

ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

17 juni 2010*

In zaak C-413/08P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie, ingesteld op 18 september 2008,

Lafarge SA, gevestigd te Parijs (Frankrijk), vertegenwoordigd door A. Winckler, F. Brunet, E. Paroche, H. Kanellopoulos en C. Medina, avocats,

rekwirante,

andere partijen bij de procedure:

Europese Commissie, vertegenwoordigd door F. Castillo de la Torre en N. von Lingen als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster in eerste aanleg,

* Procestaal: Frans.

Raad van de Europese Unie,

interveniënt in eerste aanleg,

wijst HET HOF (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: J. N. Cunha Rodrigues, kamerpresident, P. Lindh, U. Lõhmus, A. Ó Caoimh en A. Arabadjiev (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: J. Mazák,
griffier: R. Şereş, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 22 oktober 2009,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 11 februari 2010,

het navolgende

Arrest

- 1 Met haar hogere voorziening verzoekt Lafarge SA (hierna: „Lafarge”) om vernietiging van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 8 juli 2008, Lafarge/Commissie (T-54/03; hierna: „bestreden arrest”), waarbij is verworpen haar beroep tot nietigverklaring van beschikking 2005/471/EG van de Commissie van 27 november 2002 betreffende een procedure overeenkomstig artikel 81 van het EG-Verdrag ten aanzien van BPB PLC, Gebrüder Knauf Westdeutsche Gipswerke KG, Société Lafarge SA en Gyproc Benelux NV (Zaak COMP/E-1/37.152 — Gipsplaten) (PB 2005, L 166, blz. 8; hierna: „litigieuze beschikking”).

Toepasselijke bepalingen

- 2 Artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204), bepaalt:

„Wanneer ondernemingen of ondernemersverenigingen opzettelijk of uit onachtzaamheid:

a) inbreuk maken op artikel [81], lid 1, of artikel [82] van het Verdrag, of

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

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.”

- 3 In de mededeling van de Commissie getiteld „Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd” (PB 1998, C 9, blz. 3; hierna: „richtsnoeren van 1998”), wordt ter inleiding het volgende bepaald:

„De beginselen die deze richtsnoeren behelzen, zouden zowel ten aanzien van het bedrijfsleven als van het Hof van Justitie [...] 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. [...]

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 verhogingen, en bij verzachtende omstandigheden verminderingen worden toegepast.”

4 Punt 1 van die richtsnoeren, getiteld „Basisbedrag”, luidt:

„Dit basisbedrag wordt naar gelang van de zwaarte en de duur van de inbreuk bepaald, de enige criteria die in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 worden genoemd.

A. Zwaarte

[...]

Overigens zal ook rekening moeten worden gehouden met de daadwerkelijke economische macht van de inbreukmakers om andere marktdeelnemers, met name de consumenten, aanzienlijke schade te berokkenen, en zal het bedrag van de geldboete op een zodanig niveau moeten worden gesteld dat daarvan een voldoende afschrikkende werking uitgaat.

In het algemeen kan voorts ermee rekening worden gehouden dat grootschalige ondernemingen meestal over de juridisch-economische kennis en middelen beschikken, waarmee het voor deze mogelijk is zich beter van het inbreukmakende karakter van hun gedragingen en van de gevolgen ervan uit het oogpunt van het mededingingsrecht rekenschap te geven.

[...]”

I - 5410

- 5 Volgens punt 2 van die richtsnoeren kan het basisbedrag worden verhoogd wegens verzwarende omstandigheden, zoals bijvoorbeeld recidive door dezelfde onderneming(en) voor eenzelfde type inbreuk.

Aan het geding ten grondslag liggende feiten

- 6 In het bestreden arrest heeft het Gerecht de aan het geding ten grondslag liggende feiten als volgt samengevat:

„1. Verzoekster [...] is een Franse onderneming die wereldwijd actief is in de sector bouwmaterialen. Zij bezit 99,99% van het kapitaal van Lafarge Gypsum International SA (hierna: ‚Lafarge Gips’), die diverse gipsproducten, waaronder gipsplaten, produceert en verhandelt.

2 Vier hoofdproducenten zijn op het gebied van gipsplaten actief in Europa: BPB plc [(hierna: ‚BPB’)], Gebrüder Knauf Westdeutsche Gipswerke KG (hierna: ‚Knauf’), Gyproc Benelux NV (hierna: ‚Gyproc’) en Lafarge Gips.

3 Naar aanleiding van informatie die haar ter ore is gekomen, heeft de Commissie op 25 november 1998 onaangekondigde verificaties verricht bij acht ondernemingen die actief zijn op het gebied van gipsplaten, waaronder Lafarge Gips te Islesur-la-Sorgue (Frankrijk) en Lafarge te Parijs (Frankrijk). Op 1 juli 1999 heeft zij haar onderzoek bij twee andere ondernemingen voortgezet.

- 4 De Commissie heeft vervolgens de verschillende betrokken ondernemingen, waaronder Lafarge, op 21 september 1999 op grond van artikel 11 van verordening nr. 17 [...] verzoeken om inlichtingen doen toekomen. Lafarge heeft daarop op 29 oktober 1999 geantwoord.

- 5 Op 18 april 2001 heeft de Commissie de administratieve procedure ingeleid en heeft zij een mededeling van punten van bezwaar gericht aan de ondernemingen BPB, Knauf, Lafarge, Etex SA en Gyproc. [...]

[...]

- 8 Op 27 november 2002 heeft de Commissie de [litigieuze] beschikking vastgesteld.

- 9 Het dispositief van de [litigieuze] beschikking luidt:

„Artikel 1

BPB [...], de groep Knauf, [...] Lafarge [...] en Gyproc [...] hebben inbreuk gemaakt op artikel 81, lid 1, [EG] door deel te nemen aan een samenstel van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de gipsplaatsector.

De inbreuk strekte zich uit over de volgende periode:

- a) BPB [...]: van uiterlijk 31 maart 1992 tot 25 november 1998

- b) [de groep] Knauf: van uiterlijk 31 maart 1992 tot 25 november 1998

- c) [...] Lafarge [...]: van uiterlijk 31 augustus 1992 tot 25 november 1998

- d) Gyproc [...]: van uiterlijk 6 juni 1996 tot 25 november 1998

[...]

Artikel 3

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

- a) BPB [...]: 138,6 miljoen EUR

- b) [...] Knauf [...]: 85,8 miljoen EUR

- c) [...] Lafarge [...]: 249,6 miljoen EUR

- d) Gyproc [...]: 4,32 miljoen EUR

[...]

- 10 De Commissie is in de [litigieuze] beschikking van mening dat de betrokken ondernemingen hebben deelgenomen aan één enkele voortdurende inbreuk, hetgeen tot uiting kwam in de volgende gedragingen, die kenmerkend zijn voor overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen:
- de vertegenwoordigers van BPB en Knauf hebben elkaar in 1992 te Londen (Verenigd Koninkrijk) ontmoet en de gezamenlijke wil te kennen gegeven om de markt voor gipsplaten in Duitsland, het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk en de Benelux te stabiliseren;
 - de vertegenwoordigers van BPB en Knauf hebben vanaf 1992 systemen voor gegevensuitwisseling opgezet, waarbij Lafarge en naderhand ook Gyproc zich hebben aangesloten en die betrekking hadden op hun verkoopvolumes op de markten van Duitsland, het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk en de Benelux;
 - de vertegenwoordigers van BPB, Knauf en Lafarge hebben elkaar herhaaldelijk van tevoren op de hoogte gebracht van de prijsverhogingen op de markt van het Verenigd Koninkrijk;
 - gezien de bijzondere ontwikkelingen op de Duitse markt, hebben de vertegenwoordigers van BPB, Knauf, Lafarge en Gyproc elkaar in 1996 te Versailles (Frankrijk), in 1997 te Brussel (België) en in 1998 te Den Haag (Nederland) ontmoet ten einde de Duitse markt onderling te verdelen of althans te stabiliseren;
 - de vertegenwoordigers van BPB, Knauf, Lafarge en Gyproc hebben elkaar tussen 1996 en 1998 herhaaldelijk over de toepassing van prijsverhogingen op de Duitse markt ingelicht en geraadpleegd.

- 11 Voor de berekening van het bedrag van de geldboete heeft de Commissie gebruikgemaakt van de methode die is uiteengezet in de richtsnoeren [van 1998].

- 12 Voor de vaststelling van het uitgangsbetrag van de geldboeten, dat naar gelang van de zwaarte van de inbreuk wordt bepaald, heeft de Commissie zich om te beginnen op het standpunt gesteld dat de betrokken ondernemingen een naar haar aard zeer zware inbreuk hadden gepleegd, aangezien de betrokken gedragingen tot doel hadden de prijzenoorlog te beëindigen en de markt door de uitwisseling van vertrouwelijke informatie te stabiliseren. De Commissie was bovendien van mening dat de betrokken gedragingen een weerslag op de markt hadden gehad, omdat de betrokken ondernemingen nagenoeg het volledige aanbod van gipsplaten voor hun rekening namen en de verschillende manifestaties van het kartel op een zeer geconcentreerde en oligopolistische markt in praktijk waren gebracht. Met betrekking tot de omvang van de relevante geografische markt was de Commissie van mening dat het kartel betrekking had op de vier voornaamste markten in de Europese Gemeenschap, te weten Duitsland, het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk en de Benelux.

- 13 Van mening dat een aanzienlijk verschil tussen de betrokken ondernemingen bestond, heeft de Commissie vervolgens een gedifferentieerde behandeling toegepast en heeft zij zich daartoe gebaseerd op de omzet die met de verkoop van het betrokken product op de betrokken markten tijdens het laatste volledige jaar van de inbreuk was behaald. Op die basis is het uitgangsbetrag van de geldboeten vastgesteld op 80 miljoen EUR voor BPB, op 52 miljoen EUR voor Knauf en Lafarge en op 8 miljoen EUR voor Gyproc.

- 14 Teneinde, gezien de omvang en de totale middelen van de ondernemingen, te garanderen dat de geldboete een voldoende afschrikwekkende werking heeft, is het uitgangsbetrag van de aan Lafarge opgelegde geldboete met 100% tot 104 miljoen EUR verhoogd.

- 15 Om rekening te houden met de duur van de inbreuk is het uitgangsbetrag vervolgens verhoogd met 65 % voor BPB en Knauf, met 60 % voor Lafarge en met 20 % voor Gyproc, omdat de Commissie de inbreuk in het geval van Knauf, Lafarge en BPB als een inbreuk van lange duur en in het geval van Gyproc als een inbreuk van middellange duur heeft aangemerkt.

- 16 Wat de verzwarende omstandigheden betreft, is het basisbedrag van de aan BPB en Lafarge opgelegde geldboeten wegens recidive verhoogd met 50 %.

- 17 Vervolgens heeft de Commissie de aan Gyproc opgelegde geldboete wegens verzachtende omstandigheden verlaagd met 25 % omdat zij een destabiliserende factor was geweest die aan de beperking van de gevolgen van het kartel op de Duitse markt heeft bijgedragen, en omdat zij niet aanwezig was op de markt van het Verenigd Koninkrijk.

- 18 Ten slotte heeft de Commissie het bedrag van de geldboeten verlaagd met 30 % voor BPB en met 40 % voor Gyproc op grond van deel D, punt 2, van de mededeling van de Commissie betreffende het niet-opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen (PB 1996, C 207, blz. 4; hierna: „mededeling inzake medewerking”). Derhalve beliep het eindbedrag van de geldboeten 138,6 miljoen EUR voor BPB, 85,8 miljoen EUR voor Knauf, 249,6 miljoen EUR voor Lafarge en 4,32 miljoen EUR voor Gyproc.”

Bestreden arrest

- 7 Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het Gerecht op 14 februari 2003, heeft Lafarge beroep tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking ingesteld. Subsidiair verzocht zij het Gerecht de haar opgelegde geldboete te verminderen.

- 8 Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht dat beroep in zijn geheel verworpen.

Conclusies van partijen

- 9 Met haar hogere voorziening verzoekt Lafarge het Hof:
 - het bestreden arrest te vernietigen;

 - de door haar in eerste aanleg ingediende primaire vorderingen toe te wijzen door de litigieuze beschikking nietig te verklaren voor zover haar daarbij een geldboete wordt opgelegd;

 - subsidiair, het bestreden arrest gedeeltelijk te vernietigen;

- de door haar in eerste aanleg ingediende subsidiaire vorderingen toe te wijzen door de geldboete die haar bij de litigieuze beschikking is opgelegd, te verminderen, en

- de Commissie te verwijzen in de kosten.

¹⁰ De Commissie verzoekt het Hof:

- de hogere voorziening af te wijzen, en

- rekwirante te verwijzen in de kosten.

Hogere voorziening

¹¹ Ter onderbouwing van haar vorderingen beroept Lafarge zich op zes middelen. Het eerste, primaire, middel strekt tot vernietiging van het bestreden arrest in zijn geheel en de overige vijf, subsidiaire, middelen strekken tot gedeeltelijke vernietiging van dat arrest.

Eerste middel, inzake een onjuiste opvatting van de bewijsmiddelen

Argumenten van partijen

- 12 Lafarge verwijt het Gerecht dat het de bewijsmiddelen onjuist heeft opgevat, aangezien het systematisch heeft verwezen naar een „globale context” om elk van de inbreukmakend geachte gedragingen aan te tonen. In het bijzonder blijkt die onjuiste opvatting uit de uiteenzettingen in het bestreden arrest over de omstandigheden rond het systeem voor gegevensuitwisseling (punten 270 en 271 van het bestreden arrest), de gegevensuitwisseling specifiek voor het Verenigd Koninkrijk (punt 303 van het bestreden arrest), de prijsverhogingen in het Verenigd Koninkrijk voor de periode van vóór 7 september 1996 (punt 324 van het bestreden arrest), het bestaan van een overeenkomst over de stabilisering van de Duitse markt (punten 398 en 402 van het bestreden arrest) en de prijsverhogingen in Duitsland in 1994 en 1995 (punten 426 en 430 van het bestreden arrest).
- 13 Over het geheel genomen heeft het Gerecht zich gebaseerd op een globale context, terwijl het bestaan van deze context niet is aangetoond en slechts kon worden aangetoond op basis van andere inbreukmakende gedragingen die zelf slechts als zodanig door het Gerecht werden gekwalificeerd op basis van diezelfde „globale context”. De redenering van het Gerecht is dus een cirkelredenering.
- 14 De Commissie is van mening dat Lafarge in de meeste gevallen niet te kennen geeft welke bewijsmiddelen onjuist zijn opgevat en niet aantoonde welke fouten in de analyse het Gerecht tot die onjuiste opvatting hebben gebracht. Hoe dan ook kan het Gerecht niet worden verweten dat het naar een niet-bewezen algemene context heeft verwezen en zich op een cirkelredenering heeft gebaseerd, aangezien het de verschillende bewijsmiddelen minutieus heeft onderzocht.

Beoordeling door het Hof

- 15 Volgens vaste rechtspraak is het Hof niet bevoegd om de feiten vast te stellen, noch, in beginsel, om de bewijzen te onderzoeken die het Gerecht tot staving van die feiten in aanmerking heeft genomen. Wanneer die bewijzen regelmatig zijn verkregen en de algemene rechtsbeginselen en regels van procesrecht inzake de bewijslast en de bewijsvoering zijn geëerbiedigd, staat het enkel aan het Gerecht om te beoordelen welke waarde moet worden gehecht aan de hem voorgelegde bewijzen (zie arresten van 8 mei 2003, *T. Port/Commissie*, C-122/01 P, Jurispr. blz. I-4261, punt 27, en 25 oktober 2007, *Komninou e.a./Commissie*, C-167/06 P, punt 40). Die beoordeling vormt dus, behoudens in het geval van een onjuiste opvatting van die bewijzen, geen rechtsvraag die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof (zie met name arrest van 28 mei 1998, *New Holland Ford/Commissie*, C-8/95 P, Jurispr. blz. I-3175, punt 26).
- 16 Wanneer een rekwirant beweert dat bewijsmiddelen onjuist zijn opgevat, moet hij op basis van de artikelen 225 EG, 51, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie en 112, lid 1, eerste alinea, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof precies aangeven welke elementen volgens hem onjuist zijn opgevat en aantonen welke fouten in de analyse tot die onjuiste opvatting in de beoordeling van het Gerecht hebben geleid (zie in die zin 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 50).
- 17 Van een dergelijke onjuiste opvatting is sprake wanneer, zonder gebruik te maken van nieuwe bewijsmiddelen, de beoordeling van de bestaande bewijsmiddelen kennelijk onjuist blijkt te zijn (zie arrest van 18 januari 2007, *PKK en KNK/Raad*, C-229/05 P, Jurispr. blz. I-439, punt 37).

- 18 Het enige precieze bewijsmiddel waarvan Lafarge stelt dat het onjuist is opgevat, is een interne nota van oktober 1994 die in de kantoren van BPB is gevonden. Volgens Lafarge blijkt niet uit die nota dat de concurrenten onderling contact hadden gehad.
- 19 In dit verband heeft het Gerecht in punt 430 van het bestreden arrest de stelling van Lafarge dat BPB via klanten kennis had van de in de betrokken nota aangekondigde prijsverhoging door Knauf afgewezen. Het Gerecht heeft opgemerkt dat „[n]a een samenvatting van de marktsituatie [...] de opsteller van die nota [verklaart] dat de verkoopdirecteur van Gyproc zich had beklaagd dat zijn onderneming marktaandeelen had verloren en deze moest terugwinnen. Bovendien zouden volgens de nota de prijzen op het daarin vermelde niveau worden bevroren en zou met ingang van 1 februari 1995 een prijsverhoging plaatsvinden. Die laatste opmerking is bijzonder onthullend. Indien de mededeling van de aankondigingen van prijsverhogingen door Knauf eenzijdig was en indien de overige producenten die prijsverhoging enkel volgden, had BPB in oktober 1994 niet kunnen weten dat een prijsverhoging voor 1 februari 1995 was gepland, aangezien Knauf die verhoging pas in november 1994 heeft aangekondigd.” Vervolgens heeft het Gerecht andere precieze elementen in aanmerking genomen, te weten in de eerste plaats de omstandigheid dat Knauf in antwoord op een verzoek om inlichtingen van de Commissie te kennen had gegeven dat er sinds lang een praktijk bestond waarbij aankondigingen van prijsverhogingen met de prijslijsten rechtstreeks naar de concurrenten werden gestuurd op hetzelfde tijdstip als deze naar de klanten werden gestuurd, in de tweede plaats de omstandigheid dat de Commissie tijdens de verificatie in de kantoren van BPB en Lafarge talrijke afschriften van aankondigingen van prijsverhogingen van concurrenten had gevonden en in de derde plaats de omstandigheid dat daadwerkelijk een prijsverhoging had plaatsgevonden op 1 februari 1995.
- 20 Uit het bestreden arrest blijkt dus dat het Gerecht de aan de orde zijnde interne nota niet afzonderlijk heeft onderzocht, maar samen met andere precieze elementen van het dossier. De grief inzake deze nota kan dus niet slagen.

- 21 Voor het overige heeft rekwirante niet precies te kennen gegeven welke andere bewijsmiddelen het Gerecht onjuist zou hebben opgevat. Zij vermeldt immers enkel de passages van het bestreden arrest waarin het Gerecht heeft verwezen naar een „globale context”, te weten de punten 271, 303, 324, 398, 402, 426 en 430, zonder echter te zeggen welke concrete bewijsmiddelen het Gerecht kennelijk onjuist zou hebben beoordeeld.
- 22 In omstandigheden als die van de onderhavige zaak dient de vraag of er van een onjuiste opvatting van de bewijselementen sprake is, te worden onderzocht tegen de achtergrond van de omstandigheid dat het, aangezien het verbod om deel te nemen aan mededingingsverstorende gedragingen en overeenkomsten en de sancties die inbreukmakers kunnen worden opgelegd, bekend zijn, gebruikelijk is dat de activiteiten die met deze gedragingen en overeenkomsten verband houden, clandestien worden verricht, dat de bijeenkomsten in het geheim worden gehouden, meestal in een derde land, en dat de desbetreffende documentatie tot een minimum wordt beperkt. Zelfs wanneer de Commissie stukken ontdekt waaruit met zoveel woorden onrechtmatig overleg tussen marktdeelnemers blijkt, zoals verslagen van een bijeenkomst, zijn die doorgaans slechts fragmentarisch en schaars, zodat vaak bepaalde details via deductie moeten worden gereconstrueerd. In de meeste gevallen moet het bestaan van een mededingingsverstorende gedraging of overeenkomst dus worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die in hun totaliteit beschouwd, bij gebreke van een andere coherente verklaring, het bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden (zie in die zin arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, reeds aangehaald, punten 55-57).
- 23 Hoewel zij aanvoert dat er sprake is van een onjuiste opvatting van de bewijsmiddelen, heeft rekwirante in werkelijkheid een nieuwe beoordeling van die middelen op het oog. Daarvoor is het Hof niet bevoegd.
- 24 Bijgevolg is het eerste middel gedeeltelijk niet-ontvankelijk en gedeeltelijk ongegrond.

- 25 In die omstandigheden moet worden ingegaan op de middelen die rekwirante subsidiair heeft aangevoerd.

Tweede middel, inzake schending van de regels inzake de bewijslast, van het beginsel van het vermoeden van onschuld en van het beginsel in dubio pro reo

Argumenten van partijen

- 26 Rekwirante verwijt het Gerecht dat het de regels inzake de bewijslast, het beginsel van het vermoeden van onschuld en het beginsel in dubio pro reo heeft geschonden door te concluderen dat de Commissie rechtens afdoende had aangetoond dat de deelneming van Lafarge aan de inbreuk teruggaat tot 31 augustus 1992. In dit verband is het vaste rechtspraak dat het Hof zich ervan moet vergewissen dat de algemene beginselen van gemeenschapsrecht en de procedureregels inzake de bewijslast en de bewijsvoering in acht zijn genomen. Overigens is het de Commissie die het bewijs moet leveren van een inbreuk en van de duur van deze inbreuk.
- 27 In casu heeft het Gerecht in de punten 507, 508 en 510 van het bestreden arrest geoordeeld dat de Commissie rechtens afdoende had aangetoond dat Lafarge sinds 31 augustus 1992 had deelgenomen aan de inbreuk, aangezien Lafarge geen melding heeft gemaakt van de precieze datum waarop die deelneming is begonnen en van de omstandigheden die haar tot een mededingingsverstoringe gegevensuitwisseling hebben gebracht. Daardoor heeft het de bewijslast omgekeerd. Die omkering van de bewijslast vormt ook een schending van het vermoeden van onschuld en van het beginsel in dubio pro reo.

- 28 De Commissie betwist de stellingen van Lafarge en betoogt dat het Gerecht enkel heeft geoordeeld dat de in de punten 503, 507 en 512 van het bestreden arrest vermelde bewijsmiddelen voldoende aanwijzingen vormen om aan te tonen dat Lafarge vanaf midden 1992 aan de inbreuk heeft deelgenomen, maar dat Lafarge bewijs in de tegenovergestelde zin had kunnen aanvoeren, wat zij niet heeft gedaan.

Beoordeling door het Hof

- 29 Volgens vaste rechtspraak moet het bewijs van een inbreuk op de mededingingsregels worden geleverd door de partij of de autoriteit die de inbreuk aanvoert, en moet de onderneming of de ondernemersvereniging die verweer voert tegen een vastgestelde inbreuk, het bewijs leveren dat aan de voorwaarden is voldaan om dat verweer te laten gelden, zodat die autoriteit andere bewijzen moet aanvoeren (zie in die zin arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 78).
- 30 Zelfs indien de bewijslast volgens die beginselen rust op de Commissie of de betrokken onderneming of vereniging, kunnen de door een partij aangevoerde feiten van dien aard zijn dat zij de andere partij verplichten een verklaring of rechtvaardiging te geven, bij ontbreken waarvan mag worden geconcludeerd dat aan de regels inzake de bewijslast is voldaan (zie arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 79).
- 31 Blijkens punt 515 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat de Commissie rehtens afdoende heeft aangetoond dat BPB Lafarge uiterlijk eind augustus 1992 in kennis had gesteld van de bestaande overeenkomst tussen BPB en Knauf over de gegevensuitwisselingen en dat Lafarge toen tot die overeenkomst was toegetreden. Om tot deze conclusie te komen, heeft het Gerecht zich enerzijds gebaseerd op

bepaalde verklaringen van BPB (punten 503 e.v. van het bestreden arrest) en anderzijds op het feit dat het marktaandeel van Lafarge op de voornaamste Europese markten vanaf 1991 in absolute waarde en in percentage was beschreven in de tabellen van BPB (punt 512 van het bestreden arrest).

- 32 Bijgevolg heeft het Gerecht, door in punt 508 van het bestreden arrest te kennen te geven dat rekwirante enkel de onnauwkeurigheden van de verklaringen van BPB heeft onderlijnd zonder echter in te gaan op de precieze datum of de omstandigheden die haar tot die gegevensuitwisseling hadden gebracht, op basis van de in de punten 29 en 30 van het onderhavige arrest vermelde rechtspraak van het Hof geoordeeld dat de door de Commissie aangevoerde bewijsmiddelen van dien aard waren dat zij de andere partij verplichtten een verklaring of rechtvaardiging te geven, bij ontbreken waarvan mocht worden geconcludeerd dat deze instelling aan de regels inzake de bewijslast had voldaan. Het Gerecht heeft dus enkel te kennen gegeven dat rekwirante geen bewijs heeft geleverd van haar stelling dat haar toetreding tot de overeenkomst inzake gegevensuitwisseling noodzakelijkerwijs dateerde van na juni 1993, en waarschijnlijk zelfs van na begin 1994.
- 33 Bijgevolg heeft het Gerecht de regels inzake de bewijslast niet geschonden.
- 34 Aangezien de grieven inzake schending van het vermoeden van onschuld en van het beginsel in dubio pro reo berusten op een vermeende omkering van de bewijslast, moeten deze ook worden afgewezen.
- 35 Het tweede middel is dan ook ongegrond.

Derde middel, inzake een ontoereikende motivering en schending van het gelijkheidsbeginsel

Argumenten van partijen

- ³⁶ Lafarge verwijt het Gerecht dat het niet heeft geantwoord op haar in de punten 374 en 375 van haar verzoekschrift in eerste aanleg geformuleerde argument dat zij niet op dezelfde wijze is behandeld als Gyproc, zodat het de op hem rustende motiveringsplicht niet is nagekomen. In de punten 500 tot en met 518 van het bestreden arrest heeft het Gerecht, wat Lafarge betreft, geoordeeld dat de door de Commissie aangenomen bewijsmiddelen, te weten de vermelding van de marktaandeelen van Lafarge in de tabellen van de heer [D] en de verklaringen van BPB, rechtens afdoende aantonen dat Lafarge vanaf 31 augustus 1992 heeft deelgenomen aan één enkele complexe en voortdurende inbreuk, terwijl de Commissie, wat Gyproc betreft, heeft geoordeeld dat deze twee elementen geen voldoende bewijs vormen. In haar memorie in repliek voegt Lafarge toe dat zij de schending van het gelijkheidsbeginsel ook in de punten 124, 511 en 512 van haar verzoekschrift in eerste aanleg heeft opgeworpen, zonder dat het Gerecht daarop heeft geantwoord.
- ³⁷ Volgens de Commissie is het derde middel niet-ontvankelijk, aangezien rekwirante in het stadium van de hogere voorziening geen middel kan aanvoeren dat zij niet voor het Gerecht heeft opgeworpen. Overigens merkt de Commissie met betrekking tot de schending van het gelijkheidsbeginsel op dat Lafarge niet kan beweren dat zij zich in dezelfde situatie bevindt als Gyproc, aangezien Gyproc pas in 1996 rechtstreeks heeft deelgenomen aan de gegevensuitwisseling en helemaal niet heeft deelgenomen aan een dergelijke uitwisseling voor de markt van het Verenigd Koninkrijk, aangezien zij niet actief was op die markt. De Commissie betoogt ook dat de aanvullende elementen die Lafarge in haar memorie in repliek heeft opgeworpen, een nieuw middel vormen, dat niet-ontvankelijk is in het stadium van de repliek.

Beoordeling door het Hof

- 38 Met betrekking tot het verwijt dat het Gerecht het bestreden arrest ontoereikend heeft gemotiveerd omdat het niet heeft geantwoord op het in de punten 374 en 375 van haar verzoekschrift in eerste aanleg geformuleerde argument van rekwirante dat zij niet op dezelfde wijze is behandeld als Gyproc, dient te worden vastgesteld dat die punten als volgt zijn opgesteld:

„Aangezien de deelneming van [Lafarge] niet is aangetoond vóór eind 1993 of zelfs begin 1994, is de gegevensuitwisseling niet de eerste ‚manifestatie’ voor [Lafarge], daar de uitwisseling over de volumes en de contacten over de prijzen die de Commissie stelt en specifiek de Britse markt betreffen, vroeger zijn begonnen.

Daarom kan uiteraard bij geen van beide manifestaties — gesteld dat zij vaststaan — als zodanig sprake zijn van toetreding van [Lafarge] tot één enkele complexe en voortdurende inbreuk die de vier voornaamste Europese markten betreft. Overigens heeft de Commissie voor Gyproc geoordeeld dat de deelneming aan diezelfde manifestaties niet voldoende was om van toetreding tot de enkele complexe en voortdurende inbreuk te spreken.”

- 39 De hierboven overgenomen passage bevat geen enkele uitdrukkelijke bewering over schending van het gelijkheidsbeginsel. Gesteld al dat daaruit een dergelijke bewering kan worden afgeleid, is deze bovendien niet duidelijk en nauwkeurig en niet gestaafd door omstandig bewijs.

- 40 Het gelijkheidsbeginsel verzet er zich met name tegen dat, behoudens objectieve rechtvaardiging, vergelijkbare situaties verschillend worden behandeld (zie in die zin arrest van 10 januari 2006, IATA en ELFAA, C-344/04, Jurispr. blz. I-403, punt 95). Zoals de Commissie terecht betoogt, heeft rekwirante zelfs niet getracht aan te tonen dat zij zich in een situatie bevond die vergelijkbaar was met die van Gyproc, wat te meer noodzakelijk is omdat de deelneming van deze twee ondernemingen aan de aan de orde zijnde inbreuk aanzienlijke feitelijke verschillen vertoont. De draagwijdte van de in de laatste zin van punt 375 van het verzoekschrift in eerste aanleg opgenomen bewering is dus weinig duidelijk.
- 41 Volgens vaste rechtspraak kan de op het Gerecht rustende verplichting om zijn arresten te motiveren, niet aldus worden uitgelegd dat deze inhoudt dat het Gerecht op elk argument van de verzoeker in detail moet antwoorden, met name wanneer het argument niet voldoende duidelijk en nauwkeurig is en niet wordt gestaafd door omstandig bewijs (zie arresten van 6 maart 2001, Connolly/Commissie, C-274/99 P, Jurispr. blz. I-1611, punt 121; 11 september 2003, België/Commissie, C-197/99 P, Jurispr. blz. I-8461, punt 81, en 11 januari 2007, Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie, C-404/04 P, punt 90).
- 42 In haar repliek verwijt rekwirante het Gerecht dat het andere punten van haar verzoekschrift in eerste aanleg, te weten de punten 124, 511 en 512, niet heeft beantwoord. Die punten betreffen echter diverse overwegingen van de litigieuze beschikking en houden verband met zeer verschillende voor het Gerecht opgeworpen middelen. Zoals de Commissie in haar memorie in dupliek terecht opmerkt, is het Gerecht met name in de punten 559 en 637 van het bestreden arrest ingegaan op de beweringen van rekwirante met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel. Rekwirante heeft die punten van het bestreden arrest niet bekritiseerd in haar hogere voorziening.
- 43 Daaruit volgt dat rekwirante met de aanvullende beweringen in haar memorie in repliek in wezen een nieuw middel opwerpt in de loop van het geding. Uit artikel 42, lid 2, en artikel 118 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof blijkt echter

dat nieuwe middelen in de loop van het geding niet mogen worden voorgedragen, tenzij zij steunen op gegevens, rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken (zie met name beschikking van 13 juni 2006, Mancini/Commissie, C-172/05 P, punt 20). Aangezien rekwirante dit middel pas in het stadium van de repliek heeft opgeworpen en dit middel niet steunt op gegevens waarvan eerst na de instelling van de hogere voorziening is gebleken, is het te laat voorgedragen en moet het dus buiten beschouwing worden gelaten.

- 44 Het derde middel is dan ook gedeeltelijk niet-ontvankelijk en gedeeltelijk ongegrond.

Vierde middel, inzake schending van het evenredigheids- en het gelijkheidsbeginsel

Argumenten van partijen

- 45 Lafarge is van mening dat het bestreden arrest in strijd is met het evenredigheids- en het gelijkheidsbeginsel, aangezien daarin het jegens haar door de Commissie vastgestelde basisbedrag van de geldboete, dat onevenredig is aan het basisbedrag van de geldboete voor de overige door de litigieuze beschikking getroffen ondernemingen, is bevestigd. Zij betwist de in punt 634 van het bestreden arrest vervatte bewering van het Gerecht dat het bedrag van de geldboeten onafhankelijk van de omzet van de ondernemingen kan worden berekend. Gesteld al dat deze bewering juist is, heeft de Commissie er in de litigieuze beschikking voor gekozen om de betrokken ondernemingen onder te verdelen in categorieën op basis van hun respectieve marktaandelen. Uit het arrest van het Gerecht van 29 april 2004, Tokai Carbon e.a./Commissie (T-236/01, T-239/01, T-244/01–T-246/01, T-251/01 en T-252/01, Jurispr. blz. II-1181,

punten 223-232), blijkt dat van zodra de Commissie beslist om categorieën te maken op basis van een criterium zoals de marktaandelen, de Commissie en het Gerecht een verhouding van evenredigheid moeten in acht nemen tussen de drempels van de verschillende categorieën enerzijds en het marktaandeel van een onderneming en haar indeling in de ene of de andere categorie anderzijds.

- 46 Het basisbedrag van de aan Lafarge opgelegde geldboete is 6,5 keer hoger dan dat van de geldboete van Gyproc, terwijl het marktaandeel van Lafarge (24%), dat in categorie 2 werd ingedeeld, slechts 3,4 keer hoger was dan het marktaandeel van Gyproc (7%), dat in categorie 3 werd ingedeeld. Terwijl het marktaandeel van Lafarge in 1997 minder dan 81 % van dat van Knauf bedroeg, zijn deze twee ondernemingen bovendien in eenzelfde categorie ingedeeld en is het basisbedrag van hun geldboete op 52 miljoen EUR vastgesteld.
- 47 In haar memorie in replek preciseert Lafarge dat zij een middel in die zin heeft opgeworpen voor het Gerecht.
- 48 De Commissie is van mening dat het onderhavige middel niet-ontvankelijk is omdat rekwirante die argumenten niet heeft aangevoerd in de procedure in eerste aanleg.
- 49 Bovendien zijn de argumenten van Lafarge kennelijk ongegrond. Zo heeft het Hof bevestigd dat kartellenden in categorieën kunnen worden onderverdeeld. De Commissie verwijst daarvoor naar het arrest van 29 juni 2006, SGL Carbon/Commissie (C-308/04 P, Jurispr. blz. I-5977, punten 52 en 53). Wanneer de Commissie beslist om de betrokken ondernemingen in categorieën onder te verdelen op basis van hun marktaandelen, hoeft zij zich niet ervan te vergewissen dat het basisbedrag van de aan elke onderneming op te leggen geldboete strikt evenredig is aan het marktaandeel van deze onderneming. Aangezien de marktaandelen van de verschillende ondernemingen over het algemeen verschillend zijn, zou dat de Commissie de verplichting

opleggen om zoveel categorieën in het leven te roepen als er betrokken ondernemingen zijn, waardoor de onderverdeling van deze ondernemingen in categorieën zonder voorwerp zou zijn.

- 50 De Commissie betoogt ook dat zij ervoor heeft gekozen om de ondernemingen in drie categorieën onder te verdelen op basis van hun aandelen op de markten waarop de mededingingsregeling betrekking had in het laatste volledige jaar van deelneming aan deze regeling (te weten 1997). Zo is BPB wegens haar marktaandeel (42 %) en haar positie van grootste producent in een eerste categorie ingedeeld. Knauf en Lafarge, met marktaandelen van respectievelijk 28 % en 24 %, zijn in een tweede categorie ingedeeld. Tot slot is Gyproc in een derde categorie ingedeeld omdat zij een marktaandeel van 7 % had en een zeer bescheiden speler was.

Beoordeling door het Hof

- 51 Rekwirante heeft voor het Gerecht enkel gesteld dat hoewel haar economische macht op de Duitse markt en de markt van het Verenigd Koninkrijk niet voldoende was om de mededinging op die markten te verstoren en deze een beslissende mededingingsfactor was gedurende de inbreuk, dit niet is weerspiegeld in het basisbedrag van de geldboete die haar is opgelegd. Daarentegen stelt Lafarge in het onderhavige middel aan de orde dat de Commissie categorieën van ondernemingen kan maken op basis van de marktaandelen van deze ondernemingen, of stelt zij althans de daartoe door de Commissie gevolgde methode ter discussie. Rekwirante uit dus voor het eerst voor het Hof kritiek daarop.
- 52 Wanneer een partij een middel en argumenten die zij voor het Gerecht niet heeft aangevoerd, voor het eerst voor het Hof zou mogen aanvoeren, zou zij in feite bij het Hof,

dat een beperkte bevoegdheid in hogere voorziening heeft, een geschil aanhangig 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 te oordelen over de rechtsbeslissing die is gegeven ten aanzien van de middelen en argumenten die voor de rechter in eerste aanleg zijn aangevoerd (zie arresten van 30 maart 2000, VBA/VGB e.a., C-266/97 P, Jurispr. blz. I-2135, punt 79, en 21 september 2006, JCB Service/Commissie, C-167/04 P, Jurispr. blz. I-8935, punt 114). In dat opzicht is het eerste middel niet-ontvankelijk.

53 Voor zover het is gebaseerd op de bewering van rekwirante dat het Gerecht in punt 634 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat het bedrag van de geldboeten onafhankelijk van de omzet van de ondernemingen kan worden berekend, berust het eerste middel op een onjuiste lezing van het bestreden arrest.

54 In dat punt heeft het Gerecht er immers aan herinnerd dat het Hof in het arrest van 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punten 255 en 312), heeft geoordeeld dat de Commissie niet verplicht is bij de berekening van de geldboete uit te gaan van bedragen die op de omzet van de betrokken ondernemingen zijn gebaseerd, noch om, wanneer zij geldboeten oplegt aan verschillende bij eenzelfde inbreuk betrokken ondernemingen, ervoor te zorgen dat de definitieve bedragen van de geldboeten waarop haar berekening uitkomt voor de betrokken ondernemingen, elk verschil tussen deze ondernemingen op het gebied van hun totale of relevante omzet weerspiegelen.

55 Het vierde middel is dan ook gedeeltelijk niet-ontvankelijk en gedeeltelijk ongegrond.

Vijfde middel, inzake onjuiste opvattingen van het recht en een ontoereikende motivering van de vermeerdering van de geldboete wegens recidive

56 Het onderhavige middel bestaat uit twee onderdelen.

Eerste onderdeel, inzake het bestaan van een rechtsgrondslag voor de vermeerdering van de geldboete wegens recidive en inzake de beperking in de tijd van de inaanmerkingneming van recidive

— Argumenten van partijen

57 Lafarge verwijt het Gerecht dat het in de punten 724 en 725 van het bestreden arrest het beginsel *nulla poena sine lege* heeft geschonden, aangezien het heeft geoordeeld dat de Commissie over een wettelijke basis beschikte om de aan rekwirante op te leggen geldboete te vermeerderen wegens recidive. Volgens rekwirante kunnen de rechters in bijna alle rechtsstelsels van de lidstaten een straf slechts wegens recidive verzwaren in de strikt in de wet bepaalde gevallen en omstandigheden. Verordening nr. 17 machtigt de Commissie niet om de geldboeten te vermeerderen wegens recidive.

58 Het Gerecht heeft overigens in punt 725 van het bestreden arrest het algemene rechtszekerheidsbeginsel geschonden, aangezien het heeft geoordeeld dat de Commissie

zonder beperking in de tijd kon vaststellen dat er sprake was van recidive. Volgens een algemeen beginsel dat de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben, stelt de wet voor de toepassing van recidive een maximumtermijn tussen het tijdstip waarop de onderzochte inbreuk is begaan en een eventuele eerdere veroordeling. In dit verband verwijst Lafarge naar het strafrecht van diverse lidstaten. Zij citeert ook de arresten van het Europees Hof voor de rechten van de mens Öztürk van 21 februari 1984, série A nr. 73, en Lutz van 25 augustus 1987, série A nr. 123-A, waaruit volgens haar volgt dat sancties in het mededingingsrecht, gelet op de aard en de zwaarte ervan, „strafrechtelijke” sancties zijn zoals dit begrip door die rechter wordt gedefinieerd.

⁵⁹ Bovendien verzoekt rekwirante het Hof om opnieuw na te gaan of het arrest van 8 februari 2007, *Groupe Danone/Commissie* (C-3/06 P, Jurispr. blz. I-1331), verenigbaar is met voormelde algemene beginselen.

⁶⁰ De Commissie herinnert er precies aan dat met die van rekwirante vergelijkbare argumenten door het Hof zijn afgewezen in dat arrest. Volgens haar hoeft in de onderhavige zaak niet te worden bepaald of de door het Gerecht vermelde overwegingen zodanig zijn dat zij de verzwaring van een sanctie wegens recidive eeuwig mogelijk maken, aangezien het Gerecht heeft vastgesteld dat de dochteronderneming van rekwirante gedurende vier jaar actief was blijven deelnemen aan de mededingingsregeling nadat haar kennis was gegeven van beschikking 94/815/EG van de Commissie van 30 november 1994 inzake een procedure op grond van artikel [81] van het EG-Verdrag (Zaken IV/33.126 en 33.322 — *Cement*) (PB L 343, blz. 1), terwijl het Hof in de zaak die tot het reeds aangehaalde arrest *Groupe Danone/Commissie* aanleiding heeft gegeven, heeft geoordeeld dat de omstandigheid dat minder dan tien jaar was verstreken tussen twee inbreuken, blijk gaf van de neiging om niet de juiste consequenties te trekken uit de vaststelling van een inbreuk op de mededingingsregels.

Beoordeling door het Hof

- 61 Met betrekking tot het bestaan van een rechtsgrondslag voor de vermeerdering van de geldboete wegens recidive dient te worden benadrukt dat die vermeerdering beantwoordt aan de eis om herhaalde niet-nakomingen van de mededingingsregels door eenzelfde onderneming te beteugelen.
- 62 Op basis van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 kan de Commissie geldboeten aan ondernemingen en ondernemersverenigingen opleggen wegens inbreuken op de artikelen 81 EG en 82 EG. Krachtens deze bepaling moet bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete rekening worden gehouden met de duur en met de zwaarte van de inbreuk.
- 63 Zoals het Gerecht in punt 722 van het bestreden arrest te kennen heeft gegeven, is een eventuele recidive een van de factoren die bij het onderzoek van de zwaarte van de betrokken inbreuk in aanmerking moeten worden genomen (zie reeds aangehaalde arresten Aalborg Portland e.a./Commissie, punt 91, en Groupe Danone/Commissie, punt 26).
- 64 Bijgevolg is artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 de relevante rechtsgrondslag om recidive in aanmerking te nemen bij de berekening van de geldboete (zie in die zin arrest Groupe Danone/Commissie, reeds aangehaald, punten 27-29).
- 65 Hieruit volgt dat het Gerecht het beginsel nulla poena sine lege niet heeft geschonden door de constatering van de Commissie dat rekwirante zich aan recidive schuldig had gemaakt en de kwalificatie van deze recidive als verzwarende omstandigheid te bevestigen.

- 66 Met betrekking tot de maximumtermijn bij overschrijding waarvan recidive niet in aanmerking kan worden genomen, dient om te beginnen te worden benadrukt dat noch verordening nr. 17, noch de richtsnoeren van 1998 voorzien in een dergelijke termijn.
- 67 Het Hof heeft dienaangaande in punt 37 van het reeds aangehaalde arrest Groupe Danone/Commissie geoordeeld dat de omstandigheid dat er geen dergelijke termijn is gesteld, het rechtszekerheidsbeginsel niet schendt.
- 68 Lafarge verzoekt het Hof echter om de conclusie waartoe het in dat arrest is gekomen, te heroverwegen. Zij lijkt uit dat arrest af te leiden dat de Commissie de geldboete zonder beperking in de tijd kan vermeederen wegens recidive.
- 69 Die afleiding berust echter op een onjuiste uitlegging van dat arrest. Het Hof heeft daarin immers benadrukt dat de Commissie in elk individueel geval rekening kan houden met aanwijzingen die de neiging van een onderneming om de mededingingsregels te overtreden, lijken te bevestigen, met inbegrip van bijvoorbeeld het tijdsverloop tussen de betrokken inbreuken (arrest Groupe Danone/Commissie, reeds aangehaald, punt 39).
- 70 Overigens vereist het evenredigheidsbeginsel dat de tijd tussen de betrokken inbreuk en een eerdere niet-nakoming van de mededingingsregels in aanmerking wordt genomen om te beoordelen in hoeverre de onderneming geneigd is om die regels te overtreden. Bij de rechterlijke toetsing van de handelingen van de Commissie inzake het mededingingsrecht kunnen het Gerecht en in voorkomend geval het Hof dus moeten nagaan of de Commissie dat beginsel in acht heeft genomen bij de vermeederdering van de opgelegde geldboete wegens recidive en in het bijzonder of die vermeederdering geboden was in het licht van met name het tijdsverloop tussen de betrokken inbreuk en de eerdere niet-nakoming van de mededingingsregels.

- 71 In casu heeft het Gerecht in punt 727 van het bestreden arrest opgemerkt dat de geschiedenis van de ten aanzien van rekwirante geconstateerde inbreuken getuigt van haar neiging om niet de juiste consequenties te trekken uit het feit dat ten aanzien van haar een inbreuk op de mededingingsregels is geconstateerd, aangezien de Commissie haar reeds eerder bij beschikking 94/815 maatregelen had opgelegd en de dochteronderneming van rekwirante toch actief is blijven deelnemen aan de betrokken mededingingsregeling tot in 1998, dat wil zeggen gedurende vier jaar nadat die beschikking aan haar was meegedeeld.
- 72 Het Gerecht heeft dus geen blijk gegeven van een onjuiste opvatting van het recht door te oordelen dat het rechtszekerheidsbeginsel niet is geschonden omdat er geen vooraf bepaalde termijn bestaat waarbinnen recidive in aanmerking kan worden genomen.
- 73 De grief inzake de vermeende schending van een aan de lidstaten gemeen algemeen beginsel volgens hetwelk er na het verstrijken van een maximumtermijn geen rekening kan worden gehouden met recidive, treft geen doel, aangezien uit punt 70 van het onderhavige arrest voortvloeit dat het mededingingsrecht van de Unie de Commissie niet machtigt om recidive zonder beperking in de tijd in aanmerking te nemen.
- 74 Rekwirante tracht bovendien met een summiere verwijzing naar de reeds aangehaalde arresten Öztürk en Lutz aan te tonen dat de sancties die de Commissie in het kader van het mededingingsrecht oplegt, „strafrechtelijke” sancties zijn in de zin van artikel 6 van het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.
- 75 Dat argument kan echter niet slagen. Zelfs indien de sancties die de Commissie in het kader van het mededingingsrecht oplegt, zouden moeten worden geacht „strafrechtelijke” sancties in de zin van artikel 6 van dat verdrag te zijn, toont rekwirante immers niet aan hoe het Gerecht haar recht op een eerlijk proces zoals dit door dat artikel wordt gewaarborgd zou hebben geschonden.

76 Het eerste onderdeel van het vijfde middel moet dan ook worden afgewezen.

Tweede onderdeel, inzake het bestaan van recidive zonder dat de eerste vaststelling van het bestaan van een inbreuk definitief is geworden

— Argumenten van partijen

77 Lafarge betoogt dat het Gerecht een aan de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen algemeen beginsel alsook het rechtszekerheidsbeginsel en het legaliteitsbeginsel ter zake van strafbare feiten en straffen heeft geschonden door te oordelen dat de Commissie de geldboete mocht vermeerderen wegens recidive, ook al was de eerste inbreuk nog niet definitief vastgesteld ten tijde van de feiten die in de litigieuze beschikking aan de orde waren.

78 In het strafrecht van de lidstaten wordt een persoon in het algemeen slechts als een recidivist beschouwd indien hij, na definitief te zijn veroordeeld voor een eerste inbreuk, een andere inbreuk pleegt. Een van de wezenlijke bestanddelen van recidive is dus het bestaan van een definitieve veroordeling, hetgeen vereist dat op het tijdstip dat een nieuwe inbreuk wordt gepleegd, alle rechtsmiddelen zijn uitgeput. In casu heeft de Commissie zich gebaseerd op beschikking 94/815 om vast te stellen dat Lafarge een recidiviste was. Lafarge heeft echter beroep tot nietigverklaring van

die beschikking ingesteld, waarop het Gerecht op 15 maart 2000 uitspraak heeft gedaan (arrest Cimenteries CBR e.a./Commissie, T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95, Jurispr. blz. II-491). Dat arrest is twee maanden na zijn betekening aan Lafarge definitief geworden, aangezien laatstgenoemde geen hogere voorziening heeft ingesteld. Aan de praktijken waarover het in de litigieuze beschikking gaat, kwam volgens de Commissie een einde in november 1998. Op die datum was Lafarge dus nog niet definitief veroordeeld voor een inbreuk, aangezien het Gerecht toen nog geen uitspraak had gedaan over dat beroep tot nietigverklaring en beschikking 94/815 dus niet definitief was.

79 Overigens betoogt Lafarge dat het Gerecht ook blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting van het recht en bovendien zijn motiveringsplicht niet is nagekomen door in punt 737 van het bestreden arrest te verklaren dat de bevoegdheid van de Commissie om in een beschikking vast te stellen dat er sprake is van recidive, ook al is de eerste beschikking waarbij een inbreuk wordt vastgesteld niet definitief, wordt gerechtvaardigd door het opnieuw ingaan van de termijn voor het instellen van een beroep tot nietigverklaring van de tweede beschikking indien de eerste beschikking wordt nietig verklaard na de vaststelling van de tweede beschikking. Geen enkele bepaling van gemeenschapsrecht voorziet immers in de mogelijkheid dat de termijn opnieuw ingaat. Lafarge is van mening dat die onjuiste opvatting tot vernietiging van het bestreden arrest moet leiden, aangezien het in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van een goede rechtsbedeling dat de justitiabele de last draagt om het recht te herstellen, terwijl dit is overtreden doordat het begrip recidive slecht was gedefinieerd.

80 Hoewel zij de gegrondheid van het onderhavige onderdeel betwist, deelt de Commissie echter de mening van rekwirante dat geen enkele bepaling van gemeenschapsrecht voorziet in de mogelijkheid dat de termijn voor het instellen van een beroep tot nietigverklaring van een beschikking van de Commissie opnieuw ingaat. De Commissie suggereert het Hof de motivering te vervangen, aangezien de nietigverklaring van een eerste beschikking waarbij een inbreuk op het mededingingsrecht wordt bestraft en die de basis is voor de vaststelling van recidive in het kader van een tweede beschikking, de betrokken onderneming het recht geeft om de Commissie om een heroverweging van de tweede beschikking te verzoeken. De Commissie beroept zich in dit verband op artikel 233 EG.

Beoordeling door het Hof

- 81 Het Gerecht heeft in punt 734 van het bestreden arrest geoordeeld dat het volstaat dat de onderneming van tevoren schuldig is bevonden aan een soortgelijke inbreuk, ook al is de betrokken beschikking nog vatbaar voor rechterlijke toetsing, om de Commissie in staat te stellen rekening te houden met recidive. In dit verband heeft het terecht in punt 736 van het bestreden arrest in herinnering gebracht dat de beschikkingen van de Commissie worden vermoed rechtsgeldig te zijn zolang zij niet zijn nietig verklaard of ingetrokken (zie in die zin arrest van 15 juni 1994, Commissie/BASF e.a., C-137/92 P, Jurispr. blz. I-2555, punt 48).
- 82 In datzelfde punt van het bestreden arrest heeft het Gerecht, opnieuw terecht, geoordeeld dat beroepen voor het Hof geen schorsende werking hebben. Dit is immers uitdrukkelijk in artikel 242 EG bepaald.
- 83 Zelfs wanneer een beschikking van de Commissie nog vatbaar is voor rechterlijke toetsing, blijft zij bijgevolg al haar gevolgen sorteren, tenzij het Gerecht of het Hof anders beslissen.
- 84 Derhalve berust de stelling van rekwirante dat de instelling van een beroep tot nietigverklaring van een beschikking van de Commissie leidt tot schorsing van de toepassing van deze beschikking tijdens de gerechtelijke procedure, althans met betrekking tot de gevolgen daarvan voor de vaststelling in een latere beschikking van eventuele recidive, op geen enkele rechtsgrondslag, maar is zij integendeel met name in strijd met de bewoordingen van artikel 242 EG.

- 85 Indien de stelling van rekwirante werd aanvaard, zouden de inbreukmakers bovendien ertoe worden aangezet om zuiver verdragende beroepen in te stellen, met als enig doel de gevolgen van de recidive gedurende de procedures voor het Gerecht en het Hof te vermijden.
- 86 De conclusie van het Gerecht dat het volstaat dat de onderneming reeds schuldig is bevonden aan een soortgelijke inbreuk, ook al is de beschikking nog vatbaar voor rechterlijke toetsing, om de Commissie in staat te stellen rekening te houden met recidive, is dus rechtens gegrond.
- 87 Die conclusie wordt niet op losse schroeven gesteld wanneer een beschikking die in een latere beschikking als basis heeft gediend voor een vermeerdering van de geldboete voor een andere inbreuk, wordt nietig verklaard door de rechter van de Europese Unie na de vaststelling van deze laatste beschikking.
- 88 In dat geval dient de Commissie immers overeenkomstig artikel 233 EG de maatregelen te nemen die nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof, in voorkomend geval door de latere beschikking te wijzigen voor zover zij een vermeerdering van de geldboete wegens recidive inhoudt.
- 89 Anders dan rekwirante betoogt, is dit systeem in overeenstemming met de algemene beginselen van een goede rechtsbedeling en van proceseconomie, aangezien het de instelling die de betrokken handeling heeft gesteld, de verplichting oplegt om de maatregelen te nemen die nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof, zelfs indien de betrokken onderneming daartoe geen verzoek heeft ingediend, en het zuiver verdragende beroepen verijdelt.

- 90 Gesteld dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting van het recht, zoals zowel rekwirante als de Commissie betogen, door in punt 737 van het bestreden arrest te oordelen dat wanneer een beschikking die in een latere beschikking als basis heeft gediend voor een vermeerdering van de geldboete voor een andere inbreuk, wordt nietig verklaard nadat deze laatste beschikking definitief is geworden, sprake is van een nieuw feit dat de beroepstermijn voor de tweede beschikking opnieuw doet ingaan, kan die onjuiste opvatting echter niet leiden tot vernietiging van dat arrest, aangezien het dictum ervan op andere rechtsgronden gegrond voorkomt (zie in die zin arrest van 13 juli 2000, *Salzgitter/Commissie*, C-210/98 P, Jurispr. blz. I-5843, punt 58 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 91 Uit de punten 734 tot en met 736 en 739 van het bestreden arrest volgt met name dat dit het geval is in de onderhavige zaak. Het Gerecht heeft zich immers niet alleen gebaseerd op de in punt 81 van het onderhavige arrest uiteengezette overwegingen uit de punten 734 en 736 van het bestreden arrest, maar heeft er in punt 735 van het bestreden arrest ook aan herinnerd dat de beoordeling van de specifieke kenmerken van recidive afhangt van een evaluatie van de omstandigheden van het concrete geval die de Commissie in het kader van haar beoordelingsbevoegdheid verricht. Bovendien heeft het Gerecht in punt 739 van het bestreden arrest onderscheid gemaakt tussen de onderhavige zaak en de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest van het Gerecht van 11 maart 1999, *Thyssen Stahl/Commissie* (T-141/94, Jurispr. blz. II-347), waarin de inbreuk grotendeels vóór de eerste beschikking had plaatsgevonden, terwijl Lafarge in casu gedurende meer dan vier jaar na de vaststelling van beschikking 94/815, die tot het reeds aangehaalde arrest *Cimenteries CBR e.a./Commissie* heeft geleid, aan de betrokken mededingingsregeling is blijven deelnemen.
- 92 Met betrekking tot de grief inzake een vermeende schending van het algemene rechtszekerheidsbeginsel, heeft rekwirante zich enkel op die schending beroepen, zonder aan te tonen hoe dit beginsel precies zou zijn geschonden.
- 93 In dit verband heeft het Gerecht in punt 720 van het bestreden arrest te kennen gegeven dat punt 2 van de richtsnoeren van 1998, getiteld „Verzwarende omstandigheden”, een niet-uitputtende lijst geeft van de omstandigheden die tot een vermeerdering van het basisbedrag van de geldboete kunnen leiden, waaronder recidive. Punt 2 doelt precies op „recidive door dezelfde onderneming(en) voor eenzelfde type inbreuk”, zonder

dat als voorwaarde wordt vermeld dat de beschikking waarbij de eerdere inbreuk is vastgesteld, „definitief” is. Volgens vaste rechtspraak waarborgen de richtsnoeren van de Commissie de rechtszekerheid van de betrokken ondernemingen doordat zij de methode bepalen die de Commissie bij de vaststelling van het bedrag van de krachtens artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 opgelegde geldboeten moet volgen (zie arrest van 22 mei 2008, *Evonik Degussa/Commissie en Raad*, C-266/06 P, punt 53).

- ⁹⁴ Met betrekking tot de grief inzake een vermeende schending van het algemene legaliteitsbeginsel ter zake van strafbare feiten en straffen, vereist dit beginsel dat de strafbare feiten en de straffen die deze beteugelen duidelijk door de wet worden omschreven (arrest *Evonik Degussa/Commissie en Raad*, reeds aangehaald, punt 39). Volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens wordt de duidelijkheid van de wet niet alleen aan de hand van de tekst van de desbetreffende bepaling beoordeeld, maar ook aan de hand van de door een bestaande en gepubliceerde rechtspraak aangebrachte preciseringen (zie in die zin EHRM, arrest *G. v. Frankrijk* van 27 september 1995, *série A* nr. 325-B, § 25). Bovendien is het feit dat een wet een beoordelingsbevoegdheid toekent op zich niet in strijd met het vereiste van voorzienbaarheid, mits de strekking en de wijze van uitoefening van een dergelijke bevoegdheid, gelet op het betrokken rechtmatige doel, voldoende duidelijk zijn omschreven om de justitiabele naar behoren tegen willekeur te beschermen (EHRM, arrest *Margareta en Roger Andersson v. Zweden* van 25 februari 1992, *série A*, nr. 226, § 75).
- ⁹⁵ Artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 geeft de Commissie weliswaar een ruime beoordelingsmarge, maar beperkt de uitoefening daarvan door de invoering van objectieve criteria waaraan de Commissie zich moet houden. Zo geldt een absolute en becijferbare bovengrens voor de mogelijke geldboete, zodat de maximumboete die aan een gegeven onderneming kan worden opgelegd, vooraf kan worden bepaald. De uitoefening van die beoordelingsbevoegdheid wordt ook beperkt door de gedragsregels die de Commissie zichzelf heeft opgelegd in de mededeling inzake medewerking en in de richtsnoeren. Bovendien is de bekende en toegankelijke administratieve praktijk van de Commissie vatbaar voor volledige toetsing door de rechter van de Unie, waarvan de vaste en gepubliceerde rechtspraak het mogelijk heeft gemaakt om de onbepaalde begrippen die artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 kon bevatten, te

verduidelijken. Bijgevolg kan een bedachtzaam marktdeelnemer zich, zonodig met de bijstand van een juridisch adviseur, een voldoende nauwkeurig beeld vormen van de berekeningsmethode en de omvang van de aan een bepaald gedrag verbonden geldboeten. Dat die marktdeelnemer het niveau van de geldboeten die de Commissie in een concreet geval zal opleggen niet nauwkeurig kan kennen, kan geen schending opleveren van het beginsel van legaliteit van sancties (zie in die zin arrest Evonik Degussa/Commissie en Raad, reeds aangehaald, punten 50-55).

- ⁹⁶ Gelet op al het voorgaande dient het tweede onderdeel van het vijfde middel te worden afgewezen.
- ⁹⁷ Hieruit volgt dat het vijfde middel in zijn geheel moet worden afgewezen.

Zesde middel, inzake een onjuiste opvatting van het recht met betrekking tot de vermeerdering van het basisbedrag van de geldboete met het oog op de afschrikkende werking

Argumenten van partijen

- ⁹⁸ Rekwirante stelt dat het Gerecht in de punten 680 tot en met 684 van het bestreden arrest artikel 81 EG en verordening nr. 17 heeft geschonden door te oordelen dat de

Commissie de noodzaak om de geldboete te vermeerderen omwille van de afschrikkende werking ervan reeds kon onderzoeken in het stadium van de berekening van het uitgangsbetrag van de geldboete en niet eerst aan het einde van de berekening van de geldboete. Volgens rekwirante kan de geldboete die is berekend op basis van de zwaarte en de duur van de inbreuk en van eventuele verzwarende of verzachtende omstandigheden, slechts omwille van de afschrikkende werking worden vermeerderd indien het bedrag ervan niet lijkt te volstaan om de onderneming en alle marktdeelnemers te overtuigen van de zwaarte van de inbreuk en van de noodzaak om deze niet opnieuw te begaan.

⁹⁹ Rekwirante verwijst ook naar de mededeling van de Commissie getiteld „Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, sub a, van verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd” (PB 2006, C 210, blz. 2; hierna: „richtsnoeren van 2006”), volgens welke de noodzaak van een „specifieke vermeerdering van de geldboete met het oog op afschrikking” wordt beoordeeld ten aanzien van het eindbedrag van de geldboete en derhalve na de vaststelling van het basisbedrag en na de aanpassing daarvan wegens verzwarende of verzachtende omstandigheden.

¹⁰⁰ Volgens de Commissie zijn de richtsnoeren van 2006 in casu irrelevant omdat de litigieuze beschikking is vastgesteld op grond van de richtsnoeren van 1998, die bepalen dat bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk rekening kan worden gehouden met de omvang en de totale middelen van de onderneming (punt 1.A) alvorens rekening wordt gehouden met de duur van deze inbreuk (punt 1.B). De Commissie mag haar beleid inzake sancties bij schendingen van het communautaire mededingingsrecht wijzigen. De bewoordingen van de richtsnoeren van 1998 en van 2006 zijn vergelijkbaar, aangezien zij beide de Commissie de mogelijkheid bieden om bij de berekening van de geldboete rekening te houden met de omvang en de totale middelen van de ondernemingen. Bovendien is het stadium waarin rekening wordt gehouden met de omvang van de onderneming irrelevant, aangezien de vermeerdering van de geldboete op die grond losstaat van het eindbedrag van de geldboete.

Beoordeling door het Hof

- 101 Zoals het Gerecht in punt 657 van het bestreden arrest heeft vastgesteld, vindt de vermeerdering van het op basis van de zwaarte van de inbreuk bepaalde basisbedrag van de geldboete met 100% haar grondslag in de noodzaak om te garanderen dat de geldboete gezien de omvang en de totale middelen van Lafarge een voldoende afschrikkende werking heeft.
- 102 Wat het begrip afschrikking betreft, moet eraan worden herinnerd dat dit een van de factoren is waarmee bij de berekening van de geldboete rekening moet worden gehouden. Het is immers vaste rechtspraak dat geldboeten die worden opgelegd wegens schending van artikel 81 EG, zoals die zijn geregeld in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, tot doel hebben onwettige handelingen van de betrokken ondernemingen te bestraffen en zowel de betrokken ondernemingen als andere deelnemers aan het economisch verkeer ervan te weerhouden om in de toekomst de mededingingsregels van de Unie te schenden. Het verband tussen de omvang en de totale middelen van ondernemingen enerzijds en de noodzaak om te garanderen dat de geldboete afschrikkende werking heeft anderzijds, kan niet worden betwist. Derhalve kan de Commissie wanneer zij de geldboete berekent, met name rekening houden met de omvang en de economische macht van de betrokken onderneming (zie in die zin arrest van 29 juni 2006, Showa Denko/Commissie, C-289/04 P, Jurispr. blz. I-5859, punt 16 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 103 Lafarge komt niet op tegen het feit dat haar omvang en totale middelen als zodanig in aanmerking zijn genomen om te garanderen dat de geldboete voldoende afschrikkende werking heeft, maar zij bekritiseert het stadium waarin die inaanmerkingneming heeft plaatsgevonden.
- 104 In dit verband dient te worden benadrukt dat de inaanmerkingneming van de omvang en de totale middelen van de betrokken onderneming om te garanderen dat de geldboete voldoende afschrikkende werking heeft, gebaseerd is op de beoogde impact op die onderneming, waarbij de sanctie niet verwaarloosbaar mag zijn gelet op met name de financiële capaciteit van deze onderneming.

- 105 Zo heeft het Hof geoordeeld dat het Gerecht op goede gronden had geoordeeld dat een onderneming wegens haar „zeer hoge” totale omzet in vergelijking met die van de andere kartelleden, gemakkelijker de voor de betaling van haar geldboete vereiste middelen zou kunnen bijeenbrengen, hetgeen met het oog op een voldoende afschrikkende werking daarvan de toepassing van een vermenigvuldigingsfactor rechtvaardigde (zie arrest Showa Denko/Commissie, reeds aangehaald, punt 18).
- 106 In casu is de geldboete berekend door toepassing van vermenigvuldigingscoëfficiënten, zodat de volgorde waarin deze coëfficiënten zijn toegepast, geen invloed heeft gehad op het eindbedrag van de geldboete, ongeacht het stadium waarin de aan de orde zijnde vermenigvuldigingsfactor is toegepast.
- 107 Bovendien levert Lafarge geen argumenten voor haar stelling dat indien het bedrag van de geldboete was bepaald zonder rekening te houden met de vermenigvuldigingsfactor voor de afschrikkende werking, dit bedrag voldoende zou zijn geweest om te garanderen dat de geldboete die werking had.
- 108 Wat tot slot het argument betreft dat rekwirante ontleent aan de richtsnoeren van 2006, dient te worden benadrukt, zoals de Commissie terecht betoogt, dat deze niet van toepassing waren op de feiten die aan het onderhavige geding ten grondslag liggen.
- 109 Overigens wordt de afschrikkingsfactor die bij de berekening van de aan een onderneming opgelegde geldboete kan worden toegepast, bepaald aan de hand van een groot aantal feiten en omstandigheden, en niet enkel op grond van de specifieke situatie van de betrokken onderneming (zie in die zin arrest Showa Denko/Commissie, reeds aangehaald, punt 23). Het is dus niet uitgesloten dat het stadium van de berekening waarin een afschrikkingsfactor in aanmerking wordt genomen, relevant kan blijken ten aanzien van de andere elementen dan de omvang en de totale middelen van de betrokken onderneming die voor de beoordeling van die factor in aanmerking worden genomen. Rekwirante heeft echter niet aangetoond dat dit in de onderhavige zaak het geval is.

- 110 Het zesde middel is dan ook ongegrond.
- 111 Uit de voorgaande overwegingen volgt dat de hogere voorziening in haar geheel moet worden afgewezen.

Kosten

- 112 Ingevolge artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat op grond van artikel 118 van dat Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien rekwirante in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van de Commissie worden verwezen in de kosten.

Het Hof (Tweede kamer) verklaart:

- 1) De hogere voorziening wordt afgewezen.**

- 2) Lafarge SA wordt verwezen in de kosten.**

ondertekeningen