconcludeerd dat het, nu een deel van het juridisch advies niet in aanmerking kon worden genomen, zeker ook niet zijn taak was om in het advies de passages te zoeken en te ontdekken die in aanmerking konden worden genomen als bijlagen die de memories van ABB op specifieke punten staafden en aanvulden.

- 99 Gelet op de daaraan voorafgaande motivering moet deze conclusie aldus worden opgevat dat het feit dat de bijlagen slechts als bewijsmiddel dienen, impliceert dat, voorzover het juridisch advies behalve nieuwe en dus niet-ontvankelijke middelen ook elementen rechtens bevat die de grondslag vormen voor bepaalde middelen in het verzoekschrift, die elementen moeten voorkomen in de tekst zelf van de repliek waaraan dat advies is gehecht, of in dat stuk althans voldoende moeten worden aangegeven.
- 100 Door deze criteria te hanteren en te oordelen dat daaraan in casu niet was voldaan, heeft het Gerecht geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.
- 101 Verder heeft het Gerecht de strekking van de bij hem ingediende repliek ook niet verkeerd opgevat. Punt 31 van die repliek bevat immers enkel een algemene verwijzing naar het juridisch advies. Ook het door ABB aangevoerde feit dat in voetnoten in een aantal punten van dat stuk wordt verwezen naar enkele passages van dit advies, kan niet afdoen aan de conclusie die het Gerecht met betrekking tot dit punt heeft getrokken.
- 102 Bijgevolg moet het middel worden afgewezen.

B — De middelen ten gronde betreffende de toerekenbaarheid van de inbreuk

- 103 In de tweede plaats moeten de door de groep Henss/Isoplus en Brugg aangevoerde middelen ten gronde worden onderzocht, waarmee deze rekwiranten de bestreden

arresten die op hen betrekking hebben, betwisten op een aantal punten betreffende de toerekenbaarheid van de inbreuk die hun in de litigieuze beschikking ten laste is gelegd en die het Gerecht heeft bevestigd.

1. Het middel inzake schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag doordat bepaalde ondernemingen tot de groep Henss/Isoplus zijn gerekend en de inbreuk aan deze groep als „onderneming” in de zin van deze bepaling is toegerekend

104 Met haar vijfde middel verwijt de groep Henss/Isoplus het Gerecht dat het in de punten 54 tot en met 68 van het bestreden arrest HFB e.a./Commissie heeft geoordeeld dat de Commissie in de litigieuze beschikking terecht bepaalde ondernemingen tot deze groep heeft gerekend en de inbreuk aan haar heeft toegerekend.

105 Deze rekwirante stelt allereerst dat het Gerecht in punt 66 van dat bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting toen het haar argument heeft afgewezen dat een onderneming in de zin van de verdragsbepalingen inzake mededinging noodzakelijkerwijs rechtspersoonlijkheid moet hebben.

106 Dit is evenwel niet het geval voor de groep Henss/Isoplus, zo die al een economische eenheid vormt, noch voor de heer Henss als persoon die volgens het bestreden arrest de controle had over de verschillende ondernemingen van die groep.

- 107 De groep Henss/Isoplus stelt dat haar standpunt steun vindt in artikel 1 van protocol 22 bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte van 2 mei 1992 (PB 1994, L 1, blz. 3), volgens hetwelk onder het begrip „onderneming” in de zin van de verdragsbepalingen inzake mededinging wordt verstaan iedere juridische eenheid („Rechtssubjekt” in de Duitse versie) die activiteiten van commerciële of economische aard ontplooit.
- 108 Dit wordt inzonderheid bevestigd in de rechtspraak van het Hof betreffende de bepalingen van het EGKS-Verdrag inzake mededinging (arresten van 13 juli 1962, Klöckner-Werke en Hoesch/Hoge Autoriteit, 17/61 en 20/61, Jurispr. blz. 643, en Mannesmann/Hoge Autoriteit, 19/61, Jurispr. blz. 703).
- 109 In andere arresten, met name die welke het Gerecht heeft aangehaald in punt 66 van het bestreden arrest, heeft het Hof nog geen definitief antwoord gegeven op de principenvraag of de kwalificatie als onderneming in de zin van het mededingingsrecht steeds vereist dat de betrokken eenheid rechtspersoonlijkheid heeft (arresten van 14 juli 1972, ICI/Commissie, 48/69, Jurispr. blz. 619; 21 februari 1973, Europemballage en Continental Can/Commissie, 6/72, Jurispr. blz. 215; 12 juli 1984, Hydrotherm, 170/83, Jurispr. blz. 2999, en 23 april 1991, Höfner en Elser, C-41/90, Jurispr. blz. I-1979).
- 110 Hoewel een inbreuk van een onderneming met rechtspersoonlijkheid volgens deze rekwirante aan de moederverenootschap, een holdingmaatschappij, kan worden toegerekend wanneer zij deze controleert en het dus om één economische eenheid gaat (zie met name de reeds aangehaalde arresten ICI/Commissie en Europemballage en Continental Can/Commissie), is voor een dergelijke toerekening echter vereist dat de controlerende eenheid zelf rechtspersoonlijkheid heeft.

- 111 Een natuurlijk persoon, zoals in casu de heer Henss, kan louter als vennoot of aandeelhouder evenwel niet worden aangemerkt als een „onderneming” in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag. Deze rechtspraak is volgens rekwirante hier dan ook niet relevant.
- 112 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak in de context van het mededingingsrecht het begrip onderneming elke eenheid omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd (zie met name arrest van 19 februari 2002, *Wouters e.a.*, C-309/99, Jurispr. blz. I-1577, punt 46, en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 113 Uit deze rechtspraak blijkt duidelijk dat het begrip onderneming in de zin van de verdragsbepalingen inzake mededinging niet vereist dat de betrokken economische eenheid rechtspersoonlijkheid heeft. Anders dan de groep Henss/Isoplus betoogt, is dit ook geen uitlegging die enkel geldt voor de casusposities die hebben geleid tot de arresten van het Hof, zoals de arresten *Hydrotherm* of *Höfner en Elser*, maar een algemene uitlegging.
- 114 Het argument dat wordt ontleend aan de Duitse versie van artikel 1 van protocol 22 bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte en met name het daar gebezigde begrip „rechtssubject” („Rechtssubjekt”), kan aan die uitlegging niet afdoen.

- 115 Het begrip „rechtssubject” sluit natuurlijke personen niet noodzakelijkerwijs uit. Dat begrip ontbreekt hoe dan ook in alle andere taalversies, waarin slechts sprake is van het begrip „eenheid”.
- 116 De groep Henss/Isoplus stelt verder dat ondernemingen die noch door deelnemingen in het kapitaal noch vanuit vennootschapsrechtelijk oogpunt met elkaar verbonden zijn en die derhalve niet afhangen van een controlerende onderneming, geen groep kunnen worden door het loutere bestaan van eventuele banden tussen natuurlijke personen die geen ondernemingen zijn.
- 117 In dat verband zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak het mededingingsverstorend gedrag van een onderneming aan een andere onderneming kan worden toegerekend wanneer eerstgenoemde onderneming niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalde, maar in hoofdzaak de door laatstgenoemde onderneming verstrekte instructies volgde, in het bijzonder gelet op de economische en juridische banden die hen verenigden (zie met name arrest van 16 november 2000, *Metsä-Serla e.a./Commissie*, C-294/98 P, Jurispr. blz. I-10065, punt 27).
- 118 Stellig levert het loutere feit dat het maatschappelijk kapitaal van twee onderscheiden handelsvennootschappen in handen is van eenzelfde persoon of familie, als zodanig nog niet het bewijs op dat tussen deze twee vennootschappen een economische eenheid bestaat die krachtens het communautaire mededingingsrecht tot gevolg heeft dat de ene vennootschap voor de handelingen van de andere aansprakelijk kan worden gesteld en gehouden kan zijn om voor de andere een geldboete te betalen (zie arrest van 2 oktober 2003, *Aristrain/Commissie*, C-196/99 P, Jurispr. blz. I-11005, punt 99).

- 119 In casu heeft het Gerecht het bestaan van de door de groep Henss/Isoplus gevormde economische eenheid niet uitsluitend afgeleid uit het feit dat de betrokken ondernemingen, wat hun maatschappelijk kapitaal betreft, werden gecontroleerd door één enkele persoon, namelijk de heer Henss.
- 120 Blijkens de punten 56 tot en met 64 van het bestreden arrest HFB e.a./Commissie heeft het Gerecht het bestaan van die economische eenheid namelijk afgeleid uit een geheel van factoren die bewezen dat Henss de betrokken vennootschappen controleerde, waaronder behalve het feit dat hij zelf of zijn echtgenote al dan niet rechtstreeks alle of nagenoeg alle aandelen bezat, ook het feit dat Henss sleutelposities innam in de beheersorganen van die vennootschappen en het feit dat hij tijdens de vergaderingen van de club van directeuren, zoals bedoeld in punt 20 van het onderhavige arrest, de verschillende ondernemingen vertegenwoordigde en deze door het kartel één enkel quotum is toegekend.
- 121 Subsidiair stelt de groep Henss/Isoplus ten slotte dat de verschillende ondernemingen die de Commissie samen heeft gerekend, niet tot dezelfde economische eenheid behoren, aangezien zij autonomie hebben en niet afhankelijk zijn van instructies van buitenaf. Met dit argument betoogt deze rekwirante dat de betrokken ondernemingen op de een of andere wijze feitelijk werden gecontroleerd door Henss.
- 122 Dienaangaande zij opgemerkt dat overwegingen als die van het Gerecht in de punten 56 tot en met 64 van het bestreden arrest HFB e.a./Commissie, waarmee het bestaan van een economische eenheid wordt aangetoond, berusten op een aantal feitelijke vaststellingen die in het kader van een hogere voorziening niet ter discussie

kunnen worden gesteld, behalve in geval van een verkeerde opvatting omtrent de relevante feiten of de aan het Gerecht voorgelegde bewijsmiddelen, of wanneer de materiële onjuistheid van hetgeen het Gerecht heeft vastgesteld, uit de processtukken volgt (zie in die zin met name de reeds aangehaalde arresten Metsä-Serla e.a./Commissie, punt 37, en Mag Instrument/BHIM, punten 39 en 76).

- 123 Wat punt 57 van het bestreden arrest betreft, heeft het Gerecht, anders dan de groep Henss/Isoplus stelt, niet vastgesteld dat Henss gedurende de relevante periode, dat wil zeggen de door de Commissie in aanmerking genomen duur van de inbreuk, namelijk van oktober 1991 tot maart/april 1996, niet alleen directeur, maar ook aandeelhouder was van Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH. Op dit punt is er geen enkele tegenspraak met het dossier, zodat het vormgebrek dat deze rekwirante dienaangaande stelt als onderdeel van haar zevende middel, moet worden afgewezen.
- 124 Wat punt 58 van het bestreden arrest betreft, is het Gerecht bij zijn vaststellingen niet verder gegaan dan hetgeen rekwirante stelt, namelijk dat Henss tijdens de relevante periode via trustees de meeste aandelen van Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH in handen had, maar nooit directeur is geweest.
- 125 Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de specifieke kritiek op deze punten 57 en 58 geenszins aantoot dat het Gerecht een verkeerde opvatting had omtrent de

relevante feiten of de bewijsmiddelen, noch dat de materiële onjuistheid van hetgeen het Gerecht heeft vastgesteld, volgt uit de processtukken.>

- 126 Aangaande Isoplus Fernwärmetechnik GmbH stelt de groep Henss/Isoplus dat Henss en de echtelieden Papsdorf nooit directeur zijn geweest en dat de aandelen van deze vennootschap tijdens de relevante periode bovendien voor eenderde in handen waren van Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH op eigen naam, voor eenderde in handen van de echtelieden Papsdorf via deze laatste vennootschap die handelde als trustee, en voor eenderde in handen van andere natuurlijke personen via dezelfde trustee.
- 127 Dit zijn dezelfde feiten die het Gerecht in aanmerking heeft genomen in punt 59 van het bestreden arrest, zodat ook op dit punt niet is aangetoond dat er sprake was van een verkeerde opvatting omtrent de relevante feiten of de bewijsmiddelen. Uit de processtukken volgt ook niet dat hetgeen het Gerecht heeft vastgesteld, materieel onjuist was.
- 128 De groep Henss/Isoplus voegt daaraan toe dat uit die feiten volgt dat de vennootschap Isoplus Fernwärmetechnik GmbH buiten de invloedssfeer van Henss en de echtelieden Papsdorf viel.
- 129 Deze grief is niet-ontvankelijk, aangezien zij de vraag aan de orde stelt of in casu werkelijk was voldaan aan de voorwaarden voor het bestaan van een economische

eenheid, hetgeen een beoordeling van de feiten vergt, die niet als zodanig in het kader van een hogere voorziening kan worden bestreden (zie arrest Metsä-Serla e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 30).

130 In die omstandigheden kan het Gerecht niet worden verweten dat het na een algemene en in beginsel soevereine beoordeling van alle feiten heeft vastgesteld dat de verschillende ondernemingen van de groep Henss/Isoplus moesten worden geacht deel uit te maken van één economische eenheid.

131 Het middel moet dan ook worden afgewezen.

2. De middelen ontleend aan schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag doordat aan de groep Henss/Isoplus en aan Brugg een inbreuk op de mededingingsregels is toegerekend wegens hun deelneming aan een vergadering met een mededingingsverstorend doel

132 Met respectievelijk hun vierde en vijfde middel verwijten de groep Henss/Isoplus en Brugg elk wat hen betreft het Gerecht dat het in de punten 223 tot en met 227 van het bestreden arrest HFB e.a./Commissie en 52 tot en met 66 van het bestreden arrest Brugg Rohrsysteme/Commissie heeft geoordeeld dat de Commissie hun in de litigieuze beschikking terecht de inbreuk of een deel daarvan heeft toegerekend wegens hun deelneming aan vergaderingen met een mededingingsverstorend doel.

- 133 De groep Henss/Isoplus betwist met name dat het feit dat Henss vóór oktober 1994 heeft deelgenomen aan vergaderingen met een mededingingsverstorend doel, de conclusie wettigde dat deze groep moest worden geacht te hebben deelgenomen aan het kartel dat het gevolg was van die vergaderingen, die plaatsvonden van oktober 1991 tot oktober 1994.
- 134 Brugg stelt dat het Gerecht uit haar deelneming aan de vergadering van 24 maart 1995, tijdens welke de boycot van Powerpipe is besproken, ten onrechte het bewijs heeft afgeleid dat zij daadwerkelijk aan die boycot heeft deelgenomen.
- 135 De groep Henss/Isoplus baseert zich naar analogie op de rechtspraak volgens welke de Commissie toegang tot bepaalde documenten kan weigeren op grond dat een onderneming met een machtspositie vergeldingsmaatregelen zou kunnen nemen tegen een onderneming die aan het onderzoek van de Commissie heeft meegewerkt (arrest Hof van 6 april 1995, BPB Industries en British Gypsum/Commissie, C-310/93 P, Jurispr. blz. I-865, punten 26 en 27, en arrest Gerecht van 1 april 1993, BPB Industries en British Gypsum/Commissie, T-65/89, Jurispr. blz. II-389, punt 33).
- 136 Daaruit volgt haars inziens dat economisch zwakkere ondernemingen, zelfs indien zij zich niet publiekelijk distantiëren van de inhoud van vergaderingen die kennelijk een mededingingsverstorend doel hebben en waarop zij zijn uitgenodigd door ondernemingen die een machtspositie hebben of economisch sterker zijn, moeten worden ontslagen van hun aansprakelijkheid voor deelneming aan een onrechtmatig kartel indien zij geen uitvoering geven aan de resultaten van die vergaderingen.

- 137 In casu heeft de groep Henss/Isoplus de inhoud van de vergaderingen waarop zij aanwezig was, niet aan de kaak gesteld omdat aan het kartel met name werd deelgenomen door ABB, een onderneming met een machtspositie, en LR A/S, een onderneming die veel sterker was dan zij.
- 138 Zij heeft echter geen uitvoering gegeven aan de resultaten van die vergaderingen, hetgeen blijkt uit de voortdurende prijsdalingen op de markt van voorgeïsoleerde buizen tussen oktober 1991 en oktober 1994.
- 139 Brugg stelt dat zij als loutere wederverkoper van de betrokken producten geen boycot kon voeren.
- 140 Verder heeft het Gerecht in punt 62 van het bestreden arrest Brugg Rohrsysteme/ Commissie ten onrechte opgemerkt dat Brugg belang had bij elke boycotmaatregel van andere leden van het kartel tegen Powerpipe, aangezien deze op de Duitse markt een rechtstreekse concurrent was.
- 141 Het Gerecht heeft die grieven terecht afgewezen.
- 142 Volgens vaste rechtspraak volstaat het immers dat de Commissie aantoont dat de betrokken onderneming heeft deelgenomen aan bijeenkomsten tijdens welke mededingingsversturende overeenkomsten zijn gesloten, en zich daar niet duidelijk

tegen heeft verzet, om de deelneming van die onderneming aan de mededingingsregeling genoegzaam te bewijzen. Wanneer de deelneming aan dergelijke bijeenkomsten is aangetoond, dient die onderneming aanwijzingen te verstrekken waaruit blijkt dat haar deelneming aan die bijeenkomsten geen mededingingsversturende bedoeling had, en wel door aan te tonen dat zij haar concurrenten duidelijk had gemaakt, dat zij vanuit een andere optiek dan zij aan die bijeenkomsten deelnam (zie met name arrest van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 81, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 143 In dat verband leidt de stilzwijgende goedkeuring van een onrechtmatig initiatief, waarvan niet publiekelijk afstand wordt genomen en dat niet bij de administratieve instanties wordt aangegeven, ertoe dat het voortbestaan van de inbreuk wordt bevorderd en de ontdekking ervan wordt bemoeilijkt. Deze medeplichtigheid vormt een passieve deelneming aan de inbreuk waarvoor de onderneming in het kader van één enkele overeenkomst aansprakelijk kan worden gesteld (zie arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 84).
- 144 Bovendien ontslaat de omstandigheid dat een onderneming geen gevolg geeft aan de resultaten van een vergadering met een mededingingsversturend doel, haar niet van haar aansprakelijkheid voor haar deelneming aan een mededingingsregeling, tenzij zij zich publiekelijk van de inhoud daarvan heeft gedistantieerd (zie arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 85, en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 145 Voor de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag volstaat dat een overeenkomst tot doel had de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt te verhinderen, te beperken of te vervalsen, ongeacht de concrete gevolgen ervan. Dit betekent dat in geval van overeenkomsten waarvan blijkt tijdens bijeenkomsten van concurrerende ondernemingen, er sprake is van een inbreuk op deze bepaling, wanneer die bijeenkomsten dat doel hebben en aldus een kunstmatige regulering

van de werking van de markt beogen. In een dergelijk geval mag de aansprakelijkheid van een bepaalde onderneming voor de inbreuk worden aangenomen wanneer zij aan die bijeenkomsten heeft deelgenomen terwijl het doel ervan haar bekend was, ook al heeft zij vervolgens een of meer van de aldaar overeengekomen maatregelen niet uitgevoerd. De frequentie waarmee de onderneming aan de bijeenkomsten heeft deelgenomen, en de al dan niet volledige uitvoering van de overeengekomen maatregelen zijn wel van invloed op de omvang van de aansprakelijkheid en dus op de hoogte van de boete, maar niet op de aansprakelijkheid zelf (zie arrest van 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, punten 508-510).

- ¹⁴⁶ Daaruit volgt dat de door Brugg aangevoerde omstandigheid dat zij de tijdens de vergadering van 24 maart 1995 overeengekomen boycotmaatregel niet heeft uitgevoerd en ook niet kon uitvoeren, haar niet ontslaat van haar aansprakelijkheid voor haar deelneming aan deze maatregel, tenzij zij zich publiekelijk van de inhoud daarvan heeft gedistantieerd, hetgeen deze rekwirante niet heeft gesteld.
- ¹⁴⁷ Zoals Brugg betoogt en anders dan het Gerecht in punt 62 van het bestreden arrest Brugg Rohrsysteme/Commissie heeft overwogen, is het dienaangaande weliswaar van geen belang dat deze rekwirante belang had bij elke boycotmaatregel van andere leden van het kartel tegen een van haar rechtstreekse concurrenten (zie in die zin arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 335).
- ¹⁴⁸ Het gaat hier echter om een grief tegen een ten overvloede aangevoerde overweging van het arrest, die niet tot vernietiging van het arrest kan leiden en derhalve niet ter

zake dienend is (zie met name arrest van 7 november 2002, Hirschfeldt/EMA, C-184/01 P, Jurispr. blz. I-10173, punt 48, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

149 In het geval van Brugg blijkt uit de litigieuze beschikking trouwens dat de Commissie, anders dan deze rekwirante betoogt, haar deelneming aan de boycot van Powerpipe niet als een verzwarende omstandigheid heeft beschouwd, daar de enige verzwarende omstandigheid die jegens haar in aanmerking is genomen het voortduren van de inbreuk na de verificaties betreft.

150 Gelet op de rechtspraak waaraan in de punten 142 tot en met 145 van dit arrest is herinnerd, heeft de door de groep Henss/Isoplus aangevoerde omstandigheid dat aan het kartel werd deelgenomen door ondernemingen die een machtspositie hadden of bijzonder sterk waren, en die tegen andere, veel minder sterke deelnemers vergeldingsmaatregelen konden nemen indien deze zich publiekelijk van de inhoud van de vergaderingen met een mededingingsverstorend doel zouden distantiëren, geen invloed op het bestaan van de aansprakelijkheid van laatstgenoemde ondernemingen voor hun deelneming aan de mededingingsverstorende maatregel, maar kan deze in voorkomend geval wel gevolgen hebben voor de vaststelling van de hoogte van de geldboete.

151 Zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, zou de tegenovergestelde opvatting onaanvaardbaar zijn, aangezien die zou leiden tot verschillende voorwaarden voor de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag naargelang van de grootte van de ondernemingen, in de zin dat minder machtige ondernemingen zouden worden bevoordeeld.

152 Derhalve moeten de onderzochte middelen worden afgewezen.

C — De middelen ten gronde betreffende de vaststelling van het bedrag van de geldboeten

153 Alle rekwiranten bekritisieren de bestreden arresten met betrekking tot de berekening van de hun opgelegde geldboeten.

154 Hierna worden in de eerste plaats de grieven behandeld die zijn ontleend aan schending van bepaalde beginselen ten gevolge van de toepassing van de richtsnoeren op inbreuken als die welke thans aan de orde zijn, en in de tweede plaats de grieven betreffende de wettigheid van de in de richtsnoeren voorziene of in de litigieuze beschikking toegepaste methode voor de berekening van de geldboeten.

1. De middelen inzake schending van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen en het verbod van terugwerkende kracht ten gevolge van de toepassing van de richtsnoeren op de betrokken inbreuken

155 De meeste rekwiranten verwijten het Gerecht dat het heeft geoordeeld dat de Commissie, door in de litigieuze beschikking de richtsnoeren op de onderhavige zaken toe te passen, het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen en het verbod van terugwerkende kracht niet heeft geschonden.

a) De middelen inzake schending van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen

156 Met hun respectieve middelen stellen Dansk Rørindustri (tweede middel), KE KELIT (eerste middel), LR A/S (tweede middel), Brugg (eerste en tweede middel), LR GmbH (eerste middel, tweede onderdeel) en ABB (tweede middel) in wezen dat zij een gewettigd vertrouwen mochten hebben in de vroegere beschikkingspraktijk van de Commissie inzake de berekening van de geldboeten, zoals die bestond toen de inbreuken werden gepleegd.

157 Dit was een coherente en langdurige praktijk waarbij het bedrag van de geldboeten werd berekend aan de hand van de omzet die met het betrokken product werd behaald op de relevante geografische markt (hierna: „relevante omzet”), welk bedrag in geen geval hoger mocht zijn dan de in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 genoemde maximumboete van 10 % van de mondiale omzet van de betrokken onderneming voor alle producten (hierna: „totale omzet”).

158 Volgens deze praktijk bedroeg de maximumboete ook niet meer dan 10 % van de relevante omzet.

159 Volgens rekwiranten kon de Commissie niet zonder schending van hun gewettigd vertrouwen in deze vroegere praktijk jegens hen de berekeningsmethode toepassen

die wordt gehanteerd in de richtsnoeren, die zijn vastgesteld na de inbreuken en na de hoorzittingen, de laatste fase van de administratieve procedure voor de Commissie, aangezien deze methode een radicale vernieuwing betekent.

160 De bij deze methode ingevoerde vernieuwing betreft vooral het feit dat als uitgangspunt voor de berekening enkele vooraf bepaalde basisbedragen worden gehanteerd die de zwaarte van de inbreuk weerspiegelen en die als zodanig geen verband houden met de relevante omzet, en dat dit basisbedrag vervolgens kan worden opgetrokken of verminderd naar gelang van de duur van de inbreuk en van eventuele verzwarende of verzachtende omstandigheden en in een laatste fase nog verder kan worden verminderd wegens medewerking die de Commissie in de administratieve procedure eventueel wordt verleend.

161 Deze rekwiranten preciseren dat de Commissie niet zomaar van haar vroegere beschikkingspraktijk kon afwijken of dat zij hun althans tijdig van deze wijziging op de hoogte had moeten brengen of de toepassing van de nieuwe methode specifiek had moeten motiveren.

162 Verder stellen zij dat het vertrouwen dat zij aan de vroegere beschikkingspraktijk van de Commissie inzake de berekening van de geldboeten konden ontlenen, te meer gewettigd was nu hun besluit om met de Commissie mee te werken noodzakelijkerwijs was gebaseerd op die praktijk, en inzonderheid op de voordelen die zij op grond van die praktijk van hun medewerking mochten verwachten.

- 163 Het gewettigd vertrouwen op grond van de mededeling inzake medewerking gold volgens de bewoordingen van die mededeling zelf ook voor de berekening van het bedrag van de geldboete dat dient als basis voor de berekening, welk bedrag vervolgens wordt verminderd met een percentage wegens medewerking.
- 164 De middelen die Dansk Rørindustri en KE KELIT ontleen aan schending van het vertrouwensbeginsel moeten meteen niet-ontvankelijk worden verklaard.
- 165 Het is immers vaste rechtspraak dat indien een partij een middel dat zij voor het Gerecht niet heeft aangevoerd, voor het eerst voor het Hof zou mogen aanvoeren, zij dan in feite bij het Hof, met een beperkte bevoegdheid in hogere voorziening, een geschil aanhangig zou mogen maken met een ruimere strekking dan het geschil waarvan het Gerecht kennis heeft genomen. In hogere voorziening is het Hof dus enkel bevoegd om de beoordeling door het Gerecht van de voor hem aangevoerde middelen te onderzoeken (zie met name arrest van 3 oktober 2000, *Industrie des poudres sphériques/Raad*, C-458/98 P, *Jurispr. blz. I-8147*, punt 74).
- 166 Voor het Gerecht hebben Dansk Rørindustri en KE KELIT geen middel aangevoerd dat was ontleend aan schending van het vertrouwensbeginsel ten gevolge van de toepassing van de richtsnoeren.
- 167 Wat deze rekwiranten betreft, gaat het dus om nieuwe middelen die in hogere voorziening niet-ontvankelijk zijn.

- 168 Ten gronde verwijten LR A/S, Brugg, LR GmbH en ABB het Gerecht dat het in de punten 241 tot en met 248 van het bestreden arrest LR AF 1998/Commissie, 137 tot en met 144 van het bestreden arrest Brugg Rohrssysteme/Commissie, 248 tot en met 257 van het bestreden arrest Lögstör Rör/Commissie en 122 tot en met 136 van het bestreden arrest ABB Asea Brown Boveri/Commissie het vertrouwensbeginsel heeft geschonden doordat het de daarop gebaseerde middelen die zij voor het Gerecht hadden aangevoerd, heeft afgewezen.
- 169 In dit verband zij opgemerkt dat het Gerecht terecht in herinnering heeft gebracht dat het feit dat de Commissie in het verleden voor sommige soorten inbreuken geldboeten van een bepaald niveau heeft opgelegd, haar niet kan verhinderen dit niveau binnen de in verordening nr. 17 gestelde grenzen te verhogen, indien dit noodzakelijk is ter uitvoering van het communautaire mededingingsbeleid; voor een doeltreffende toepassing van de communautaire mededingingsregels moet de Commissie het niveau van de geldboeten juist op elk moment aan de eisen van dit beleid kunnen aanpassen (arrest van 7 juni 1983, *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, 100/80–103/80, *Jurispr. blz. 1825*, punt 109, en arrest *Aristrain/Commissie*, reeds aangehaald, punt 81).
- 170 Tot de bij de artikelen 85, lid 1, van het Verdrag en 86 EG-Verdrag (thans artikel 82 EG) aan de Commissie opgedragen toezichthoudende taak behoort immers niet alleen de verplichting om individuele inbreuken op te sporen en te bestraffen, maar ook de verplichting 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 (zie arrest *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, reeds aangehaald, punt 105).
- 171 Zoals het Gerecht terecht heeft opgemerkt, mogen de marktdeelnemers niet vertrouwen op handhaving van een bestaande situatie die de Commissie in het kader

van haar beoordelingsvrijheid kan wijzigen (arrest van 14 februari 1990, *Delacre e.a./Commissie*, C-350/88, *Jurispr. blz. I-395*, punt 33, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

172 Dit beginsel geldt duidelijk ook in het kader van het mededingingsbeleid, dat wordt gekenmerkt door een ruime beoordelingsvrijheid van de Commissie, met name wat de vaststelling van de geldboeten betreft.

173 Het Gerecht heeft ook terecht geconcludeerd dat ondernemingen die betrokken zijn bij een administratieve procedure waarin geldboeten kunnen worden opgelegd, geen gewettigd vertrouwen kunnen hebben in het feit dat de Commissie het vroeger gehanteerde niveau van de geldboeten niet zal overschrijden, zodat rekwiranten in casu met name geen gewettigd vertrouwen konden hebben in het niveau van de geldboeten in beschikking 94/601/EG van de Commissie van 13 juli 1994 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (IV/C/33.833 — *Karton*) (PB L 243, blz. 1). Zoals de Commissie heeft opgemerkt, volgt daaruit dat ook niet mag worden vertrouwd op een methode van berekening van de geldboeten.

174 Verschillende rekwiranten stellen dat deze rechtspraak achterhaald is door het arrest van 12 november 1987, *Ferriere San Carlo/Commissie* (344/85, *Jurispr. blz. 4435*, punten 12 en 13). In dat arrest heeft het Hof in wezen beslist dat aangezien de betrokken marktdeelnemer niet individueel tijdig op de hoogte was gesteld van de beëindiging van een twee jaar oude praktijk van de Commissie waarbij leveringen

buiten quotum werden getolereerd, de door deze instelling voor een dergelijke overschrijding opgelegde geldboete het gewettigd vertrouwen van de betrokken marktdeelnemer in handhaving van die praktijk had geschonden.

- 175 Zoals de Commissie heeft opgemerkt, kan een eventueel uit dit arrest af te leiden aanwijzing echter hoe dan ook niet worden aangevoerd in de specifieke context van de toezichtsbevoegdheid van de Commissie op het gebied van het mededingingsrecht waarop de in de punten 169 en 170 van dit arrest in herinnering gebrachte beginselen betrekking hebben.
- 176 Verder heeft het Gerecht terecht opgemerkt dat de vroegere beschikkingspraktijk van de Commissie niet uitsluitend op de relevante omzet was gebaseerd, en dat die praktijk derhalve geen grond kon zijn voor een gewettigd vertrouwen.
- 177 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het Gerecht bij uitsluiting bevoegd is om de relevante feiten vast te stellen en te beoordelen, alsook om de bewijselementen te beoordelen. De beoordeling van deze feiten en bewijselementen levert dus, behoudens het geval van een onjuiste opvatting daarvan, geen rechtsvraag op die als zodanig in hogere voorziening vatbaar is voor toetsing door het Hof (zie met name arrest *Mag Instrument/BHIM*, reeds aangehaald, punt 39).
- 178 LR A/S, Brugg, LR GmbH en ABB betwisten niet het bestaan van de uitspraken waarnaar het Gerecht verwijst, maar stellen dat het geïsoleerde gevallen zijn. Zij verwijzen in dat verband naar verschillende beschikkingen en standpuntbepalingen

van de Commissie waaruit blijkt dat er integendeel een voldoende coherente en duidelijke beschikkingspraktijk bestond betreffende de berekening van de geldboeten aan de hand van een percentage van de relevante omzet.

179 Als dit argument al juist zou zijn, kan daarmee hoe dan ook geen verkeerde opvatting omtrent de feiten of de voor het Gerecht aangevoerde bewijselementen worden aangetoond. In werkelijkheid betreft dit een kritiek op een feitelijke en dus soevereine beoordeling van het Gerecht. Dit argument kan in hogere voorziening dan ook niet slagen.

180 Ook de bewering van deze rekwiranten dat uit de vroegere beschikkingspraktijk van de Commissie blijkt dat de maximumboete de grens van 10 % van de relevante omzet niet mocht overschrijden, betreft een feitenkwestie waarover het Hof in hogere voorziening geen uitspraak kan doen.

181 Met de Commissie moet evenwel worden opgemerkt dat die grens hoe dan ook niet wordt gesteld in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, aangezien de daarin gestelde grens geldt voor de totale omzet, en niet voor de relevante omzet van de ondernemingen (zie in die zin arrest *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, reeds aangehaald, punt 119).

182 Dezelfde rekwiranten stellen nog dat zij een gewettigd vertrouwen mochten hebben in de vroegere beschikkingspraktijk van de Commissie inzake de berekening van het

bedrag van de geldboeten, nu hun besluit om met de Commissie mee te werken noodzakelijkerwijs was gebaseerd op die praktijk, en inzonderheid op de voordelen die zij op grond van die praktijk van hun medewerking mochten verwachten.

- 183 Naar analogie van met name het arrest van 28 april 1988, Mulder (120/86, Jurispr. blz. 2321, punt 24), stellen zij dat de Commissie deze medewerking door de publicatie van de mededeling inzake medewerking heeft aangemoedigd en dat zij daar voordeel uit heeft getrokken, zodat zij zich ertoe verbonden heeft de grondslag voor het aanbieden van die medewerking niet achteraf te wijzigen.
- 184 Indien de Commissie de berekening van de geldboeten naar eigen goeddunken kon wijzigen, dreigt het gewettigd vertrouwen dat de marktdeelnemers op de mededeling inzake medewerking mogen baseren, namelijk het recht op een vermindering van hun geldboete, denkbeeldig te worden.
- 185 De marktdeelnemers moeten huns inziens dus de voordelen van een eventuele medewerking kunnen beoordelen en moeten op voorhand het absolute bedrag van de geldboete kunnen berekenen naargelang zij al dan niet beslissen mee te werken.
- 186 Dienaangaande moet met het Gerecht in punt 143 van het bestreden arrest Brugg Rohrsysteme/Commissie en de punten 127 en 128 van het bestreden arrest ABB

Asea Brown Boveri/Commissie worden vastgesteld dat uit de mededeling inzake medewerking niet kan worden afgeleid dat deze mededeling aanleiding kon geven tot een gewettigd vertrouwen in een berekeningsmethode of een niveau van de geldboeten.

187 Uit hoofdstuk E, punt 3, van de mededeling inzake medewerking blijkt namelijk dat de Commissie zich ervan bewust is dat deze mededeling een gewettigd vertrouwen wekt, waarop ondernemingen zich kunnen beroepen wanneer zij het bestaan van een mededingingsregeling aan de Commissie kenbaar maken. Volgens hoofdstuk A, punt 5, van de mededeling is het feit dat een onderneming de Commissie haar medewerking verleent, slechts een van de factoren waarmee de Commissie bij de vaststelling van de geldboete rekening houdt.

188 Uit een gezamenlijke lezing van die punten volgt dat het gewettigd vertrouwen dat de marktdeelnemers aan een dergelijke mededeling kunnen ontleen, beperkt blijft tot de zekerheid dat de geldboete met een bepaald percentage zal worden verminderd, maar dat dit vertrouwen zich niet uitstrekt tot de wijze waarop de geldboeten worden berekend, noch a fortiori tot een bepaald niveau van de geldboete dat kan worden berekend op het tijdstip dat de marktdeelnemer beslist zijn voornemen om met de Commissie mee te werken, in de praktijk te brengen.

189 Bovendien verwijten LR A/S en LR GmbH het Gerecht dat het in de punten 244 tot en met 246 van het bestreden arrest LR AF 1998/Commissie en 255 tot en met 257 van het bestreden arrest Lögstör Rör/Commissie heeft geoordeeld dat de Commissie niet verplicht was wegens de medewerking van deze rekwiranten haar praktijk inzake vermindering van de geldboete te volgen zoals die bestond toen die

medewerking werd verleend, namelijk de praktijk die is aangekondigd in de ontwerpmededeling inzake medewerking die wordt verondersteld overeen te stemmen met de praktijk in beschikking 94/601. Deze rekwiranten verwijten het Gerecht ook dat het in die punten heeft geoordeeld dat de Commissie de mededeling inzake medewerking moest toepassen hoewel deze was vastgesteld nadat de medewerking was verleend en deze voor beide rekwiranten minder gunstig uitvalt dan de genoemde praktijk.

190 Deze rekwiranten menen in wezen dat zij aan de betrokken praktijk van de Commissie een gewettigd vertrouwen konden ontleen en dat de Commissie de definitieve versie van de mededeling inzake medewerking, die voor hen minder gunstig was, dus niet mocht toepassen.

191 Het Gerecht heeft dit middel echter terecht afgewezen op grond dat de marktdeelnemers geen gewettigd vertrouwen kunnen hebben in de handhaving van een dergelijke praktijk, aangezien de Commissie bij de vaststelling van geldboeten over een beoordelingsvrijheid beschikt op grond waarvan zij het algemene niveau van de geldboeten binnen de in verordening nr. 17 gestelde grenzen steeds kan verhogen indien dit noodzakelijk is ter uitvoering van het communautaire mededingingsbeleid, zoals in de punten 169 en 170 van het onderhavige arrest reeds in herinnering is gebracht.

192 Zoals het Gerecht terecht heeft overwogen, volgt daaruit dat het feit dat de Commissie in haar vroegere beschikkingspraktijk voor een bepaald gedrag een bepaalde vermindering heeft toegekend, niet betekent dat zij verplicht is de geldboete met eenzelfde percentage te verminderen bij de beoordeling van een soortgelijk gedrag in het kader van een latere administratieve procedure.

- 193 Het Gerecht heeft daar eveneens terecht aan toegevoegd dat LR A/S en LR GmbH op het ogenblik waarop zij contact opnamen met de Commissie, geenszins hebben kunnen geloven dat deze laatste de in haar ontwerpmededeling inzake medewerking beschreven methode op hen zou toepassen, aangezien uit deze tekst duidelijk blijkt dat het om een ontwerp gaat.
- 194 Ten slotte kan het Gerecht niet worden verweten dat het in punt 245 van het bestreden arrest LR AF 1998/Commissie heeft overwogen dat de mededeling inzake medewerking een gewettigd vertrouwen heeft gewekt, zodat de Commissie die voortaan moest toepassen.
- 195 Hoofdstuk E, punt 3, van die mededeling bepaalt immers uitdrukkelijk: „De Commissie is zich ervan bewust dat deze mededeling een gewettigd vertrouwen wekt, waarop ondernemingen zich kunnen beroepen wanneer zij het bestaan van een mededingingsregeling aan de Commissie kenbaar maken.”
- 196 Punt 245 van het bestreden arrest LR AF 1998/Commissie moet aldus worden begrepen dat de marktdeelnemers een gewettigd vertrouwen mochten hebben dat de mededeling inzake medewerking zou worden toegepast, maar dat zij geen gewettigd vertrouwen konden hebben in de gestelde vroegere praktijk van de Commissie.

197 Bijgevolg moeten de onderzochte middelen in hun geheel worden afgewezen.

b) De middelen inzake schending van het verbod van terugwerkende kracht

198 Met hun respectieve middelen verwijten Dansk Rørindustri (tweede middel), de groep Henss/Isoplus (eerste middel, vierde onderdeel), KE KELIT (derde middel), LR A/S (tweede middel), Brugg (eerste middel) en LR GmbH (eerste middel) het Gerecht, elk wat hen betreft, dat het in de punten 162 tot en met 182 van het bestreden arrest Dansk Rørindustri/Commissie, 487 tot en met 496 van het bestreden arrest HFB e.a./Commissie, 108 tot en met 130 van het bestreden arrest KE KELIT/Commissie, 217 tot en met 238 van het bestreden arrest LR AF 1998/Commissie, 106 tot en met 129 van het bestreden arrest Brugg Rohrsysteme/Commissie en 215 tot en met 238 van het bestreden arrest Lögstör Rör/Commissie heeft beslist dat de Commissie door de toepassing in casu van de in de richtsnoeren voorziene methode voor de berekening van geldboeten het verbod van terugwerkende kracht niet heeft geschonden.

199 Allereerst moet het door LR A/S aangevoerde middel worden onderzocht, voorzover het Gerecht daarmee met name wordt verweten dat het de litigieuze beschikking niet heeft afgekeurd wegens de beweerde schending ten gevolge van de gestelde retroactieve toepassing van de mededeling inzake medewerking.

200 Dit middel is niet aangevoerd voor het Gerecht. Overeenkomstig de in punt 165 van dit arrest aangehaalde rechtspraak is het dus een nieuw middel dat in hogere voorziening niet-ontvankelijk is.

- 201 In de verschillende bestreden arresten heeft het Gerecht deze grieven afgewezen op grond van een in wezen identieke redenering, die kan worden samengevat als volgt.
- 202 Het Gerecht heeft eerst terecht opgemerkt dat het beginsel dat strafbepalingen geen terugwerkende kracht mogen hebben, dat in artikel 7 EVRM als grondrecht is erkend, een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht is dat bij de oplegging van geldboeten wegens inbreuk op de mededingingsregels in acht moet worden genomen, en dat dit beginsel vereist dat de opgelegde sancties overeenstemmen met die welke ten tijde van de inbreuk waren bepaald.
- 203 Vervolgens heeft het Gerecht overwogen dat de richtsnoeren binnen het rechtskader voor de vaststelling van geldboeten blijven, zoals dat vóór de inbreuken was bepaald bij artikel 15 van verordening nr. 17.
- 204 De methode voor de berekening van de geldboeten in de richtsnoeren is immers nog steeds gebaseerd op de in die bepaling genoemde beginselen, aangezien de berekening wordt verricht aan de hand van de zwaarte en de duur van de inbreuk en de geldboete maximaal 10 % van de totale omzet mag bedragen.
- 205 De richtsnoeren brengen dus geen wijziging in het rechtskader van de sancties, dat uitsluitend is vastgelegd in verordening nr. 17. De vroegere beschikkingspraktijk van de Commissie maakt geen deel uit van dit rechtskader.

- 206 Ten slotte is er volgens het Gerecht geen sprake van een verhoging met terugwerkende kracht van de geldboeten, ook al kunnen de richtsnoeren in bepaalde gevallen tot hogere geldboeten leiden. Dit is een gevolg van de beoordelingsvrijheid waarover de Commissie volgens verordening nr. 17 bij de vaststelling van de geldboeten beschikt. Zij kan het niveau van de geldboeten steeds aanpassen aan de eisen van haar mededingingsbeleid, mits zij binnen de bij verordening nr. 17 gestelde grenzen blijft, zoals blijkt uit de in punt 169 van dit arrest aangehaalde rechtspraak.
- 207 Dienaangaande moet worden vastgesteld dat deze analyse in wezen is gebaseerd op het uitgangspunt dat de richtsnoeren geen deel uitmaken van het rechtskader voor de vaststelling van de geldboeten, dat uitsluitend wordt gevormd door artikel 15 van verordening nr. 17, zodat de toepassing van de richtsnoeren op inbreuken die zijn gepleegd voor de richtsnoeren werden vastgesteld, niet onder het verbod van retroactieve toepassing kan vallen.
- 208 Dit uitgangspunt klopt niet.
- 209 In beslissingen over interne maatregelen van de administratie heeft het Hof reeds geoordeeld, dat deze weliswaar niet kunnen worden aangemerkt als een rechtsregel die de administratie hoe dan ook dient na te leven, maar wel een gedragsregel voor de te volgen praktijk vormen, waarvan de administratie in een concreet geval niet mag afwijken zonder opgaaf van redenen die verenigbaar zijn met het beginsel van gelijke behandeling. Dergelijke maatregelen vormen derhalve een handeling van algemene strekking, waarvan de betrokken ambtenaren en functionarissen de onwettigheid kunnen inroepen tot staving van een beroep tegen individuele besluiten die op basis van die maatregelen zijn vastgesteld (zie arrest van 15 januari 2002, *Libéros/Commissie*, C-171/00 P, Jurispr. blz. I-451, punt 35).

- 210 Deze rechtspraak geldt te meer voor gedragsregels die externe gevolgen beogen, zoals de richtsnoeren, die marktdeelnemers betreffen.
- 211 Door dergelijke gedragsregels vast te stellen en via de publicatie ervan te doen weten dat zij die voortaan zal toepassen op de desbetreffende gevallen, beperkt de betrokken instelling de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid. Zij kan niet van die regels afwijken zonder dat hieraan in voorkomend geval een sanctie wordt verbonden wegens schending van algemene rechtsbeginselen als het gelijkheids- of het vertrouwensbeginsel. Het is dus niet uitgesloten dat dergelijke gedragsregels met een algemene strekking onder bepaalde voorwaarden en naar gelang van hun inhoud rechtsgevolgen kunnen sorteren.
- 212 Zoals de advocaat-generaal in punt 59 van zijn conclusie in wezen heeft gesteld, bevestigt de in punt 209 van dit arrest genoemde rechtspraak inzake de rechtsgevolgen van die gedrageregels bovendien de juistheid van de conclusie van het Gerecht in de punten 420 van het bestreden arrest HFB e.a./Commissie en 276 van het bestreden arrest LR AF 1998/Commissie, dat tegen de richtsnoeren, ofschoon zij niet de rechtsgrondslag vormen van de litigieuze beschikking, aangezien deze op de artikelen 3 en 15, lid 2, van verordening nr. 17 is gebaseerd, niettemin een exceptie van onwettigheid in de zin van artikel 184 van het Verdrag kan worden opgeworpen.
- 213 In de punten 418 van het bestreden arrest HFB e.a./Commissie en 274 van het bestreden arrest LR AF 1998/Commissie heeft het Gerecht trouwens terecht opgemerkt dat de richtsnoeren weliswaar niet de rechtsgrondslag van de litigieuze

beschikking vormen, maar toch op algemene en abstracte wijze de methode bepalen die de Commissie bij de vaststelling van het bedrag van bij deze beschikking opgelegde geldboeten dient te volgen, en derhalve de rechtszekerheid van de ondernemingen waarborgen.

- 214 Zoals de ontvankelijkheid van de tegen gedragsregels als de richtsnoeren opgeworpen exceptie van onwettigheid niet afhankelijk is van het vereiste dat zij de rechtsgrondslag vormen van de handeling waarvan de onwettigheid wordt gesteld, veronderstelt de relevantie van de richtsnoeren voor het verbod van terugwerkende kracht evenmin dat zij de rechtsgrondslag vormen voor het opleggen van de betrokken geldboeten.
- 215 In dit verband zij herinnerd aan de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens betreffende artikel 7, lid 1, EVRM, die door verschillende rekwiranten is aangevoerd (zie met name EHRM, arresten S.W. en C.R. v. Verenigd Koninkrijk van 22 november 1995, série A nrs. 335-B en 335-C, § 34-36 en § 32-34; *Cantoni v. Frankrijk* van 15 november 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, § 29-32, en *Coëme e.a. v. België* van 22 juni 2000, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-VII, § 145).
- 216 Blijkens die rechtspraak stemt het begrip „recht” in de zin van artikel 7, lid 1, namelijk overeen met het begrip „wet” in andere bepalingen van het EVRM en omvat het zowel wetgeving als rechtersrecht.

- 217 Deze bepaling, waarin met name het legaliteitsbeginsel ter zake van strafbare feiten en straffen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) is neergelegd, kan weliswaar niet aldus worden uitgelegd dat zij de geleidelijke verfijning van de regels van strafrechtelijke aansprakelijkheid verbiedt, maar kan volgens die rechtspraak toch in de weg staan aan de retroactieve toepassing van een nieuwe uitlegging van een bepaling waarbij een inbreuk wordt omschreven.
- 218 Volgens die rechtspraak is zulks met name het geval wanneer het gaat om een jurisprudentiële uitlegging waarvan het resultaat redelijkerwijs niet kon worden voorzien toen de inbreuk werd gepleegd, met name gelet op de uitlegging die toentertijd werd gehanteerd in de rechtspraak betreffende de wettelijke bepaling in kwestie.
- 219 Uit die rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens volgt dat de strekking van het begrip voorzienbaarheid grotendeels afhankelijk is van de inhoud van de betrokken bepaling, de door die bepaling bestreken materie en het aantal en de hoedanigheid van de adressaten ervan. De voorzienbaarheid van de wet belet niet dat de betrokkene deskundig advies moet inwinnen om in een mate die in de gegeven omstandigheden redelijk is, de mogelijke gevolgen van een bepaalde handeling te kunnen beoordelen. Dit is vooral het geval voor beroepsbeoefenaren, die gewoon zijn bij de uitoefening van hun beroep grote voorzichtigheid aan de dag te leggen. Van hen mag dus worden verwacht dat zij grote zorg besteden aan de beoordeling van het daaraan verbonden risico (zie arrest *Cantoni v. Frankrijk*, reeds aangehaald, § 35).
- 220 Die beginselen komen ook tot uitdrukking in de vaste rechtspraak van het Hof volgens welke de verplichting van de nationale rechter om bij de uitlegging van de

ter zake dienende voorschriften van zijn nationale recht te rade te gaan met de inhoud van de richtlijn, haar begrenzing vindt in de algemene rechtsbeginselen die deel uitmaken van het gemeenschapsrecht, en met name in het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht (zie arrest van 8 oktober 1987, Kolpinghuis Nijmegen, 80/86, Jurispr. blz. 3969, punt 13).

- 221 Volgens deze rechtspraak kan een dergelijke uitlegging immers niet tot gevolg hebben dat aan een particulier een door een niet-omgezette richtlijn opgelegde verplichting wordt tegengeworpen of, a fortiori, dat op grond van de richtlijn en bij ontbreken van een ter uitvoering ervan vastgestelde wet, de strafrechtelijke aansprakelijkheid van degenen die in strijd met haar bepalingen handelen, wordt vastgesteld of verzwaaard (zie met name arrest Kolpinghuis Nijmegen, reeds aangehaald, punt 14, en arrest van 26 september 1996, Arcaro, C-168/95, Jurispr. blz. I-4705, punt 42).
- 222 In navolging van deze rechtspraak inzake nieuwe jurisprudentiële ontwikkelingen kan de wijziging van een repressief beleid, in casu het algemene mededingingsbeleid van de Commissie inzake geldboeten, met name wanneer dat gebeurt via de vaststelling van gedragsregels als de richtsnoeren, gevolgen hebben voor het verbod van terugwerkende kracht.
- 223 Met name gelet op hun rechtsgevolgen en hun algemene strekking, waarop is gewezen in punt 211 van dit arrest, vallen dergelijke gedragsregels namelijk in beginsel onder het begrip „recht” in de zin van artikel 7, lid 1, EVRM.

224 Zoals in punt 219 van dit arrest is opgemerkt, moet bij de controle van de naleving van het verbod van terugwerkende kracht worden nagegaan of de wijziging in kwestie redelijkerwijs kon worden voorzien toen de betrokken inbreuken werden gepleegd.

225 Dienaangaande moet met verschillende rekwiranten worden vastgesteld dat de belangrijkste vernieuwing die de richtsnoeren hebben aangebracht erin bestaat dat bij de berekening wordt uitgegaan van een basisbedrag dat wordt vastgesteld binnen bepaalde grenzen die zijn bepaald in de richtsnoeren en die de verschillende zwaarte van de inbreuken weerspiegelen, maar die als zodanig niets van doen hebben met de relevante omzet. Deze methode berust dus in wezen op een, zij het relatieve en soepele, tarifiering van de geldboeten.

226 Bijgevolg moet worden onderzocht of deze nieuwe methode voor de berekening van de geldboeten, zo zij al heeft geleid tot een verhoging van de opgelegde geldboeten, redelijkerwijs kon worden voorzien toen de betrokken inbreuken werden gepleegd.

227 Zoals in punt 169 van dit arrest reeds in herinnering is gebracht met betrekking tot de middelen inzake schending van het vertrouwensbeginsel, blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat het feit dat de Commissie in het verleden voor sommige soorten inbreuken geldboeten van een bepaald niveau heeft opgelegd, haar niet kan verhinderen dit niveau binnen de in verordening nr. 17 gestelde grenzen te

verhogen, indien dit noodzakelijk is ter uitvoering van het communautaire mededingingsbeleid; voor een doeltreffende toepassing van de communautaire mededingingsregels moet de Commissie het niveau van de geldboeten juist op elk moment aan de eisen van dit beleid kunnen aanpassen.

- 228 Zoals in punt 173 van dit arrest reeds is overwogen, volgt daaruit dat ondernemingen die betrokken zijn bij een administratieve procedure waarin geldboeten kunnen worden opgelegd, geen gewettigd vertrouwen kunnen hebben in het feit dat de Commissie het vroeger gehanteerde niveau van de geldboeten niet zal overschrijden, noch in een methode van berekening van de geldboeten.
- 229 Derhalve moeten die ondernemingen rekening houden met de mogelijkheid dat de Commissie steeds kan beslissen om het niveau van de geldboeten te verhogen in vergelijking met dat hetwelk in het verleden werd gehanteerd.
- 230 Dit geldt niet enkel wanneer de Commissie het niveau van de geldboeten verhoogt door geldboeten vast te stellen in individuele beschikkingen, maar ook wanneer die verhoging plaatsvindt doordat op bepaalde gevallen gedragsregels van algemene strekking als de richtsnoeren worden toegepast.
- 231 Met name gelet op de in punt 219 van dit arrest aangehaalde rechtspraak, moet worden geconcludeerd dat de richtsnoeren en inzonderheid de nieuwe methode

voor de berekening van de geldboeten daarin, zo zij al heeft geleid tot een verhoging van de opgelegde geldboeten, door ondernemingen als rekwiranten redelijkerwijs konden worden voorzien toen de inbreuken werden gepleegd.

232 Door de toepassing in de litigieuze beschikking van de richtsnoeren op vóór de vaststelling daarvan gepleegde inbreuken heeft de Commissie dus niet het verbod van terugwerkende kracht geschonden.

233 Bijgevolg moeten alle onderzochte middelen worden afgewezen.

2. De middelen betreffende de wettigheid van de methode voor de berekening van het bedrag van de geldboeten als neergelegd in de richtsnoeren of toegepast in de litigieuze beschikking

234 Met hun respectieve middelen verwijten Dansk Rørindustri (eerste middel), de groep Henss/Isoplus (eerste en derde middel), KE KELIT (eerste en tweede middel), LR A/S (eerste en derde middel), Brugg (vierde middel), LR GmbH (tweede middel) en ABB (derde middel) het Gerecht dat het de middelen heeft afgewezen waarmee zij wilden aantonen dat bepaalde aspecten van de in de richtsnoeren neergelegde of in de litigieuze beschikking toegepaste methode voor de berekening van de geldboete indruisen tegen artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 en bepaalde algemene beginselen, inzonderheid het evenredigheids- en het gelijkheidsbeginsel, en de rechten van de verdediging.

- 235 In dit verband betwisten de groep Henss/Isoplus en LR GmbH primair en LR A/S subsidiair de wettigheid van de richtsnoeren, op grond dat de onwettigheid van de in casu gehanteerde berekeningsmethode inherent is aan die richtsnoeren.
- 236 De ontvankelijkheid van de daartoe door deze rekwiranten aangevoerde en door het Gerecht toegelaten exceptie van onwettigheid kan niet worden betwist.
- 237 Gelet op de rechtsgevolgen die gedragsregels als de richtsnoeren kunnen sorteren en aangezien deze richtsnoeren bepalingen van algemene strekking bevatten waarvan vaststaat dat de Commissie die in de litigieuze beschikking heeft toegepast, zoals in de punten 209 tot en met 214 van dit arrest is opgemerkt, moet immers worden vastgesteld dat tussen deze beschikking en de richtsnoeren een rechtstreeks verband bestaat.
- a) De middelen betreffende schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 bij de vaststelling in de litigieuze beschikking van het bedrag van de geldboeten aan de hand van de in de richtsnoeren voorziene berekeningsmethode
- 238 Dansk Rørindustri, de groep Henss/Isoplus, LR A/S, LR GmbH en ABB stellen dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te beslissen dat de methode voor de berekening van de geldboeten, zoals die in de litigieuze beschikking is toegepast, geen schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 oplevert.

239 De groep Henss/Isoplus, LR A/S en LR GmbH concluderen daaruit dat de Commissie niet bevoegd was om de richtsnoeren vast te stellen.

240 Vooraf zij in de eerste plaats in herinnering gebracht dat volgens de rechtspraak van het Hof bij de vaststelling van de hoogte van de geldboeten rekening moet worden gehouden met de duur en met alle factoren die van belang kunnen zijn voor de beoordeling van de zwaarte van de inbreuken (zie arrest *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, reeds aangehaald, punt 129).

241 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 (zie met name arrest *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie*, reeds aangehaald, punt 465).

242 Tot de factoren die van belang kunnen zijn voor de beoordeling van de zwaarte van de inbreuken behoren het gedrag van elk der ondernemingen, de rol die elk van hen heeft gespeeld om te komen tot de onderling afgestemde feitelijke gedragingen, de winst die zij uit deze gedragingen 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 *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, reeds aangehaald, punt 129).

243 Hieruit volgt enerzijds dat voor de vaststelling van de geldboete zowel rekening mag worden gehouden met de totale omzet van de onderneming, die — zij het ook benaderend en onvolkomen — een aanwijzing vormt voor de omvang en de

economische macht van de onderneming, als met het deel van deze omzet dat is behaald met de goederen waarop de inbreuk betrekking heeft en dat dus een aanwijzing kan vormen voor de omvang van de inbreuk. Anderzijds volgt daaruit dat aan geen van deze omzetcijfers een belang mag worden toegekend dat niet in verhouding staat tot de overige beoordelingselementen, en dat de vaststelling van een passende geldboete derhalve niet de resultante kan zijn van eenvoudige berekening op basis van de totale omzet. Dit geldt in het bijzonder wanneer de betrokken goederen slechts een klein deel van deze omzet vertegenwoordigen (zie arrest *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, reeds aangehaald, punt 121, en arrest van 9 november 1983, *Michelin/Commissie*, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 111).

²⁴⁴ In de tweede plaats zij eraan herinnerd dat het Hof in hogere voorziening dient na te gaan, of het Gerecht op een juridisch correcte wijze alle wezenlijke factoren in aanmerking heeft genomen om de ernst van een bepaalde gedraging aan artikel 85 van het Verdrag en artikel 15 van verordening nr. 17 te toetsen, en of het rechtens genoegzaam antwoord heeft gegeven op het geheel van de door de rekwirant aangevoerde argumenten die strekken tot intrekking of verlaging van de geldboete (zie met name arrest *Baustahlgewebe/Commissie*, reeds aangehaald, punt 128, en arrest van 29 april 2004, *British Sugar/Commissie*, C-359/01 P, Jurispr. blz. I-4933, punt 47).

²⁴⁵ Met betrekking tot de gestelde onevenredigheid van de geldboete moet er daarentegen aan worden herinnerd dat het niet aan het Hof staat om, wanneer het zich in het kader van een hogere voorziening uitspreekt over rechtsvragen, uit billijkheidsoverwegingen zijn oordeel in de plaats te stellen van dat van het Gerecht, dat zich in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht heeft uitgesproken over het bedrag van de geldboeten die ondernemingen wegens schending van het gemeenschapsrecht opgelegd hebben gekregen (zie met name reeds aangehaalde arresten *Baustahlgewebe/Commissie*, punt 129, en *British Sugar/Commissie*, punt 48).

- 246 Bijgevolg moet een middel niet-ontvankelijk worden verklaard voorzover het strekt tot een algeheel heronderzoek van de geldboeten (zie reeds aangehaalde arresten *Baustahlgewebe/Commissie*, punt 129, en *British Sugar/Commissie*, punt 49).
- 247 *Dansk Rørindustri*, de groep *Henss/Isoplus*, *LR A/S*, *LR GmbH* en *ABB* stellen allereerst dat de in casu gehanteerde berekeningsmethode indruist tegen artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, zoals uitgelegd door het Hof, omdat daarbij wordt uitgegaan van in de richtsnoeren vastgelegde basisbedragen die niet zijn vastgesteld in verhouding tot de relevante omzet.
- 248 Het is een mechanische berekeningsmethode waarbij geen of althans onvoldoende rekening wordt gehouden met de relevante omzet en het vereiste om de geldboete individueel toe te snijden op elke betrokken onderneming.
- 249 Op grond daarvan stellen de groep *Henss/Isoplus*, *LR A/S* en *LR GmbH* dat de Commissie door de vaststelling van een dergelijke berekeningsmethode in de richtsnoeren de grenzen van de haar bij verordening nr. 17 verleende beoordelingsbevoegdheid heeft overschreden, zodat de richtsnoeren onwettig zijn wegens de onbevoegdheid van deze instelling.
- 250 Uit een grondige analyse van de inhoud van de richtsnoeren, zoals die met name is verricht in de punten 223 tot en met 232 van het bestreden arrest *LR AF 1998/Commissie*, blijkt dat het basisbedrag voor de berekening van de geldboeten, zoals in punt 1, eerste alinea, van de richtsnoeren ook wordt gesteld, wordt bepaald naar

gelang van de zwaarte en de duur van de inbreuk, de enige criteria die in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 worden genoemd, en dus overeenkomstig het bij die bepaling omschreven rechtskader voor de sancties.

251 Zoals met name uit de punten 225 tot en met 230 van dat bestreden arrest blijkt, heeft het Gerecht deze conclusie gebaseerd op de volgende analyse van de richtsnoeren:

„225 Verder wordt in de richtsnoeren bepaald dat de Commissie bij de berekening van geldboeten vertrekt van een bedrag dat wordt bepaald naar gelang van de zwaarte van de inbreuk [...]. Bij de beoordeling van de zwaarte van een inbreuk dient rekening te worden gehouden met de eigen 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 (punt 1, sub A, eerste alinea). Aldus worden de inbreuken in drie grote categorieën ingedeeld: ‚niet te ernstige inbreuken‘, waarvoor de geldboete kan variëren van 1 000 tot 1 miljoen ECU, ‚zware inbreuken‘, waarvoor de geldboete kan variëren van 1 tot 20 miljoen ECU, en ‚zeer zware inbreuken‘, waarvoor de geldboete meer dan 20 miljoen ECU kan bedragen (punt 1, sub A, tweede alinea, eerste tot en met derde streepje). Binnen elk van deze categorieën, en in het bijzonder in die van de ‚zware‘ en ‚zeer zware‘ inbreuken, maakt de scala van sancties die aan de ondernemingen kunnen worden opgelegd, het mogelijk naar gelang van de aard van de gepleegde inbreuken te differentiëren (punt 1, sub A, derde alinea). Verder moet ook rekening worden gehouden met de werkelijke economische macht van de inbreukmakers om andere marktdeelnemers, met name de consumenten, aanzienlijke schade te berokkenen, en moet het bedrag van de geldboete op een zodanig niveau worden gesteld dat daarvan een voldoende afschrikkende werking uitgaat (punt 1, sub A, vierde alinea).

226 Verder kan rekening worden gehouden met het feit dat grootschalige ondernemingen meestal over voldoende juridisch-economische kennis en

middelen beschikken om zich beter van het inbreukmakende karakter van hun gedragingen en van de gevolgen ervan uit het oogpunt van het mededingingsrecht rekenschap te geven (punt 1, sub A, vijfde alinea).

- 227 Binnen elk van de drie hierboven genoemde categorieën kan het onder bepaalde omstandigheden wenselijk zijn op het vastgestelde bedrag een weging toe te passen om rekening te houden met het specifieke gewicht, en derhalve met de daadwerkelijke invloed van het inbreukmakende gedrag van elke onderneming afzonderlijk op de mededinging, met name wanneer er een aanzienlijk verschil bestaat in de grootte van de ondernemingen die eenzelfde soort inbreuk hebben gepleegd, en bijgevolg het algemeen vertrekpunt aan te passen naar gelang van het specifieke karakter van elke onderneming [...] (punt 1, sub A, zesde alinea).
- 228 Wat de duur van de inbreuk betreft, wordt in de richtsnoeren een onderscheid gemaakt tussen inbreuken van korte duur (over het algemeen korter dan één jaar), waarvoor het op basis van de zwaarte van de inbreuk vastgestelde bedrag niet hoeft te worden verhoogd, inbreuken van middellange duur (over het algemeen één tot vijf jaar), waarvoor dit bedrag met ten hoogste 50 % kan worden verhoogd, en inbreuken van lange duur (over het algemeen meer dan vijf jaar), waarvoor dit bedrag voor elk jaar met 10 % kan worden verhoogd (punt 1, sub B, eerste alinea, eerste tot en met derde streepje).
- 229 Verder bevatten de richtsnoeren een niet-exhaustieve lijst van verzwarende en verzachtende omstandigheden die in aanmerking kunnen worden genomen om het basisbedrag te verhogen of te verminderen, alsook een verwijzing naar de mededeling [inzake medewerking].

- 230 Hieraan wordt de algemene opmerking toegevoegd dat het eindresultaat van de berekening van de geldboete volgens deze methode (basisbedrag met verhogings- respectievelijk verlagingscoëfficiënt) ingevolge artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 in geen geval 10 % van de mondiale omzet van de ondernemingen mag overschrijden (punt 5, sub a). Verder dient volgens de richtsnoeren, naar gelang van de omstandigheden, na uitvoering van bovengenoemde berekeningen, rekening te worden gehouden met bepaalde objectieve gegevens, zoals de specifieke economische context, het economische of financiële voordeel dat de inbreukmakers eventueel hebben behaald, de specifieke kenmerken van de betrokken ondernemingen en hun vermogen om in een bepaalde sociale context daadwerkelijk te kunnen betalen, om uiteindelijk de bedragen van de voorgenomen geldboeten bij te stellen (punt 5, sub b)."
- 252 Zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting heeft het Gerecht daaruit kunnen afleiden dat de Commissie, door in de richtsnoeren aan te kondigen welke methode zij voor de berekening van de krachtens artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 opgelegde geldboeten wilde toepassen, binnen het bij deze bepaling opgelegde wettelijke kader is gebleven en geenszins de haar door de wetgever verleende discretionaire bevoegdheid heeft overschreden, zoals is overwogen in de punten 432 van het bestreden arrest HFB e.a./Commissie en 277 van het bestreden arrest LR AF 1998/Commissie.
- 253 Het Gerecht heeft de excepties van onwettigheid van de richtsnoeren op grond dat de Commissie onbevoegd was om die vast te stellen, dus terecht verworpen.
- 254 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door de eerste grief van rekwiranten als zou de Commissie, door in de richtsnoeren een methode voor de berekening van de geldboeten op te nemen die niet is gebaseerd op de omzet van de betrokken ondernemingen, zijn afgeweken van de in de rechtspraak gegeven uitlegging van artikel 15 van verordening nr. 17.

- 255 Zoals het Gerecht met name in de punten 442 van het bestreden arrest HFB e.a./Commissie en 278 van het bestreden arrest LR AF 1998/Commissie heeft overwogen, is de Commissie niet verplicht bij de vaststelling van het bedrag van de geldboeten op basis van de zwaarte en de duur van de betrokken inbreuk uit te gaan van bedragen die op de omzet van de betrokken ondernemingen zijn gebaseerd.
- 256 Zoals het Gerecht met name in de punten 443 en 444 van het bestreden arrest HFB e.a./Commissie alsmede 280 en 281 van het bestreden arrest LR AF 1998/Commissie heeft uiteengezet, is deze conclusie duidelijk gebaseerd op de beginselen die volgens de rechtspraak van het Hof waaraan in de punten 240 tot en met 243 van het onderhavige arrest is herinnerd, voortvloeien uit artikel 15 van verordening nr. 17.
- 257 Uit die beginselen vloeit immers voort dat, mits de in deze bepaling gestelde bovengrens die verband houdt met de totale omzet (zie arrest *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, reeds aangehaald, punt 119) wordt gerespecteerd, de Commissie rekening mag houden met de omzet van de betrokken onderneming teneinde bij de vaststelling van de geldboete de zwaarte van de inbreuk te beoordelen, maar dat aan dit omzetcijfer geen belang mag worden toegekend dat niet in verhouding staat tot de overige beoordelingselementen.
- 258 Daaraan moet in dit verband worden toegevoegd dat, zoals het Gerecht met name in de punten 447 van het bestreden arrest HFB e.a./Commissie en 283 van het bestreden arrest LR AF 1998/Commissie eveneens terecht heeft opgemerkt, hoewel de richtsnoeren niet voorzien in de berekening van de geldboeten op basis van de totale of de relevante omzet, zij zich er niet tegen verzetten dat de Commissie bij de bepaling van de geldboete dergelijke omzetcijfers in aanmerking neemt om de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht in acht te nemen of wanneer de omstandigheden dit vereisen.

259 Dienaangaande heeft het Gerecht met name in de punten 284 en 285 van het bestreden arrest LR AF 1998/Commissie overwogen:

„284 Bij de toepassing van de richtsnoeren kan de omzet van de betrokken ondernemingen immers een rol spelen wanneer rekening wordt gehouden met de feitelijke economische macht van de inbreukmakers om de andere marktdeelnemers aanzienlijke schade te berokkenen, met de noodzaak ervoor te zorgen dat van de geldboete een voldoende afschrikkende werking uitgaat, en met het feit dat grootschalige ondernemingen meestal over voldoende juridisch-economische kennis en middelen beschikken om zich beter van het inbreukmakende karakter van hun gedragingen en van de gevolgen ervan uit het oogpunt van het mededingingsrecht rekenschap te geven (zie punt 226 hierboven). De omzet van de betrokken ondernemingen kan ook een rol spelen bij de bepaling van het specifieke gewicht, en derhalve 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 (zie punt 227 hierboven). De omzet van de ondernemingen kan eveneens een indruk geven van het economische of het financiële voordeel dat de inbreukmakers eventueel hebben behaald, of van de specifieke kenmerken van de betrokken ondernemingen die, naar gelang van de omstandigheden, in aanmerking dienen te worden genomen (zie punt 230 hierboven).

285 Verder wordt in de richtsnoeren bepaald dat het beginsel van gelijke bestraffing voor een gelijke gedraging, wanneer de omstandigheden ertoe nopen, kan leiden tot de toepassing van verschillende boetebedragen voor de betrokken ondernemingen, zonder dat deze differentiëring in een rekenkundig regeltje te vatten is (punt 1, sub A, zevende alinea).”

260 Aangezien de in de richtsnoeren voorgestane berekeningsmethode voorziet in de inaanmerkingneming van een groot aantal factoren bij de beoordeling van de

zwaarte van de inbreuk voor de vaststelling van de geldboete, waaronder met name de winst die uit de inbreuk is behaald of de noodzaak de afschrikkende werking van de geldboeten te waarborgen, lijkt deze methode daarentegen beter te beantwoorden aan de beginselen van verordening nr. 17 zoals die door het Hof zijn uitgelegd, met name in het arrest *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, dan de door rekwiranten gestelde vroegere praktijk van de Commissie, waarbij de relevante omzet een overwegende en vrij mechanische rol zou hebben gespeeld.

- 261 Rekwiranten kunnen dus niet stellen dat de berekeningsmethode van de richtsnoeren indruist tegen artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, zoals uitgelegd door het Hof, op grond dat daarbij wordt uitgegaan van basisbedragen die niet zijn vastgesteld in verhouding tot de relevante omzet.
- 262 Zoals de advocaat-generaal in punt 73 van zijn conclusie heeft opgemerkt, blijkt ook uit de litigieuze beschikking zelf dat de methode van de richtsnoeren het mogelijk maakt de omzet in aanmerking te nemen, aangezien de Commissie in die beschikking rekwiranten naargelang van hun grootte heeft ingedeeld in vier categorieën en bijgevolg de basisbedragen in aanzienlijke mate heeft gedifferentieerd.
- 263 Dienaangaande heeft het Gerecht in de punten 295 tot en met 297 van het bestreden arrest LR AF 1998/Commissie opgemerkt:

„295 Verder heeft de Commissie, om rekening te houden met het verschil in omvang tussen de ondernemingen die aan de inbreuk hebben deelgenomen,

de ondernemingen in vier categorieën onderverdeeld naar gelang van hun belang op de betrokken markt in de Gemeenschap, onverminderd aanpassingen om ervoor te zorgen dat van de geldboeten daadwerkelijk afschrikkende werking uitgaat (punt 166, tweede en vierde alinea, van de beschikking). Volgens de punten 168 tot en met 183 van de beschikking zijn bij de berekening van de geldboeten voor de vier categorieën naar gelang van hun belang, specifieke vertrekpunten van respectievelijk 20, 10, 5 en 1 miljoen ECU vastgesteld.

- 296 Met betrekking tot het vertrekpunt voor elk van de categorieën heeft de Commissie op een vraag van het Gerecht uiteengezet dat deze bedragen het belang van elke onderneming in de sector van voorgeïsoleerde buizen weerspiegelen, gelet op haar omvang en gewicht ten opzichte van ABB en binnen het kartel. Te dien einde heeft de Commissie niet alleen rekening gehouden met de omzet op de betrokken markt, maar ook met het relatieve belang dat de leden van het kartel elkaar onderling toekenden, zoals blijkt uit de binnen het kartel overeengekomen quota, opgenomen in bijlage 60 bij de mededeling van de punten van bezwaar, en uit de in 1995 beoogde en behaalde resultaten, weergegeven in de bijlagen 169 tot en met 171 van de mededeling van de punten van bezwaar.
- 297 Verder heeft de Commissie het vertrekpunt voor de berekening van de aan ABB op te leggen geldboete nog tot 50 miljoen ECU verhoogd om rekening te houden met de positie van deze onderneming, een van Europa's grootste industriële concerns (punt 168 van de beschikking)."

264 Vastgesteld moet worden dat, ofschoon de richtsnoeren voorzien in een mogelijk basisbedrag dat voor zeer zware inbreuken als de onderhavige meer dan 20 miljoen

EUR kan bedragen, dat bedrag, zoals blijkt uit het vorige punt van het onderhavige arrest, in de litigieuze beschikking voor alle betrokken ondernemingen in belangrijke mate is aangepast overeenkomstig de werkwijze van de Commissie waaraan het Gerecht heeft herinnerd.

265 In de litigieuze beschikking is het vertrekpunt immers vastgesteld op 10 miljoen EUR voor LR A/S, een onderneming van de tweede categorie, op 5 miljoen EUR voor Dansk Rørindustri, de groep Henss/Isoplus en LR GmbH, ondernemingen van de derde categorie, en op 1 miljoen EUR voor Brugg, een onderneming van de vierde categorie. Voor ABB is een specifiek vertrekpunt van 50 miljoen EUR vastgesteld.

266 Uit de in punt 251 van dit arrest weergegeven analyse van de inhoud van de richtsnoeren door het Gerecht blijkt dat, anders dan rekwiranten betogen, geen sprake is van een mathematische berekeningsmethode die het niet mogelijk maakt de geldboeten individueel toe te snijden op elke betrokken onderneming naar gelang van de relatieve zwaarte van haar deelneming aan de inbreuk.

267 Zoals de advocaat-generaal in punt 75 van zijn conclusie heeft opgemerkt, blijkt uit deze analyse integendeel dat de richtsnoeren de Commissie enige speelruimte laten om haar discretionaire bevoegdheid uit te oefenen overeenkomstig de bepalingen van artikel 15 van verordening nr. 17, zoals die zijn uitgelegd door het Hof, waarvan de rechtspraak dienaangaande in de punten 240 tot en met 243 van dit arrest in herinnering is gebracht.

- 268 Zoals in punt 264 van dit arrest is vastgesteld, leidt de methode van de richtsnoeren zoals die in de litigieuze beschikking is gehanteerd, trouwens tot belangrijke aanpassingen van de geldboeten naar gelang van de bijzondere kenmerken van elke marktdeelnemer, met name wat de basisbedragen betreft.
- 269 Voorzover de middelen van rekwiranten aldus moeten worden begrepen dat zij het Gerecht verwijten dat het de litigieuze beschikking niet heeft nietig verklaard op grond dat onvoldoende rekening is gehouden met hun relevante omzet, moeten zij worden afgewezen.
- 270 Gelet op de rechtspraak van het Hof volgens welke de omzet slechts een van de factoren is waarmee de Commissie bij de berekening van de geldboeten rekening mag houden, zoals in punt 243 van dit arrest is gezegd, en aangezien vaststaat dat in de litigieuze beschikking wel degelijk rekening is gehouden met die omzet, moet namelijk worden vastgesteld dat in de bestreden arresten dienaangaande geen blijkt wordt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.
- 271 Voorzover rekwiranten het Gerecht met die middelen bepaalde fouten met betrekking tot de vaststelling of de beoordeling van de feiten willen verwijten, volstaat het erop te wijzen dat geen verkeerde opvatting omtrent de feiten is aangetoond en dat uit de processtukken ook niet volgt dat hetgeen het Gerecht heeft vastgesteld materieel onjuist was.
- 272 Dansk Rørindustri, de groep Henss/Isoplus, LR A/S en LR GmbH stellen vervolgens dat aangezien de basisbedragen niet worden bepaald naar gelang van de relevante omzet van elke onderneming, maar als absolute bedragen die voor kleine en

middelgrote ondernemingen zeer hoog blijken te zijn, de bij artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 gestelde grens van 10 % van de totale omzet voor ondernemingen met hun omvang reeds wordt overschreden in deze eerste fase van de berekening, zodat de uiteindelijk opgelegde geldboete in een dergelijke situatie eigenlijk mathematisch wordt berekend op grond van de totale omzet alleen.

273 Dit heeft tot gevolg dat in een dergelijk geval de aanpassingen wegens de duur van de inbreuk of eventuele verzwarende of verzachtende omstandigheden, aangezien zij worden aangebracht op een bedrag dat hoger is dan de grens van 10 % van de totale omzet, niet tot uitdrukking kunnen komen in het eindbedrag van de geldboete en derhalve niet of slechts in abstracto of in theorie in aanmerking worden genomen.

274 Artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 vereist evenwel dat die factoren bij de berekening van de geldboete daadwerkelijk in aanmerking worden genomen en dat zij concreet tot uitdrukking komen in het uiteindelijke bedrag daarvan.

275 De groep Henss/Isoplus, LR A/S en LR GmbH stellen op grond daarvan ten slotte dat de Commissie door de vaststelling van een dergelijke berekeningsmethode in de richtsnoeren de grenzen van de haar op grond van verordening nr. 17 verleende beoordelingsbevoegdheid heeft overschreden, zodat de richtsnoeren onwettig zijn wegens de onbevoegdheid van de Commissie.

- 276 Dienaangaande moet worden vastgesteld dat de redenering van het Gerecht, met name in de punten 287 tot en met 290 van het bestreden arrest LR AF 1998/Commissie, op grond waarvan dit betoog is verworpen, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.
- 277 Het Gerecht heeft immers in wezen terecht geoordeeld dat de in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 gestelde bovengrens van de geldboete aldus moet worden begrepen dat de uiteindelijk aan een onderneming opgelegde geldboete deze grens niet mag overschrijden, en dat de richtsnoeren blijkens punt 5, sub a, in dezelfde richting wijzen.
- 278 Zoals het Gerecht terecht heeft overwogen, staat artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 er dus niet aan in de weg dat de Commissie bij haar berekening uitgaat van een tussenbedrag dat deze grens overschrijdt. Het belet evenmin dat bij tussenstappen in de berekening waarbij de zwaarte en de duur van de inbreuk in aanmerking worden genomen, wordt uitgegaan van een bedrag dat die grens overschrijdt.
- 279 Indien na de berekening blijkt dat het uiteindelijke bedrag van de geldboete moet worden verminderd met het gedeelte dat de bovengrens overschrijdt, is het feit dat bepaalde factoren als de zwaarte en de duur van de inbreuk, niet daadwerkelijk tot uitdrukking komen in het bedrag van de opgelegde geldboete, slechts een gevolg van de toepassing van de bovengrens op het uiteindelijke bedrag.
- 280 Zoals de Commissie heeft gesteld, beoogt die bovengrens te vermijden dat geldboeten worden opgelegd waarvan kan worden voorzien dat de ondernemingen,

gelet op hun omvang, zoals die — zij het ook benaderend en onvolkomen — wordt aangegeven door hun totale omzet, die niet zullen kunnen betalen (zie in die zin arrest *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, reeds aangehaald, punten 119 en 121).

281 Het gaat dus om een grens die gelijkelijk geldt voor alle ondernemingen, die betrekking heeft op de omvang van elk van die ondernemingen, en die beoogt buitensporige en onevenredige geldboeten te vermijden.

282 Deze bovengrens heeft dus een ander doel dan de criteria van de zwaarte en de duur van de inbreuk, en staat daar los van.

283 Het enig mogelijke gevolg ervan is dat de geldboete die op grond van die criteria is berekend, wordt verlaagd tot het toegelaten maximum. De toepassing van die grens impliceert dat de betrokken onderneming niet de geldboete betaalt die bij een beoordeling op grond van die criteria in beginsel verschuldigd zou zijn.

284 Dit is te meer het geval wanneer, zoals in casu voor *Dansk Rørindustri*, de groep *Henss/Isoplus*, *LR A/S* en *LR GmbH*, de betrokken aanpassingen tot een verdere verhoging van de geldboete kunnen leiden.

- 285 Voor die rekwiranten heeft de Commissie immers geen enkele verzachtende omstandigheid aanvaard; het basisbedrag kan enkel naar boven worden aangepast wegens de factoren die de Commissie in aanmerking heeft genomen, namelijk de duur van de inbreuk en bepaalde verzwarende omstandigheden.
- 286 De toepassing van de bovengrens heeft dus tot gevolg gehad dat op deze rekwiranten niet de verhogingen zijn toegepast die in beginsel verschuldigd waren wegens die verzwarende omstandigheden.
- 287 Anders dan Dansk Rørindustri en LR A/S betogen, impliceert de toepassing van de in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 gestelde bovengrens dus niet dat de geldboete enkel op de grondslag van de totale omzet van de onderneming is berekend.
- 288 De omstandigheid dat het uiteindelijke bedrag van de geldboete gelijk is aan die bovengrens betekent niet dat het enkel is berekend op de grondslag van die grens, maar dat dit bedrag, dat in beginsel moest worden bepaald aan de hand van de zwaarte en de duur van de inbreuk, tot die grens is verlaagd.
- 289 LR A/S kan het Gerecht dus niet verwijten dat het zichzelf heeft tegengesproken door enerzijds te overwegen dat volgens de rechtspraak van het Hof de zwaarte van de inbreuk bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete niet aan de hand van één enkele factor mag worden beoordeeld, en anderzijds dat in de litigieuze beschikking de geldboeten konden worden vastgesteld op het niveau van die bovengrens.

290 Onder verwijzing naar punt 2, vijfde streepje, van de richtsnoeren stelt de groep Henss/Isoplus dat daarbij een nieuwe verzwarende omstandigheid is ingevoerd, namelijk de onrechtmatige winst die een onderneming dankzij de inbreuk heeft kunnen maken.

291 Deze omstandigheid valt niet onder artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17. Verder bestaat het gevaar dat de winst van de onderneming twee keer in aanmerking wordt genomen, aangezien daarmee reeds rekening wordt gehouden bij de vaststelling van de zwaarte van de inbreuk. De richtsnoeren zijn haars inziens op dit punt dan ook onwettig, omdat de Commissie niet bevoegd was om ze vast te stellen.

292 In de punten 454 tot en met 456 van het bestreden arrest HFB e.a./Commissie heeft het Gerecht echter terecht geoordeeld dat blijkens de rechtspraak van het Hof de winst die de ondernemingen uit hun praktijken hebben kunnen halen, een van de factoren vormt die kunnen worden meegewogen bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk en dat de inaanmerkingneming daarvan beoogt te verzekeren dat van de geldboete een afschrikkende werking uitgaat (zie arrest *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, reeds aangehaald, punt 129).

293 Het gaat dus duidelijk om een factor die overeenkomstig artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 in aanmerking kan worden genomen, ongeacht de uitdrukkelijke vermelding ervan in de richtsnoeren.

294 Volgens de richtsnoeren moet als verzwarende omstandigheid rekening worden gehouden met de noodzaak de strafmaat te verzwaren opdat de boete groter uitvalt

dan het bedrag van de onrechtmatig, dankzij de inbreuk gemaakte winst, wanneer de raming daarvan objectief mogelijk is. Zoals de Commissie heeft gesteld, volgt daaruit dat deze verzwarende omstandigheid ertoe strekt het basisbedrag te verhogen wanneer door een objectieve raming van dergelijke onrechtmatig gemaakte winst kan worden geconstateerd dat het basisbedrag ontoereikend is om de winst die een onderneming uit de inbreuk behaalt, te neutraliseren.

295 Derhalve leveren de richtsnoeren geen inherent gevaar op dat de winst twee maal in aanmerking wordt genomen.

296 De aangevoerde middelen moeten dan ook worden afgewezen.

b) De middelen inzake schending van het evenredigheids- en het gelijkheidsbeginsel bij de vaststelling van het bedrag van de geldboeten in de litigieuze beschikking aan de hand van de berekeningsmethode van de richtsnoeren

297 Dansk Rørindustri, de groep Henss/Isoplus, KE KELIT, LR A/S, Brugg en LR GmbH verwijten het Gerecht dat het de middelen heeft afgewezen die zij ontleenden aan schending van het evenredigheidsbeginsel en, in voorkomend geval, het gelijkheidsbeginsel bij de vaststelling van de geldboeten in de litigieuze beschikking aan de hand van de berekeningsmethode van de richtsnoeren.

298 Deze rekwiranten stellen in wezen dat volgens de methode van de richtsnoeren de basisbedragen niet worden bepaald aan de hand van de relevante omzet, maar als

forfaitaire bedragen die zijn vastgesteld op een niveau dat zeer hoog is voor ondernemingen van hun omvang, namelijk kleine en middelgrote ondernemingen, die in de litigieuze beschikking ondernemingen van de tweede en derde categorie worden genoemd.

299 Daaruit volgt dat voor dergelijke ondernemingen de bij artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 gestelde bovengrens van 10 % van de totale omzet reeds in deze eerste fase van de berekening ruimschoots wordt overschreden, zodat, los van een eventuele vermindering krachtens de mededeling inzake medewerking, de hun opgelegde geldboeten in feite worden vastgesteld op het niveau van die bovengrens en dus overeenstemmen met de maximumboete.

300 Dit niveau van de aan de betrokken rekwiranten opgelegde geldboeten levert een ongelijke behandeling en een schending van het evenredigheidsbeginsel op die bijzonder duidelijk zijn wanneer dit niveau wordt vergeleken met dat van de geldboete die is opgelegd aan ABB, de enige multinationale onderneming in de sector afstandsverwarming en onbetwiste leider van het kartel, aangezien laatstbedoeld bedrag slechts een zeer klein percentage vormt van de totale omzet van ABB vóór de vermindering krachtens de mededeling inzake medewerking, namelijk 0,36 %.

301 Al dadelijk moet het middel niet-ontvankelijk worden verklaard waarmee LR A/S wil aantonen dat het evenredigheids- en het gelijkheidsbeginsel zijn geschonden

302 Aldus geformuleerd, strekt dit middel tot een algemeen heronderzoek van de aan LR A/S opgelegde geldboete, zodat het overeenkomstig de rechtspraak waaraan in de punten 245 en 246 van dit arrest is herinnerd, in hogere voorziening niet-ontvankelijk is.

303 Ook zij eraan herinnerd dat, zoals in punt 244 van dit arrest reeds is uiteengezet, het Hof in hogere voorziening dient na te gaan, of het Gerecht op een juridisch correcte wijze alle wezenlijke factoren in aanmerking heeft genomen om de ernst van een bepaalde gedraging aan artikel 85 van het Verdrag en artikel 15 van verordening nr. 17 te toetsen, en of het rechtens genoegzaam antwoord heeft gegeven op het geheel van de door rekwirante aangevoerde argumenten die strekken tot intrekking of verlaging van de geldboete.

304 In de punten 198 tot en met 210 van het bestreden arrest Dansk Rørindustri/Commissie, 292 tot en met 301 van het bestreden arrest LR AF 1998/Commissie en 299 tot en met 305 van het bestreden arrest Lögstör Rör/Commissie heeft het Gerecht, zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting die in hogere voorziening kan worden afgekeurd, kunnen oordelen dat het niveau van de aan de rekwiranten van de tweede en de derde categorie opgelegde geldboete niet kan worden geacht een ongelijke behandeling op te leveren, met name gelet op het niveau van de aan ABB opgelegde geldboete.

305 Het Gerecht is tot deze conclusie gekomen na een gedetailleerd onderzoek van de methode voor de berekening van de geldboeten zoals die in de litigieuze beschikking is gevolgd.

306 Dienaangaande heeft het Gerecht uiteengezet dat de geldboeten zijn vastgesteld op grond van basisbedragen, die zelf zijn bepaald op grond van het in de richtsnoeren

genoemde mogelijke bedrag van 20 miljoen EUR voor zeer zware inbreuken waarop voor alle betrokken ondernemingen aanpassingen zijn verricht, met name naar gelang van hun respectieve omvang en de relatieve zwaarte van hun deelneming aan de inbreuk.

- 307 Zo is het basisbedrag voor Dansk Rørindustri, LR A/S en LR GmbH vastgesteld op 5 miljoen EUR. Het Gerecht heeft er ook op gewezen dat het basisbedrag voor ABB tot 50 miljoen EUR is verhoogd om rekening te houden met de positie van deze onderneming, een van Europa's grootste industriële concerns in de betrokken sector.
- 308 Verder heeft het Gerecht erop gewezen dat het basisbedrag voor ABB na de verhoging wegens de duur van de inbreuk nogmaals met 50 % is verhoogd wegens verzwarende omstandigheden, waaronder het feit dat zij de leider van het kartel was.
- 309 De percentages die in dat verband zijn toegepast voor Dansk Rørindustri, LR A/S en LR GmbH blijken trouwens op een veel lager niveau te zijn vastgesteld wegens de respectieve, minder belangrijke rol van deze ondernemingen in het kartel, zoals met name blijkt uit punt 306 van het bestreden arrest Lögstör Rör/Commissie.
- 310 In de punten 210 van het bestreden arrest Dansk Rørindustri/Commissie, 298 van het bestreden arrest LR AF 1998/Commissie en 304 van het bestreden arrest Lögstör

Rør/Commissie heeft het Gerecht daaruit zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting geconcludeerd dat, gelet op alle in aanmerking genomen relevante factoren, het verschil tussen het voor Dansk Rørindustri, LR A/S en LR GmbH gekozen vertrepunt en het voor ABB gekozen vertrepunt, objectief gerechtvaardigd is.

- 311 De juistheid van deze conclusie wordt trouwens kracht bijgezet door de talrijke wegingen in de litigieuze beschikking wegens de duur van de inbreuk en de verzwarende omstandigheden, die sterk uiteenlopen naar gelang van de zwaarte van de deelneming van elke betrokken onderneming aan de inbreuk in kwestie.
- 312 Zoals het Gerecht met name in de punten 442 van het bestreden arrest HFB e.a./ Commissie en 278 van het bestreden arrest LR AF 1998/Commissie terecht heeft overwogen, volgt uit de beginselen waaraan in de punten 240 tot en met 243 van het onderhavige arrest is herinnerd, dat de Commissie bij de vaststelling van het bedrag van de geldboeten op basis van de zwaarte en de duur van de betrokken inbreuk niet verplicht is, wanneer zij geldboeten oplegt aan verschillende bij eenzelfde inbreuk betrokken ondernemingen, ervoor te zorgen dat het definitieve bedrag van deze geldboeten elk verschil tussen de betrokken ondernemingen op het gebied van hun totale of relevante omzet weerspiegelt.
- 313 Het Gerecht heeft de door de groep Henss/Isoplus opgeworpen exceptie van onwettigheid dus terecht verworpen voorzover deze was gebaseerd op onwettigheid van de richtsnoeren wegens schending van het gelijkheidsbeginsel op grond dat de berekeningsmethode van de richtsnoeren niet is gebaseerd op de omzet van de betrokken ondernemingen.

- 314 Het desbetreffende middel van de groep Henss/Isoplus kan dan ook niet slagen.
- 315 Uit de beginselen die in de punten 240 tot en met 243 van dit arrest in herinnering zijn gebracht, heeft het Gerecht eveneens terecht geconcludeerd dat de Commissie niet kan worden verweten dat zij een vertrekpunt heeft genomen dat heeft geleid tot een uiteindelijk bedrag van de geldboete dat een hoger percentage van de totale omzet vertegenwoordigt dan dat van de geldboete die is opgelegd aan ABB.
- 316 Het Gerecht heeft in de punten 303 en 304 van het bestreden arrest LR AF 1998/ Commissie trouwens in wezen op grond van dezelfde redenering als die welke in de punten 306 tot en met 310 van het onderhavige arrest is samengevat, het argument afgewezen dat de Commissie onvoldoende rekening heeft gehouden met de relevante omzet van LR A/S, waardoor aan deze vennootschap een geldboete is opgelegd die discriminerend is in vergelijking met die welke zijn opgelegd aan de ondernemingen van de derde categorie.
- 317 Voorzover het desbetreffende middel van LR A/S ontvankelijk is, kan het dus niet slagen.
- 318 Het middel van deze rekwirante betreffende een gestelde discriminatie in vergelijking met de ondernemingen van de vierde categorie is in hogere voorziening niet-ontvankelijk, daar dit middel blijkens het verzoekschrift dat deze vennootschap bij het Gerecht heeft neergelegd, daarin niet was aangevoerd.

319 Op grond van de in de punten 306 tot en met 310 van het onderhavige arrest uiteengezette redenering heeft het Gerecht eveneens zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting kunnen oordelen dat de aldus opgelegde geldboeten niet onevenredig waren.

320 Daar het Gerecht bij de beoordeling van de evenredigheid van de geldboeten op een juridisch correcte wijze alle wezenlijke factoren in aanmerking heeft genomen om de ernst van een bepaalde gedraging aan artikel 85 van het Verdrag en artikel 15 van verordening nr. 17 te toetsen, en niet is aangetoond dat het Gerecht niet rechtens genoegzaam antwoord heeft gegeven op het geheel van de door rekwiranten aangevoerde argumenten die strekken tot intrekking of verlaging van de geldboete, zijn de argumenten waarmee zij pogen aan te tonen dat het Gerecht onvoldoende rekening heeft gehouden met de ene of de andere factor, in hogere voorziening niet-ontvankelijk.

321 Dansk Rørindustri en LR GmbH verwijten het Gerecht dat het de litigieuze beschikking niet heeft nietig verklaard op grond dat de toepassing van de bij artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 gestelde bovengrens voor het eindbedrag van de geldboete ertoe heeft geleid dat voor bepaalde ondernemingen, waaronder deze rekwiranten, aanpassingen van het basisbedrag die in absolute of relatieve termen gunstig waren voor deze ondernemingen, niet tot uiting zijn gekomen in het eindbedrag, omdat zij zijn aangebracht op het bedrag dat de bovengrens overschrijdt, terwijl dergelijke aanpassingen voor andere ondernemingen die betrokken waren bij hetzelfde kartel, wel degelijk neerslag hebben gevonden in het eindbedrag van de hun opgelegde geldboete. Dit resultaat druist in tegen het gelijkheidsbeginsel.

322 In dit verband laakt LR GmbH het feit dat de relatief kortere duur van de inbreuk die voor haar in aanmerking is genomen in vergelijking met die voor andere ondernemingen als ABB geen neerslag heeft gevonden in het eindbedrag van haar

geldboete, terwijl dit voor andere ondernemingen als Brugg en KE KELIT wel het geval was, zodat het eindbedrag van hun geldboete niet behoefde te worden verlaagd tot de bovengrens van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17. Dansk Rørindustri verwijt het Gerecht met name dat de kortere duur van de inbreuk die in aanmerking is genomen, niet tot uiting is gekomen in het eindbedrag van haar geldboete.

- 323 Zoals uit de punten 278 tot en met 283 van dit arrest volgt, kan een dergelijk resultaat niet worden bekritiseerd op grond van het gelijkheidsbeginsel; dit is slechts een gevolg van de toepassing van die bovengrens op het uiteindelijke bedrag van de geldboete, aangezien voor deze rekwiranten de bovengrens in kwestie bleek te zijn overschreden.
- 324 Verder moeten drie specifieke grieven worden onderzocht die zijn ontleend aan schending van het gelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel.
- 325 Allereerst verwijt LR A/S het Gerecht in het kader van haar eerste middel dat het in punt 308 van het bestreden arrest LR AF 1998/Commissie haar argument heeft afgewezen dat de geldboete onevenredig was, nu de Commissie geen rekening heeft gehouden met het vermogen van deze rekwirante om de geldboete te betalen, en aldus het bedrag daarvan heeft vastgesteld op een niveau dat haar voortbestaan in gevaar brengt.

326 Dit middel kan niet worden aanvaard.

327 In dat punt heeft het Gerecht immers terecht geoordeeld dat de Commissie niet verplicht is om bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete rekening te houden met de deficitaire situatie van een onderneming, aangezien de erkenning van een dergelijke verplichting zou neerkomen op het verschaffen van een ongerechtvaardigd concurrentievoordeel aan de ondernemingen die het minst zijn aangepast aan de eisen van de markt (zie in die zin arrest van 8 november 1983, IAZ International Belgium e.a./Commissie, 96/82–102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, Jurispr. blz. 3369, punten 54 en 55).

328 Met haar tweede middel verwijt KE KELIT het Gerecht vervolgens dat het in de punten 167, 169 en 170 van het bestreden arrest KE KELIT/Commissie heeft geoordeeld dat de Commissie niet kan worden verweten dat zij de haar opgelegde geldboete wegens de duur van de haar ten laste gelegde inbreuk, namelijk ongeveer vijftien maanden, met 10 % heeft verhoogd, terwijl haar geen verhoging zou zijn opgelegd indien de duur twaalf maanden was geweest.

329 Nu het gaat om een inbreuk van middellange duur in de zin van punt 1, B, eerste alinea, tweede streepje, van de richtsnoeren — namelijk een inbreuk van één tot vijf jaar waarvoor de verhoging kan oplopen tot 50 % —, had de verhoging voor de drie maanden na de periode van een jaar waarvoor blijkens punt 1, B, eerste alinea, eerste streepje, van de richtsnoeren geen bijkomend bedrag is voorzien, lineair moeten worden berekend voor elke maand waarmee deze periode werd overschreden. De verhoging bedraagt dus 1,042 % per maand, 50 % verdeeld over achtenveertig maanden, ofwel 3,126 % voor de drie maanden waarmee de periode van een jaar werd overschreden.

- 330 Deze lineaire benadering moet worden gevolgd op grond van het gelijkheidsbeginsel, volgens hetwelk de verschillen tussen de aan het kartel deelnemende ondernemingen wat de duur van de inbreuk betreft, tot uiting moeten komen in het bedrag van de geldboete.
- 331 Het Gerecht heeft trouwens zelf aldus gehandeld in de punten 214 tot en met 216 van het bestreden arrest Dansk Rørindustri/Commissie, waar het de geldboete heeft verlaagd met 1 % voor elke maand waarvoor de inbreuk zijns inziens niet was bewezen.
- 332 Derhalve heeft het Gerecht het gelijkheidsbeginsel geschonden door voor KE KELIT niet dezelfde benadering te volgen (zie in die zin arrest van 16 november 2000, Weig/Commissie, C-280/98 P, Jurispr. blz. I-9757, punt 63).
- 333 Dit middel faalt.
- 334 In de punten 167 tot en met 171 van het bestreden arrest KE KELIT/Commissie heeft het Gerecht in wezen geoordeeld dat de jegens KE KELIT in aanmerking genomen duur van de inbreuk niet onevenredig was, omdat de Commissie in de litigieuze beschikking niet een dergelijke lineaire benadering heeft gevolgd.
- 335 Blijkens de punten 170 en 178 van de litigieuze beschikking, waar het Gerecht in punt 170 van dit bestreden arrest naar verwijst, heeft de Commissie voor alle

ondernemingen rekening gehouden met het feit dat de regelingen in de aanvangsperiode onvolledig waren en buiten de Deense markt beperkte gevolgen hadden, dat zij van eind 1993 tot begin 1994 in feite opgeschort waren en dat zij hun meest ontwikkelde vorm eerst bereikten met het in 1994-1995 gecreëerde kartel op communautaire schaal.

- 336 Gelet op de ruime beoordelingsvrijheid van de Commissie wat de vaststelling van de geldboeten betreft, kon het Gerecht zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting concluderen dat de verhoging wegens de jegens KE KELIT in aanmerking genomen duur van de inbreuk geen schending van het gelijkheidsbeginsel opleverde.
- 337 Met betrekking tot het argument dat KE KELIT ontleent aan het bestreden arrest Dansk Rørindustri/Commissie, blijkt uit de rechtspraak van het Hof weliswaar dat de uitoefening van volledige rechtsmacht er niet toe mag leiden dat bij de bepaling van de hoogte van de geldboeten ondernemingen die aan een met artikel 85, lid 1, van het Verdrag strijdige overeenkomst hebben deelgenomen, ongelijk worden behandeld, en dat het Gerecht, indien het met betrekking tot een van die ondernemingen wil afwijken van de berekeningsmethode van de Commissie, die het niet in twijfel heeft getrokken, zulks in het bestreden arrest moet motiveren (zie met name arrest van 18 september 2003, Volkswagen/Commissie, C-338/00 P, Jurispr. blz. I-9189, punt 146).
- 338 Dat beginsel is hier evenwel niet van toepassing, aangezien vaststaat dat de aan KE KELIT opgelegde geldboete niet is vastgesteld door het Gerecht in het kader van de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht, maar door de Commissie in de litigieuze beschikking.

- 339 Wanneer de punten 55 en 215 van het bestreden arrest Dansk Rørindustri/ Commissie samen worden gelezen, blijkt verder dat het Gerecht niet heeft willen afwijken van de berekeningsmethode van de Commissie, maar zich er integendeel van heeft willen vergewissen dat de drie in punt 335 van het onderhavige arrest genoemde factoren die zij bij de beoordeling van de duur van de inbreuk in aanmerking heeft genomen, tot uiting komen in de voor Dansk Rørindustri in aanmerking genomen periode.
- 340 Bovendien is niet aangetoond dat de situatie van KE KELIT vergelijkbaar is met die van Dansk Rørindustri, met name nu het voor de eerste onderneming gaat om een inbreuk van middellange duur in de zin van punt 1, B, van de richtsnoeren, namelijk van één tot vijf jaar, terwijl de tweede onderneming een inbreuk van lange duur in de zin van die bepaling te laste is gelegd, namelijk van meer dan vijf jaar.
- 341 Met haar vierde middel laakt Brugg ten slotte de punten 149 tot en met 157 van het bestreden arrest Brugg Rohrsysteme/Commissie.
- 342 Volgens haar heeft de Commissie een op zich adequate verhouding van 5 tot 1 gehanteerd als specifiek uitgangspunt voor de berekening van de respectieve geldboeten voor ondernemingen van de derde en de vierde categorie.
- 343 Daar het basisbedrag voor de ondernemingen van de derde categorie reeds hoger was dan de in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 gestelde bovengrens van 10 %, is van die verhouding echter afgezien door dit bedrag tot de bovengrens te verlagen.

344 Volgens deze rekwirante zou dus ook het basisbedrag voor de ondernemingen van de vierde categorie moeten worden verlaagd om de verhouding van 5 tot 1 in deze fase van de berekening te herstellen.

345 Dit middel moet worden afgewezen.

346 Het Gerecht heeft dit middel immers terecht afgewezen op de in punt 155 van het bestreden arrest Brugg Rohrsysteme/Commissie genoemde grond dat de omstandigheid dat het uitgangspunt voor de ondernemingen van de derde categorie heeft geleid tot bedragen die moesten worden verlaagd om rekening te houden met de in artikel 15 van verordening nr. 17 gestelde grens van 10 % van de omzet, terwijl een dergelijke reductie niet noodzakelijk was voor de ondernemingen van de vierde categorie, niet discriminerend kan worden geacht. Deze ongelijke behandeling is immers slechts het rechtstreekse gevolg van de bovengrens die voor de geldboeten wordt gesteld door deze verordening, waarvan de wettigheid niet is betwist en die uiteraard slechts geldt voor de gevallen waarin het bedrag van de voorgenomen geldboete 10 % van de omzet van de betrokken onderneming zou overschrijden, zoals in de punten 278 tot en met 283 van het onderhavige arrest reeds is vermeld.

347 Uit een en ander volgt dat de middelen van rekwiranten betreffende schending van het evenredigheids- en het gelijkheidsbeginsel in hun geheel moeten worden afgewezen.

c) De middelen van de groep Henss/Isoplus inzake schending van de rechten van de verdediging bij de beoordeling van de verzwarende omstandigheden

- 348 Met het derde onderdeel van haar eerste middel verwijt de groep Henss/Isoplus het Gerecht dat het blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de punten 474 tot en met 481 van het bestreden arrest HFB e.a./Commissie, de exceptie van onwettigheid van de richtsnoeren en met name van punt 2, tweede streepje daarvan, te verwerpen, volgens hetwelk het basisbedrag wordt verhoogd „wegens bijzondere verzwarende omstandigheden, zoals bijvoorbeeld [...] weigering van elke medewerking of zelfs pogingen om het verloop van het onderzoek te dwarsbomen”.
- 349 Volgens deze rekwirante schenden de richtsnoeren op dit punt de rechten van de verdediging en moeten zij derhalve op haar niet van toepassing worden verklaard, aangezien deze verzwarende omstandigheid geldt zodra een onderneming haar rechten van de verdediging uitoefent, met name wanneer zij in overeenstemming met de rechtspraak weigert inlichtingen te verstrekken in de zin van artikel 11 van verordening nr. 17, op grond dat zij daarmee zichzelf beschuldigt.
- 350 Deze grief kan niet worden aanvaard.
- 351 Zoals het Gerecht in punt 475 van het bestreden arrest HFB e.a./Commissie terecht in herinnering heeft gebracht, kan het gedrag van de onderneming tijdens de administratieve procedure immers een van de elementen zijn waarmee bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete rekening dient te worden gehouden (zie met name arrest van 16 november 2000, Finnboard/Commissie, C-298/98 P, Jurispr. blz. I-10157, punt 56).

- 352 Blijkens punt 478 van dit bestreden arrest moet punt 2, tweede streepje, van de richtsnoeren aldus worden begrepen dat een onderneming die het standpunt van de Commissie bestrijdt en enkel die medewerking verleent waartoe zij krachtens verordening nr. 17 verplicht is, om die reden geen hogere geldboete zal worden opgelegd (zie arrest Finnboard/Commissie, reeds aangehaald, punt 58).
- 353 Van de verzwarende omstandigheid die bestaat in de weigering van elke medewerking of zelfs pogingen om het verloop van het onderzoek te dwarsbomen, kan dan ook geen sprake zijn wanneer enkel de rechten van de verdediging worden uitgeoefend.
- 354 Met het tweede onderdeel van haar derde middel verwijt de groep Henss/Isoplus het Gerecht verder dat het blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de punten 555 tot en met 565 van het bestreden arrest HFB e.a./Commissie te overwegen dat haar fundamentele recht van verweer niet was geschonden door het feit dat de Commissie haar poging om de Commissie te misleiden met betrekking tot de werkelijke band tussen de ondernemingen van deze groep als verzwarende omstandigheid in aanmerking had genomen.
- 355 Volgens deze rekwirante heeft het Gerecht ten onrechte geoordeeld dat de Commissie haar mocht verwijten dat zij het bestaan van vennootschapsrechtelijke banden heeft betwist en dat zij de strikt vertrouwelijke trustverbanden tussen verschillende vennootschappen heeft verzwegen.
- 356 Door aldus te handelen heeft de groep Henss/Isoplus slechts haar rechten van de verdediging uitgeoefend, zodat de Commissie haar deze feiten niet als verzwarende omstandigheden ten laste mocht leggen.

- 357 Dit argument berust op een verkeerd begrip van de punten 556 tot en met 560 van het bestreden arrest.
- 358 In die punten heeft het Gerecht namelijk overwogen dat deze groep tijdens de administratieve procedure niet alleen is opgekomen tegen het oordeel, rechtens en feitelijk, van de Commissie, maar haar ook onvolledige en gedeeltelijk onjuiste informatie heeft verstrekt.
- 359 Het Gerecht heeft die conclusie getrokken na een in beginsel soevereine beoordeling van de aan hem voorgelegde bewijsmiddelen en met name op grond van een onderzoek van de antwoorden op de verzoeken om inlichtingen en de opmerkingen over de mededeling van punten van bezwaar van de groep Henss/Isoplus.
- 360 Anders dan deze rekwirante suggereert, impliceert punt 557 van het bestreden arrest HFB e.a./Commissie ook niet dat het Gerecht heeft vastgesteld dat het aan haar gerichte verzoek om inlichtingen krachtens artikel 11 van verordening nr. 17 een specifieke vraag bevatte over de trustverbanden tussen de ondernemingen van de groep, welke verbanden de Commissie niet behoefde te kennen en ook niet kon kennen.
- 361 Het Gerecht heeft integendeel enkel vastgesteld dat deze rekwirante in antwoord op een meer algemene vraag om nadere inlichtingen over de vergaderingen met concurrerende vennootschappen en inzonderheid om de naam, de onderneming en de functie van de deelnemers aan deze vergaderingen, onvolledige en gedeeltelijk onjuiste informatie heeft verstrekt.

362 Dienaangaande is er dus kennelijk geen enkele contradictie tussen deze vaststelling en het dossier. Van de door de groep Henss/Isoplus als onderdeel van haar zevende middel gestelde procedurefout is dan ook geen sprake.

363 Derhalve moeten de middelen van de groep Henss/Isoplus inzake schending van de rechten van de verdediging bij de beoordeling van de verzwarende omstandigheden worden afgewezen.

d) Het middel van LR A/S inzake de niet-inaanmerkingneming van verzachtende omstandigheden

364 Met haar derde middel verwijt LR A/S het Gerecht dat het in de punten 336 tot en met 346 van het bestreden arrest LR AF 1998/Commissie heeft overwogen dat de Commissie op goede gronden heeft geoordeeld dat voor haar geen verzachtende omstandigheden in aanmerking dienden te worden genomen.

365 Dienaangaande stelt LR A/S allereerst dat zij wegens de volgende verzachtende omstandigheden in aanmerking had moeten komen voor een vermindering:

— haar ondergeschikte positie jegens ABB, de sterkste marktdeelnemer en de enige multinationale groep in de sector afstandsverwarming en leider van het kartel;

- de economische druk die ABB op LR A/S heeft uitgeoefend om deel te nemen aan het kartel en om de door het kartel genomen besluiten uit te voeren;

- het feit dat de aan ABB ten laste gelegde inbreuken veel ernstiger waren dan die welke LR A/S werden verweten.

³⁶⁶ In punt 338 van dit bestreden arrest heeft het Gerecht echter onder meer terecht geoordeeld dat het feit dat deze rekwirante een middelgrote onderneming is, geen verzachtende omstandigheid kan vormen.

³⁶⁷ Wat meer bepaald haar positie jegens ABB betreft, stelt LR A/S dat, anders dan het Gerecht in punt 339 van dit bestreden arrest heeft geoordeeld, de noodzaak om de haar opgelegde geldboete vast te stellen aan de hand van alle relevante individuele factoren, vereiste dat de druk die ABB uitoefende op de andere aan het kartel deelnemende ondernemingen, zoals LR A/S, zou leiden tot een vermindering van haar eigen geldboete en niet enkel tot een verhoging van de geldboete van ABB.

³⁶⁸ Deze laatste aanpassing garandeert trouwens niet dat de geldboete de weerspiegeling vormt van eventuele verschillen tussen de situatie van LR A/S en die van andere ondernemingen waarop dergelijke druk niet of in geringere mate is uitgeoefend, en leidt tot een systematische discriminatie van deze rekwirante in vergelijking met die ondernemingen.

369 Het Gerecht kan echter niet worden verweten dat het deze grief heeft afgewezen op grond dat LR A/S de op haar uitgeoefende druk bij de bevoegde autoriteiten had kunnen aanbrengen en bij de Commissie een klacht had kunnen indienen krachtens artikel 3 van verordening nr. 17, in plaats van aan het kartel deel te nemen.

370 Het bestaan van deze druk verandert immers niets aan het bestaan en de zwaarte van de door deze rekwirante gepleegde inbreuk.

371 Ten slotte betwist LR A/S punt 345 van het bestreden arrest LR AF 1998/Commissie, waarin het Gerecht heeft overwogen dat het feit dat deze rekwirante een programma had ingevoerd om aan het gemeenschapsrecht te voldoen, niet als verzachtende omstandigheid kon worden aangemerkt die tot verlaging van de geldboete zou leiden. Het Gerecht is haars inziens daardoor afgeweken van een vaste praktijk.

372 Dit argument kan niet worden aanvaard.

373 Het Gerecht heeft immers geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in dat punt van het arrest te overwegen dat het weliswaar belangrijk is dat LR A/S maatregelen heeft getroffen om te vermijden dat haar personeelsleden in de toekomst opnieuw inbreuk zouden maken op de communautaire mededingingsregels, maar dat deze omstandigheid niets afdoet aan het feit dat in casu een inbreuk is vastgesteld. Het Gerecht heeft terecht geoordeeld dat deze omstandigheid als zodanig de Commissie niet verplichtte om de geldboete van deze rekwirante wegens een verzachtende omstandigheid te verlagen.

374 Derhalve moet het onderzochte middel worden afgewezen.

e) De middelen van de groep Henss/Isoplus en LR A/S inzake de niet- of ontoereikende inaanmerkingneming van hun medewerking in de administratieve procedure

375 Met het eerste onderdeel van haar derde middel verwijt de groep Henss/Isoplus het Gerecht dat het in de punten 607 tot en met 623 van het bestreden arrest HFB e.a./ Commissie heeft geoordeeld dat de Commissie terecht heeft geweigerd de haar opgelegde geldboete te verlagen op grond van de mededeling inzake medewerking en dat de Commissie op dit punt artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 derhalve niet heeft geschonden.

376 Dienaangaande verwijt de groep Henss/Isoplus het Gerecht allereerst dat het in de punten 609 en 610 van dat bestreden arrest heeft overwogen dat de Commissie terecht heeft geweigerd de geldboete overeenkomstig punt 3, zesde streepje, van de richtsnoeren te verlagen, op grond dat voor een dergelijke verlaging is vereist dat het gaat om een inbreuk die valt buiten de werkingssfeer van de mededeling inzake medewerking, terwijl een kartel dat vergelijkbaar is met het kartel in kwestie duidelijk valt binnen die werkingssfeer als omschreven in hoofdstuk A, punt 1, van de mededeling.

377 Uit de bewoordingen van hoofdstuk A, punt 1, blijkt niet dat deze mededeling uitsluitend van toepassing is op dergelijke inbreuken.

- 378 Uit de mededeling inzake medewerking volgt evenmin dat de Commissie slechts op grond van die mededeling rekening kan houden met gedeeltelijke bekentenissen of medewerking. Een zo restrictieve uitlegging is haars inziens hoe dan ook in strijd met artikel 6 EVRM en het beginsel van vermoeden van onschuld dat een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht is.
- 379 Het desbetreffende betoog van de groep Henss/Isoplus berust op een verkeerde lezing van de punten 609 en 610 van het bestreden arrest.
- 380 Op grond van een uitlegging van punt 3, zesde streepje, van de richtsnoeren die overigens geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, heeft het Gerecht immers enkel geconstateerd dat de aldaar genoemde specifieke verzachtende omstandigheid slechts geldt voor inbreuken die buiten de werkingssfeer van de mededeling inzake medewerking vallen.
- 381 Het staat echter buiten kijf, zoals het Gerecht overweegt, dat in casu sprake is van een kartel en derhalve van een inbreuk die wel degelijk binnen de werkingssfeer van die mededeling valt.
- 382 Het Gerecht heeft dan ook terecht geconcludeerd dat de Commissie niet kan worden verweten dat zij de medewerking van deze rekwirante niet als een dergelijke verzachtende omstandigheid heeft aangemerkt.

- 383 De groep Henss/Isoplus stelt vervolgens dat de laatste zin van punt 615 van dit bestreden arrest een procedurefout oplevert, nu uit het dossier blijkt dat alle vennootschappen van deze groep in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar hebben erkend dat zij van eind 1994 tot begin 1996 hebben deelgenomen aan het kartel op communautaire schaal.
- 384 Met deze grief verwijt de rekwirante het Gerecht in wezen dat het heeft geoordeeld dat de betrokken vennootschappen van de groep in hun opmerkingen over de mededeling van punten van bezwaar hun deelneming aan het kartel niet enkel betwistten voor de periode vóór oktober 1994, maar voor de gehele in aanmerking genomen duur van de inbreuk.
- 385 Het desbetreffende betoog van de groep Henss/Isoplus voor het Hof bewijst echter geenszins dat het Gerecht op dit punt de strekking van het antwoord op de mededeling van punten van bezwaar onjuist heeft opgevat door het aldus uit te leggen dat de betrokken vennootschappen van deze groep daarin hun deelneming aan het kartel betwistten voor de gehele duur daarvan.
- 386 Uit de processtukken volgt dus niet dat de vaststellingen van het Gerecht ter zake materieel onjuist zijn.

387 De groep Henss/Isoplus stelt ten slotte dat de Commissie, anders dan het Gerecht heeft beslist, krachtens hoofdstuk D van de mededeling inzake medewerking verplicht was haar een belangrijke vermindering van de geldboete toe te kennen.

388 Anders dan bij de hoofdstukken B en C van deze mededeling is voor een vermindering krachtens hoofdstuk D niet een permanente en totale medewerking vereist, maar is deze enkel afhankelijk van de verstrekking van inlichtingen dan wel schriftelijke of andere bewijsstukken die bijdragen tot het bewijs van het bestaan van de inbreuk voordat een mededeling van punten van bezwaar is verzonden.

389 Zowel het Gerecht in punt 617 van het bestreden arrest HFB e.a./Commissie als de Commissie tijdens de hoorzitting en in de punten 110 en 180 van de litigieuze beschikking heeft erkend dat de medewerking en de bekentenissen van de rekwiranten, ook al waren zij slechts partieel, in beginsel voldeden aan de voorwaarden voor toepassing van hoofdstuk D, punt 2, eerste streepje, van de mededeling inzake medewerking.

390 Volgens de groep Henss/Isoplus mocht deze vermindering haar niet worden geweigerd wegens het bestaan van verzwarende omstandigheden of het feit dat zij bij de uitoefening van haar rechten van de verdediging de Commissie bepaalde omstandigheden heeft verzwegen, de Commissie onjuiste informatie heeft verstrekt dan wel bepaalde feiten heeft betwist.

- 391 Deze grief moet worden afgewezen.
- 392 Zoals rekwirante betoogt, blijkt uit punt 617 van het bestreden arrest HFB e.a./ Commissie weliswaar dat het Gerecht heeft erkend dat zij — zij het niet beslissende — medewerking heeft verleend en — zij het gedeeltelijke — bekentenissen heeft afgelegd.
- 393 Het Gerecht heeft echter terecht en zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting die in hogere voorziening kan worden afgekeurd, geoordeeld dat deze door deze rekwirante verstrekte informatie, die in beginsel kan voldoen aan de voorwaarden voor vermindering van de geldboete krachtens hoofdstuk D, punt 2, van de mededeling inzake medewerking, voor de Commissie niet noodzakelijkerwijs aanleiding had moeten zijn om aan deze rekwirante op grond van de mededeling een vermindering te verlenen.
- 394 De Commissie beschikt dienaangaande immers over een beoordelingsbevoegdheid, zoals blijkt uit de tekst zelf van punt 2 en met name de eerste woorden „Dit kan met name het geval zijn [...]”.
- 395 Bovendien en vooral kan een vermindering op grond van de mededeling inzake medewerking slechts gerechtvaardigd zijn indien de verstrekte informatie en meer algemeen het gedrag van de betrokken onderneming ter zake kunnen worden geacht blijk te geven van een werkelijke medewerking harerzijds.

396 Zoals volgt uit het begrip medewerking zelf, zoals dat wordt beklemtoond in de tekst van de mededeling inzake medewerking en met name in de inleiding en hoofdstuk D, punt 1, daarvan, kan een vermindering op grond van de mededeling slechts worden toegekend wanneer het gedrag van de betrokken onderneming blijkt geeft van een dergelijke geest van medewerking.

397 Zoals het Gerecht in de punten 618 en 622 van het bestreden arrest heeft vastgesteld, kon de groep Henss/Isoplus, aangezien zij onvolledige en gedeeltelijk onjuiste informatie had verstrekt, in casu niet stellen dat zij zich aldus had gedragen.

398 Anders dan deze rekwirante betoogt, heeft het Gerecht daardoor geen vermeend beginsel van strafrecht geschonden volgens hetwelk elke, zelfs partiële, bekentenis noodzakelijkerwijs moet leiden tot een vermindering van de geldboete, en evenmin de rechten van de verdediging of het beginsel non bis in idem.

399 Aangaande een vermindering van de geldboete die is bedoeld om een onderneming te belonen voor haar bijdrage aan de administratieve procedure die de Commissie in staat heeft gesteld om een inbreuk met minder moeilijkheden vast te stellen en daaraan in voorkomend geval een einde te maken, zou het, zoals de Commissie betoogt, absurd zijn haar te verplichten die vermindering toe te kennen indien de betrokken bijdrage het niet mogelijk maakt dat doel te bereiken, maar zulks integendeel zelfs heeft bemoeilijkt.

- 400 Zoals in de punten 358 tot en met 362 van het onderhavige arrest reeds is overwogen, kan de groep Henss/Isoplus in een situatie als in casu niet stellen dat haar rechten van de verdediging zijn geschonden.
- 401 Deze rekwirante is immers niet gedwongen enigerlei medewerking te verlenen of een bekentenis af te leggen. Bovendien impliceren de rechten van de verdediging niet het recht om onvolledige en gedeeltelijk onjuiste informatie te verstrekken.
- 402 Een schending van het beginsel non bis in idem, gebaseerd op de omstandigheid dat het betrokken gedrag reeds als verzwarende omstandigheid in aanmerking is genomen, kan evenmin worden aanvaard.
- 403 Dat een onderneming niet wordt beloond voor medewerking die de Commissie niet in staat heeft gesteld om een inbreuk met minder moeilijkheden vast te stellen en daaraan in voorkomend geval een einde te maken, kan niet worden aangemerkt als een sanctie die komt bovenop de straf die bestaat in de erkenning van een verzwarende omstandigheid.
- 404 Met haar vierde middel stelt LR A/S dat in de punten 359 tot en met 370 van het bestreden arrest LR AF 1998/Commissie blijkt wordt gegeven van een onjuiste

rechtsopvatting doordat het Gerecht daarin de door de Commissie verleende vermindering van de geldboete wegens rekwirantes medewerking tijdens de administratieve procedure, namelijk 30 %, heeft goedgekeurd, terwijl zij haars inziens op grond daarvan recht had op een grotere vermindering.

405 Zoals in de punten 191 tot en met 196 van het onderhavige arrest reeds is overwogen in antwoord op het tweede middel van deze rekwirante, kon zij in de eerste plaats geen gewettigd vertrouwen hebben in de gestelde beschikkingspraktijk van de Commissie zoals die zou hebben bestaan ten tijde dat de medewerking werd verleend en die in casu voordeliger zou zijn geweest dan de mededeling inzake medewerking.

406 Voorzover het vierde middel van LR A/S ertoe strekt op die grond de punten 361 en 366 van het bestreden arrest te betwisten, moet het dus worden afgewezen.

407 Deze rekwirante stelt in de tweede plaats dat haar een grotere vermindering had moeten worden toegekend omdat zij de eerste onderneming was die met de Commissie heeft meegewerkt, hetgeen andere ondernemingen ertoe heeft aangezet dat ook te doen.

408 Dienaangaande volstaat de vaststelling dat het Gerecht in de punten 363 tot en met 365 van het bestreden arrest na een soevereine beoordeling van de feiten heeft geoordeeld dat de wegens medewerking aan LR A/S toegekende vermindering

passend was, met name aangezien uit de litigieuze beschikking blijkt dat de Commissie niet bereid was de geldboete met 50 % te verminderen voor ondernemingen die haar vóór de ontvangst van het verzoek om inlichtingen geen inlichtingen hadden verstrekt en vaststaat dat rekwirante pas na de ontvangst van een dergelijk verzoek stukken aan de Commissie heeft meegedeeld.

- 409 In de derde plaats verwijt LR A/S het Gerecht dat het in punt 368 van dat arrest haar argument heeft afgewezen dat zij recht had op vrijstelling van de geldboete voor de periode na de verificaties, aangezien zij de eerste onderneming was die had meegedeeld dat het kartel ook na de verificaties door de Commissie was voortgezet.
- 410 De door het Gerecht in punt 368 gegeven reden dat de inbreuk, en dus de vermindering, bij de beoordeling van de medewerking in haar geheel moet worden beschouwd, is niet beslissend en belet niet dat deze grotere vermindering wordt toegekend.
- 411 Dienaangaande heeft het Gerecht zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting die in hogere voorziening kan worden afgekeurd, gecoördeld dat de voortzetting van het kartel, met name na de verificaties, onlosmakelijk met de inbreuk was verbonden, en dat deze bij de toepassing van de mededeling inzake medewerking dus alleen maar in haar geheel kon worden beschouwd.

- 412 Wat de door LR A/S betwiste omvang van de vermindering betreft, geeft de redenering van het Gerecht in punt 368 van het bestreden arrest LR AF 1998/ Commissie, die is gebaseerd op de mededeling inzake medewerking, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de uitlegging van die mededeling. Deze grief kan dan ook niet worden aanvaard.
- 413 LR A/S stelt in de vierde plaats dat het Gerecht, door in de punten 240 tot en met 245 van het bestreden arrest ABB Asea Brown Boveri/Commissie te oordelen dat de geldboete van ABB met meer dan 30 % moest worden verminderd omdat ABB, anders dan met name zichzelf, na ontvangst van de mededeling van punten van bezwaar de juistheid van de belangrijkste feiten niet heeft betwist, LR A/S een sanctie heeft opgelegd enkel en alleen omdat zij haar rechten van de verdediging had uitgeoefend. Het Gerecht heeft aldus fundamentele beginselen geschonden zoals die met name zijn neergelegd in artikel 6 EVRM en heeft haar bovendien gediscrimineerd.
- 414 Uit punt 243 van het bestreden arrest ABB Asea Brown Boveri/Commissie blijkt echter dat het Gerecht, onder verwijzing naar de punten 26, tweede alinea, en 27, vijfde alinea, van de litigieuze beschikking, heeft vastgesteld dat LR A/S, anders dan ABB, heeft gesteld dat er vóór 1994 geen kartel bestond buiten de Deense markt en dat er evenmin een voortgezet kartel heeft bestaan. Verder heeft zij ontkend te hebben deelgenomen aan acties om Powerpipe uit te schakelen of dergelijke maatregelen ten uitvoer te hebben gelegd.
- 415 In die omstandigheden kan het Gerecht niet worden verweten dat het LR A/S heeft gediscrimineerd ten opzichte van ABB.

- 416 Anders dan LR A/S betoogt, wordt zij in vergelijking met ABB niet bestraft wegens de loutere uitoefening van haar rechten van de verdediging.
- 417 In tegenstelling tot andere ondernemingen zoals LR A/S, heeft ABB er in casu immers voor gekozen af te zien van haar recht om de belangrijkste door de Commissie beschreven feiten en de door deze laatste getrokken conclusies te betwisten, en heeft zij de Commissie in dat verband volledige medewerking verleend teneinde een extra vermindering van de geldboete te kunnen krijgen.
- 418 Het gaat dus om een vrije keuze van ABB waarvoor de Commissie haar een gunstige behandeling heeft verleend.
- 419 Ook LR A/S had dat kunnen doen. Daaruit volgt niet dat LR A/S, doordat haar geen extra vermindering is verleend omdat zij had besloten geen gebruik te maken van die mogelijkheid, in strijd met artikel 6 EVRM is gedwongen te getuigen onder bedreiging met een sanctie, of is gestraft wegens de enkele uitoefening van haar rechten van de verdediging.

420 Uit een en ander volgt dat het vierde middel van LR A/S in zijn geheel moet worden afgewezen.

D — De middelen inzake het recht om te worden gehoord en de motiveringsplicht

1. De middelen inzake schending van het recht om te worden gehoord

421 Met hun respectieve middelen verwijten Dansk Rørindustri (derde middel), de groep Henss/Isoplus (eerste twee middelen), KE KELIT (vierde middel), Brugg (derde middel) en LR GmbH (vierde middel) het Gerecht dat het de middelen heeft afgewezen die zij ontleenden aan schending van het recht om te worden gehoord op grond dat zij in de administratieve procedure en inzonderheid in antwoord op de mededeling van punten van bezwaar hun standpunt betreffende de gestelde retroactieve toepassing van de richtsnoeren in dit geval niet hebben kunnen uiteenzetten, daar de Commissie tijdens de administratieve procedure nooit heeft verklaard dat zij van plan was de richtsnoeren toe te passen.

422 Al meteen moet worden vastgesteld dat het desbetreffende middel van Dansk Rørindustri, zoals de Commissie terecht betoogt, niet is aangevoerd voor het Gerecht en dus een nieuw middel is dat in hogere voorziening niet-ontvankelijk is.

- 423 In repliek stelt deze rekwirante in wezen dat het middel niet nieuw is, aangezien het impliciet kon worden afgeleid uit de middelen en argumenten die zij met betrekking tot de vaststelling van de geldboete heeft voorgedragen voor het Gerecht.
- 424 Uit het dossier blijkt echter dat deze rekwirante noch in het verzoekschrift, noch in repliek voor het Gerecht het middel betreffende het recht om te worden gehoord heeft aangevoerd tot staving van een van haar andere middelen in eerste aanleg.
- 425 Verder moet dienaangaande worden vastgesteld dat het verzoekschrift in hogere voorziening niet vermeldt welke punten of welk deel van het betrokken bestreden arrest worden bestreden en het ook niet mogelijk maakt te achterhalen welke punten of welk deel het betreft.
- 426 Volgens vaste rechtspraak volgt uit artikel 168 A EG-Verdrag (thans artikel 225 EG), artikel 51, eerste alinea, van 's Hofs Statuut-EG en artikel 112, lid 1, eerste alinea, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, dat een hogere voorziening duidelijk moet aangeven tegen welke onderdelen van het arrest waarvan de vernietiging wordt gevorderd, zij is gericht, en welke juridische argumenten die vordering specifiek staven, daar de hogere voorziening of het betrokken middel anders niet-ontvankelijk is (zie met name arrest Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./ Commissie, reeds aangehaald, punt 497, en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 427 De desbetreffende middelen van de groep Henss/Isoplus, KE KELIT, Brugg en LR GmbH, met uitzondering van enkele aspecten die specifiek zijn voor die rekwiranten

en hierna zullen worden behandeld voorzover zij in deze hogere voorziening worden aangevochten, zijn door het Gerecht in wezen om dezelfde redenen afgewezen in de punten 310 tot en met 322 van het bestreden arrest HFB e.a./Commissie, 75 tot en met 89 van het bestreden arrest KE KELIT/Commissie, 82 tot en met 98 van het bestreden arrest Brugg Rohrsysteme/Commissie en 192 tot en met 206 van het bestreden arrest Lögstör Rör/Commissie.

428 In die bestreden arresten heeft het Gerecht er allereerst terecht aan herinnerd dat het vaste rechtspraak is van het Hof, dat wanneer de Commissie 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 veronderstelde inbreuk en de omstandigheid dat deze „opzettelijk of uit onachtzaamheid” is begaan, zij voldoet aan haar verplichting tot eerbiediging van het recht van de ondernemingen om te worden gehoord. Het Gerecht heeft eveneens terecht geoordeeld dat de Commissie deze ondernemingen daardoor de nodige gegevens verstrekt om zich niet alleen tegen de vaststelling van een inbreuk, maar ook tegen de oplegging van geldboeten te verdedigen (zie in die zin met name arrest *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, reeds aangehaald, punt 21).

429 Vervolgens heeft het Gerecht vastgesteld dat voor elk van deze rekwiranten een onderzoek van de mededeling van punten van bezwaar had uitgewezen dat deze gegevens, feitelijk en rechtens, bevat op basis waarvan de Commissie de aan de betrokken ondernemingen op te leggen geldboete zou berekenen, om daaruit af te leiden dat het recht van deze rekwiranten om te worden gehoord, op dit punt in acht is genomen.

430 Daar dit de beoordeling van bewijselementen betreft, namelijk de aan elk van deze rekwiranten gerichte mededeling van punten van bezwaar, is de toetsing door het Hof in hogere voorziening beperkt tot het geval van een onjuiste opvatting daarvan (zie met name arrest *Mag Instrument/BHIM*, reeds aangehaald, punt 39).

- 431 De argumenten van de groep Henss/Isoplus, KE KELIT, Brugg en LR GmbH strekken er echter niet toe een dergelijke onjuiste opvatting aan te tonen, zodat dit gedeelte van de betrokken bestreden arresten niet kan worden aangevochten.
- 432 Volgens deze rekwiranten heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te beslissen dat de aan elk van de betrokken rekwiranten gerichte mededeling van punten van bezwaar voldoende elementen bevatte om inachtneming van het recht om te worden gehoord mogelijk te maken, en dat daaruit volgde dat de inachtneming van dat recht in casu niet meer vereiste en de Commissie derhalve niet verplicht was deze rekwiranten tijdens de administratieve procedure mee te delen dat zij van plan was een nieuwe methode voor de berekening van de geldboeten toe te passen.
- 433 Deze rekwiranten stellen in wezen dat het voornemen om in casu de richtsnoeren toe te passen, tijdens de administratieve procedure had moeten worden vermeld, aangezien deze regels een fundamentele wijziging van de methode voor de berekening van de geldboeten inhielden en er bovendien sprake was van retroactieve toepassing. Derhalve vormde deze informatie een noodzakelijk element voor het verweer van deze rekwiranten met betrekking tot de berekening van de geldboeten.
- 434 Dienaangaande heeft het Gerecht er terecht aan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak van het Hof, het geven van aanwijzingen omtrent de hoogte van de beoogde geldboeten, zolang de ondernemingen niet in staat zijn gesteld hun opmerkingen te maken omtrent de tegen hen in aanmerking genomen punten van bezwaar, er op zou neerkomen dat de Commissie vooruitloopt op haar beslissing, hetgeen onjuist zou zijn (zie reeds aangehaalde arresten *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, punt 21, en *Michelin/Commissie*, punt 19).

435 Het Gerecht heeft daar eveneens terecht aan toegevoegd dat volgens die rechtspraak de Commissie niet gehouden was in de mededeling van punten van bezwaar de mogelijkheid van een beleidswijziging met betrekking tot het algemene niveau van de geldboeten te vermelden; deze mogelijkheid was afhankelijk van algemene overwegingen betreffende het mededingingsbeleid en hield geen rechtstreeks verband met de bijzondere omstandigheden van de betrokken zaken (zie arrest *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, reeds aangehaald, punt 22).

436 De richtsnoeren bevatten weliswaar een nieuwe methode voor de berekening van de geldboeten die tot een belangrijke hervorming ter zake leidt, met name wat de — zij het relatieve en soepele — tarifiering betreft van de basisbedragen die daarin worden vastgesteld als uitgangspunt van deze berekening.

437 Zoals blijkt uit de afwijzing van de grieven inzake de gestelde onwettigheid van de richtsnoeren in de punten 250 tot en met 253 van het onderhavige arrest, is deze nieuwe methode echter nog steeds gebaseerd op de dwingende criteria van de zwaarte en de duur van de inbreuk die worden genoemd in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, daar zij in wezen preciseert hoe de Commissie die criteria zal aanwenden voor de vaststelling van de geldboeten.

438 Weliswaar bevatten de richtsnoeren belangrijke verduidelijkingen dienaangaande en kan het wenselijk zijn dat de Commissie de ondernemingen dergelijke verduidelijkingen verstrekt, voorzover dit niet betekent dat zij daarbij op onjuiste wijze op haar beslissing vooruitloopt.

- 439 Zoals het Gerecht terecht heeft geoordeeld, omvat het recht om met betrekking tot de berekening van de geldboeten te worden gehoord echter niet de wijze waarop de Commissie de dwingende criteria van de zwaarte en de duur van de inbreuk wil aanwenden voor de berekening van de geldboeten.
- 440 Aangaande het argument van deze rekwiranten dat zij het recht hadden om te worden gehoord met betrekking tot het voornemen van de Commissie om de richtsnoeren met terugwerkende kracht toe te passen, moet worden vastgesteld dat, zoals in punt 231 van dit arrest is overwogen, de nieuwe methode voor de berekening van de geldboeten daarin door de betrokken ondernemingen redelijkerwijs kon worden voorzien toen de inbreuken in kwestie werden gepleegd. Derhalve kunnen rekwiranten zich niet beroepen op het recht om te worden gehoord over de retroactieve toepassing van de richtsnoeren. Ook deze grief moet dus worden afgewezen.
- 441 Vervolgens moeten enkele specifieke argumenten worden behandeld die door bepaalde rekwiranten zijn aangevoerd tot staving van hun middelen inzake schending van het recht om te worden gehoord.
- 442 De groep Henss/Isoplus verwijt het Gerecht dat het in punt 312 van het bestreden arrest HFB e.a./Commissie heeft verklaard dat de ondernemingen met betrekking tot de vaststelling van de geldboeten beschikken over een extra waarborg voor hun rechten van de verdediging, omdat het Gerecht uitspraak doet met volledige rechtsmacht en inzonderheid krachtens artikel 17 van verordening nr. 17 de geldboete kan intrekken of verlagen.

443 Zij heeft haars inziens krachtens deze verordening recht op twee instanties met volledige rechtsmacht, namelijk de Commissie en het Gerecht, en haar kan niet een instantie worden ontzegd door de schending van het recht om te worden gehoord met betrekking tot de berekening van de geldboete. De schending van de rechten van de verdediging tijdens de administratieve procedure kan niet worden geregulariseerd tijdens de procedure voor het Gerecht.

444 Deze grief is ongegrond.

445 Zoals de Commissie heeft opgemerkt, heeft het Gerecht in punt 312 van het bestreden arrest HFB e.a./Commissie enkel en terecht overwogen dat zijn volledige rechtsmacht inzake geldboeten een extra waarborg biedt. Het heeft geoordeeld noch gesuggererd, zoals de groep Henss/Isoplus stelt, dat hierbij sprake is van vervanging van de instantie die wordt gevormd door de administratieve procedure voor de Commissie, waardoor het Gerecht een eventuele schending van de rechten van de verdediging in die procedure zou kunnen regulariseren.

446 Deze rekwirante stelt verder dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting toen het haar middel inzake schending van het recht om te worden gehoord heeft afgewezen, aangezien met name de verzwarende omstandigheid van punt 2, tweede streepje, van de richtsnoeren — namelijk de weigering van elke medewerking of zelfs pogingen om het verloop van het onderzoek te dwarsbomen — haar ten laste is gelegd zonder dat zij op de hoogte is gebracht van het voornemen van de Commissie aldus te handelen, en derhalve zonder dat zij daarover is gehoord.

- 447 Dienaangaande volstaat de vaststelling dat dit argument niet kan worden aanvaard, aangezien uit het dossier blijkt dat deze omstandigheid kennelijk niet kon worden vermeld in de mededeling van punten van bezwaar, daar zij met name in die fase van de administratieve procedure, namelijk in het antwoord van de groep Henss/Isoplus op die mededeling, is ontstaan en later is blijven bestaan.
- 448 Brugg verwijt het Gerecht dat het in punt 97 van het bestreden arrest Brugg Rohrsysteme/Commissie haar argument heeft afgewezen dat de Commissie haar tijdens de hoorzitting in de waan heeft gebracht dat de geldboete zou worden bepaald aan de hand van haar relevante omzet. Zoals het Gerecht in dat punt heeft vastgesteld, heeft de Commissie Brugg tijdens de hoorzitting uitdrukkelijk verzocht die omzet te bevestigen. De Commissie heeft nimmer laten blijken dat zij haar beschikking zou baseren op de richtsnoeren.
- 449 Dienaangaande volstaat de vaststelling dat de rekwirante met deze grief door middel van een eenvoudige bewering een beoordeling van de feiten door het Gerecht wil aanvechten, welke, behoudens het geval van een onjuiste opvatting van de bewijselementen, geen rechtsvraag oplevert die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof.
- 450 Daar deze rekwirante geen enkel argument aanvoert ten bewijze van enige onjuiste opvatting van de betrokken bewijselementen, zoals die in de punten 94 tot en met 97 van het bestreden arrest Brugg Rohrsysteme/Commissie zijn onderzocht, moet deze grief worden afgewezen.

2. De middelen inzake schending van de motiveringsplicht met betrekking tot de berekening van de geldboeten

451 Met hun respectieve middelen verwijten KE KELIT (vijfde middel), LR A/S (tweede middel) en LR GmbH (derde middel) het Gerecht dat het in de punten 205 van het bestreden arrest KE KELIT/Commissie, 390 van het bestreden arrest LR AF 1998/Commissie en 374 van het bestreden arrest Lögstör Rör/Commissie heeft geoordeeld dat de Commissie niet verplicht was in de litigieuze beschikking uiteen te zetten of en waarom zij in casu de richtsnoeren toepaste.

452 KE KELIT en LR GmbH stellen dat, gelet op de omvang van de wijzigingen die de richtsnoeren aanbrengen in de methode voor de berekening van de geldboeten, de redenen voor deze wijziging en de retroactieve toepassing van de richtsnoeren in dit geval in de litigieuze beschikking specifiek hadden moeten worden vermeld. Volgens LR A/S had deze beschikking moeten worden gemotiveerd met betrekking tot de retroactieve toepassing van de richtsnoeren en de mededeling inzake medewerking.

453 Ten aanzien hiervan zij er allereerst aan herinnerd, dat volgens de rechtspraak van het Hof de vraag naar de draagwijdte van de motiveringsplicht een rechtsvraag is die in het kader van een hogere voorziening vatbaar is voor toetsing door het Hof, daar het Hof bij het in dit kader uitgeoefende toezicht op de wettigheid van een besluit noodzakelijkerwijs moet uitgaan van de feiten die het Gerecht ten grondslag heeft gelegd aan zijn oordeel, dat de motivering al dan niet toereikend is (zie in die zin arrest van 20 november 1997, Commissie/V, C-188/96 P, Jurispr. blz. I-6561, punt 24).

454 Aangaande de grief van deze rekwiranten dat de litigieuze beschikking een motivering had moeten geven voor de retroactieve toepassing van de richtsnoeren, zij eraan herinnerd dat in punt 231 van het onderhavige arrest is overwogen dat de nieuwe berekeningsmethode in de richtsnoeren door de betrokken ondernemingen redelijkerwijs kon worden voorzien toen de inbreuken werden gepleegd. De retroactieve toepassing van de richtsnoeren behoeft dan ook niet specifiek te worden gemotiveerd. Ook deze grief moet dus worden afgewezen.

455 Het middel van LR A/S inzake schending van de motiveringsplicht betreffende de retroactieve toepassing van de mededeling inzake medewerking moet eveneens worden afgewezen.

456 Om de redenen die reeds zijn genoemd in de punten 227 tot en met 231 van dit arrest, kon de mededeling inzake medewerking, zo zij al heeft geleid tot een verhoging van de opgelegde geldboeten, door ondernemingen als deze rekwirante redelijkerwijs worden voorzien toen de inbreuken werden gepleegd, zodat de toepassing van deze mededeling op inbreuken die werden gepleegd voor de vaststelling ervan, geen schending oplevert van het verbod van terugwerkende kracht.

457 De litigieuze beschikking behoeft dan ook niet te worden gemotiveerd met betrekking tot de retroactieve toepassing van de mededeling inzake medewerking.

458 In de drie bestreden arresten KE KELIT/Commissie, LR AF 1998/Commissie en Lögstör Rör/Commissie verklaart het Gerecht dat de Commissie niet kan worden verweten dat zij de in casu geldende regels, met name de door haar toegepaste richtsnoeren, niet uitdrukkelijk heeft omschreven.

459 Uit de bestreden arresten en met name uit punt 209 van het arrest LR AF 1998/Commissie blijkt ook dat de Commissie nimmer in de administratieve procedure heeft meegedeeld dat zij voornemens was de richtsnoeren toe te passen.

460 Bij lezing van de litigieuze beschikking blijkt dat de richtsnoeren daarin niet uitdrukkelijk worden vermeld.

461 Er zij aan herinnerd dat de richtsnoeren gedragsregels van algemene strekking zijn die de Commissie in beginsel moet toepassen. Daaruit volgt dat de wettigheid van een beschikking waarin de richtsnoeren worden toegepast, zoals de litigieuze beschikking, daaraan kan worden getoetst, zoals in punt 211 van dit arrest reeds is overwogen.

462 Volgens vaste rechtspraak heeft de verplichting tot motivering van een individuele beschikking tot doel, het Hof in staat te stellen de wettigheid van de beschikking te

toetsen, en de betrokkene voldoende gegevens te verschaffen om na te gaan of de beschikking gegrond is dan wel een gebrek vertoont op grond waarvan de wettigheid kan worden betwist (zie met name arrest van 2 oktober 2003, Corus UK/Commissie, C-199/99 P, Jurispr. blz. I-11177, punt 145).

⁴⁶³ De motivering moet dus in beginsel tegelijk met het bezwarende besluit aan de betrokkene worden meegedeeld. Het ontbreken van een motivering kan niet worden geregulariseerd door de omstandigheid dat de betrokkene tijdens de procedure voor het Hof kennis krijgt van de redenen van het besluit (arrest van 26 november 1981, Michel/Parlement, 195/80, Jurispr. blz. 2861, punt 22).

⁴⁶⁴ Derhalve moet worden nagegaan of de ondernemingen ten tijde van de vaststelling van de litigieuze beschikking met voldoende zekerheid wisten dat de geldboeten waren berekend aan de hand van de nieuwe berekeningsmethode waarin de richtsnoeren voorzien, teneinde in voorkomend geval de wettigheid van de beschikking in het licht van die richtsnoeren te kunnen betwisten.

⁴⁶⁵ In de bestreden arresten heeft het Gerecht terecht geoordeeld dat het motiveringsvereiste met name moet worden beoordeeld op basis van de context en van alle regels die de betrokken materie beheersen. Het heeft daaruit afgeleid dat de Commissie niet verplicht was te preciseren of en waarom zij in casu de richtsnoeren toepaste, aangezien in de inleiding daarvan wordt gesteld: „Het bedrag van de geldboete zal voortaan volgens de volgende, nieuwe methode worden berekend”. Aldus heeft de Commissie zich zijns inziens ertoe verbonden de richtsnoeren toe te passen bij de vaststelling van geldboeten wegens schending van de mededingingsregels.

466 Uit de in het vorige punt aangehaalde passage uit de inleiding van de richtsnoeren blijkt echter niet duidelijk en ondubbelzinnig dat daarmee beoogd wordt de temporele werkingssfeer van de richtsnoeren te bepalen, zodat zij geldt voor inbreuken als die welke thans aan de orde zijn, die zijn gepleegd vóór de vaststelling van de richtsnoeren.

467 In punt 375 van het bestreden arrest Lögstör Rör/Commissie heeft het Gerecht er althans op gewezen dat de Commissie in de punten van de litigieuze beschikking betreffende de toepassing van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, met name in de punten 163 tot en met 168, hoe dan ook uitdrukkelijk overwegingen betreffende de berekening van de geldboete heeft opgenomen die analoog zijn aan die in de considerans van de richtsnoeren.

468 Onderzoek van het geheel van de motivering van de litigieuze beschikking betreffende de berekening van de geldboete, namelijk de punten 168 tot en met 183, bevestigt dat de beschikking door de betrokken ondernemingen redelijkerwijs aldus moest worden begrepen dat daarmee de richtsnoeren en de daarin voorziene nieuwe berekeningsmethode op hen werden toegepast.

469 Derhalve mocht het Gerecht concluderen dat de litigieuze beschikking toereikend was gemotiveerd.

470 De middelen van KE KELIT, LR A/S en LR GmbH inzake schending van de motiveringsplicht met betrekking tot de berekening van de geldboeten moeten dan ook worden afgewezen.

VII — Kosten

471 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 118 van dat Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Aangezien Dansk Rørindustri, de groep Henss/Isoplus, KE KELIT, LR A/S, Brugg, LR GmbH en ABB in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij overeenkomstig de conclusies van de Commissie in de kosten te worden verwezen.

Het Hof van Justitie (Grote kamer) verklaart:

1) De zaken C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P tot en met C-208/02 P en C-213/02 P worden gevoegd voor het arrest.

2) De hogere voorzieningen worden afgewezen.

- 3) Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH, Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, LR af 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR af 1998 (Deutschland) GmbH en ABB Asea Brown Boveri Ltd worden verwezen in de kosten.**

ondertekeningen