



## Jurisprudentie

ARREST VAN HET GERECHT (Zesde kamer)

27 september 2012\*

„Mededinging — Mededingingsregelingen — Nederlandse markt van wegenbouwbitumen — Beschikking houdende vaststelling van inbreuk op artikel 81 EG — Toerekenbaarheid van inbreukmakend gedrag — Gezamenlijke zeggenschap — Geldboeten — Verzwarende omstandigheden — Rol van aanstichter en leider — Recidive — Duur van inbreuk — Rechten van verdediging — Volledige rechtsmacht — Gedrag van onderneming tijdens administratieve procedure”

In zaak T-343/06,

**Shell Petroleum NV**, gevestigd te Den Haag (Nederland),

**The Shell Transport and Trading Company Ltd**, gevestigd te Londen (Verenigd Koninkrijk),

**Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV**, gevestigd te Rotterdam (Nederland),

aanvankelijk vertegenwoordigd door O. Brouwer, W. Knibbeler en S. Verschuur, vervolgens door O. Brouwer, W. Knibbeler en P. van den Berg, advocaten,

verzoeksters,

tegen

**Europese Commissie**, vertegenwoordigd door F. Castillo de la Torre als gemachtigde, bijgestaan door L. Gyselen, advocaat,

verweerster,

betreffende, primair, een verzoek om nietigverklaring van beschikking C(2006) 4090 def. van de Commissie van 13 september 2006 inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] (Zaak nr. COMP/38.456 – Bitumen – NL), voor zover deze verzoeksters betreft, en, subsidiair, een verzoek om verlaging van de bij die beschikking aan verzoeksters opgelegde geldboete,

wijst HET GERECHT (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: M. Jaeger, president, N. Wahl en S. Soldevila Fragoso (rapporteur), rechters,

griffier: N. Rosner, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzittingen van 25 mei 2011 en 26 januari 2012,

het navolgende

\* Procestaal: Engels.

## Arrest

### Aan het geding ten grondslag liggende feiten

#### 1. Verzoeksters

- 1 De Shell-groep, een mondiaal petrochemisch en energieconcern, was tot in 2005 in handen van de twee moedermaatschappijen van de groep, Koninklijke Nederlandsche Petroleum Maatschappij NV (hierna: „KNPM”) en The Shell Transport and Trading Company plc (hierna: „STT plc”). Deze hadden respectievelijk 60 % en 40 % in handen van The Shell Petroleum Company Ltd (hierna: „SPCo”) en van Shell Petroleum NV (hierna: „SPNV”) – een houdstermaatschappij die zelf alle aandelen van Shell Nederland BV bezat. Deze laatste onderneming was 100 %-eigenaar van Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV (hierna: „SNV”), de rechtspersoon van de Shell-groep belast met de verkoop van wegenbouwbitumen in Nederland. Shell International BV, die in Nederland gevestigd is, is een van de ondernemingen van de groep die ondersteuning biedt aan de hele groep, de houdstermaatschappijen en haar werkmaatschappijen, met name op juridisch gebied.
- 2 Op 20 juli 2005 heeft Royal Dutch Shell plc, gevestigd te Den Haag (Nederland), alle aandelen van de twee vroegere moedermaatschappijen van de groep, KNPM en STT plc., overgenomen. KNPM is volledig overgenomen door SPNV en bestaat niet langer als juridische entiteit. De moedermaatschappij Royal Dutch Shell plc heeft thans bijna alle aandelen van SPNV in handen. SPNV bezit zelf nog steeds alle aandelen van Shell Nederland en bijna alle aandelen van The Shell Transport and Trading Company Ltd (hierna: „STT”), die STT plc is opgevolgd. Shell Nederland is nog steeds voor 100 % de moedermaatschappij van SNV.

#### 2. Administratieve procedure

- 3 Bij brief van 20 juni 2002 heeft British Petroleum (hierna: „BP”) de Commissie van de Europese Gemeenschappen in kennis gesteld van het vermoedelijke bestaan van een mededingingsregeling op de markt voor wegenbouwbitumen in Nederland en een verzoek om immuniteit voor geldboeten ingediend krachtens de mededeling van de Commissie van 19 februari 2002 betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken (PB C 45, blz. 3; hierna: „mededeling inzake medewerking”).
- 4 Op 1 en 2 oktober 2002 heeft de Commissie onaangekondigde verificaties verricht, met name bij SNV. De Commissie heeft verzoeken om inlichtingen gericht aan verschillende ondernemingen, waaronder SNV, op 30 juni 2003. SNV heeft die verzoeken beantwoord op 28 augustus 2003.
- 5 Op 8 augustus 2003 hebben vertegenwoordigers van Shell International de diensten van de Commissie ontmoet om deze op de hoogte te brengen van hun voornemen om een intern onderzoek over die zaak te voeren en haar de resultaten ervan mee te delen. Tijdens die vergadering of onmiddellijk daarna is echter geen informatie verstrekt. SNV heeft op 10 oktober 2003 verzocht om toepassing van de mededeling inzake medewerking. De Commissie heeft er in dit verband op gewezen dat het voor haar slechts nuttig zou zijn om de auteur van de bij dat verzoek gevoegde verklaring te horen indien hij aanvullende elementen kon verstrekken naast die in zijn verklaring. Die werknemer is uiteindelijk niet gehoord.
- 6 Op 10 februari en 5 april 2004 heeft de Commissie nieuwe verzoeken om inlichtingen gestuurd, waarop Shell International op 25 februari en 27 april 2004 heeft geantwoord.

- 7 Op 18 oktober 2004 heeft de Commissie een procedure ingeleid op grond van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] (PB 2003, L 1, blz. 1), en een mededeling van punten van bezwaar vastgesteld, die op 19 oktober 2004 is gestuurd naar meerdere ondernemingen, waaronder SNV, SPNV, KNPM en STT plc.
- 8 Op 12 januari 2005 heeft SNV verzocht om volledige toegang tot alle documenten die aan het dossier van de Commissie waren toegevoegd na het toezenden van de mededeling van punten van bezwaar, en met name de antwoorden van de andere ondernemingen op de mededeling van punten van bezwaar. Op 22 februari 2005 heeft de Commissie, in de persoon van de met de zaak belaste raadadviseur-auditeur, geweigerd om dat verzoek in te willigen op grond dat de in dit stadium verstrekte inlichtingen in beginsel geen deel uitmaakten van het onderzoeksdossier, zoals het was gedefinieerd in de mededeling betreffende de regels voor toegang tot het dossier van de Commissie overeenkomstig de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag, de artikelen 53, 54 en 57 van de EER-Overeenkomst en verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad (PB 2005, C 325, blz. 7; hierna: „mededeling dossiertoegang”), en dat die inlichtingen haar hoe dan ook zouden kunnen worden verstrekt indien de Commissie zou beslissen om deze in haar beschikking te gebruiken. Op 20 april 2005 heeft SNV haar verzoek herhaald en verzocht om toegang tot die documenten vóór de hoorzittingen. Op 4 mei 2005 heeft die raadadviseur-auditeur de weigering van de Commissie herhaald. Op 24 mei 2006 heeft de Commissie Royal Dutch Shell, SPNV en SNV echter toegang gegeven tot de passages uit het antwoord van Koninklijke Volker Wessels Stevin (hierna: „KWS”) waarop zij zich in de beschikking wilde baseren. Deze passages hadden betrekking op de contacten die hadden plaatsgevonden tussen SNV en KWS vóór 1 april 1994. Op 12 juni 2006 hebben Royal Dutch Shell, SPNV en SNV bezwaar gemaakt tegen het feit dat de bekendmaking gedeeltelijk was en opnieuw om volledige toegang tot alle antwoorden verzocht.
- 9 Op 8 mei 2006 heeft de Commissie opnieuw een verzoek om inlichtingen gestuurd naar SNV, SPNV en Royal Dutch Shell met het oog op het verkrijgen van informatie over hun omzet uit wegebouwbitumen, daaronder begrepen alle speciale bitumenproducten. Op 23 mei 2006 hebben die drie ondernemingen hun omzetcijfer meegedeeld, waarin zij ook het bedrag van de omzet uit Mexphalte C, het enige speciale bitumen dat volgens hen in verband kon worden gebracht met de wegebouw, hadden opgenomen. Zij hebben echter gepreciseerd dat de mededingingsregeling geen betrekking had op dit laatste product.
- 10 Op 23 december 2005 heeft de Shell-groep de Commissie ingelicht over de wijziging van haar structuur: de groep was voortaan volledig in handen van Royal Dutch Shell. Op 23 mei 2006 heeft de groep de aandacht van de Commissie gevestigd op het feit dat deze onderneming niet bestond tijdens de inbreukperiode en niet kon worden beschouwd als een opvolger van een van de ondernemingen van de Shell-groep, nu zij in 2002 onder de naam Forthdeal Ltd was opgericht zonder toen deel uit te maken van de Shell-groep en in oktober 2004 is omgevormd tot Royal Dutch Shell. Bovendien had Royal Dutch Shell betoogd dat zij niet aansprakelijk kon worden gesteld voor de inbreuk van SNV omdat zij alle aandelen van SPNV had verkregen na de inbreukperiode.

### 3. Bestreden beschikking

- 11 Nadat de betrokken ondernemingen waren gehoord, op 15 en 16 juni 2005, heeft de Commissie op 13 september 2006 beschikking C(2006) 4090 def. inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] (Zaak nr. COMP/38.456 – Bitumen – NL; hierna: „bestreden beschikking”) vastgesteld. Een samenvatting is bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 28 juli 2007 (PB L 196, blz. 40) en verzoeksters, SNV, SPNV en STT, zijn op 25 september 2006 in kennis gesteld van de beschikking.

- 12 De Commissie heeft in artikel 1 van de bestreden beschikking geoordeeld dat de ondernemingen tot welke deze beschikking was gericht, hadden deelgenomen aan één enkele en voortdurende inbreuk op artikel 81 EG, door in de betrokken perioden regelmatig gezamenlijk voor de verkoop en afname van wegebouwbitumen in Nederland de brutoprijs, een standaardkorting op de brutoprijs voor de aan de mededingingsregeling deelnemende wegebouwers (hierna: „grote bouwers” of „W5”) en een lagere maximale korting op de brutoprijs voor de overige wegebouwers (hierna: „kleine bouwers”) vast te stellen.
- 13 Verzoeksters zijn medeaansprakelijk gesteld voor die inbreuk voor de periode van 1 april 1994 tot 15 april 2002 en zijn hoofdelijk veroordeeld tot een geldboete van 108 miljoen EUR.
- 14 Wat de berekening van het bedrag van de geldboeten betreft, heeft de Commissie de inbreuk wegens de aard ervan als zeer zwaar aangemerkt, ook al betrof zij slechts een kleine geografische markt (punt 316 van de bestreden beschikking).
- 15 Om rekening te houden met het specifieke belang van het onrechtmatige gedrag van elke bij de mededingingsregeling betrokken onderneming en met de reële weerslag daarvan op de mededinging, heeft de Commissie een onderscheid tussen de betrokken ondernemingen gemaakt naargelang van hun relatieve belang op de betrokken markt, gemeten aan hun marktaandeelen, en hen in zes categorieën ingedeeld. Op basis van die overwegingen is de Commissie voor verzoeksters uitgegaan van een basisbedrag van 15 miljoen EUR (punt 322 van de bestreden beschikking). Rekening houdend met de omvang en de omzet van de groep, heeft zij ook een vermenigvuldigingsfactor van 2 toegepast om de afschrikkende werking van de geldboete te garanderen (punt 323 van de bestreden beschikking).
- 16 Wat de duur van de inbreuk betreft, heeft de Commissie geoordeeld dat verzoeksters een inbreuk van lange duur, namelijk van meer dan vijf jaar, hadden gepleegd. Zij is uitgegaan van een totale duur van acht jaar, namelijk van 1 april 1994 tot 15 april 2002, en heeft het basisbedrag op grond daarvan met 80 % vermeerderd (punt 326 van de bestreden beschikking). Het basisbedrag van de geldboete, bepaald naargelang van de zwaarte en de duur van de inbreuk, is voor verzoeksters bijgevolg vastgesteld op 54 miljoen EUR (punt 335 van de bestreden beschikking).
- 17 De Commissie heeft meerdere verzwarende omstandigheden meegewogen voor verzoeksters. In de eerste plaats was zij van oordeel dat aangezien Shell de adreassaar was geweest van eerdere beschikkingen van de Commissie in kartelzaken in 1986 [beschikking van de Commissie van 23 april 1986, zaak IV/31.149 – Polypropyleen (PB L 230, blz. 1; hierna: „polypropyleen-beschikking”)] en in 1994 [beschikking van de Commissie van 27 juli 1994, zaak IV/31.865 – PVC II (PB L 239, blz. 14; hierna: „PVC II-beschikking”)], het basisbedrag van de geldboete met 50 % moest worden vermeerderd wegens recidive (punten 336-338 van de bestreden beschikking). In de tweede plaats was zij van oordeel dat verzoeksters de rol van aanstichter en leider van het kartel hadden gespeeld, waardoor het gerechtvaardigd was het basisbedrag van de geldboete opnieuw met 50 % te vermeerderen (punten 342-349 van de bestreden beschikking).
- 18 De Commissie heeft voorts geoordeeld dat voor verzoeksters geen verzachtende omstandigheden konden worden meegewogen, aangezien het feit dat de inbreuk was beëindigd voordat het onderzoek was ingesteld, geen andere beloning verdiende dan dat de duur van de inbreukperiode werd beperkt (punten 361-363 van de bestreden beschikking).
- 19 De Commissie is voorts niet ingegaan op hun verzoek om hun daadwerkelijke medewerking, te weten de antwoorden op de verzoeken om inlichtingen, het erkennen van de feiten en het opzetten van een sanctie- en preventiebeleid in dit verband, als verzachtende omstandigheid in aanmerking te nemen (punten 367-371 van de bestreden beschikking).

- 20 De Commissie heeft tot slot geweigerd om de aan verzoeksters opgelegde geldboete te verminderen op grond van de mededeling inzake medewerking, omdat de door hen verstrekte informatie geen significant toegevoegde waarde had (punten 394-396 van de bestreden beschikking).

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

- 21 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 1 december 2006, hebben verzoeksters het onderhavige beroep ingesteld.
- 22 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Zesde kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan en heeft het in het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang bedoeld in artikel 64 van zijn Reglement voor de procesvoering partijen verzocht bepaalde documenten over te leggen en hun vragen gesteld. Partijen hebben binnen de gestelde termijn aan deze verzoeken voldaan.
- 23 Partijen hebben ter terechtzitting van 25 mei 2011 pleidooi gehouden en geantwoord op de mondelinge vragen van het Gerecht.
- 24 Omdat een lid van de Zesde kamer verhinderd was, heeft de president van het Gerecht zichzelf krachtens artikel 32, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering ter aanvulling van de kamer aangewezen.
- 25 Bij beschikking van 18 november 2011 heeft het Gerecht (Zesde kamer) in de nieuwe samenstelling de mondelinge behandeling heropend en aan de partijen is meegedeeld dat zij op een nieuwe terechtzitting zouden worden gehoord.
- 26 Partijen zijn op die nieuwe terechtzitting gehoord op 26 januari 2012.
- 27 SPNV en STT vorderen:
- primair, dat de bestreden beschikking nietig wordt verklaard voor zover zij hen betreft;
  - subsidiair, dat de bestreden beschikking gedeeltelijk nietig wordt verklaard, voor zover de Commissie daarin vaststelt dat zij artikel 81 EG hebben geschonden tussen 1 april 1994 en 19 februari 1996, en dat de hun opgelegde geldboete wordt verlaagd;
  - subsidiair, dat de hun in de bestreden beschikking opgelegde geldboete wordt verlaagd;
  - dat de Commissie wordt verwezen in de kosten, daaronder begrepen de kosten in verband met de volledige of gedeeltelijke betaling van de geldboete of het stellen van een bankgarantie;
  - dat alle andere maatregelen die het Gerecht passend acht worden gelast.
- 28 SNV vordert:
- dat de bestreden beschikking gedeeltelijk nietig wordt verklaard, voor zover de Commissie daarin vaststelt dat zij artikel 81 EG heeft geschonden tussen 1 april 1994 en 19 februari 1996, en dat de haar opgelegde geldboete wordt verlaagd;
  - dat de haar in de bestreden beschikking opgelegde geldboete wordt verlaagd;
  - dat de Commissie wordt verwezen in de kosten, daaronder begrepen de kosten in verband met de volledige of gedeeltelijke betaling van de geldboete of het stellen van een bankgarantie;

— dat alle andere maatregelen die het Gerecht passend acht worden gelast.

29 De Commissie vordert:

- dat het beroep wordt verworpen;
- dat verzoeksters worden verwezen in de kosten.

### **In rechte**

30 Ter onderbouwing van hun beroepen voeren verzoeksters vier middelen aan. Zij verwijten de Commissie dat zij zich feitelijk en juridisch heeft vergist door SPNV en STT (voorheen STT plc) de door SNV gepleegde inbreuk toe te rekenen, dat zij een wezenlijk vormvoorschrift en de rechten van de verdediging waarop zij zich mochten beroepen heeft geschonden door hun niet alle antwoorden van de andere ondernemingen op de mededeling van punten van bezwaar te verstrekken, dat zij zich feitelijk en juridisch heeft vergist bij de berekening van het basisbedrag van de geldboete en bij de bepaling van de duur van de inbreuk en tot slot dat zij SNV als aanstichter en leider van het kartel heeft beschouwd en hun geldboete heeft vermeerderd wegens recidive.

*1. Eerste middel: onjuiste rechtsopvattingen en beoordelingsfouten bij de toerekenbaarheid van de inbreuk aan de moedermaatschappijen*

#### *Onjuiste rechtsopvattingen*

##### Argumenten van partijen

31 Verzoeksters betogen in de eerste plaats dat de Commissie blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsofvatting door te oordelen dat het vermoeden dat een moedermaatschappij daadwerkelijk beslissende invloed uitoefent op haar 100 %-dochteronderneming, dat door de Unierechter is erkend (arrest Hof van 16 november 2000, Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie, C-286/98 P, Jurispr. blz. I-9925, punt 29), inhield dat zij niet hoefde aan te tonen dat de inbreukplegende dochteronderneming de instructies van de moedermaatschappij had gevolgd. In casu heeft de Commissie enkel verwezen naar het begrip één economische eenheid, dat echter irrelevant is om andere ondernemingen dan die welke rechtstreeks bij de inbreuk betrokken waren, aansprakelijk te stellen voor de inbreuk. Het stond evenwel aan de Commissie te beoordelen of de moedermaatschappij rechtstreeks of indirect aan de inbreuk had deelgenomen dan wel daarvan kennis had om haar voor die inbreuk aansprakelijk te kunnen stellen.

32 In de tweede plaats heeft de Commissie blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zich te baseren op het in het arrest Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie, punt 31 hierboven, erkende vermoeden om STT (voorheen STT plc) aansprakelijk te stellen voor de door SNV gepleegde inbreuk. Tijdens de inbreukperiode was STT plc, die in 2005 is opgevolgd door STT, immers een van de twee centrale ondernemingen van de Shell-groep, maar had zij slechts 40 % in handen van de houdstermaatschappij SPNV, die zelf via Shell Nederland alle aandelen in handen had van SNV, de rechtstreekse inbreukpleger. Volgens de Unierechter kan dit vermoeden echter slechts worden toegepast voor moedermaatschappijen die alle aandelen van hun dochteronderneming in handen hebben. Dat het Gerecht dit vermoeden heeft toegepast in zijn arrest van 27 september 2006, Avebe/Commissie (T-314/01, Jurispr. blz. II-3085, punt 137), heeft uitsluitend te maken met de bijzondere omstandigheden van de zaak, waarin de twee moedermaatschappijen nauw betrokken waren bij het commerciële beheer van de dochteronderneming, die zelf geen afzonderlijke rechtspersoonlijkheid had.

- 33 In de derde plaats betwisten verzoeksters de uitlegging die de Commissie geeft aan het vermoeden dat een moedermaatschappij daadwerkelijk beslissende invloed uitoefent op haar 100%-dochteronderneming, die het onmogelijk maakt dit vermoeden te weerleggen en niet in overeenstemming is met de rechtspraak.
- 34 Volgens de Commissie moet het eerste onderdeel van dit middel worden afgewezen.

#### Beoordeling door het Gerecht

- 35 De Commissie heeft in de bestreden beschikking gepreciseerd dat SNV weliswaar de rechtspersoon was die rechtstreeks aan het kartel had deelgenomen, maar dat de mededeling van punten van bezwaar ook was gericht tot SPNV, KNPM en STT plc (punt 209 van de bestreden beschikking). Zij heeft namelijk in herinnering gebracht dat SNV tot in 2005 volledig in handen was van Shell Nederland, die zelf volledig in handen was van SPNV, een houdstermaatschappij die onder gezamenlijk toezicht van KNPM (60 %) en STT plc (40 %) stond. Zij heeft bovendien het belang benadrukt van de bestaande banden tussen die verschillende structuren, met name via het Committee of managing directors (comité van algemeen directeuren; hierna: „CMD”), het departement olieproducten van de groep in Europa en, vanaf 1998, Shell Europe Oil Products (hierna: „SEOP”), een organisatie waarin de olieactiviteiten van diverse werkmaatschappijen van de groep in Europa waren ondergebracht (punten 206-208 van de bestreden beschikking). Zij heeft vervolgens uiteengezet dat zij na de wijzigingen in de organisatie van de groep in 2005 de bestreden beschikking had gericht tot SNV en tot de andere op de datum van verzending van die beschikking nog bestaande ondernemingen tot wie de mededeling van punten van bezwaar was gericht, te weten SPNV en STT (voorheen STT plc), en dat die ondernemingen samen de Shell-onderneming vormden en hoofdelijk aansprakelijk waren voor de inbreuk (punt 218 van de bestreden beschikking).

– Vermoeden dat een moedermaatschappij daadwerkelijk beslissende invloed uitoefent op haar dochteronderneming

- 36 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat de mededingingregels van de Unie zien op de activiteiten van ondernemingen (arrest Hof 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 en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 59) en dat het begrip onderneming in de zin van artikel 81 EG economische eenheden omvat die bestaan in een unitaire organisatie van personele, materiële en immateriële elementen die op duurzame basis een bepaald economisch doel nastreeft en ertoe kan bijdragen dat een in deze bepaling bedoelde inbreuk wordt gepleegd (arrest Gerecht van 25 oktober 2011, Uralita/Commissie, T-349/08, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 35). Onder het begrip onderneming in die context moet worden verstaan een economische eenheid, ook al wordt deze economische eenheid uit juridisch oogpunt gevormd door verschillende natuurlijke of rechtspersonen (arrest Hof van 14 december 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C-217/05, Jurispr. blz. I-11987, punt 40).
- 37 Het mededingingsverstorende gedrag van een onderneming kan aan een andere onderneming 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 (arresten Hof van 16 november 2000, Metsä-Serla e.a./Commissie, C-294/98 P, Jurispr. blz. I-10065, punt 27; 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punt 117, en 10 september 2009, Akzo Nobel e.a./Commissie, C-97/08 P, Jurispr. blz. I-8237, punt 58). Aldus kan de gedraging van een dochteronderneming aan de moedermaatschappij worden toegerekend wanneer de dochteronderneming haar marktgedrag niet zelfstandig bepaalt, maar in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt, daar deze beide ondernemingen een economische eenheid vormen (arrest Hof van 14 juli 1972, Imperial Chemical Industries/Commissie, 48/69, Jurispr. blz. 619, punten 133 en 134).

- 38 Het is dus niet het feit dat de moedermaatschappij haar dochteronderneming heeft aangespoord de inbreuk te plegen, noch a fortiori het feit dat zij betrokken was bij die inbreuk, dat de Commissie de mogelijkheid biedt haar beschikking aan de moedermaatschappij van een groep van vennootschappen te richten, maar het feit dat zij één enkele onderneming vormen in de bovenbedoelde zin. De mededingingsregels van de Unie erkennen namelijk dat verschillende vennootschappen die tot dezelfde groep behoren, een economische eenheid vormen, en dus een onderneming in de zin van de artikelen 81 EG en 82 EG, indien de betrokken vennootschappen niet zelfstandig hun marktgedrag bepalen (arrest Gerecht van 30 september 2003, Michelin/Commissie, T-203/01, Jurispr. blz. II-4071, punt 290).
- 39 In het bijzondere geval waarin een moedermaatschappij 100 % van het kapitaal in handen heeft van haar dochteronderneming die een inbreuk heeft gepleegd, kan die moedermaatschappij beslissende invloed uitoefenen op het gedrag van deze dochter en bestaat er een weerlegbaar vermoeden dat die moedermaatschappij daadwerkelijk zulke invloed uitoefent (zie arrest Akzo Nobel e.a./Commissie, punt 37 hierboven, punt 60 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 40 Het volstaat dus dat de Commissie bewijst dat het gehele kapitaal van een dochteronderneming in handen is van haar moedermaatschappij om aan te nemen dat deze laatste beslissende invloed uitoefent op het commerciële beleid van deze dochter. De Commissie kan de moedermaatschappij vervolgens hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de betaling van de aan haar dochteronderneming opgelegde geldboete, tenzij de moedermaatschappij, die dat vermoeden moet weerleggen, afdoende bewijzen overlegt die aantonen dat haar dochteronderneming zich op de markt autonoom gedraagt (arresten Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie, punt 31 hierboven, punt 29, en Akzo Nobel e.a./Commissie, punt 37 hierboven, punt 61).
- 41 Hoewel het Hof in de punten 28 en 29 van het arrest Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie (punt 31 hierboven) niet alleen op het bezit van 100 % van het kapitaal van de dochteronderneming maar ook op andere omstandigheden heeft gewezen, zoals het feit dat de invloed van de moedermaatschappij op het commerciële beleid van haar dochteronderneming niet werd betwist en dat de twee ondernemingen in de administratieve procedure dezelfde vertegenwoordiger hadden, heeft het die omstandigheden slechts vermeld teneinde alle factoren uiteen te zetten waarop het Gerecht zijn redenering in die zaak had gebaseerd, en niet om de toepassing van dit vermoeden afhankelijk te stellen van het overleggen van extra aanwijzingen betreffende de daadwerkelijke uitoefening van invloed door de moedermaatschappij op haar dochteronderneming (arrest Akzo Nobel e.a./Commissie, punt 37 hierboven, punt 62, en arrest Hof van 20 januari 2011, General Química e.a./Commissie, C-90/09 P, Jurispr. blz. I-1, punt 41).
- 42 Met betrekking tot de elementen die een moedermaatschappij moet aandragen om het vermoeden dat zij daadwerkelijk beslissende invloed uitoefent op haar 100 %-dochteronderneming te weerleggen, is de Unierechter van oordeel dat zij bij de Commissie en vervolgens in voorkomend geval bij de Unierechter alle elementen betreffende de organisatorische, economische en juridische banden tussen haar dochteronderneming en zichzelf dient aan te dragen, die haars inziens kunnen aantonen dat zij geen economische eenheid vormen, welke elementen kunnen verschillen naargelang van het concrete geval, zodat daarvan geen uitputtende opsomming kan worden gegeven (arrest Akzo Nobel/Commissie, punt 37 hierboven, punten 72-74).
- Toepassing van dit vermoeden op twee moedermaatschappijen die hun dochteronderneming gezamenlijk voor 100 % in handen hebben
- 43 Verzoeksters zijn van mening dat, ongeacht de uitlegging van het vermoeden voortvloeiend uit het arrest Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie (punt 31 hierboven), de Commissie dit vermoeden niet kon toepassen op STT (voorheen STT plc), aangezien deze slechts 40 % in handen had van de inbreukplegende onderneming, en dat op indirecte wijze.



- 44 Om te beginnen moet worden benadrukt dat de enkele omstandigheid dat KNPM, die de overige 60 % van de aandelen van SPNV in handen had, in 2005 heeft opgehouden te bestaan, irrelevant is voor de vraag of het vermoeden in de zin van de rechtspraak Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie geldt, aangezien ondernemingen niet aan sancties kunnen ontsnappen door eenvoudigweg hun identiteit te veranderen door middel van herstructureringen, overdrachten of andere juridische of organisatorische wijzigingen, teneinde de doelstelling, met de mededingingsregels strijdige gedragingen te bestraffen en herhaling daarvan te voorkomen door middel van afschrikkende sancties, niet in gevaar te brengen (arrest Hof van 11 december 2007, ETI e.a., C-280/06, Jurispr. blz. I-10893, punt 41).
- 45 Overigens heeft de Unierechter reeds geoordeeld dat de Commissie het vermoeden dat een moedermaatschappij daadwerkelijk beslissende invloed uitoefent op haar dochteronderneming, kan toepassen wanneer twee ondernemingen in een situatie verkeren die vergelijkbaar is met die waarin één onderneming alle kapitaal van haar dochteronderneming in handen heeft (arrest Avebe/Commissie, punt 32 hierboven, punt 138).
- 46 Op dezelfde wijze moet in casu, gelet op de bijzondere structuur van de groep, worden bepaald of de twee moedermaatschappijen KNPM en STT plc (thans STT) in een situatie verkeerden die vergelijkbaar was met die waarin één onderneming het volledige kapitaal van haar dochteronderneming in handen heeft, en niet wat zou moeten worden beslist in het geval van een onderneming die de inbreuklegende onderneming slechts gedeeltelijk in handen heeft.
- 47 Om te beginnen moet worden benadrukt, zoals de Commissie in het verweerschrift heeft uiteengezet zonder dat verzoeksters dit hebben betwist, dat de omstandigheid dat de Shell-groep twee moedermaatschappijen heeft, haar verklaring vindt in historische redenen: de groep is in 1907 ontstaan uit een overeenkomst tussen de Nederlandse vennootschap KNPM en de Britse vennootschap STT plc, die in 2005 een fusie zijn aangegaan maar een dubbele structuur aan het hoofd van de groep hebben behouden, met een deelneming van respectievelijk 60 % en 40 %. Uit het dossier, met name uit de leidraad bij de organisatiestructuur van de groep, blijkt dat die twee ondernemingen, die dezelfde geconsolideerde omzet hebben aangegeven, de twee houdstermaatschappijen van de groep, SPNV en SPCo, samen in handen hadden. Zij wezen gezamenlijk de leden van de raad van bestuur van die maatschappijen aan overeenkomstig de contractuele bepalingen die hen bonden en zij vergaderden maandelijks met die maatschappijen, met name om op de hoogte te worden gebracht van de voornaamste ontwikkelingen binnen de groep.
- 48 Voorts hebben KNPM en STT plc (thans STT) twee toezichtcomités opgericht, het Group Audit Committee (auditcomité van de groep; hierna: „GAC”) en het Remuneration and succession review committee (comité belast met het onderzoek van de beloning en de benoemingen; hierna: „REMCO”), die paritair samengesteld waren uit drie leden van de raad van toezicht van KNPM en drie leden van de raad van bestuur van STT plc (thans STT). Het eerste comité onderzocht de voornaamste financiële evoluties, de procedures van intern toezicht en de externe audits van de groep, en het tweede formuleerde aanbevelingen ter zake van de beloning en de benoeming van de directeuren van de groep. Uit het dossier volgt ook dat de raden van bestuur van de houdstermaatschappijen van de groep gecoördineerd optraden en ook leden van de raden van bestuur van de twee moedermaatschappijen telden.
- 49 Bovendien speelde het CMD, een orgaan dat was samengesteld uit de leden van het voorzitterschap van de raad van bestuur van SPNV en uit de algemeen directeuren van SPCo, die ook zetelden in de raad van bestuur van een van de moedermaatschappijen, een beslissende rol binnen de groep. Uit het dossier blijkt immers dat het CMD, hoewel het geen eenheid met een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid was, belast was met de coördinatie van de operationele activiteit en het bestuur van alle ondernemingen van de groep.

- 50 Tot slot is de omstandigheid dat de twee moedermaatschappijen in 2005 hebben beslist een fusie aan te gaan, een extra aanwijzing dat er, ook al bestonden er twee rechtspersonen naast elkaar, een gemeenschappelijke moedermaatschappij bestond.
- 51 Rekening houdend met alle in de punten 47 tot en met 50 hierboven bedoelde feitelijke elementen, is het Gerecht van oordeel dat de Commissie in de punten 206 tot en met 218 van de bestreden beschikking op goede gronden kon oordelen dat het ging om een situatie die vergelijkbaar was met die waarin één moedermaatschappij haar dochteronderneming volledig controleert, zodat zij zich kon beroepen op het vermoeden dat die moedermaatschappijen daadwerkelijk beslissende invloed uitoefenden op het gedrag van hun gemeenschappelijke dochteronderneming.
- 52 Tot slot moet het argument van verzoeksters worden afgewezen dat de Commissie blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de rechtspraak uit het arrest Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie (punt 31 hierboven) toe te passen op STT (voorheen STT plc), op grond dat deze onderneming, samen met KNPM, het volledige kapitaal van SNV slechts in handen had via de houdstermaatschappij SPNV, die Shell Nederland, de moedermaatschappij van SNV, in handen had. De Unierechter is namelijk van oordeel dat de omstandigheid dat er tussenondernemingen tussen de dochteronderneming en haar moedermaatschappij bestaan, niet afdoet aan de mogelijkheid om toepassing te maken van het vermoeden dat de moedermaatschappij daadwerkelijk beslissende invloed uitoefent op haar 100 %-dochteronderneming (zie in die zin arresten Akzo Nobel/Commissie, punt 37 hierboven, punten 78 en 83, en General Química e.a./Commissie, punt 41 hierboven, punten 86 en 87; arrest Gerecht van 14 mei 1998, Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie, T-354/94, Jurispr. blz. II-2111, punten 80-85). Een moedermaatschappij kan bovendien aansprakelijk worden gesteld voor een door een dochteronderneming gepleegde inbreuk, zelfs wanneer een groep een groot aantal werkmaatschappijen heeft (arrest Gerecht van 20 april 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, „PVC II”, T-305/94-T-307/94, T-313/94-T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, Jurispr. blz. II-931, punt 989).
- Weerlegbaarheid van het vermoeden dat een moedermaatschappij daadwerkelijk beslissende invloed uitoefent op haar 100 %-dochteronderneming
- 53 Verzoeksters zijn van mening dat de uitlegging die de Commissie geeft aan het vermoeden dat een moedermaatschappij daadwerkelijk beslissende invloed uitoefent op haar 100 %-dochteronderneming, het onmogelijk maakt dit vermoeden te weerleggen.
- 54 Uit de in punt 42 hierboven in herinnering gebrachte rechtspraak van het Hof volgt echter dat het, ter weerlegging van het vermoeden dat een moedermaatschappij die 100 % van het maatschappelijke kapitaal van haar dochter in handen heeft, daadwerkelijk beslissende invloed op deze dochteronderneming uitoefent, zoals dit door de Commissie wordt uitgelegd, aan die moedermaatschappij staat om alle elementen betreffende de organisatorische, economische en juridische banden tussen haar dochteronderneming en zichzelf waaruit blijkt dat zij niet één economische eenheid vormen, bij de Commissie en in voorkomend geval bij de Unierechter aan te dragen (arresten Akzo Nobel e.a./Commissie, punt 37 hierboven, punt 65, en General Química e.a./Commissie, punt 41 hierboven, punten 51 en 52). Anders dan verzoeksters betogen, gaat het dus om een weerlegbaar vermoeden dat door hen moest worden weerlegd. Overigens volgt uit de rechtspraak dat een vermoeden, zelfs wanneer het moeilijk te weerleggen is, binnen de grenzen van het aanvaardbare blijft indien het evenredig is aan het nagestreefde legitieme doel, indien tegenbewijs kan worden geleverd en indien de rechten van de verdediging veilig zijn gesteld (arrest Hof van 29 september 2011, Elf Aquitaine/Commissie, C-521/09 P, Jurispr. blz. I-8947, punt 62 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 55 Gelet op al het voorgaande heeft de Commissie geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door STT (voorheen STT plc) en SPNV aansprakelijk te stellen voor de door hun dochteronderneming SNV gepleegde inbreuk.

*Elementen ter weerlegging van het vermoeden dat een moedermaatschappij daadwerkelijk beslissende invloed uitoefent op haar dochteronderneming*

#### Argumenten van partijen

- 56 Verzoeksters zijn van mening dat zij hebben aangetoond dat STT plc (thans STT) en SPNV niet op de hoogte waren van de inbreuk en nooit – rechtstreeks of indirect – hebben deelgenomen aan die inbreuk. Volgens de beschikkingspraktijk van de Commissie en de rechtspraak moet de moedermaatschappij nochtans aan de inbreuk hebben deelgenomen om aansprakelijk te kunnen worden gesteld voor de activiteiten van een van haar dochterondernemingen. De Commissie heeft in casu overigens erkend dat de inbreuk alleen het gedrag van de directeur bitumenverkoop van SNV betrof. Evenzo blijkt uit de organisatie van de rapportage binnen de Shell-groep dat SNV geen instructies ontving van STT plc (thans STT) en SPNV. STT plc (thans STT) had immers slechts 40 % in handen van SPNV, die zelf aandelen had in meer dan 500 ondernemingen, waaronder Shell Nederland, die zelf meer dan 30 dochterondernemingen had, waaronder SNV. Een van de gedelegeerd bestuurders van SNV bracht de raad van bestuur en de raad van toezicht van Shell Nederland tijdens de driemaandelijke vergaderingen slechts zeer beknopt op de hoogte van de voornaamste kwesties omtrent de bezigheid van de onderneming, zoals het sluiten van een fabriek of ontgoochelende financiële resultaten.
- 57 De Commissie betoogt dat verzoeksters er niet in geslaagd zijn het vermoeden te weerleggen dat STT plc (thans STT) en SPNV daadwerkelijk beslissende invloed uitoefenden op hun gemeenschappelijke dochteronderneming.

#### Beoordeling door het Gerecht

- 58 Blijkens de punten 206 tot en met 218 van de bestreden beschikking heeft de Commissie in wezen uiteengezet dat zij het vermoeden dat STT plc (thans STT) en SPNV daadwerkelijk beslissende invloed uitoefenden op SNV tijdens de periode van 1 april 1994 tot 15 april 2002 kon toepassen wegens de bestaande eigendomsstructuur tussen die ondernemingen [100 %-eigendom voor SPNV, gezamenlijke 100 %-eigendom met KNPM voor STT plc (thans STT)]. Zij was vervolgens ten overvloede van mening dat diverse elementen betreffende de hiërarchische structuur van de groep dit vermoeden versterkten, zoals de rol van het CMD, SPNV's functies van toezicht op haar dochterondernemingen en de wijze waarop de directeuren van de werkmaatschappijen werden benoemd.
- 59 Onderzocht moet worden of verzoeksters elementen hebben aangedragen op basis waarvan het vermoeden dat STT plc (thans STT) en SPNV één economische eenheid vormden met SNV, kan worden weerlegd.
- 60 Om te beginnen moet namelijk eraan worden herinnerd dat de partijen bij de Commissie en in voorkomend geval bij het Gerecht alle elementen betreffende de organisatorische, economische en juridische banden tussen ondernemingen moeten aandragen waaruit huns inziens blijkt dat deze ondernemingen al dan niet één economische eenheid vormden (zie punt 42 hierboven).
- 61 Wat in de eerste plaats de argumenten betreft dat STT plc (thans STT) en SPNV niet rechtstreeks of indirect hebben deelgenomen aan de inbreuk, volstaat het vast te stellen dat deze in rechte en in feite ongegrond zijn. De controle die de moedermaatschappij op haar dochteronderneming uitoefent, hoeft

namelijk niet noodzakelijkerwijs verband te houden met het inbreukmakende gedrag (arresten Akzo Nobel e.a./Commissie, punt 37 hierboven, punt 59, en General Química, punt 41 hierboven, punten 38, 102 en 103). Bijgevolg hoeft het Gerecht niet te onderzoeken of STT plc (thans STT) en SPNV daadwerkelijk rechtstreekse of indirecte invloed hebben uitgeoefend op het inbreukmakende gedrag van SNV of daarvan op de hoogte waren.

- 62 Anders dan verzoeksters betogen, wijzen bepaalde elementen uit het dossier er hoe dan ook op dat leden van de Shell-groep die niet in handen waren van SNV, tijdens de inbreukperiode op de hoogte waren van de mededingingsversturende praktijken van deze laatste onderneming. Een tijdens de verificaties bij SNV door de Commissie in beslag genomen interne nota van 14 juli 2000 waarin de situatie van de Nederlandse bitumenmarkt werd geanalyseerd uit het oogpunt van het mededingingsrecht, is namelijk buiten die onderneming verspreid. Die nota, die de vermelding „zeer vertrouwelijk” draagt, is door een werknemer van SNV en een raadgever van de juridische dienst van de groep die werkte voor Shell Nederland gezamenlijk opgesteld na een workshop over het conformeren aan de mededingingsregels waarin de voor bitumen verantwoordelijke verkoopdirecteur de aandacht had gevestigd op de Nederlandse markt voor bitumen en wegenbouw. Die nota is met name gestuurd naar de directeur van de juridische dienst van de groep (een werknemer van Shell International), naar de commerciële vicevoorzitter verkoop van de groep voor Europa en naar de uitvoerend vicevoorzitter producten van de groep voor Europa. In dit verband moet eraan worden herinnerd dat Shell International rechtstreekse contacten had met het CMD, het voornaamste beslissingsorgaan van de groep, bestaande uit leden van het voorzitterschap van de raad van bestuur van SPNV en de algemeen directeuren van SPCo, die ook zetelden in de raad van bestuur van een van de twee moedermaatschappijen.
- 63 Volgens die nota was de Nederlandse bitumenmarkt het voorwerp van een intern onderzoek in 1992/1993 en in februari 1995, onderhandelden alle bitumenleveranciers in Nederland (hierna: „leveranciers”) collectief over een standaardprijs met de W5, had een werknemer van SNV daarom het advies gegeven om zich uit die markt terug te trekken, maar was de markt geherstructureerd en was SNV daar nog steeds aanwezig. De nota preciseert ook dat de andere soorten bitumen niet het voorwerp leken te zijn van mededingingsversturend gedrag van Shell, wat a contrario laat doorschemeren dat de groep wist dat het gedrag van SNV op de markt voor wegenbouwbitumen de mededinging verstoerde. Die nota zet overigens in detail uiteen hoe de bitumenprijs werd vastgesteld, en benadrukt daarbij dat SNV, wanneer zij haar prijzen wenste te verhogen, contact opnam met KWS, de voornaamste bouwer, alvorens deze verhoging toe te passen. KWS raadpleegde dan alle andere leveranciers afzonderlijk over de hoogte van de prijs en praatte vervolgens met de andere grote bouwers over die prijsverhoging, alvorens deze ter kennis te brengen van het Centrum voor regelgeving en onderzoek in de grond-, water- en wegenbouw en de Verkeerstechniek (CROW), een non-profitorganisatie die met name belast is met de maandelijkse publicatie van de prijzen voor wegenbouwbitumen, vanaf welke de bouwers, indien de schommeling een bepaalde drempel te boven ging, schadeloos werden gesteld door hun medecontractanten. De nota preciseert bovendien dat SNV, zoals de andere leveranciers, de W5 kortingen toekende op de aldus vastgestelde prijs. Tot slot concludeerden de auteurs van die nota dat een einde moest worden gemaakt aan de bilaterale besprekingen met KWS, de woordvoerder van de W5, over de prijsverhogingen en dat deze moesten worden vervangen door bilaterale besprekingen met elke bouwer.
- 64 Wat in de tweede plaats de vermeende autonomie van de bestuurders van SNV betreft omdat de rapportagelijnen tussen STT plc (thans STT), SPNV en SNV niet voldoende sterk zouden zijn geweest, moet worden opgemerkt dat de in dit verband door verzoeksters aangevoerde elementen niet volstaan om aan te tonen dat SNV haar marktgedrag zelfstandig bepaalde en dus geen economische eenheid vormde met STT plc (thans STT) en SPNV in de zin van artikel 81 EG.

- 65 Om te beginnen moet namelijk worden gepreciseerd dat de stellingen van verzoeksters inzake het grote aantal dochterondernemingen van SPNV en van Shell Nederland niet kunnen volstaan om aan te tonen dat STT plc (thans STT) en SPNV SNV genoeg autonomie hebben gelaten om haar marktgedrag te bepalen.
- 66 Voorts verwijst de Commissie terecht naar verscheidene elementen die zij had vermeld in de bestreden beschikking (punten 207-214) en in de mededeling van punten van bezwaar, die betrekking hadden op de organisatorische, economische en juridische banden tussen SNV, STT plc (thans STT) en SPNV, om de argumenten van verzoeksters ter weerlegging van voormeld vermoeden van de hand te wijzen.
- 67 Zo heeft de groep met name in een bij de Securities and Exchange Commission (Amerikaanse beurscommissie) ingediend rapport van 13 maart 2006 verklaard dat „[a]lle operationele activiteiten hebben plaatsgevonden via de dochtermaatschappijen van Royal Dutch en Shell Transport die als één economische entiteit zijn opgetreden”. Overigens duiden de klanten en de concurrenten de gehele onderneming en elk van de rechtspersonen ervan gewoonlijk aan met „Shell”, wat erop wijst dat SNV door derden en op de betrokken markt werd geacht deel uit te maken van de Shell-groep.
- 68 Ook moet rekening worden gehouden met de in de punten 47 tot en met 50 hierboven vermelde elementen, betreffende de structuur van de groep en de aandeelhouders ervan, met name de hiërarchische organisatie en de binnen de groep bestaande rapportagelijnen.
- 69 In de mededeling van punten van bezwaar heeft de Commissie bovendien de volgende elementen aangedragen: er bestond een aanzienlijke overlapping tussen de functies die in verschillende landen door verschillende eenheden werden verricht, aangezien de bitumenverantwoordelijke in Nederland lange tijd verantwoordelijk was voor de Belgische markt; verscheidende interne analyses van de Nederlandse markt voor wegebouwbitumen uit het oogpunt van de mededingingsregels zijn verstrekt aan verschillende eenheden van de groep, waaronder de juridische dienst van Shell International, die rechtstreekse contacten had met het CMD; Shell International is opgetreden als voornaamste correspondent van de Commissie tijdens de hele administratieve procedure; de directeur-generaal van KNPM was ook hoofddirecteur van SPNV en lid van de raad van toezicht van Shell Nederland BV, de rechtstreekse moedermaatschappij van SNV; de moedermaatschappijen kunnen de algemeen directeurs van de werkmaatschappijen benoemen en ontslaan; zij oefenen toezicht uit op het bestuur van de werkmaatschappijen, aangezien de algemeen directeurs van deze maatschappijen iedere aandeelhouder op verzoek informatie moeten verstrekken over de bezigheden van de maatschappij en toegang moeten geven tot de boeken en documenten die hij wenst te consulteren.
- 70 Zoals in punt 49 hierboven in herinnering is gebracht, speelde het CMD bovendien een beslissende rol binnen de onderneming. Zo was de hiërarchie tot in 1998 geografisch georganiseerd: de „Bitumen”-directeur van SNV was ondergeschikt aan de algemeen directeur „Commerciële verkoop”, die zelf ondergeschikt was aan de algemeen directeur „Landen”, die zelf was geplaatst onder de autoriteit van de regionale coördinator „Europa” van Shell International Petroleum Maatschappij NV, die voor 100 % in handen was van SPNV, die rechtstreeks afhing van leden van het CMD. Van 1998 tot aan het eind van de inbreukperiode viel SNV onder de divisie „Bouw” van het departement olieproducten van de groep in Europa, SEOP, die werd bestuurd door de uitvoerend vicevoorzitter voor Europa, die ondergeschikt was aan de algemeen voorzitter-directeur olieproducten, die lid was van het CMD. Daarenboven bestonden er rapportagelijnen tussen de moedermaatschappijen en hun dochterondernemingen, via de twee toezichtcomités GAC en REMCO.
- 71 Vervolgens hebben verzoeksters toegegeven dat een gedelegeerd bestuurder van SNV de raad van bestuur en de raad van toezicht van Shell Nederland tijdens de driemaandelijke vergaderingen tussen deze twee instanties op de hoogte bracht van de voornaamste kwesties omtrent de bezigheid van SNV. Hoewel verzoeksters betogen dat deze informatie enkel bepaalde belangrijke beslissingen betrof, wordt deze stelling door geen bewijsmiddelen gestaafd.

- 72 Tot slot moet rekening worden gehouden met het feit dat bepaalde ondernemingen van de groep belast waren met het verlenen van ondersteuning aan alle dochterondernemingen. Zo verleende Shell International juridische ondersteuning aan alle dochterondernemingen van de groep. Uit de analyse van de nota van 14 juni 2000 blijkt overigens dat werknemers van SNV behoorden tot de auteurs en adressaten ervan en dat SNV nauw toezicht uitoefende op de activiteiten van de dochterondernemingen, met name op de situatie van de bitumenmarkt in Nederland.
- 73 Gelet op al het voorgaande moet worden vastgesteld dat, rekening houdend met de door verzoeksters aangevoerde elementen betreffende het feit dat STT plc (thans STT) en SPNV niet op de hoogte waren van de betrokken inbreuk, niet hadden deelgenomen aan die inbreuk en hun dochteronderneming niet hadden aangezet om die te plegen, en betreffende de rapportagelijnen van SNV naar STT plc (thans STT) en SPNV, naast de overige relevante elementen uit het dossier die in de punten 47 tot en met 50 en 62 tot en met 72 hierboven zijn uiteengezet, de Commissie geen beoordelingsfout heeft gemaakt door te oordelen dat de door verzoeksters aangevoerde elementen niet aantoonde dat SNV haar marktgedrag zelfstandig bepaalde en dus het vermoeden niet konden weerleggen dat STT plc (thans STT) en SPNV daadwerkelijk een beslissende invloed uitoefenden op het gedrag van SNV.
- 74 Bijgevolg is het eerste middel in zijn geheel ongegrond.

*2. Tweede middel: schending van wezenlijke vormvoorschriften en van de rechten van de verdediging*

*Argumenten van partijen*

- 75 Verzoeksters zijn van mening dat de Commissie, door hun niet alle antwoorden op de mededeling van punten van bezwaar mee te delen en door van het antwoord van KWS slechts bepaalde passages over te leggen, artikel 27, lid 2, van verordening nr. 1/2003 en hun rechten van verdediging heeft geschonden. Indien zij kennis hadden gehad van die documenten, hadden zij de uitkomst van de administratieve procedure kunnen beïnvloeden en de inhoud van de bestreden beschikking kunnen wijzigen, met name met betrekking tot hun rol van aanstichter en leider.
- 76 In de eerste plaats menen verzoeksters dat de Commissie het verzoek had moeten toewijzen waarmee zij vroegen om toegang tot alle antwoorden van de andere ondernemingen op de mededeling van punten van bezwaar, die ontlastende gegevens over hun rol van aanstichter en leider hadden kunnen bevatten, met name omdat het om een horizontaal en verticaal kartel ging. De Commissie heeft overigens reeds alle antwoorden op de mededeling van punten van bezwaar overgelegd in vroegere procedures [zaken nrs. COMP/37.512 (PB L 6, blz. 147) en COMP/36.490 (PB L 100, blz. 1)]. Hoe dan ook kan de Commissie niet zelf bepalen welke documenten voor het verweer van de betrokken ondernemingen van nut zijn (arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, punt 36 hierboven, punt 126) en de mededeling dossiertoeegang is dus onwettig voor zover daarin is bepaald dat geen volledige toegang kan worden gegeven tot de antwoorden op de mededeling van punten van bezwaar.
- 77 Verzoeksters betogen in de tweede plaats dat de Commissie hun volledige toegang tot het antwoord van KWS op de mededeling van punten van bezwaar had moeten verlenen, met name tot de verklaring van de getuige waarop de Commissie zich uitsluitend heeft gebaseerd om hen als aanstichter en leider van het kartel aan te merken. De Unierechter verleent hun recht op toegang tot alle bewijs dat de Commissie tegen hen heeft gebruikt (arrest Gerecht van 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie, „Cement”, T-25/95, T-26/95, T-30/95- T-32/95, T-34/95-T-39/95, T-42/95-T-46/95, T-48/95, T-50/95-T-65/95, T-68/95-T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95, Jurispr. blz. II-491, punt 386).
- 78 De Commissie meent dat zij de antwoorden op de mededeling van punten van bezwaar niet hoefde mee te delen en wijst alle argumenten van verzoeksters van de hand.

*Beoordeling door het Gerecht*

- 79 Blijkens het dossier heeft de Commissie tijdens de administratieve procedure het verzoek van verzoeksters afgewezen waarmee zij vroegen om volledige toegang tot alle documenten die bij het dossier waren gevoegd na de verzending van de mededeling van punten van bezwaar, met name alle antwoorden van de andere ondernemingen op die mededeling. Zij heeft hun echter toegang verleend tot de passages uit het antwoord van KWS op de mededeling van punten van bezwaar waarop zij zich in de eindbeschikking wenste te baseren, die betrekking hadden op de contacten die tussen SNV en KWS hadden plaatsgevonden vóór 1 april 1994.

Algemene beginselen inzake de toegang tot documenten van na de mededeling van punten van bezwaar

- 80 Artikel 27, lid 2, van verordening nr. 1/2003 luidt:

„Het recht van verdediging van de partijen wordt in de loop van de procedure ten volle geëerbiedigd. De partijen hebben het recht tot inzage van het dossier van de Commissie, onder voorbehoud van het rechtmatige belang van de ondernemingen dat hun zakengeheimen niet aan de openbaarheid prijs worden gegeven. Het recht tot inzage van het dossier geldt niet voor vertrouwelijke inlichtingen en interne documenten van de Commissie of de mededingingsautoriteiten van de lidstaten.”

- 81 In de mededeling dossiertoeegang definieert de Commissie het dossier van de Commissie in punt 8 als „alle documenten die door het directoraat-generaal Concurrentie van de Commissie tijdens het onderzoek zijn verkregen, overgelegd en/of verzameld”. In punt 27 van die mededeling preciseert de Commissie:

„Toegang tot het dossier wordt op verzoek en normaal gesproken bij één enkele gelegenheid geboden – nadat de Commissie de partijen haar punten van bezwaar heeft meegedeeld – om het beginsel van de processuele gelijkheid te garanderen en om de rechten van de verdediging te beschermen. Als algemene regel geldt daarom dat geen toegang wordt verleend tot de antwoorden van andere partijen op de punten van bezwaar van de Commissie.

Een partij krijgt evenwel toegang tot documenten die na de mededeling van punten van bezwaar in latere fases van de administratieve procedure zijn ontvangen, wanneer dergelijke documenten nieuw bewijsmateriaal – ongeacht of het om bewijsmateriaal à charge of à décharge gaat – kunnen vormen betreffende de verklaringen in verband met die partij in de mededeling van punten van bezwaar van de Commissie. Dit is in het bijzonder het geval wanneer de Commissie voornemens is nieuw bewijsmateriaal te gebruiken.”

- 82 Volgens vaste rechtspraak is de eerbiediging van de rechten van de verdediging in elke procedure die tot sancties, met name geldboeten of dwangsommen, kan leiden, een grondbeginsel van het Unierecht, dat zelfs in een administratieve procedure in acht moet worden genomen (arresten Hof van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie, 85/76, Jurispr. blz. 461, punt 9, en 2 oktober 2003, ARBED/Commissie, C-176/99 P, Jurispr. blz. I-10687, punt 19). Overigens is het bij artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, afgekondigd te Nice op 7 december 2000 (PB C 364, blz. 1; hierna: „Handvest van de grondrechten”) tot grondrecht verheven doordat het als een consubstantieel element van het recht op behoorlijk bestuur is vermeld. In dit verband bepaalt verordening nr. 1/2003 dat aan partijen een mededeling van punten van bezwaar wordt toegezonden waarin op duidelijke wijze alle wezenlijke elementen worden aangegeven waarop de Commissie zich in deze fase van de procedure baseert. Een dergelijke mededeling vormt de procedurele waarborg voor de toepassing van het grondbeginsel van Unierecht dat de rechten van de verdediging in elke procedure moeten worden geëerbiedigd (zie in die zin arrest Hof van 3 september 2009, Papierfabrik August Koehler/Commissie, C-322/07 P, C-327/07 P en C-338/07 P, Jurispr. blz. I-7191, punten 34 en 35).

- 83 Er zij aan herinnerd dat de toegang tot het dossier in mededingingszaken met name tot doel heeft, de adressaten van een mededeling van punten van bezwaar in staat te stellen kennis te nemen van het bewijsmateriaal in het dossier van de Commissie, zodat zij nuttig kunnen reageren op de conclusies waartoe de Commissie op basis van dit materiaal in die mededeling is gekomen. Toegang tot het dossier is dus een van de procedurele waarborgen die de rechten van de verdediging beogen te beschermen en in het bijzonder de daadwerkelijke uitoefening beogen te waarborgen van het recht om te worden gehoord (zie arrest Gerecht van 30 september 2003, *Atlantic Container Line e.a./Commissie*, T-191/98, T-212/98-T-214/98, Jurispr. blz. II-3275, punt 334 en aldaar aangehaalde rechtspraak). In het kader van het recht op toegang tot het dossier moet de Commissie de betrokken onderneming de mogelijkheid geven alle documenten in het dossier te onderzoeken die relevant kunnen zijn voor haar verdediging (zie in die zin arrest Hof van 2 oktober 2003, *Corus UK/Commissie*, C-199/99 P, Jurispr. blz. I-11177, punt 125, en arrest Gerecht van 29 juni 1995, *Solvay/Commissie*, T-30/91, Jurispr. blz. II-1775, punt 81). Daartoe behoren zowel de belastende als de ontlastende stukken, met uitzondering van de documenten die zakengeheimen van andere ondernemingen bevatten, interne documenten van de Commissie en andere vertrouwelijke informatie (arresten *Hoffmann-La Roche/Commissie*, punt 82 hierboven, punten 9 en 11, en *Aalborg Portland e.a./Commissie*, punt 36 hierboven, punt 68).
- 84 Volgens de rechtspraak wordt de betrokken onderneming pas aan het begin van de administratieve fase op tegenspraak door middel van de mededeling van punten van bezwaar ingelicht over alle wezenlijke elementen waarop de Commissie zich in dit stadium van de procedure baseert. Bijgevolg behoort het antwoord van de andere partijen op de mededeling van punten van bezwaar in beginsel niet tot de stukken van het onderzoeksdossier die partijen kunnen inzien (arrest Gerecht van 30 september 2009, *Hoechst/Commissie*, T-161/05, Jurispr. blz. II-3555, punt 163). Indien de Commissie een passage uit een antwoord op een mededeling van punten van bezwaar of een bij een dergelijk antwoord gevoegd document als basis wil gebruiken om in een procedure op grond van artikel 81, lid 1, EG het bestaan van een inbreuk vast te stellen, moeten de andere partijen in die procedure in staat worden gesteld zich over dat bewijsstuk uit te spreken (zie arresten *Cement*, punt 77 hierboven, punt 386, en *Avebe/Commissie*, punt 32 hierboven, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Hetzelfde geldt wanneer de Commissie een dergelijk document als basis gebruikt om vast te stellen dat een van de betrokken ondernemingen de aanstichter of leider was.
- 85 Uit het voorgaande volgt dat de bepalingen van punt 27 van de mededeling dossiertoegang in overeenstemming zijn met de rechtspraak dat de partijen weliswaar in beginsel geen toegang hebben tot de antwoorden van de andere partijen op de mededeling van punten van bezwaar, maar een partij deze toch kan inzien wanneer deze documenten nieuw – belastend of ontlastend – bewijs kunnen vormen van de verklaringen die ten aanzien van deze partij zijn geformuleerd in de mededeling van punten van bezwaar.
- 86 Bovendien levert het feit dat een document niet is meegedeeld volgens de rechtspraak over de toegang tot het aan de mededeling van punten van bezwaar voorafgaande dossier slechts een schending van de rechten van de verdediging op wanneer de betrokken onderneming aantoont dat de Commissie dat document heeft gebruikt om haar punt van bezwaar betreffende het bestaan van een inbreuk te staven (arrest Hof van 9 november 1983, *Michelin/Commissie*, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punten 7 en 9, en arrest *Aalborg Portland e.a./Commissie*, punt 36 hierboven, punt 71), en dit punt van bezwaar alleen met dat document kan worden bewezen (arrest Hof van 25 oktober 1983, *AEF-Telefunken/Commissie*, 107/82, Jurispr. blz. 3151, punten 24-30, en arresten *Aalborg Portland e.a./Commissie*, punt 36 hierboven, punt 71, en *Solvay/Commissie*, punt 83 hierboven, punt 58). Het Hof maakt in dit verband onderscheid tussen belastende en ontlastende stukken. Gaat het om een belastend stuk, dan moet de betrokken onderneming aantonen dat de Commissie tot een ander resultaat zou zijn gekomen indien dat document buiten beschouwing was gelaten. Wat de niet-mededeling van een ontlastend stuk betreft, behoeft de betrokken onderneming daarentegen enkel aan te tonen dat de niet-overlegging daarvan het verloop van de procedure en de inhoud van de beschikking van de Commissie ten nadele van deze onderneming heeft kunnen beïnvloeden (zie in die



zin arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, punt 36 hierboven, punten 73 en 74). Dat onderscheid geldt ook voor de documenten van na de mededeling van punten van bezwaar (arrest Gerecht van 27 september 2006, Jungbunzlauer/Commissie, T-43/02, Jurispr. blz. II-3435, punten 351-359). Verzoeksters leggen punt 383 van het Cement-arrest (punt 77 hierboven) dus onjuist uit wanneer zij stellen dat de Commissie automatisch de rechten van de verdediging schendt door documenten van na de mededeling van punten van bezwaar niet te verstrekken wanneer een onderneming haar daarom verzoekt. Volgens die rechtspraak is deze weigering bij ontlastende documenten namelijk slechts onwettig indien die onderneming heeft aangetoond dat de niet-overlegging van dit document het verloop van de procedure en de inhoud van de beschikking ten nadele van haar heeft kunnen beïnvloeden.

- 87 Evenzo moet, wat de vraag betreft of een document van na de mededeling van punten van bezwaar al dan niet volledig moet worden overgelegd wanneer de Commissie het als bewijs gebruikt in haar beschikking, eraan worden herinnerd dat uit de rechtspraak, met name punt 386 van het Cement-arrest (punt 77 hierboven), blijkt dat de Commissie, om de betrokken onderneming in staat te stellen zich nuttig over dat bewijs uit te spreken, gehouden is om haar slechts de relevante passage uit het betrokken document over te leggen, samen met de context ervan indien dit noodzakelijk is om de passage te begrijpen.
- 88 Bovendien moet worden gepreciseerd dat de stelselmatige niet-mededeling van de antwoorden van de andere ondernemingen op de mededeling van punten van bezwaar niet in strijd is met het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging. Zoals hierboven in herinnering is gebracht, dient de Commissie volgens dit beginsel de betrokken ondernemingen tijdens de administratieve procedure in kennis te stellen van alle feiten, omstandigheden of documenten waarop zij zich baseert, zodat zij hun standpunt over de juistheid en de relevantie van de aangevoerde feiten en omstandigheden en over de documenten waarop zij haar stellingen baseert, nuttig kenbaar kunnen maken. Zo kan de Commissie haar beschikking slechts baseren op feiten waarover de betrokken ondernemingen zich hebben kunnen uitspreken.
- 89 Voorts kunnen verzoeksters zich niet beroepen op de rechtspraak dat de Commissie, die de punten van bezwaar meedeelt en de sanctiebeschikking vaststelt, niet alleen kan bepalen welke documenten voor het verweer van de betrokken onderneming van nut zijn (arresten Aalborg Portland e.a./Commissie, punt 36 hierboven, punt 126; Solvay/Commissie, punt 83 hierboven, punten 81 en 83, en Atlantic Container Line e.a./Commissie, punt 83 hierboven, punt 339). Die overweging, die betrekking heeft op stukken die zich in het dossier van de Commissie bevinden, geldt namelijk niet voor de antwoorden van de andere betrokken partijen op de door de Commissie meegedeelde punten van bezwaar.
- 90 Tot slot moet worden gepreciseerd dat de Commissie, anders dan verzoeksters betogen, hoe dan ook niet gebonden is door haar vroegere beschikkingspraktijk waarbij zij de antwoorden op de mededeling van punten van bezwaar volledig heeft meegedeeld, aangezien de wettigheid van haar beschikkingen uitsluitend wordt beoordeeld op basis van de normen die zij moet naleven, waaronder met name verordening nr. 1/2003, verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] (PB L 123, blz. 18), en de mededeling dossiertoeegang, zoals deze door de Unierechter worden uitgelegd.

#### Toepassing in de onderhavige zaak

- 91 In casu moet in herinnering worden gebracht dat de Commissie verzoeksters op 24 mei 2006 toestemming heeft gegeven om kennis te nemen van de passages uit het antwoord van KWS waarop zij zich in de eindbeschikking wenste te baseren, die betrekking hadden op de contacten die tussen SNV en KWS hadden plaatsgevonden vóór 1 april 1994 en op een naar KWS gestuurd voorstel om de W5 een voorkeurskorting te verlenen.

- 92 Wat in de eerste plaats het argument betreft waarmee wordt beoogd de erkenning te verkrijgen dat volledige toegang had moeten worden verleend tot het antwoord van KWS op de mededeling van punten van bezwaar, moet vooraf worden gepreciseerd dat, anders dan verzoeksters betogen, uit de punten 343 tot en met 348 van de bestreden beschikking blijkt dat de Commissie niet alleen de betrokken passages uit het antwoord van KWS op de mededeling van punten van bezwaar als basis heeft gebruikt om hen als aanstichter en leider van het kartel aan te merken. Hoe dan ook kan op basis van het onderzoek van de uittreksels uit dat document die de Commissie aan verzoeksters heeft overgelegd, worden vastgesteld dat deze volkomen begrijpbaar en expliciet zijn en niet in een ruimere context hoeven te worden geplaatst. Er moet namelijk worden benadrukt dat de Commissie in de bestreden beschikking slechts twee van de zeven punten van dat document heeft gebruikt, die aan verzoeksters zijn meegedeeld. Het is voorts ondenkbaar dat een document van KWS dat op de verklaring berustte van een getuige, een van de vroegere werknemers van KWS, en vrijwillig door KWS aan de Commissie was verstrekt om verweer te voeren, waarmee KWS de rol van SNV als aanstichter en leider van het kartel benadrukte en haar eigen rol minimaliseerde, voor SNV ontlastend bewijs kon bevatten.
- 93 Wat in de tweede plaats het argument betreft dat de antwoorden van de andere ondernemingen op de mededeling van punten van bezwaar, die ontlastend bewijs hadden kunnen bevatten, niet zijn meegedeeld, moet eraan worden herinnerd dat het overeenkomstig de in punt 86 hierboven aangehaalde rechtspraak aan verzoeksters stond een begin van bewijs te leveren waaruit kon worden opgemaakt dat de niet-mededeling van die antwoorden het verloop van de procedure en de inhoud van de beschikking van de Commissie in hun nadeel had kunnen beïnvloeden. Verzoeksters hebben zich er echter toe beperkt algemeen en louter speculatief te betogen dat de antwoorden van de andere ondernemingen op de mededeling van punten van bezwaar voor hen ontlastend bewijs hadden kunnen bevatten ter zake van hun rol van aanstichter en leider van het kartel. Afgezien van het betoog dat het om een horizontaal en verticaal kartel ging, hebben zij geen specifieke aanwijzingen verstrekt die een begin van bewijs in die zin kunnen vormen. Bovendien is het, zoals de Commissie benadrukt, in een kartel weinig waarschijnlijk dat een onderneming elementen aandraagt die de rol van een andere onderneming in het kartel kunnen minimaliseren, ook al verklaart in casu het feit dat het kartel was georganiseerd tussen twee groepen met belangen die potentieel en gedeeltelijk uiteen konden lopen, te weten de grote bouwers en de leveranciers, dat iedere partij geneigd was haar rol in het kartel te minimaliseren ten nadele van de andere partij. Hoe dan ook kan volgens de rechtspraak het enkele feit dat andere ondernemingen in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar de rol van de leveranciers hebben kunnen minimaliseren ten nadele van de grote bouwers, geen ontlastend bewijs opleveren (arrest Jungbunzlauer/Commissie, punt 86 hierboven, punten 353-356). Verzoeksters hebben dus geen begin van bewijs geleverd van het nut dat een eventuele mededeling van de antwoorden van de andere ondernemingen op de mededeling van punten van bezwaar zou hebben gehad.
- 94 Gelet op al het voorgaande heeft de Commissie op goede gronden geweigerd verzoeksters alle antwoorden op de mededeling van punten van bezwaar mee te delen en slechts bepaalde passages uit het antwoord van KWS overgelegd. Het tweede middel moet dan ook worden afgewezen.

*3. Derde middel: onjuiste opvattingen van de feiten en het recht bij de berekening van het basisbedrag van de geldboete en de bepaling van de duur van de inbreuk*

*Zwaarte van de inbreuk*

Argumenten van partijen

- 95 Verzoeksters zijn van mening dat de Commissie, toen zij de ondernemingen in categorieën indeelde om rekening te houden met hun economische vermogen om de mededinging aanzienlijke schade te berokkenen, zich feitelijk en juridisch heeft vergist bij de bepaling van Shells omzet uit wegebouwbitumen in Nederland, doordat zij daarin ten onrechte de omzet uit Mexphalte C heeft opgenomen, en de bestreden beschikking hoe dan ook ontoereikend heeft gemotiveerd op dit punt. Zij verzoeken het Gerecht dus om hun geldboete te verlagen door de waarde van de verkopen van Mexphalte C niet langer mee te wegen bij de berekening ervan, en menen dat het in strijd is met het gelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel dat het basisbedrag van hun geldboete hoger is dan dat van Kuwait Petroleum, terwijl hun marktaandeel kleiner was dan dat van deze onderneming.
- 96 Verzoeksters herinneren er dus aan dat de enige reden waarom de Commissie rekening mocht houden met de omzet uit de speciale in de wegebouw gebruikte bitumenproducten is dat de prijs ervan rechtstreeks verband houdt met de algemene marktprijs voor de klassen standaardwegebouwbitumen, verhoogd met een toeslag. Zij zijn echter van mening dat de Commissie de omzet uit Mexphalte C niet had mogen meewegen, aangezien dit product niet bestaat uit bitumen, de prijs ervan geenszins in correlatie staat tot die van standaardwegebouwbitumen en het product wordt verkocht op een andere markt dan die voor standaardwegebouwbitumen omdat de twee producten geen substitutiegoederen zijn. Die beweringen berusten met name op een verklaring van de directeur van SNV van 30 november 2006 en op een tabel waarin de prijswijzigingen voor standaardwegebouwbitumen en die voor Mexphalte C van 1995 tot 2002 worden vergeleken.
- 97 Verzoeksters verwijten de Commissie bovendien dat zij in de bestreden beschikking niet heeft uiteengezet waarom de verkopen van Mexphalte C in aanmerking waren genomen, terwijl zij op 23 mei 2006 in hun antwoord op het verzoek om inlichtingen van de Commissie van 8 mei 2006 erop hadden gewezen dat Mexphalte C niets te maken had met de inbreuk. Evenzo heeft de Commissie tijdens de inbreukprocedure nooit haar bedoeling kenbaar gemaakt om het bedrag van de verkopen van Mexphalte C mee te wegen bij de berekening van de geldboete en heeft zij dit product nooit vermeld in de mededeling van punten van bezwaar. Een document uit het administratief dossier preciseert nochtans dat Mexphalte C geen synthetisch bitumen is, maar een synthetisch bindmiddel dat kan worden gebruikt voor de productie van gekleurd asfalt.
- 98 De Commissie wijst alle argumenten van verzoeksters van de hand.

Beoordeling door het Gerecht

- 99 De Commissie heeft in de mededeling van punten van bezwaar van 18 oktober 2004 (punten 1-6 van de bestreden beschikking) verklaard dat de procedure betrekking had op voor de aanleg van wegen en soortgelijke toepassingen (bijvoorbeeld landingsbanen) gebruikt bitumen, daaronder begrepen bitumen van verschillende hardheden, met diverse gebruiksmogelijkheden, en bitumen van verschillende klassen, waaronder speciale bitumensoorten met beter prestatievermogen, die echter worden vervaardigd uit standaardwegebouwbitumen en waarvan de prijs afhangt van de prijs van dit laatste bitumen. Slechts twee ondernemingen, BAM NBM Wegbouw BV en Hollandsche Beton Groep (hierna: „HBG”), zijn in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar opgekomen tegen

het feit dat andere in de wegenbouw gebruikte bitumenproducten dan standaardwegenbouwbitumen in aanmerking waren genomen. Verzoeksters hebben daarentegen niet op dit punt gereageerd in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar.

- 100 Op 8 mei 2006 heeft de Commissie SNV, SPNV en Royal Dutch Shell verzocht om inlichtingen over hun omzet uit wegenbouwbitumen, daaronder begrepen alle speciale bitumenproducten. Op 23 mei 2006 hebben die drie ondernemingen hun omzetcijfer meegedeeld, waarin de omzet uit Mexphalte C, het enige speciale bitumen dat volgens hen in verband kon worden gebracht met de wegenbouw, was opgenomen. Zij hebben echter gepreciseerd dat de mededingingsregeling geen betrekking had op dit laatste product. In de bestreden beschikking (punten 4-6) heeft de Commissie de analyse uit de mededeling van punten van bezwaar gehandhaafd met de verklaring dat de prijzen van de andere in de wegenbouw gebruikte bitumenproducten rechtstreeks verband hielden met de algemene marktprijs voor de klassen standaardwegenbouwbitumen. Om tot die conclusie te komen, heeft zij gebruikgemaakt van de verklaringen van twee ondernemingen, te weten BP en ExxonMobil (een bitumenleverancier die niet door de Commissie is gestraft), en van documenten die in beslag zijn genomen tijdens de inspecties, met name bij KWS en SNV.
- 101 De Commissie heeft in het verweerschrift gepreciseerd dat zij zich op verscheidene elementen had gebaseerd om Mexphalte C op te nemen in de bitumenproducten waarop de mededingingsregeling betrekking had. Zo is Mexphalte C in meerdere documenten van SNV vermeld in de tarieflijst van SNV voor bitumen in de rubriek „Transparant bitumen dat kan worden gepigmenteerd”; bovendien heeft SNV in de brief aan de Commissie van 23 mei 2006 verklaard dat Mexphalte C het enige speciale bitumen was dat met wegenbouwbitumen in verband kon worden gebracht en een omzetcijfer van 12 113 015 EUR verstrekt voor de „totale waarde van de detailverkopen van wegenbouwbitumen, daaronder begrepen Mexphalte C”, in 2001; een in het administratief dossier opgenomen document van Shell met technische informatie over Mexphalte C beschrijft Mexphalte C als een synthetisch bitumen dat kan worden gepigmenteerd; uit een ander document uit het administratief dossier blijkt dat de in 2001 door SNV aan haar klanten gezonden prijslijst voor wegenbouwbitumenproducten vergezeld ging van een standaardbrief waarin werd gemeld dat de prijsschommelingen van de in die lijst opgenomen producten, waaronder Mexphalte C, te wijten waren aan de evolutie van de prijzen op de aardoliemarkt.
- 102 Verzoeksters hebben voor het eerst voor het Gerecht twee documenten overgelegd aan de hand waarvan volgens hen kan worden aangetoond dat de Commissie geen rekening had mogen houden met de omzet uit Mexphalte C toen zij Shells omzet uit wegenbouwbitumen in Nederland bepaalde. Het eerste document bevat een tabel waarin de evolutie van de prijs voor standaardwegenbouwbitumen wordt vergeleken met die voor Mexphalte C in de periode 1995-2002 alsmede brieven van SNV uit die periode waarin aan haar klanten werd gemeld dat die prijsverhogingen te wijten waren aan de evolutie van de grondstoffenprijzen. Het tweede document bestaat in de verklaring van de directeur van SNV van 30 november 2006 volgens welke Mexphalte C geen uit bitumen vervaardigd product is, de prijsevoluties van dit product slechts zeer beperkt beïnvloed kunnen zijn door de aardolieprijs, de markt waarop dit product wordt verkocht een andere markt is dan die voor wegenbouwbitumen en SNV de enige onderneming was die dit soort product in Nederland leverde.
- 103 Hoewel verzoeksters zich niet duidelijk hebben uitgesproken op dit punt, is het Gerecht van oordeel dat hun argumenten in casu moeten worden onderzocht in het kader van het wettigheidstoezicht en in het kader van de toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht waarover het krachtens artikel 31 van verordening nr. 1/2003 beschikt.

– Onderzoek van de argumenten van verzoeksters in het kader van het wettigheidstoezicht

- 104 Volgens vaste rechtspraak moet in het kader van een beroep tot nietigverklaring de wettigheid van het betwiste besluit worden beoordeeld aan de hand van de feiten en de rechtstoestand die bestonden op de datum waarop het besluit werd genomen, met name aan de hand van de gegevens waarover de instelling kon beschikken op het ogenblik waarop zij deze handeling heeft verricht (arrest Hof van 7 februari 1979, Frankrijk/Commissie, 15/76 en 16/76, Jurispr. blz. 321, punt 7). Derhalve kan niemand zich, om de onwettigheid van het betwiste besluit aan te tonen, voor de Unierechter beroepen op feitelijke gegevens die, aangezien zij tijdens de administratieve procedure niet werden meegedeeld, niet in aanmerking konden worden genomen bij de vaststelling van dat besluit (zie in die zin arrest Frankrijk/Commissie, reeds aangehaald, punt 7; arresten Gerecht van 11 juli 2007, Centeno Mediavilla e.a./Commissie, T-58/05, Jurispr. blz. II-2523, punt 151, en 25 juni 2008, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commissie, T-268/06, Jurispr. blz. II-1091, punt 55). In casu blijkt uit het onderzoek dat de Commissie op het tijdstip van de vaststelling van de bestreden beschikking niet beschikte over de twee in punt 102 hierboven aangehaalde documenten, die verzoeksters voor het eerst voor het Gerecht hebben overgelegd, zoals in dat punt is uiteengezet.
- 105 Voor zover het onderhavige middel de nietigverklaring van de bestreden beschikking beoogt, moeten die documenten dus buiten beschouwing worden gelaten bij het onderzoek ervan.
- 106 In dit verband moet worden opgemerkt dat de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar duidelijk had uiteengezet dat het kartel volgens haar alle voor de aanleg van wegen en soortgelijke toepassingen gebruikte bitumenproducten betrof, daaronder begrepen speciale bitumenproducten, met uitzondering van bitumenproducten voor industrieel gebruik. Anders dan andere ondernemingen, hebben verzoeksters echter niet op dit punt gereageerd in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar. Bovendien hebben verzoeksters, toen de Commissie hun verzocht om hun omzetcijfer over te leggen, dit cijfer op 23 mei 2006 verstrekt en daarin de omzet uit Mexphalte C opgenomen, met de opmerking dat de mededingingsregeling weliswaar geen betrekking had op dit product als zodanig, maar dat Mexphalte C het „enige speciale bitumen dat in verband kon worden gebracht met de wegenbouw” was.
- 107 Zoals in punt 100 hierboven is vermeld, heeft de Commissie zich, om de relevante markt in de bestreden beschikking aldus te definiëren dat deze alle speciale wegenbouwbitumenproducten omvat, gebaseerd op documenten van BP, ExxonMobil, KWS en SNV waaruit blijkt dat de aan de klanten gezonden prijslijsten alle bitumenproducten betroffen, daaronder begrepen de speciale producten, en dat de eventuele prijsverhogingen ook al die producten betroffen. De Commissie heeft dan ook terecht op basis van de gegevens waarover zij bij de vaststelling van de bestreden beschikking beschikte geoordeeld dat de verkopen van Mexphalte C moesten worden meegewogen bij de berekening van Shells omzet uit wegenbouwbitumen in Nederland.
- 108 Wat het toezicht op de naleving van de motiveringsplicht betreft, is het bovendien vaste rechtspraak dat de door artikel 253 EG verlangde motivering de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking moet doen komen, zodat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen. Het is niet noodzakelijk dat alle relevante gegevens, feitelijk of rechtens, in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de vraag of de motivering van een handeling aan de eisen van artikel 253 EG voldoet, niet alleen acht moet worden geslagen op de bewoordingen ervan, maar ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen (zie arrest Gerecht van 9 juli 2003, Cheil Jedang/Commissie, T-220/00, Jurispr. blz. II-2473, punt 216 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 109 Wat de omvang van de motiveringsplicht betreft ter zake van de berekening van een wegens schending van de mededingingsregels opgelegde geldboete, moet in herinnering worden gebracht dat deze verplichting van bijzonder belang is en dat het aan de Commissie staat haar beslissing te motiveren en

met name uiteen te zetten hoe zij de in aanmerking genomen factoren heeft gewogen en beoordeeld (arrest Hof van 8 december 2011, Chalkor/Commissie, C-386/10 P, Jurispr. blz. I-13085, punt 61). Die verplichting moet worden bepaald tegen de achtergrond van artikel 23, lid 3, van verordening nr. 1/2003, volgens hetwelk „[b]ij de vaststelling van het bedrag van de geldboete [...] zowel met de ernst, als met de duur van de inbreuk rekening [wordt] gehouden”. In dit verband bevatten de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, [KS] worden opgelegd (PB 1998, C 9, blz. 3; hierna: „richtsnoeren voor de berekening van geldboeten”) en de mededeling inzake medewerking regels die aangeven welke factoren de Commissie in aanmerking neemt bij de beoordeling van de zwaarte en de duur van de inbreuk (arrest Cheil Jedang/Commissie, punt 108 hierboven, punt 217). Bijgevolg wordt aan de eisen van het wezenlijke vormvoorschrift van de motivering voldaan, wanneer de Commissie in haar beschikking de factoren aangeeft die zij overeenkomstig de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten en, in voorkomend geval, de mededeling inzake medewerking in aanmerking heeft genomen en op basis waarvan zij de zwaarte en de duur van de inbreuk heeft kunnen beoordelen voor de berekening van het bedrag van de geldboete (arrest Cheil Jedang/Commissie, punt 108 hierboven, punt 218).

- 110 De Unierechter heeft bovendien gepreciseerd dat de omvang van de motiveringsplicht in het bijzonder moet worden bepaald met inachtneming van het feit dat de zwaarte van de inbreuken moet worden vastgesteld op basis van een groot aantal factoren, zoals onder meer de bijzondere omstandigheden van de zaak, de context daarvan en de afschrikkende werking van de geldboeten, zonder dat een dwingende of uitputtende lijst van verplicht in aanmerking te nemen criteria is opgesteld. Bovendien beschikt de Commissie bij de vaststelling van het bedrag van elke geldboete over een beoordelingsmarge en kan zij niet verplicht worden geacht om daartoe een precieze mathematische formule toe te passen. Wanneer de Commissie in een beschikking een inbreuk op de mededingingsregels vaststelt en de ondernemingen die daaraan hebben deelgenomen een geldboete oplegt, moet zij, indien zij bepaalde basisfactoren bij de vaststelling van het bedrag van de geldboeten stelselmatig in aanmerking heeft genomen, deze factoren in de beschikking zelf vermelden, om de ondernemingen tot wie zij is gericht, in staat te stellen de juistheid van het niveau van de geldboete te verifiëren en na te gaan of er eventueel sprake is van discriminatie (arrest Gerecht van 14 mei 1998, Buchmann/Commissie, T-295/94, Jurispr. blz. II-813, punten 162-164, 171 en 173).
- 111 Tot slot heeft de Unierechter gepreciseerd dat de omstandigheid dat later, tijdens een persconferentie of tijdens de contentieuze procedure, nadere gegevens dan die beoordelingsfactoren zijn verstrekt, zoals de omzet van de ondernemingen of de door de Commissie toegepaste verminderingpercentages, niet kan afdoen aan de vaststelling dat de motivering van de beschikking toereikend is. Verduidelijkingen door de auteur van een betwist besluit, welke een op zich reeds toereikende motivering aanvullen, worden namelijk als zodanig niet gegeven ter nakoming van de motiveringsplicht, ook al kunnen zij nuttig zijn voor de door de Unierechter uitgeoefende interne controle op de motivering van het besluit, doordat zij de instelling in staat stellen de aan haar besluit ten grondslag liggende redenen te verduidelijken (arrest Hof van 16 november 2000, KNP BT/Commissie, C-248/98 P, Jurispr. blz. I-9641, punten 41, 42 en 44).
- 112 Gelet op die rechtspraak heeft de Commissie de bestreden beschikking toereikend gemotiveerd.
- 113 In die beschikking heeft de Commissie namelijk talrijke factoren vermeld op basis waarvan zij de zwaarte van de inbreuk kon beoordelen. Zo heeft zij rekening gehouden met de aard van de inbreuk, heeft zij uiteengezet waarom zij de concrete weerslag van de mededingingsregeling op de markt niet kon meten, heeft zij de omvang van de betrokken geografische markt vastgesteld, heeft zij de betrokken ondernemingen in meerdere categorieën ingedeeld op basis van hun marktaandelen in 2001, het laatste volledige inbreukjaar, en heeft zij tot slot de laatste wereldwijde omzet van deze ondernemingen in aanmerking genomen om zeker te stellen dat de geldboete voldoende afschrikkend werkte (punten 310-325 van de bestreden beschikking). De Commissie heeft bovendien in punt 319 van de bestreden beschikking gepreciseerd dat zij zich bij de berekening van de marktaandelen had

gebaseerd op de verkoopwaarde voor wegebouwbitumen in 2001 (of van de inkoopwaarde voor wegebouwbitumen, voor de bouwers). In de punten 4 tot en met 6 van de bestreden beschikking is verduidelijkt dat onder „wegebouwbitumen” wordt verstaan het bitumen dat wordt gebruikt voor de aanleg van wegen en soortgelijke toepassingen, te weten bitumen van verschillende hardheden, met diverse gebruiksmogelijkheden, en bitumen van verschillende klassen, waaronder speciale bitumenproducten. Zij heeft met name geantwoord op de bezwaren van twee ondernemingen waarmee deze speciale bitumenproducten beoogden uit te sluiten, met een beroep op documenten van verschillende ondernemingen (BP, ExxonMobil, KWS en SNV) waaruit bleek dat de prijswijzigingen voor standaardwegebouwbitumen een invloed hadden op die van de andere in die sector gebruikte bitumenproducten. Zoals in de bestreden beschikking is vermeld (punt 6 en voetnoot 11), behoren de tijdens de inspecties bij SNV in beslag genomen documenten tot die documenten. Volgens de in punt 111 hierboven aangehaalde rechtspraak mag de Commissie hoe dan ook de motivering van haar beschikking verduidelijken tijdens de contentieuze procedure, welke verduidelijkingen nuttig kunnen zijn voor de door de Unierechter uitgeoefende interne controle op de motivering van de beschikking, doordat zij de instelling in staat stellen de aan haar beschikking ten grondslag liggende redenen te verduidelijken. Zo heeft de Commissie in casu in het verweerschrift enkele specifieke elementen verduidelijkt waarop zij zich had gebaseerd om Mexphalte C op te nemen in de bitumenproducten waarop de mededingingsregeling betrekking had (zie punt 101 hierboven).

114 Tot slot hebben verzoeksters in replek het bezwaar gemaakt dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden omdat de Commissie niet heeft aangetoond dat zij ook rekening heeft gehouden met de inkoopwaarde voor Mexphalte C bij de berekening van het marktaandeel van KWS. Er moet echter in herinnering worden gebracht dat de Commissie in de bestreden beschikking heeft geoordeeld dat het product waarop de mededingingsregeling voor alle karteldeelnemers betrekking had, voor de aanleg van wegen en soortgelijke toepassingen gebruikt bitumen, daaronder begrepen speciale bitumensoorten, was (punten 4-6 van de bestreden beschikking) en dat zij, om de marktaandelen van elke betrokken onderneming te bepalen, deze had verzocht om inlichtingen aan de hand waarvan zij tabellen heeft kunnen opstellen van de waarde van de verkopen en inkopen van bitumen door elke onderneming in Nederland in 2001 en dat de totale inkopen van de bouwers gelijk waren aan de totale verkopen van de leveranciers (punten 29, 319 en 320 van de bestreden beschikking). Aangezien verzoeksters bovendien niets hebben aangevoerd waaruit blijkt dat de Commissie de producten waarop de mededingingsregeling betrekking had anders heeft omschreven toen zij het marktaandeel van KWS bepaalde, is dat bezwaar ongegrond.

115 Geen van de door verzoeksters in het kader van hun beroepen tot nietigverklaring aangevoerde argumenten betreffende de omstandigheid dat Mexphalte C was opgenomen in de producten waarop de mededingingsregeling betrekking had, kan dus de nietigverklaring van de bestreden beschikking rechtvaardigen.

– Onderzoek van de argumenten van verzoeksters in het kader van de toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht

116 Er zij aan herinnerd dat het wettigheidstoezicht wordt aangevuld door de toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht die de Unierechter bij artikel 17 van verordening nr. 17 werd verleend en die thans is neergelegd in artikel 31 van verordening nr. 1/2003, overeenkomstig artikel 261 VWEU. Naast het eenvoudige wettigheidstoezicht op de sanctie is de rechter op basis van zijn volledige rechtsmacht bevoegd om zijn beoordeling in de plaats te stellen van die van de Commissie en dus de opgelegde geldboete of dwangsom in te trekken, te verlagen of te verhogen. Het toezicht waarin de Verdragen voorzien, houdt dus overeenkomstig de eisen van het in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten neergelegde beginsel van een doeltreffende voorziening in rechte in dat de Unierechter een toetsing in feite en in rechte verricht en dat hij het bewijs kan beoordelen, de betrokken beslissing nietig kan verklaren en de hoogte van de geldboeten kan wijzigen (arrest Hof van 8 december 2011, KME Germany e.a./Commissie, C-272/09 P, Jurispr. blz. I-12789, punten 103 en 106; arrest

Chalkor/Commissie, punt 109 hierboven, punten 63 en 67, en arrest KME Germany e.a./Commissie, C-389/10 P, Jurispr. blz. I-13125, punten 130 en 133). Wat voorts de toepassing van artikel 81 EG betreft, verplicht geen bepaling de adreassaant van de mededeling van punten van bezwaar de diverse in die mededeling aangevoerde elementen, rechtens of feitelijk, tijdens de administratieve procedure te betwisten om het recht dit later in de gerechtelijke procedure te doen niet te verwerken (arrest Hof van 1 juli 2010, Knauf Gips/Commissie, C-407/08 P, Jurispr. blz. I-6371, punt 89).

- 117 In het kader van zijn toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht staat het bijgevolg aan het Gerecht om op de datum waarop het zijn beslissing neemt, te beoordelen of verzoeksters een geldboete is opgelegd waarvan het bedrag de zwaarte van de in geding zijnde inbreuk passend weergeeft (arresten Gerecht van 11 maart 1999, Aristrain/Commissie, T-156/94, Jurispr. blz. II-645, punten 584-586; 27 september 2006, Roquette Frères/Commissie, T-322/01, Jurispr. blz. II-3137, punten 51-56 en 293-315, en 7 juni 2011, Arkema France e.a./Commissie, T-217/06, Jurispr. blz. II-2593, punten 251-253), en met name of de Commissie de omzet van verzoeksters uit wegebouwbitumen in Nederland juist heeft vastgesteld.
- 118 Er moet echter aan worden herinnerd dat de Commissie, ter waarborging van de nuttige werking van artikel 18, leden 2 en 3, van verordening nr. 1/2003, het recht heeft om een onderneming te verplichten om alle noodzakelijke inlichtingen te verstrekken over feiten waarvan zij eventueel kennis heeft, en om zo nodig de desbetreffende in haar bezit zijnde documenten over te leggen, maar alleen indien de onderneming niet wordt verplicht antwoorden te geven waardoor zij het bestaan van de inbreuk zou moeten erkennen, die de Commissie heeft te bewijzen (arrest Hof van 18 oktober 1989, Orkem/Commissie, 374/87, Jurispr. blz. 3283, punten 34 en 35). Een onderneming die door de Commissie wordt verzocht om inlichtingen op basis van artikel 18 van verordening nr. 1/2003 heeft dus de verplichting om actief mee te werken en kan een specifieke, in artikel 23, lid 1, van die verordening bepaalde geldboete worden opgelegd, die tot 1% van de totale omzet kan bedragen indien zij opzettelijk of uit onachtzaamheid onjuiste of misleidende inlichtingen verstrekt. Bijgevolg kan het Gerecht bij de uitoefening van zijn toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht in voorkomend geval rekening houden met de omstandigheid dat een onderneming niet heeft meegewerkt en dus het bedrag van de haar wegens schending van de artikelen 81 EG of 82 EG opgelegde geldboete verhogen, op voorwaarde dat deze onderneming niet voor ditzelfde gedrag is bestraft met een specifieke geldboete op basis van artikel 23, lid 1, van verordening nr. 1/2003.
- 119 Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn wanneer een onderneming in antwoord op een verzoek in die zin van de Commissie opzettelijk of uit onachtzaamheid heeft nagelaten om tijdens de administratieve procedure voor de vaststelling van de geldboete beslissende elementen over te leggen waarover zij bij de vaststelling van de bestreden beschikking beschikte of had kunnen beschikken. Weliswaar mag het Gerecht in het kader van de uitoefening van zijn toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht rekening houden met dergelijke elementen, maar dit neemt niet weg dat de onderneming die deze slechts in de contentieuze fase vermeldt, en daardoor afbreuk doet aan het doel en het goede verloop van de administratieve procedure, het risico neemt dat deze omstandigheid door het Gerecht in aanmerking wordt genomen bij de vaststelling van een passende geldboete.
- 120 In de eerste plaats moet dus worden onderzocht of op basis van de factoren die verzoeksters in de contentieuze fase hebben aangevoerd, kan worden aangetoond dat de omzet uit Mexphalte C niet in aanmerking mocht worden genomen bij de berekening van de geldboete.
- 121 Uit het eerste document, dat een tabel bevat waarin de evolutie van de prijs voor standaardwegbouwbitumen wordt vergeleken met die voor Mexphalte C in de periode 1995-2002 alsmede brieven van SNV uit die periode waarin aan haar klanten werd gemeld dat die prijsverhogingen te wijten waren aan de evolutie van de grondstoffenprijzen, kan slechts worden afgeleid dat de prijsverhogingen voor Mexphalte C soms overeenstemden met die voor standaardwegbouwbitumen, hoewel dit niet systematisch het geval was (parallellisme van de prijschommelingen in mei en in juni 1999, in februari 2000, in april en in september 2002), wat kan



worden verklaard door overwegingen van commercieel beleid (zo heeft SNV op 27 mei 1999 een bijzondere korting op dit product toegekend aan haar klanten om het gebruik ervan aan te moedigen). Bovendien was in de brieven van SNV aan haar klanten, die deze prijsverhogingen vergezelden, vermeld dat deze prijsverhogingen te wijten waren aan de evolutie van de prijzen op de aardoliemarkt.

- 122 Op basis van het tweede document, dat bestaat in de verklaring van de directeur van SNV van 30 november 2006, kan uitsluitend worden vastgesteld dat Mexphalte C wordt vervaardigd uit hars, extracten van smeerolie en polymeren. In antwoord op een schriftelijke vraag van het Gerecht hebben verzoeksters bovendien gepreciseerd dat Mexphalte C voornamelijk bestaat uit twee bestanddelen, BFE en Nevchem 2338, die zelf derivaten zijn van ruwe aardolie en worden vervaardigd volgens een ander productieprocedé dan bitumen. Uit die documenten blijkt dat hoewel Mexphalte C wordt vervaardigd volgens een ander productieprocedé dan bitumen en de bestanddelen ervan geen bitumenderivaten zijn, ruwe aardolie de oorspronkelijke grondstof van de bestanddelen ervan blijft, zoals het geval is voor bitumen.
- 123 Voorts hebben verzoeksters geen bewijs overgelegd waaruit blijkt dat de markt voor Mexphalte C een andere markt is dan die voor standaardwegenbouwbitumen. Zij hebben namelijk enkel gesteld dat Mexphalte C over het algemeen wordt gekocht door gemeenten en dat het niet voor snelwegen wordt gebruikt. Zij hebben daarentegen geen afdoend bewijs aangedragen van de stelling dat de prijsevolutie voor Mexphalte C onafhankelijk was van die voor standaardwegenbouwbitumen tijdens de inbreukperiode.
- 124 Verzoeksters hebben het Gerecht kortom niets overgelegd waaruit blijkt dat Mexphalte C geen deel uitmaakte van de producten waaruit de door de mededingingsregeling bestreken markt bestond, terwijl diverse gegevens uit het dossier erop wijzen dat de prijs van Mexphalte C nauw verband hield met de prijs van standaardwegenbouwbitumen. Bijgevolg rechtvaardigt niets de conclusie dat de omzet uit Mexphalte C moet worden uitgesloten van de omzet van verzoeksters die in aanmerking moet worden genomen bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk.
- 125 In de tweede plaats moet worden nagegaan of verzoeksters zijn tekortgeschoten in hun verplichting tot samenwerking tijdens de administratieve procedure door de hierboven uiteengezette factoren slechts tijdens de contentieuze fase en niet tijdens de administratieve procedure over te leggen.
- 126 Uit de brief van verzoeksters aan de Commissie van 23 mei 2006 volgt dat zij hun omzetcijfer hebben meegedeeld en daarin de omzet uit Mexphalte C, het enige speciale bitumen dat volgens hen in verband kon worden gebracht met de wegenbouw, hebben opgenomen, maar daarbij hebben gepreciseerd dat de mededingingsregeling geen betrekking had op dit product als zodanig. Hoewel die formulering enigszins dubbelzinnig is en verzoeksters geen bewijs van die stellingen hebben aangedragen, staat vast dat zij de aandacht van de Commissie erop hebben gevestigd dat zij van mening waren dat de omzet uit Mexphalte C niet in aanmerking mocht worden genomen bij de bepaling van het bedrag van hun geldboete. Aangezien de Commissie verzoeksters niet heeft verzocht om aanvullende inlichtingen op dit punt, blijkt in casu niet dat verzoeksters zijn tekortgeschoten in hun verplichting tot loyale samenwerking tijdens de administratieve procedure door de in de punten 121 en 122 hierboven beschreven documenten niet te verstrekken hoewel zij toen hadden kunnen worden overgelegd.
- 127 Bijgevolg is er geen reden om te oordelen dat verzoeksters niet hebben voldaan aan hun uit artikel 18 van verordening nr. 1/2003 voortvloeiende samenwerkingsverplichting.
- 128 Het eerste onderdeel van het derde middel moet dus worden afgewezen.

### *Duur van de inbreuk*

#### Argumenten van partijen

- 129 Verzoeksters zijn van mening dat de Commissie blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting van de feiten door te oordelen dat de inbreuk op 1 april 1994 was begonnen. Die stelling berust slechts op twee interne nota's van HBG van 28 maart en 8 juli 1994, waaruit nochtans niet blijkt dat er prijsafspraken tussen de leveranciers bestonden. De contacten met KWS waarnaar die twee nota's verwijzen, waren dan ook zuiver bilateraal. Voor 1995 heeft de Commissie zelf in de bestreden beschikking erkend dat zij niet over bewijs van mededingingsversturende contacten tussen de leveranciers beschikte. Verzoeksters geven daarentegen toe dat de mededingingsregeling is begonnen tijdens de eerste mededingingsversturende bijeenkomst, op 19 februari 1996. Zij herinneren eraan dat hun hoe dan ook het voordeel van de twijfel moet worden gegund (arrest Gerecht van 5 april 2006, Degussa/Commissie, T-279/02, Jurispr. blz. II-897, punt 115).
- 130 De Commissie betoogt dat zij geen blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting van de feiten door te oordelen dat de inbreuk op 1 april 1994 was begonnen en was blijven duren in 1995.

#### Beoordeling door het Gerecht

- 131 In casu was de Commissie van oordeel dat verzoeksters een inbreuk van lange duur, namelijk van meer dan vijf jaar, hadden gepleegd. Zij is uitgegaan van een totale duur van acht jaar, van 1 april 1994 tot 15 april 2002, en heeft het basisbedrag op grond daarvan met 80 % vermeerderd (punt 326 van de bestreden beschikking).
- 132 Blijkens de bestreden beschikking is de Commissie van meerdere onderling overeenstemmende bewijselementen uitgegaan om te oordelen dat de mededingingsregeling in 1994 was begonnen (punten 93-99 en 175-178 van de bestreden beschikking).
- 133 In de eerste plaats heeft de Commissie zich gebaseerd op de twee interne nota's van HBG van 28 maart en 8 juli 1994, waarin melding wordt gemaakt van de door Shell aangekondigde vaststelling van de bitumenprijs van 1 april 1994 tot 1 januari 1995, met een maximumkorting voor de W5 (en een lagere korting voor de kleine bouwers), en van de omstandigheid dat er al vóór maart 1994 prijsafspraken tussen de aardolieondernemingen en de W5 bestonden. Anders dan verzoeksters betogen, vermelden die twee nota's niet enkel zuiver bilaterale contacten tussen Shell en KWS, maar maken zij ondubbelzinnig gewag van het bestaan van overeenkomsten tussen de leveranciers en de W5.
- 134 In de tweede plaats heeft de Commissie de twee interne nota's van SNV van 6 en 9 februari 1995 gebruikt. De nota van 6 februari 1995, die een historische beschrijving geeft van de evolutie van de wegenbouwmarkt in Nederland, vermeldt met name de „oorsprong van het kartel” sinds 1980, de gedeelde verantwoordelijkheid van de overheid, de bouwers en de leveranciers voor het ontstaan van bepaalde overeenkomsten, de intrekking van de mededingingsregeling in de eerste vorm ervan in 1993 en het feit dat de bouwers in 1995 een grotere prijsstabiliteit hebben geëist om ervoor te zorgen dat de omvang en de verdeling van de markten ongeveer het niveau van 1993 zouden terugkrijgen. De nota van 9 februari 1995 maakt melding van een – mislukte – poging van SNV om een einde te maken aan haar karteldeelname vanaf 1992 en van prijsafspraken tussen de W5 en de leveranciers ten nadele van de aanbesteders en de ondernemingen die niet tot de W5 behoorden. Die nota overweegt de verschillende opties die SNV in staat konden stellen zich uit dit kartel terug te trekken, en benadrukt tegelijk de aan een dergelijke keuze inherente moeilijkheden. De verklaring van een werknemer van Kuwait Petroleum van 9 oktober 2003 kan ook bevestigen dat de overeenkomsten tussen de leveranciers en de grote bouwers reeds bestonden toen deze werknemer aan de slag ging in de divisie „Bitumen” van deze onderneming in maart en april 1994. Tot slot heeft SNV in haar

ondernemingsverklaring van 10 oktober 2003 zelf te kennen gegeven dat de grote bouwers na 1993 een andere methode hadden gevonden om verstoringen van de wegenbouwmarkt te voorkomen, door bijeenkomsten met de leveranciers te organiseren (punt 91 van de bestreden beschikking).

- 135 In de derde plaats kunnen meerdere door de Commissie in beslag genomen documenten bevestigen dat het stelsel van kortingen en sancties in 1995 toepassing vond. Zo heeft de Commissie een interne nota van HBG van 7 juli 1995 in beslag genomen waarin was vermeld dat Kuwait Petroleum Nederland BV (hierna: „KPN”) en Wintershall AG een extra korting boden aan HBG, alsook een intern verslag van Wintershall van 4 maart 1996 betreffende een ontmoeting met de onderneming Heijmans, waarin het bedrag van de aan deze onderneming verschuldigde korting was genoemd (punt 98 van de bestreden beschikking). Bovendien staat in ditzelfde verslag van Wintershall dat in 1995 was vastgesteld dat de leveranciers niet-verschuldigde kortingen hadden toegekend aan de kleine bouwers (punt 82 van de bestreden beschikking).
- 136 In de vierde plaats wijst het antwoord van KWS op de mededeling van punten van bezwaar van 20 mei 2005 er ook op dat de overeenkomsten tussen de leveranciers en de grote bouwers bestonden vanaf 1993 (punten 96 en 97 van de bestreden beschikking).
- 137 In de vijfde plaats tot slot kunnen de verzoeken van drie ondernemingen om toepassing van de mededeling inzake medewerking bevestigen dat de overeenkomsten sinds ten minste 1 april 1994 bestonden. Het gaat om de verklaring van Kuwait Petroleum van 9 oktober 2003, het antwoord van de onderneming Nynas van 2 oktober 2003 op een verzoek om inlichtingen en de verklaring van BP van 12 juli 2002.
- 138 Voor 1995 moet worden gepreciseerd dat de Commissie, anders dan verzoeksters betogen, helemaal niet heeft erkend dat zij over geen bewijs van mededingingsversturende contacten tussen de leveranciers beschikte, maar enkel dat zij niet beschikte over bewijs dat er nieuwe overeenkomsten waren gesloten in 1995 en dat de vroegere overeenkomsten in dat jaar waren beëindigd, en dus daaruit had afgeleid dat de in 1994 gesloten overeenkomsten nog steeds van kracht waren in 1995 (punten 98 en 99 van de bestreden beschikking).
- 139 Uit al die onderling overeenstemmende bewijselementen blijkt dus dat de Commissie op goede gronden kon oordelen en rechtens afdoende heeft aangetoond dat de door verzoeksters gepleegde inbreuk was begonnen op 1 april 1994. Het derde middel moet dus in zijn geheel worden afgewezen.

*4. Vierde middel: onjuiste opvattingen van de feiten en het recht betreffende de verzwarende omstandigheden*

- 140 Vooraf moet worden gepreciseerd dat volgens de Unierechter bij het onderzoek van de rol die een onderneming bij een inbreuk heeft gespeeld, een onderscheid moet worden gemaakt tussen het begrip leider en het begrip aanstichter van een inbreuk, en twee afzonderlijke analyses moeten worden gemaakt om na te gaan of deze onderneming de ene of de andere rol heeft gespeeld. Terwijl de rol van aanstichter op het tijdstip van de totstandkoming of de uitbreiding van een mededingingsregeling betrekking heeft, ziet de rol van leider namelijk op de werking ervan (arrest Gerecht van 15 maart 2006, BASF/Commissie, T-15/02, Jurispr. blz. II-497, punt 316).

### *Rol van SNV als aanstichter*

#### Argumenten van partijen

- 141 Verzoeksters zijn van mening dat de Commissie, door SNV samen met KWS als aanstichter van het kartel aan te merken, blijk heeft gegeven van onjuiste opvattingen van de feiten en het recht die rechtvaardigen dat de vermeerdering van de hun opgelegde geldboete met 50 % geheel of gedeeltelijk ongedaan wordt gemaakt.
- 142 De Commissie herinnert eraan dat de Unierechter onderscheid maakt tussen de rol van aanstichter en de rol van leider en dat het Gerecht, mocht het van oordeel zijn dat het bewijs ontoereikend is met betrekking tot een van de twee rollen, de vermeerdering van de geldboete met 50 % toch mag handhaven (arrest BASF/Commissie, punt 140 hierboven, punten 342-349). Met betrekking tot de toeschrijving van de rol van aanstichter aan SNV meldt de Commissie dat zij zich heeft gebaseerd op de omstandigheid dat SNV KWS had voorgesteld een specifieke korting toe te kennen aan de grote bouwers en dus een rol had gespeeld bij het opzetten van het kartel, en had getracht ExxonMobil ervan te overtuigen zich bij het kartel aan te sluiten. De Commissie heeft drie onderling overeenstemmende bewijselementen gebruikt, te weten een passage uit een intern verslag van Wintershall van 1992, twee elementen uit het antwoord van KWS op de mededeling van punten van bezwaar en tot slot twee interne nota's van ExxonMobil van 1993. Zij herinnert er ten slotte aan dat de Unierechter niet verlangt dat zij over informatie betreffende de uitwerking of de gedetailleerde planning van de mededingingsregeling beschikt om vast te stellen dat een onderneming de rol van aanstichter heeft gespeeld (arrest Gerecht van 20 maart 2002, HFB e.a./Commissie, T-9/99, Jurispr. blz. II-1487, punt 578, en arrest BASF/Commissie, punt 140 hierboven, punt 321).

#### – Aan KWS voorgestelde bijzondere kortingen voor de W5

- 143 Om aan te tonen dat SNV aan de oorsprong van het kartel lag, voeren verzoeksters aan dat de Commissie zich uitsluitend heeft gebaseerd op een getuigenis van een van de werknemers van KWS, dat in het antwoord van deze laatste onderneming op de mededeling van punten van bezwaar was verstrekt, volgens hetwelk SNV voor het eerst in 1993 had voorgesteld dat de leveranciers een bijzondere korting zouden toekennen aan de W5. Nadat dit getuigenis aan SNV was overgelegd, heeft de directeur bitumenverkoop van deze laatste onderneming echter op 22 november 2006 een verklaring onder ede afgelegd waarin die stelling werd tegengesproken en met name gemeld dat de W5, die reeds voorkeurskortingen had geëist toen hij zijn functie opnam in 1992, aan de oorsprong van die voorkeurskortingen lag.
- 144 De Commissie vraagt in eerste instantie of die verklaring, die volgens haar geen geldig bewijs vormt, ontvankelijk is. Verzoeksters preciseren dat de directeur bitumenverkoop van SNV niet door de Commissie is gehoord nadat SNV had verzocht om toepassing van de mededeling inzake medewerking, omdat de Commissie SNV had gemeld dat hij slechts moest worden gehoord indien hij aanvullende informatie kon verstrekken, wat niet het geval was. Hoewel hij ter beschikking bleef, heeft de Commissie het niet nuttig geacht hem tijdens de administratieve procedure te horen.
- 145 Verzoeksters zijn voorts van mening dat de verklaring van KWS weinig betrouwbaar is en herinneren eraan dat zij door de directeur bitumenverkoop van SNV is betwist en door geen ander bewijs wordt gestaafd. Zij voeren bovendien aan dat de Commissie hun recht op een eerlijk proces en op een onpartijdig onderzoek heeft geschonden doordat zij niet is nagegaan of de beweringen van KWS geloofwaardig waren, en dat de Commissie blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting van de feiten en het recht en haar motiveringsplicht niet is nagekomen door te oordelen dat op basis van die verklaring van KWS kon worden vastgesteld dat SNV het initiatief voor het kartel had genomen.

- 146 Volgens de Commissie blijkt niet uit haar dossier dat KWS als enige het initiatief voor het kartel heeft genomen en hebben verzoeksters niet aangetoond dat SNV zich had ingespannen om een einde te maken aan haar deelneming aan vroegere mededingingsversturende overeenkomsten. De Commissie is daarentegen van mening dat de twee groepen ondernemingen een economisch belang bij de werking van het kartel hadden, de ene aan de zijde van het aanbod, met de leveranciers, en de andere aan de zijde van de vraag, met de bouwers. Zo hadden de leveranciers belang bij het kartel omdat het hun hogere en stabiele prijzen garandeerde en hen in staat stelde te voorkomen dat een nieuwe leverancier op de markt kwam, die de bouwers op individuele basis lagere prijzen had kunnen aanbieden en dus hun marktaandelen had kunnen verminderen.
- 147 De Commissie stelt dat zij zich, zoals de Unierechter toestaat, op meerdere documenten uit de tijd van en van na de mededingingsregeling, die de elementen uit het antwoord van KWS op de mededeling van punten van bezwaar bevestigden, heeft gebaseerd om vast te stellen dat SNV de rol van aanstichter had gespeeld door KWS voor te stellen een bijzondere korting toe te kennen aan de W5 (arrest Gerecht van 26 april 2007, Bolloré/Commissie, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02 en T-126/02, T-128/02 en T-129/02, T-132/02 en T-136/02, Jurispr. blz. II-947, punt 563). Zo heeft zij rekening gehouden met het interne verslag van Wintershall van 20 februari 1992, waarin melding werd gemaakt van contacten tussen SNV en KWS, waarbij SNV voorstellen voor toekomstige samenwerking tussen de leveranciers en de W5 moest doen, en een interne nota van HBG van 28 maart 1994 betreffende de mededeling door SNV van de afgesproken prijzen en kortingen.
- 148 Dat andere elementen het getuigenis van KWS konden bevestigen, verklaart ook de verschillende behandeling die de Commissie voor ExxonMobil heeft gereserveerd toen deze onderneming door andere ondernemingen werd beschuldigd.

– Pogingen om ExxonMobil ervan te overtuigen zich bij het kartel aan te sluiten

- 149 Verzoeksters zijn van mening dat de Commissie zich niet alleen op de twee interne nota's van ExxonMobil mocht baseren om vast te stellen dat SNV had getracht deze onderneming ervan te overtuigen zich bij het kartel aan te sluiten en dus de rol van aanstichter had gespeeld.
- 150 Volgens de Commissie volstaan de twee interne nota's van ExxonMobil om aan te tonen dat SNV heeft getracht deze onderneming ervan te overtuigen zich bij het kartel aan te sluiten en dus de rol van aanstichter heeft gespeeld. Zij herinnert er allereerst aan dat een onderneming die aan een andere onderneming de mogelijkheid van een heimelijke verstandhouding heeft voorgesteld of heeft geprobeerd haar daarvan te overtuigen, volgens de rechtspraak als aanstichter van het kartel kan worden aangemerkt (arrest BASF/Commissie, punt 140 hierboven, punt 321). De Commissie meent dus dat het in strijd is met het recht wanneer een handelspartner een andere inlicht over de prijzen die hij van plan is te hanteren voor zijn klanten. Zij preciseert bovendien dat het niet ging om één gebeurtenis, aangezien de directeur bitumenverkoop van SNV in maart 1993 en in maart 1994 contact heeft opgenomen met ExxonMobil, en dat de omstandigheid – gesteld dat zij vaststaat – dat het kartel nog niet was opgezet, irrelevant is voor de kwalificatie als aanstichter. Tot slot is de bewering dat andere leveranciers contacten hebben gehad met ExxonMobil, niet voldoende aangetoond.

#### Beoordeling door het Gerecht

- 151 Blijkens de bestreden beschikking was de Commissie van oordeel dat SNV, binnen de groep van leveranciers, en KWS, binnen de W5, een bijzondere verantwoordelijkheid droegen vanwege hun respectieve rol in het aanstichten tot de vorming van het kartel (punt 342). Zij was van mening dat uit twee elementen kon worden afgeleid dat SNV had aangezet tot het kartel: in de eerste plaats zou SNV KWS hebben voorgesteld om een specifieke korting toe te kennen aan de W5, waardoor zij een rol speelde bij het opzetten van het kartel, en in de tweede plaats zou SNV hebben getracht ExxonMobil ervan te overtuigen zich bij het kartel aan te sluiten. De Commissie heeft zich daarvoor op drie

bewijselementen gebaseerd die zij onderling overeenstemmend acht: een passage uit een intern verslag van Wintershall van 18 februari 1992 waarin werd gemeld dat KWS haar had laten weten dat zij contact had opgenomen met SNV om deze onderneming om voorstellen te vragen voor samenwerking tussen de leveranciers en de W5 en dat SNV haar zo een bijzondere korting voor de W5 had aangeboden in 1993, twee elementen uit het antwoord van KWS op de mededeling van punten van bezwaar die bevestigden dat die initiatieven van SNV aan de oorsprong van het kartel lagen, en tot slot interne nota's van ExxonMobil betreffende de poging van SNV om haar ertoe aan te zetten zich aan te sluiten bij het kartel.

– Algemene beginselen inzake de rol van aanstichter

- 152 Wanneer een inbreuk door meerdere ondernemingen is gepleegd, moet bij de bepaling van de geldboeten het relatieve gewicht van de deelneming van elk van hen worden onderzocht (arrest Hof van 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie, 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punt 623, en arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, punt 36 hierboven, punt 92), hetgeen in het bijzonder impliceert dat wordt vastgesteld welke rol zij elk tijdens de duur van hun deelneming aan de inbreuk hebben gespeeld (arrest Hof van 8 juli 1999, Commissie/Anic Participazioni, C-49/92 P, Jurispr. blz. I-4125, punt 150, en arrest Gerecht van 17 december 1991, Enichem Anic/Commissie, T-6/89, Jurispr. blz. II-1623, punt 264).
- 153 Hieruit vloeit met name voort dat bij de berekening van de geldboete rekening moet worden gehouden met het feit dat een of meer ondernemingen binnen een kartel als aanstichter of leider zijn opgetreden, omdat de ondernemingen die een dergelijke rol hebben gespeeld, in vergelijking met de andere ondernemingen een bijzondere verantwoordelijkheid moeten dragen (zie in die zin arresten Gerecht van 14 mei 1998, Mayr Melnhof/Commissie, T-347/94, Jurispr. blz. II-1751, punt 291, en 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, „Tokai I”, punt 301).
- 154 Overeenkomstig deze beginselen wordt in punt 2 van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten onder het kopje verzwarende omstandigheden een niet-exhaustieve lijst van omstandigheden genoemd die tot een verhoging van het basisbedrag van de geldboete kunnen leiden, waaronder met name „het feit dat de betrokken onderneming een leidinggevende rol speelde of tot de inbreuk heeft aangezet” (arrest BASF/Commissie, punt 140 hierboven, punten 280-282).
- 155 Opgemerkt zij dat een onderneming, om als aanstichter van een kartel te worden aangemerkt, andere ondernemingen onder druk moet hebben gezet of moet hebben aangemoedigd om het kartel op te zetten of zich erbij aan te sluiten. Het volstaat evenwel niet dat zij gewoon tot de oprichters van het kartel behoorde. Deze kwalificatie moet worden voorbehouden aan de onderneming die in voorkomend geval het initiatief heeft genomen door, bijvoorbeeld, aan de andere onderneming de mogelijkheid van een heimelijke verstandhouding voor te stellen of door te proberen haar daarvan te overtuigen (arrest BASF/Commissie, punt 140 hierboven, punt 321). De Unierechter verlangt echter niet dat de Commissie beschikt over informatie betreffende de uitwerking of de gedetailleerde planning van de mededingingsregeling. Hij heeft tot slot gepreciseerd dat de rol van aanstichter op het tijdstip van de totstandkoming of de uitbreiding van een mededingingsregeling betrekking heeft (arrest BASF/Commissie, punt 140 hierboven, punt 316), zodat mag worden aangenomen dat meerdere ondernemingen gelijktijdig een rol van aanstichter kunnen spelen binnen hetzelfde kartel.
- 156 Overigens verzet er zich, anders dan verzoeksters betogen, in beginsel niets tegen dat de Commissie zich baseert op een eenmalige gebeurtenis om vast te stellen dat een onderneming de aanstichter van een kartel was, mits op basis van dit ene element met zekerheid kan worden vastgesteld dat die onderneming andere ondernemingen onder druk heeft gezet of heeft aangemoedigd om het kartel op te zetten of zich erbij aan te sluiten. In de eerste plaats moet er namelijk aan worden herinnerd dat de Commissie niet gebonden is door haar vroegere beschikkingspraktijk, aangezien de wettigheid van haar

beschikkingen ter zake uitsluitend wordt beoordeeld op basis van de normen die zij moet naleven, waaronder met name de verordeningen nr. 1/2003 en nr. 773/2004 en de richtsnoeren, zoals deze door de Unierechter worden uitgelegd (zie punt 90 hierboven). In de tweede plaats moet worden benadrukt dat uit punt 350 van het arrest BASF/Commissie (punt 140 hierboven) uitsluitend volgt dat een onderneming niet kan proberen haar rol als leider van een inbreuk te minimaliseren door deze toe te rekenen aan een andere onderneming, wanneer deze laatste onderneming één enkele keer het initiatief heeft genomen om een binnen het kartel afgesproken prijsverhoging bekend te maken, terwijl zij die prijsverhogingen zelf meerdere keren had bekendgemaakt.

- 157 Hoe dan ook volgt uit de bestreden beschikking (punt 342) dat de Commissie zich niet uitsluitend op het antwoord van KWS op de mededeling van punten van bezwaar heeft gebaseerd om te oordelen dat SNV in dit kartel de rol van aanstichter had gespeeld, maar ook op een passage uit een intern verslag van Wintershall van 18 februari 1992 waarin werd gemeld dat KWS haar had laten weten dat zij contact had opgenomen met SNV om haar om voorstellen te vragen voor samenwerking tussen de leveranciers en de W5 en dat SNV haar zo een bijzondere korting voor de W5 had aangeboden in 1993, en op interne nota's van ExxonMobil betreffende de poging van SNV om haar ertoe aan te zetten zich bij het kartel aan te sluiten.
- 158 Het staat aan het Gerecht om tegen de achtergrond van de hierboven in herinnering gebrachte beginselen te beoordelen of de Commissie afdoende heeft bewezen dat SNV in het kartel de rol van aanstichter heeft gespeeld.

– Ontvankelijkheid van het door verzoeksters verstrekte getuigenis

- 159 In eerste instantie moet het Gerecht uitspraak doen over de ontvankelijkheid van de op 22 november 2006 opgestelde verklaring van de directeur bitumenverkoop van SNV volgens welke alleen de W5 aan de oorsprong van het kartel lag. De Commissie betoogt namelijk dat zij, na het verzoek van SNV van 10 oktober 2003 om toepassing van de mededeling inzake medewerking, dat een verklaring van deze werknemer bevatte, deze werknemer had willen horen, maar dat SNV zich daartegen had verzet, en dat de verklaring van 2006 misbruik van de in het Reglement voor de procesvoering neergelegde procedure voor het horen van getuigen vormde en dus geen geldig bewijs kon vormen (arrest Gerecht van 21 april 2004, M/Hof van Justitie, T-172/01, Jurispr. blz. II-1075, punt 94).
- 160 Benadrukt moet echter worden dat bedoeld arrest slechts preciseert dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen een getuigenis dat door het Gerecht wordt ontvangen in het kader van de in de artikelen 68 tot en met 76 van het Reglement voor de procesvoering neergelegde procedure voor het horen van getuigen en een getuigenis dat in een andere context wordt ontvangen, dat slechts een bewijsaanbod vormt. Het Gerecht behoudt overigens de vrijheid om zelf te beoordelen welke waarde het toekent aan de verschillende feiten en bewijzen die zijn overgelegd of die het zelf heeft kunnen verzamelen (beschikking Hof van 29 oktober 2004, Ripa di Meana/Parlement, C-360/02 P, Jurispr. blz. I-10339, punt 28). Geen bepaling verbiedt een verzoeker om bewijzen aan het Gerecht over te leggen die hij niet had overgelegd tijdens de administratieve procedure. Het Gerecht moet niettemin met die omstandigheid rekening houden wanneer het de bewijskracht van die bewijzen beoordeelt. De aan de orde zijnde verklaring is dan ook ontvankelijk.
- 161 Met betrekking tot de bewijskracht van dit door verzoeksters ingediend getuigenis moet eraan worden herinnerd dat voor het Hof en voor het Gerecht het beginsel van de vrije bewijswaardering geldt, behoudens de hierboven vermelde uitzonderingen die in het Reglement voor de procesvoering zijn bepaald, en dat uitsluitend de geloofwaardigheid van de overgelegde bewijzen bepalend is voor de bewijswaardering (conclusie van rechter Vesterdorf, aangewezen als advocaat-generaal, bij het arrest van het Gerecht van 24 oktober 1991, Rhône-Poulenc/Commissie, T-1/89, Jurispr. blz. II-867). Zo moet bij de beoordeling van de bewijswaarde van een stuk in de eerste plaats worden gekeken naar de waarschijnlijkheid van de daarin vervatte informatie. Daarbij moet met name rekening worden

gehouden met de herkomst van het stuk, de omstandigheden waarin het tot stand is gekomen en degene tot wie het is gericht, en moet worden onderzocht of het stuk, gelet op zijn inhoud, redelijk en geloofwaardig overkomt (Cement-arrest, punt 77 hierboven, punt 1838). Ook moet eraan worden herinnerd dat de Commissie tijdens de administratieve procedure weliswaar niet de mogelijkheid heeft om te verlangen dat personen onder ede als getuige worden gehoord, maar op basis van artikel 19, lid 1, van verordening nr. 1/2003 alle verklaringen kan verzamelen van personen die erin toestemmen te worden verhoord.

162 In casu volgt uit de stukken van het dossier dat de Commissie na het verzoek van SNV van 10 oktober 2003 om toepassing van de mededeling inzake medewerking, die een verklaring van haar directeur bitumenverkoop bevatte, SNV heeft gevraagd of die persoon aanvullende informatie kon verstrekken naast de in deze verklaring opgenomen informatie. SNV heeft dit ontkennend beantwoord, maar aangegeven dat de Commissie hem toch kon horen indien zij dit noodzakelijk achtte. Weliswaar heeft de Commissie dus niet gevraagd of zij die persoon kon horen, maar benadrukt moet worden dat die werknemer van SNV in zijn in het kader van het verzoek van SNV om toepassing van de mededeling inzake medewerking afgelegde verklaring van 24 september 2003 had gemeld dat de W5 de brutoprijs van SNV wenste te kennen teneinde deze als berekeningsbasis te gebruiken om eenvormige prijsverhogingen op de hele markt door te voeren en dat hij contact moest opnemen met KWS zodra de noodzaak van een overlegvergadering over bitumen zich deed gevoelen, terwijl hij in zijn verklaring van 2006, na de vaststelling van de bestreden beschikking, ontkende dat hij had voorgesteld om een systeem van specifieke korting voor de W5 op te zetten en dat hij had samengespannen met de andere leveranciers. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat die elementen de bewijswaarde en dus de geloofwaardigheid van het door verzoeksters ingediende getuigenis verminderen.

– Specifieke korting voor de W5

163 Verzoeksters betogen om te beginnen dat het niet logisch is te oordelen dat de leveranciers belang konden hebben bij het opzetten van een dergelijk kartel, zodat kan worden vastgesteld dat alleen de bouwers het initiatief daarvoor hebben genomen. Zij preciseren dat alleen de bouwers vergeldingsmaatregelen hadden ingevoerd voor leveranciers die de overeenkomsten niet naleefden.

164 Uit de bestreden beschikking (punten 146-154) blijkt echter dat de twee groepen ondernemingen een economisch belang bij de werking van het kartel hadden, aangezien de leveranciers, aan de zijde van het aanbod, voordeel hadden bij het garanderen van de verhoging van hun verkoopprijzen (die zelfs na aftrek van de korting voor de W5 hoger waren dan die van de buurlanden) en van de stabiliteit ervan, en voorkwamen dat nieuwe leveranciers op de markt kwamen die de bouwers op individuele basis lagere prijzen hadden kunnen aanbieden. Overigens kan het argument dat de leveranciers geen belang hadden bij de voorkeurskorting voor de W5 worden afgewezen, aangezien de door de leveranciers voorgestelde verhogingen van de brutoprijs slechts door de grote bouwers werden aanvaard indien zij gepaard gingen met een verhoging van de aan de W5 toegekende korting, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt in de bestreden beschikking (punt 149).

165 Verzoeksters betogen voorts dat SNV niet kan worden beschouwd als aanstichter van het kartel omdat zij in 1993 heeft getracht daaraan een einde te maken. Die bewering berust echter niet op voldoende overtuigend bewijs. De interne nota van 6 februari 1995 waarop verzoeksters zich baseren, maakt namelijk slechts gewag van een poging van SNV om een einde te maken aan een kartel, aan de zijde van de verkoop, in 1993, die echter geen succes lijkt te hebben gehad, en vermeldt bovendien dat SNV en ExxonMobil het initiatief hadden genomen voor dit kartel (en niet voor het beëindigen ervan) aan de zijde van het aanbod.

166 Verzoeksters zijn verder van mening dat de Commissie zich uitsluitend op het antwoord van KWS op de mededeling van punten van bezwaar heeft gebaseerd om te oordelen dat SNV specifieke kortingen voor de W5 had voorgesteld en dat het getuigenis van de werknemer van KWS in dat document



slechts een zeer beperkte bewijswaarde had omdat het was afgelegd in het kader van het antwoord op de mededeling van punten van bezwaar, die KWS als enige aanstichter van het kartel aanmerkte, en dus enkel beoogde de rol van aanstichter aan een andere onderneming toe te schrijven. Ook moet volgens hen rekening worden gehouden met het feit dat dit getuigenis twaalf jaar na de litigieuze feiten is afgelegd en dat het antwoord van KWS algemeen beschouwd weinig geloofwaardig was omdat het talrijke onjuistheden bevatte. Er moet echter worden opgemerkt dat, anders dan verzoeksters betogen, de Commissie zich niet alleen op dit document heeft gebaseerd om vast te stellen dat SNV specifieke kortingen voor de W5 had voorgesteld. Uit punt 342 van de bestreden beschikking kan namelijk worden opgemaakt dat de Commissie zich ter onderbouwing van haar oordeel dat SNV onder de leveranciers de aanstichter van het kartel was, heeft gebaseerd op vijf documenten, te weten de interne nota van Wintershall, het antwoord van KWS op de mededeling van punten van bezwaar, de interne nota van HBG van 28 maart 1994 (door verwijzing naar punt 175 van de bestreden beschikking) en de twee documenten van ExxonMobil betreffende de pogingen van SNV om haar ervan te overtuigen zich bij het kartel aan te sluiten.

- 167 Bepaalde van die bewijselementen wijzen er dus op dat SNV specifieke kortingen voor de W5 heeft voorgesteld. De Commissie heeft in de eerste plaats rekening gehouden met een na een bezoek van KWS opgesteld intern verslag van Wintershall van 18 februari 1992, volgens hetwelk er contacten tussen SNV en KWS waren geweest daar SNV als „marketleader” was gevraagd voorstellen voor samenwerking tussen de leveranciers en de W5 te doen, die neerkwamen op een inkoopmonopolie. In de tweede plaats heeft zij gebruikgemaakt van de interne nota van HBG van 28 maart 1994, waarin werd gemeld dat SNV de andere leveranciers de bitumenprijzen en de met de W5 afgesproken kortingen meedeelde. Weliswaar kan dit eerste document de passage uit het antwoord van KWS op de mededeling van punten van bezwaar bevestigen waarin zij stelde dat SNV specifieke kortingen voor de W5 had voorgesteld, maar op basis van het tweede document kan slechts worden vastgesteld dat SNV heeft onderhandeld met de W5 en dat zij HBG het resultaat van deze onderhandelingen heeft doen toekomen. Die bewijselementen kunnen dus op zich niet aantonen dat SNV aan de oorsprong lag van een aanvullende korting voor de W5. Er blijft namelijk onzekerheid bestaan over de vraag of SNV dit initiatief spontaan heeft genomen dan wel op verzoek van KWS, zoals de nota van Wintershall van 1992 laat doorschemeren.
- 168 Verzoeksters beklemtonen voorts dat de Commissie dit uittreksel uit het antwoord van KWS op de mededeling van punten van bezwaar, op basis waarvan enkel kan worden vastgesteld dat SNV de woordvoerder van de leveranciers was, onjuist heeft uitgelegd en zo blijkt heeft gegeven van een onjuiste opvatting van de feiten en van het recht en de bestreden beschikking op dit punt ontoereikend heeft gemotiveerd. Benadrukt moet echter worden dat KWS in dat document duidelijk vermeldt dat SNV haar in 1993, via een van haar werknemers, een prijsvoorstel heeft doen toekomen en voor het eerst een bijzondere korting voor de W5 heeft voorgesteld namens de leveranciers.
- 169 Verzoeksters zijn tot slot van mening dat de Commissie hun recht op een eerlijk proces en op een onpartijdig onderzoek heeft geschonden, aangezien zij na de verklaring van hun werknemer van 12 juni 2006 waarmee de uitlatingen van KWS werden betwist, de geloofwaardigheid van deze uitlatingen had moeten nagaan, zoals zij heeft gedaan toen de verklaringen van Kuwait Petroleum en Nynas over de deelneming van ExxonMobil aan de mededingingsregeling tijdens de hoorzitting ter discussie werden gesteld door andere ondernemingen.
- 170 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat tot de door het Unierecht in administratieve procedures geboden waarborgen met name het in artikel 41 van het Handvest van de grondrechten neergelegde beginsel van behoorlijk bestuur behoort, waaraan is verbonden de verplichting van de bevoegde instelling om alle relevante gegevens van het geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken (arrest *Atlantic Container Line e.a./Commissie*, punt 83 hierboven, punt 404).

- 171 Gepreciseerd moet echter worden dat verordening nr. 1/2003, verordening nr. 773/2004 en andere teksten de Commissie niet verplichten om nieuwe hoorzittingen te organiseren of nieuwe verzoeken om inlichtingen te sturen wanneer de beweringen van een onderneming door een andere onderneming ter discussie worden gesteld tijdens de administratieve procedure. De Commissie moet enkel de rechten van de verdediging in de loop van de procedure eerbiedigen, zoals in herinnering is gebracht in artikel 27, lid 2, van verordening nr. 1/2003. Zo heeft de Unierechter reeds eraan herinnerd dat de Commissie over een beoordelingsmarge beschikte omtrent het belang van het horen van personen van wie het getuigenis van belang kan zijn voor het onderzoek van het dossier (arrest Hof van 17 januari 1984, VBVB en VBBB/Commissie, 43/82 en 63/82, Jurispr. blz. 19, punt 18; arrest Gerecht van 28 februari 2002, Compagnie générale maritime e.a./Commissie, T-86/95, Jurispr. blz. II-1011, punt 468, en arrest HFB e.a./Commissie, punt 142 hierboven, punt 383), aangezien de eerbiediging van de rechten van de verdediging niet vereist dat de Commissie de door de belanghebbenden genoemde getuigen hoort wanneer zij de feitelijke omstandigheden voldoende opgehelderd acht (arrest Hof van 16 mei 1984, Eisen und Metall/Commissie, 9/83, Jurispr. blz. 2071, punt 32, en arrest HFB e.a./Commissie, punt 142 hierboven, punt 383). Evenzo behoudt de Commissie een grote vrijheid van handelen wanneer de regelgeving en haar eigen mededelingen haar de mogelijkheid laten om uit meerdere soorten elementen of invalshoeken te kiezen die in theorie relevant kunnen zijn (arrest Gerecht van 14 december 2005, General Electric/Commissie, T-210/01, Jurispr. blz. II-5575, punt 519).
- 172 De Commissie heeft op dit argument van verzoeksters geantwoord met een beroep op het gelijkheidsbeginsel, dat een van de grondbeginselen van het Unierecht is en vereist dat vergelijkbare situaties niet verschillend worden behandeld, tenzij dit objectief gerechtvaardigd is (arrest Hof van 21 februari 1990, Wuidart e.a., C-267/88-C-285/88, Jurispr. blz. I-435, punt 13). Het is juist dat verzoeksters, zonder naar dit beginsel te verwijzen, hebben geopperd dat de Commissie hen anders heeft behandeld dan Kuwait Petroleum en Nynas, van wie de verklaringen betreffende de deelneming van ExxonMobil aan de mededingingsregeling tijdens de hoorzitting ter discussie waren gesteld door andere ondernemingen en met wie zij daarover weer contact had opgenomen. Zoals de Commissie terecht benadrukt, was de situatie van deze twee ondernemingen anders dan die van SNV. De Commissie heeft Kuwait Petroleum en Nynas namelijk na de hoorzitting een verzoek om aanvullende inlichtingen daarover gestuurd omdat die twee ondernemingen tijdens de hoorzitting niet in staat waren te reageren op de beweringen van meerdere andere ondernemingen waarmee de waarheidsgetrouwheid van hun verklaringen over ExxonMobil ter discussie werd gesteld. In het geval van SNV daarentegen bevestigden andere elementen betreffende de rol van SNV in het kartel volgens de Commissie de elementen uit het antwoord van KWS op de mededeling van punten van bezwaar, zodat geen bijzondere maatregelen hoefden te worden genomen na ontvangst van de verklaring van de werknemer van SNV van 12 juni 2006 waarmee de uitlatingen van KWS werden betwist. Bijgevolg heeft de Commissie het gelijkheidsbeginsel in casu niet geschonden.
- 173 Tot slot moet subsidiair en hoe dan ook in herinnering worden gebracht dat een schending van de rechten van de verdediging slechts tot nietigverklaring van de bestreden beschikking kan leiden indien er zonder die schending een kans, hoe klein ook, bestond dat verzoeksters een andere uitkomst van de administratieve procedure hadden kunnen verkrijgen (arrest Gerecht van 17 december 1991, Hercules Chemicals/Commissie, T-7/89, Jurispr. blz. II-1711, punt 56, en Cement-arrest, punt 77 hierboven, punt 383). Verzoeksters voeren geen elementen in die zin aan.
- 174 Kortom, op basis van het door de Commissie gebruikte bewijs kan weliswaar worden geoordeeld dat SNV specifieke kortingen voor de W5 heeft voorgesteld, maar zij volstaan op zich niet om vast te stellen dat SNV aan de oorsprong lag van een dergelijke korting dan wel dat zij die voorstellen op verzoek van KWS heeft gedaan. Om te beoordelen of SNV in het kartel de rol van aanstichter heeft gespeeld, moet bijgevolg het bewijs worden onderzocht betreffende de pogingen van SNV om andere ondernemingen ervan te overtuigen zich bij het kartel aan te sluiten.

– Pogingen om ExxonMobil ervan te overtuigen zich bij het kartel aan te sluiten

- 175 De poging van SNV om ExxonMobil aan te moedigen zich bij het kartel aan te sluiten, vormt het tweede element waarop de Commissie zich heeft gebaseerd om te oordelen dat SNV aan de oorsprong van het kartel lag. Om dit te bewijzen, heeft de Commissie interne documenten van ExxonMobil betreffende twee incidenten gebruikt.
- 176 In eerste instantie moet worden benadrukt dat de Commissie een van die documenten, dat was gedateerd op 11 april 2004, niet uitdrukkelijk heeft aangehaald in de bestreden beschikking en in de mededeling van punten van bezwaar, maar dat het toch deel uitmaakte van het administratieve dossier van de Commissie, waartoe verzoeksters toegang hadden na de mededeling van punten van bezwaar, zodat het Gerecht het in aanmerking kan nemen in het kader van de uitoefening van zijn toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht (arrest Hof van 16 november 2000, SCA Holding/Commissie, C-297/98 P, Jurispr. blz. I-10101, punt 55, en Tokai I-arrest, punt 153 hierboven, punt 165, en voor een toepassing met betrekking tot de rol van leider arrest BASF/Commissie, punt 140 hierboven, punt 354).
- 177 De eerste reeks documenten betreft een bijeenkomst van 22 maart 1993 tussen de twee ondernemingen, in het kader waarvan de vertegenwoordiger van SNV terloops de voor 1 april 1993 geplande verhoging van de bitumenprijs heeft vermeld, waarop ExxonMobil naar eigen zeggen niet heeft gereageerd, en een telefoontje van dezelfde werknemer van SNV, op dezelfde dag, naar de werknemer van ExxonMobil thuis, waarmee deze opnieuw op de hoogte werd gebracht van de wil om de prijzen op 1 april 1993 te verhogen teneinde „het prijzensysteem van het CROW te doen exploderen”, waarop deze werknemer heeft gereageerd met de mededeling dat ermee moest worden opgehouden hem informatie in verband met mededingingsverstoringe praktijken te verstrekken.
- 178 Uit die twee elementen kan weliswaar worden afgeleid dat een werknemer van SNV heeft verwezen naar mededingingsverstoringe praktijken betreffende een onderling afgestemde verhoging van de bitumenprijs in 1993, maar benadrukt moet worden dat twijfel bestaat over de vraag of zij de in de bestreden beschikking aan de orde zijnde mededingingsregeling betreffen. De door SNV gedane voorstellen lijken namelijk ernaar te hebben gestreefd het prijsvaststellingsmechanisme van het CROW te doen ontploffen, terwijl de W5-leden volgens de bestreden beschikking een groot belang hadden bij de handhaving van dat mechanisme (punt 26 van de bestreden beschikking). Bovendien moet eraan worden herinnerd dat de Commissie uiteindelijk in de bestreden beschikking heeft geoordeeld dat ExxonMobil niet had deelgenomen aan de aan de orde zijnde mededingingsregeling.
- 179 De tweede reeks documenten betreft het jaar 1994. Een nota van 28 maart 1994 vermeldt een telefoontje van een werknemer van SNV die zich voorstelde als de verantwoordelijke voor bitumenvraagstukken en ExxonMobil suggereerde om een bijeenkomst te organiseren teneinde met name de „strategie gemeenschappelijke klanten” te bespreken. Een andere nota van 11 april 2004 verwijst naar een vergadering van 8 april 1994 met dezelfde werknemer „in het kader van een Nabit-vergadering” (Nabit is de brancheorganisatie van de bitumensector in Nederland), tijdens welke ExxonMobil hem heeft verzocht om bepaalde onderwerpen die „zowel door het beleid van Esso als dat van Shell verboden” waren, niet aan te snijden. Bijgevolg kan uit deze documenten, waarvan de inhoud vrij vaag is, niet worden opgemaakt of SNV verwees naar de aan de orde zijnde mededingingsregeling.
- 180 Weliswaar is het niet logisch die documenten aldus uit te leggen dat zij in de context van gewone en wettelijke bilaterale contacten tussen twee ondernemingen moeten worden gezien, zoals verzoeksters suggereren, maar vastgesteld moet worden dat die vier documenten vrij vaag zijn en niet noodzakelijkerwijs naar de aan de orde zijnde mededingingsregeling verwijzen. De Commissie heeft er overigens zelf voor gekozen om de twee documenten van 1994 niet te vermelden in de bestreden beschikking, terwijl zij dit in 1994 plaatsgevonden incident had vermeld in de mededeling van punten van bezwaar (punt 204).

181 Bijgevolg kan op basis van de door de Commissie verstrekte bewijselementen niet met zekerheid worden vastgesteld dat SNV de rol van aanstichter heeft gespeeld, met name ten aanzien van ExxonMobil, bij de totstandbrenging van de aan de orde zijnde mededingingsregeling.

– Vaststelling betreffende de rol van aanstichter

182 In die omstandigheden moet worden vastgesteld dat de Commissie haar beoordeling in de bestreden beschikking dat SNV in de aan de orde zijnde inbreuk de rol van aanstichter heeft gespeeld, onvoldoende heeft onderbouwd.

183 Aangezien de Commissie geen verdere elementen naast die in punt 342 van de bestreden beschikking bij het Gerecht heeft aangedragen om te bewijzen dat SNV heeft aangezet tot de aan de orde zijnde inbreuk, zal het onderzoek van het Gerecht zich toespitsen op de vraag of SNV een leidinggevende rol in deze inbreuk heeft gespeeld.

### *Rol van SNV als leider*

#### Argumenten van partijen

184 Verzoeksters zijn van mening dat de Commissie, door SNV als leider van het kartel aan te merken, blijk heeft gegeven van onjuiste opvattingen van de feiten en het recht die rechtvaardigen dat de vermeerdering van de hun opgelegde geldboete met 50 % geheel of gedeeltelijk ongedaan wordt gemaakt. Volgens de rechtspraak moet de Commissie, om vast te stellen dat een onderneming de rol van leider heeft gespeeld, bewijzen dat deze concrete acties heeft genomen die een belangrijke aanzet tot de uitvoering van de kartelovereenkomst gaven en zich daardoor duidelijk onderscheidde van de andere deelnemers aan de overeenkomst (arrest BASF/Commissie, punt 140 hierboven, punt 348), wat zij niet kon bewijzen voor SNV.

185 In casu heeft de Commissie zich gebaseerd op elementen betreffende vijf gedragingen van SNV om te oordelen dat SNV een leider van het kartel was: de rol die SNV tijdens de eerste jaren van het kartel, in 1994 en in 1995, heeft gespeeld in de onderhandelingen met de leden van de W5 namens de leveranciers; vanaf 1996, toen de overlegvergaderingen over bitumen zijn begonnen, de omstandigheid dat zij het initiatief nam om KWS bilateraal de geplande prijsverhogingen mee te delen, vervolgens dat zij samen beoordeelden of het opportuun was een bijeenkomst tussen de leveranciers en de grote bouwers te organiseren; haar hoofdrol tijdens de voorbereidende vergaderingen tussen de leveranciers; haar grote rol als woordvoerder van de leveranciers tijdens de overlegvergaderingen met de grote bouwers en tot slot haar taak van toezicht op de naleving van de overeenkomsten.

– Rol die SNV in 1994 en in 1995 heeft gespeeld in de onderhandelingen met KWS namens de leveranciers

186 Verzoeksters zijn om te beginnen van mening dat de Commissie blijk heeft gegeven van onjuiste opvattingen van de feiten en het recht door op basis van de twee interne nota's van HBG van 28 maart en 8 juli 1994 te oordelen dat SNV een leider van het kartel was. Die twee nota's kunnen slechts verwijzen naar zuiver bilaterale contacten tussen SNV en KWS. Bovendien kan uit die nota's niet worden afgeleid dat er via SNV en KWS overeenkomsten tussen de grote bouwers en de leveranciers bestonden, omdat daaruit enkel blijkt dat een specifieke prijs was voorgesteld aan HBG; zij zijn niet opgesteld door een rechtstreekse getuige van de onderhandelingen, maar door de directeur aanbestedingen van HBG, en zijn niet bevestigd door andere elementen en vervolgens tegengesproken door de verklaring onder ede van de directeur bitumenverkoop van SNV op 22 november 2006. De Commissie had dus moeten vaststellen dat er een horizontale prijsovereenkomst tussen de leveranciers bestond waarin de bilateraal door SNV en KWS bepaalde

voorwaarden waren aangenomen. Tot slot komt de theorie dat er onderhandelingen tussen de grote bouwers en de leveranciers, respectievelijk vertegenwoordigd door KWS en SNV, plaatsvonden in 1994 en in 1995, niet voor in de mededeling van punten van bezwaar.

187 De Commissie is daarentegen van mening dat die twee nota's van HBG ondubbelzinnig verwijzen naar het bestaan van een overeenkomst tussen de leveranciers en de W5 en aantonen dat SNV ermee was belast de leveranciers te vertegenwoordigen, aangezien daarin met name is vermeld dat de leveranciers de bedoeling hadden af te wijken van de met de grote bouwers gesloten overeenkomst door hun prijzen te verhogen. Zij preciseert ook dat die nota's waren opgesteld door de werknemer van HBG die belast was met de bitumeninkopen, die nauw samenwerkte met de werknemer die aan de overlegvergaderingen over bitumen deelnam, en dat de Unierechter hoe dan ook van oordeel is dat de omstandigheid dat een document op het tijdstip van de feiten is opgesteld door een persoon die niet aanwezig was op een vergadering, niet afdoet aan de bewijswaarde ervan (arrest Gerecht van 10 maart 1992, Shell/Commissie, T-11/89, Jurispr. blz. II-757, punt 86). Die uit die tijd stammende bewijsstukken kunnen niet ter discussie worden gesteld door een latere verklaring van een werknemer van SNV. Bovendien is, anders dan verzoeksters betogen, voor de vaststelling dat een onderneming de rol van leider speelt, niet bepalend dat de houding van de leider de andere kartelleden automatisch bindt, maar wel dat de onderneming een voldoende actieve rol heeft in het kartel. Tot slot komt de theorie dat die onderhandelingen tussen SNV en KWS namens hun respectieve groep hadden plaatsgevonden, meerdere keren voor in de mededeling van punten van bezwaar en verzoeksters hebben overigens daarop geantwoord op 20 mei 2005.

– Omstandigheid dat SNV vanaf 1996 vooraf met KWS besliste of het opportuun was een bijeenkomst tussen de leveranciers en de W5 te organiseren

188 Verzoeksters zijn van mening dat de Commissie blijk heeft gegeven van onjuiste opvattingen van de feiten door te oordelen dat de vanaf 1996 opgezette bilaterale contacten tussen SNV en KWS erop wezen dat SNV een leidinggevende rol had in het kartel. Die bijeenkomsten vonden namelijk plaats in een context van onstabiele aardolieprijzen en dollarkoersen, waarin de W5 regelmatig opnieuw wenste te onderhandelen over de bitumenprijs met zijn leveranciers en een zekere prijsstabiliteit gegarandeerd wilde hebben, door grote prijsverlagingen te voorkomen en erop toe te zien dat de verhogingen collectief gebeurden, waardoor het door de Nederlandse regering voor openbare aanbestedingen opgezette prijsmechanisme, dat tot doel had de opdrachtgever te laten instaan voor prijschommelingen, in werking trad. Zij stellen dus dat het ging om normale contacten tussen een leverancier en een klant en dat de bijeenkomsten over bitumen alleen op initiatief van KWS plaatsvonden. Zo vonden de contacten tussen de werknemers van SNV en het secretariaat van KWS slechts plaats wanneer KWS een dergelijke vergadering bijeenriep. Tot slot benadrukken zij dat de verklaringen van Kuwait Petroleum, waarop de Commissie zich heeft gebaseerd om te stellen dat die bilaterale contacten aantoonde dat SNV de leider van het kartel was, slechts voortkomen uit geruchten. Uit de verklaring van de werknemer van SNV blijkt enkel dat deze werknemer contact opnam met KWS bij prijschommelingen van de grondstoffen van bitumenproducten.

189 Volgens de Commissie ging het om een bilaterale mededingingsregeling en laten verzoeksters na te preciseren dat ook de leveranciers belang hadden bij een prijsverhoging voor bitumen. Zij heeft zich gebaseerd op meerdere ondernemingsverklaringen, waaronder die van SNV bij haar verzoek om toepassing van de mededeling inzake medewerking, om te stellen dat Shell en KWS vooraf samen onderzochten of het opportuun was een bijeenkomst tussen leveranciers en grote bouwers te organiseren. Zij preciseert ook dat de verklaring van Kuwait Petroleum afkomstig is van een regelmatige deelnemer aan de multilaterale overlegvergaderingen over bitumen.

– Hoofdrol van SNV tijdens de voorbereidende vergaderingen tussen leveranciers

190 Verzoeksters zijn van mening dat de Commissie over geen bewijs beschikte om te stellen dat SNV een hoofdrol had gespeeld tijdens de voorbereidende vergaderingen tussen leveranciers. Meerdere leveranciers waren betrokken bij de organisatie, de logistiek en de leiding van die vergaderingen. De daarover door BP afgelegde verklaring is niet meer dan een suggestie, die door geen enkel ander element wordt bevestigd. Andere verklaringen van BP en Kuwait Petroleum geven daarentegen aan dat niet één maar meerdere leveranciers die vergaderingen organiseerden en leidden. Hoe dan ook kan de verklaring van BP, waarvan zij de juistheid betwisten, volgens de rechtspraak op zich niet volstaan als bewijs (arresten Gerecht van 14 mei 1998, Enso-Gutzeit/Commissie, T-337/94, Jurispr. blz. II-1571, punt 91, en 8 juli 2004, JFE Engineering/Commissie, T-67/00, T-68/00, T-71/00 en T-78/00, Jurispr. blz. II-2501, punt 219). Met betrekking tot het interne document van HBG van 23 april 2001 zijn verzoeksters van mening dat het geen bewijskracht heeft en hoe dan ook niet in de bestreden beschikking in aanmerking kon worden genomen zonder hun rechten van verdediging te schenden, aangezien het slechts bij de mededeling van punten van bezwaar was gevoegd, maar daarin niet werd genoemd (arrest Shell/Commissie, punt 187 hierboven, punten 55 en 56). Tot slot kan uit niets worden afgeleid dat SNV verslag van het bitumenoverleg heeft uitgebracht aan leveranciers die niet op de overlegvergaderingen aanwezig waren en dit argument komt overigens niet in de bestreden beschikking voor.

191 De Commissie herinnert eraan dat zij zich op de verklaring in het verzoek van BP om toepassing van de mededeling inzake medewerking en op een interne nota van HBG van april 2001 heeft gebaseerd om vast te stellen dat SNV de voorbereidende vergaderingen opende en er de discussies leidde. Zij heeft echter nooit gesteld dat SNV een bijzondere rol speelde bij het bijeenroepen van die voorbereidende vergaderingen of bij de concrete organisatie ervan en evenmin ter discussie gesteld dat de conclusies waartoe de deelnemers aan die vergaderingen kwamen, niet waren opgelegd door SNV, maar het resultaat waren van een compromis tussen deze deelnemers. Tot slot kan het Gerecht in het kader van zijn toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht rekening houden met nieuwe bewijselementen die tijdens de gerechtelijke procedure zijn onderzocht (zie Tokai I-arrest, punt 153 hierboven, punt 165 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Hoe dan ook had SNV uit de mededeling van punten van bezwaar kunnen afleiden dat de bijgevoegde interne nota van HBG kon worden gebruikt als bewijs dat haar rol als leider bevestigde.

– Rol van SNV als woordvoerder van de leveranciers tijdens de overlegvergaderingen over bitumen

192 Verzoeksters menen dat SNV geen leider was tijdens de overlegvergaderingen, die werden gedomineerd door de grote bouwers, meer bepaald KWS. Zij benadrukken bovendien dat de verklaring van de werknemer van Kuwait Petroleum dat SNV de tegenpartij van KWS was tijdens die vergaderingen, slechts een indirect getuigenis is, zoals de Commissie in de bestreden beschikking heeft erkend (punt 78), dat dus minder bewijskracht heeft en op basis waarvan niet kan worden vastgesteld dat SNV de vergaderingen leidde namens de leveranciers. SNV werd in werkelijkheid slechts door de leden van de W5 gevraagd om de prijsschommelingen van de grondstoffen van wegebouwbitumen te verklaren en zij was dus enkel de woordvoerder van de leveranciers, wat niet kan worden gelijkgesteld met de vrijwillige rol van leider. De Unierechter is van oordeel dat dit niet kan volstaan om de betrokken onderneming als leider van het kartel aan te merken (arrest BASF/Commissie, punt 140 hierboven, punt 427). Tot slot heeft de Commissie erkend dat geen bitumenleverancier in het bijzonder de rol van leider heeft gespeeld bij het meedelen van de resultaten van het overleg aan andere ondernemingen, maar dat meerdere ondernemingen die taak hebben vervuld.

193 De Commissie herinnert eraan dat de Unierechter reeds heeft geoordeeld dat een kartel twee kopstukken kan hebben (arrest Gerecht van 27 september 2006, Archer Daniels Midland/Commissie, T-59/02, Jurispr. blz. II-3627, punten 299-301). In casu blijkt uit de verklaringen van een werknemer van SNV van 24 september 2003 en van een werknemer van Kuwait Petroleum dat SNV de afwezige

leveranciers vertegenwoordigde, dat zij over het algemeen de vergaderingen inleidde namens alle leveranciers en dat zij de tegenpartij van KWS was. De verklaring van de werknemer van Kuwait Petroleum heeft zeker bewijswaarde, aangezien deze rechtstreeks heeft samengewerkt met de werknemer die aan al die vergaderingen deelnam en soms is aangeduid als iemand die zelf op die vergaderingen aanwezig was. De Commissie preciseert bovendien dat de omstandigheid dat de leveranciers vóór elke vergadering een vooraf afgesproken plan hadden, irrelevant is voor de kwalificatie als leider, aangezien de Unierechter niet oordeelt dat er slechts sprake kan zijn van een leider indien deze zijn gedrag aan de anderen oplegt (arrest BASF/Commissie, punt 140 hierboven, punt 374). Voorts is de Commissie, met betrekking tot de omstandigheid dat de leveranciers die niet rechtstreeks aan de vergaderingen deelnamen, achteraf werden ingelicht, van mening dat dit geen doorslaggevend element is om een onderneming als leider in een bilaterale mededingingsregeling aan te merken. Tot slot herinnert zij eraan dat zij op basis van meerdere elementen van oordeel was dat SNV in alle stadia van het kartel een leidinggevende rol had gespeeld, en niet op basis van het enkele feit dat SNV de vergaderingen inleidde en als woordvoerder van de leveranciers optrad.

– Toezicht op de uitvoering van de mededingingsregeling

- <sup>194</sup> De Commissie wijst erop dat zij in de bestreden beschikking heeft vermeld dat SNV ook als leider optrad bij het toezicht op de uitvoering van de mededingingsregeling, waarvoor zij zich met name baseerde op het interne document van HBG van 23 april 2001 (punt 347 van de bestreden beschikking) en op een interne nota van KWS (punt 352 van de bestreden beschikking).

Beoordeling door het Gerecht

- <sup>195</sup> Blijkens de bestreden beschikking was de Commissie van oordeel dat SNV, binnen de groep van leveranciers, en KWS, binnen de W5, een bijzondere verantwoordelijkheid droegen vanwege hun respectieve rol als „kopstuk” van het kartel tijdens de gehele duur ervan (punten 343-349 van de bestreden beschikking).

– Algemene beginselen betreffende de rol van leider

- <sup>196</sup> Wanneer een inbreuk door meerdere ondernemingen is gepleegd, moet volgens vaste rechtspraak bij de bepaling van de geldboeten worden vastgesteld welke rol elk van hen tijdens de duur van hun deelneming aan de inbreuk heeft gespeeld (arresten Commissie/Anic Partecipazioni, punt 152 hierboven, punt 150, en Enichem Anic/Commissie, punt 152 hierboven, punt 264). Hieruit vloeit met name voort dat bij de berekening van de geldboete rekening moet worden gehouden met het feit dat een of meerdere ondernemingen binnen een kartel als „kopstuk” (leider) zijn opgetreden, omdat de ondernemingen die een dergelijke rol hebben gespeeld, in vergelijking met de andere ondernemingen een bijzondere verantwoordelijkheid moeten dragen (arrest Hof van 16 november 2000, Finnboard/Commissie, C-298/98 P, Jurispr. blz. I-10157, punt 45).
- <sup>197</sup> Overeenkomstig deze beginselen wordt in punt 2 van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten onder het kopje verzwarende omstandigheden een niet-exhaustieve lijst van omstandigheden genoemd die tot een verhoging van het basisbedrag van de geldboete kunnen leiden, waaronder „het feit dat de betrokken onderneming een leidinggevende rol speelde of tot de inbreuk heeft aanzet” (arrest BASF/Commissie, punt 140 hierboven, punten 280-282).
- <sup>198</sup> Om als leider van een kartel te worden beschouwd, moet een onderneming een significante drijvende kracht achter dit kartel zijn geweest of een bijzondere en concrete verantwoordelijkheid bij de werking ervan hebben gedragen. Deze omstandigheid moet algemeen worden beoordeeld met inachtneming van de omstandigheden van de zaak (arrest BASF/Commissie, punt 140 hierboven, punten 299, 300, 373 en 374, en arrest Gerecht van 18 juni 2008, Hoechst/Commissie, T-410/03, Jurispr. blz. II-881, punt 423). Zij kan met name worden afgeleid uit het feit dat de onderneming uit eigen beweging via

specifieke initiatieven een fundamentele impuls heeft gegeven aan het kartel (arresten BASF/Commissie, punt 140 hierboven, punten 348, 370-375 en 427, en Hoechst/Commissie, reeds aangehaald, punt 426). Zij kan eveneens worden afgeleid uit een reeks aanwijzingen waaruit blijkt dat de onderneming zich bekommerde om de stabiliteit en het welslagen van het kartel (arrest BASF/Commissie, punt 140 hierboven, punt 351).

- 199 Dit is het geval wanneer de onderneming heeft deelgenomen aan de bijeenkomsten van het kartel namens een andere onderneming die daarbij niet aanwezig was en de resultaten van deze bijeenkomsten aan haar heeft meegedeeld (arrest BASF/Commissie, punt 140 hierboven, punt 439). Dit is eveneens het geval wanneer is gebleken dat deze onderneming een centrale rol heeft gespeeld in de concrete werking van het kartel, bijvoorbeeld door tal van bijeenkomsten te organiseren, binnen het kartel informatie te verzamelen en te verspreiden, en zelf het vaakst voorstellen te formuleren met betrekking tot de werking van het kartel (zie in die zin arrest Hof 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 57 en 58, en arrest BASF/Commissie, punt 140 hierboven, punten 404, 439 en 461).
- 200 Bovendien is de omstandigheid dat een onderneming actief toezag op de naleving van de binnen het kartel gesloten overeenkomsten, een beslissende aanwijzing dat deze onderneming de leider van het kartel was (arrest HFB e.a./Commissie, punt 142 hierboven, punt 577).
- 201 Daarentegen is het niet nodig dat een onderneming druk uitoefent of zelfs de andere kartelleden voorschrijft hoe zij zich moeten gedragen, om als leider van het kartel te kunnen worden aangemerkt (arrest BASF/Commissie, punt 140 hierboven, punt 374). De marktpositie van een onderneming en de middelen waarover zij beschikt, kunnen evenmin aanwijzingen vormen dat zij een leidinggevende rol heeft gespeeld in het kader van de inbreuk, ook al maken deze elementen deel uit van de context in het kader waarvan dergelijke aanwijzingen moeten worden beoordeeld (zie in die zin arrest Gerecht van 9 juli 2003, Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie, T-224/00, Jurispr. blz. II-2597, punt 241, en arrest BASF/Commissie, punt 140 hierboven, punt 299).
- 202 Tot slot moet eraan worden herinnerd dat het Gerecht reeds heeft verklaard dat de Commissie kan oordelen dat meerdere ondernemingen een leidinggevende rol hebben gespeeld in een kartel (arrest Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie, punt 201 hierboven, punt 239).
- 203 Bijgevolg moet het Gerecht tegen de achtergrond van de hierboven in herinnering gebrachte beginselen beoordelen of de Commissie afdoende heeft bewezen dat SNV een leider van het kartel was.
- 204 Zoals reeds vermeld, heeft de Commissie zich op vijf gedragingen van SNV gebaseerd om te oordelen dat zij een van de leiders van het kartel was:
- ten eerste, de rol die zij in 1994 en in 1995 heeft gespeeld in de onderhandelingen met KWS namens de leveranciers;
  - ten tweede, dat zij vanaf 1996 vooraf met KWS besliste of het opportuun was een bijeenkomst tussen de leveranciers en de W5 te organiseren;
  - ten derde, haar hoofdrol tijdens de voorbereidende vergaderingen tussen de leveranciers;
  - ten vierde, haar grote rol als woordvoerder van de leveranciers tijdens de bijeenkomsten met de W5;
  - ten vijfde, haar taak van toezicht op de uitvoering van het kartel.



205 Om deze vijf gedragingen vast te stellen, heeft de Commissie zich gebaseerd op tijdens de inspecties in beslag genomen documenten uit de tijd van de feiten en op verklaringen van verzoeksters en andere kartelleden (punten 343-349 van de bestreden beschikking).

– Rol die SNV in 1994 en in 1995 heeft gespeeld in de onderhandelingen met KWS namens de leveranciers

206 De Commissie heeft de twee interne nota's van HBG van 28 maart en 8 juli 1994 als basis genomen om aan te tonen dat de overeenkomsten tijdens de eerste twee jaren van het kartel waren gesloten via bilaterale contacten tussen SNV en KWS. Die twee nota's vermelden overeenkomsten van maart 1994 tussen KWS, namens de W5, en SNV, namens de oliemaatschappijen, betreffende de bitumenprijs, die tot 1 januari 1995 ongewijzigd moest blijven. Anders dan verzoeksters betogen, kunnen die documenten niet aldus worden uitgelegd dat zij enkel gewag maken van zuiver bilaterale contacten tussen SNV en KWS. De eerste nota bevat namelijk een verwijzing naar „de overeenkomst die de oliebedrijven hebben gesloten met de [W5]” en de tweede nota verwijst ook naar een in maart „met de [W5] (H./KWS) en de oliebedrijven (E./SNV)” gesloten overeenkomst. Evenzo kan die tweede nota er niet op wijzen dat de leveranciers HBG specifieke prijzen voorstelden, maar toont zij enkel aan dat de oliemaatschappijen in juli 1994 het risico hadden genomen af te wijken van de in maart 1994 met de W5 gesloten overeenkomsten door hun prijzen te verhogen. Tot slot hebben de door verzoeksters bij de repliek gevoegde documenten, waarmee wordt beoogd aan te tonen dat KWS in 1987 en in 1988 aan de onderneming Smid en Hollander had gevraagd om zich te houden aan de tussen KWS en SNV afgesproken prijzen en kortingen, geen bewijskracht, aangezien zij een periode van ruim vóór de inbreukperiode betreffen.

207 Verzoeksters betwisten bovendien de bewijskracht van die twee nota's met het betoog dat zij zijn opgesteld door de directeur aanbestedingen van HBG, die slechts een indirecte getuige van de weergegeven gebeurtenissen was omdat hij nooit aan een onderhandeling over bitumen heeft deelgenomen. De Unierechter is echter van oordeel dat het feit dat het gaat om informatie uit tweede hand, irrelevant is voor de bewijswaarde van deze informatie (arrest Shell/Commissie, punt 187 hierboven, punt 86) en dat het overeenkomstig algemene bewijsregels van groot belang wordt geacht dat documenten onmiddellijk na de betrokken bijeenkomsten werden opgesteld en dat daarbij duidelijk nooit de gedachte opkwam, dat zij in handen van derden zouden komen (conclusie van rechter Vesterdorf, aangewezen als advocaat-generaal, bij het arrest Rhône-Poulenc/Commissie, punt 161 hierboven). In casu was die werknemer belast met de inkoop van bitumen voor HBG en werkte hij nauw samen met de werknemer die rechtstreeks deelnam aan het overleg met de W5 en vervolgens aan de kartelbijeenkomsten. Bijgevolg komt aan de nota's die de directeur aanbestedingen van HBG ten tijde van de feiten heeft opgesteld, een grote bewijskracht toe. Daaruit volgt dat de Commissie zich terecht op die nota's kon baseren, zonder dat zij andere elementen hoefde aan te dragen ter bevestiging van de inhoud ervan, waarvan de bewijswaarde niet ter discussie kan worden gesteld door de enkele verklaring van de directeur bitumenverkoop van SNV van 22 november 2006. Die verklaring is namelijk na de vaststelling van de bestreden beschikking opgesteld en de auteur ervan was een werknemer van verzoeksters toen zij werd opgesteld.

208 Verzoeksters betogen voorts dat de Commissie haar theorie dat er namens hun respectieve groep onderhandelingen tussen KWS en SNV hadden plaatsgevonden, niet heeft uiteengezet in de mededeling van punten van bezwaar. Dat argument mist echter feitelijke grondslag. Uit de punten 111, 139 en 201 van de mededeling van punten van bezwaar volgt namelijk dat de Commissie de ondernemingen reeds had ingelicht over die analyse.

209 Bijgevolg kon de Commissie terecht vaststellen dat de overeenkomsten in 1994 en in 1995 waren gesloten via bilaterale contacten tussen SNV en KWS.

210 SNV heeft tijdens die eerste twee jaren dus weliswaar een bijzondere rol gespeeld in de werking van het kartel, maar om vast te stellen of zij een leider was, moeten de andere door de Commissie aangedragen elementen, betreffende de hele inbreukperiode, worden onderzocht.

– Omstandigheid dat SNV vanaf 1996 vooraf met KWS besliste of het opportuun was een bijeenkomst tussen de leveranciers en de W5 te organiseren

211 De Commissie heeft zich op vier documenten gebaseerd om vast te stellen dat SNV vanaf 1996, toen de multilaterale overlegvergaderingen over bitumen zijn begonnen, het initiatief nam om KWS bilateraal de geplande prijsverhogingen mee te delen en dat zij vervolgens samen onderzochten of het opportuun was een bijeenkomst tussen de leveranciers en de grote bouwers te organiseren (punten 344 en 345 van de bestreden beschikking).

212 Het gaat in de eerste plaats om het antwoord van verzoeksters op de mededeling van punten van bezwaar van 20 mei 2005, waarin zij hebben erkend dat SNV vaak als eerste contact opnam met KWS om een prijsverhoging te vragen, omdat zij de belangrijkste bitumenleverancier op de Nederlandse markt was. Vastgesteld moet echter worden dat uit dat document slechts kan worden afgeleid dat SNV met KWS contact opnam om een prijsverhoging te vragen, maar dat het geen aanwijzingen verschaft over haar rol in de beslissing om kartelbijeenkomsten te organiseren.

213 Wat in de tweede plaats de verklaring van de werknemer van SNV van 24 september 2003 betreft, die is gevoegd bij het verzoek van verzoeksters van 10 oktober 2003 om toepassing van de mededeling inzake medewerking, zij opgemerkt dat daarin evenzo staat dat „wegenbouwondernemingen de directeur bitumenverkoop [van SNV] hebben verzocht KWS de wijzigingen in de upstreamprijs voor grondstoffen mee te delen, wat KWS er in een aantal gevallen toe heeft gebracht de betrokken ondernemingen uit te nodigen voor een bijeenkomst”. Op basis van die verklaring kan echter niet worden vastgesteld dat SNV en KWS samen onderzochten of het opportuun was een kartelbijeenkomst te organiseren.

214 Wat in de derde plaats de verklaring van Kuwait Petroleum van 1 oktober 2003 betreft, volgens welke „over het algemeen [een werknemer van SNV] en [een werknemer van KWS] bijeenkwamen tijdens een voorbereidende vergadering om te bepalen of een bitumenbijeenkomst voldoende gerechtvaardigd was”, moet worden opgemerkt dat deze verklaring slechts in aanmerking kan worden genomen om de stelling dat SNV een leidinggevende rol had geloofwaardig te maken, indien zij door andere documenten wordt bevestigd, aangezien Kuwait Petroleum er belang bij kon hebben haar eigen rol in de werking van het kartel te minimaliseren.

215 Wat ten vierde en tot slot de tijdens de inspecties bij KWS in beslag genomen nota van 1 oktober 2002 betreft, inzake de activiteiten van het directiesecretariaat, volgens welke „soms een bijeenkomst plaatsvond, in deze samenstelling, met de bitumenleveranciers” en „[SNV] daarvoor het initiatief [nam]”, zij vastgesteld dat daaruit evenmin kan worden afgeleid dat SNV en KWS samen onderzochten of het opportuun was een kartelbijeenkomst te organiseren.

216 Verzoeksters betogen dat het de grote bouwers waren die deze bilaterale bijeenkomsten omvormden tot collectieve onderhandelingen en dat KWS een hoofdrol speelde bij de beslissing om deze te organiseren. Zo menen zij dat de contacten tussen de werknemers van SNV en het secretariaat van KWS slechts plaatsvonden wanneer KWS had beslist een dergelijk overleg bijeen te roepen. Weliswaar kan uit de door de Commissie aangedragen bewijselementen, met uitzondering van de in punt 214 hierboven vermelde verklaring van Kuwait Petroleum, slechts worden afgeleid dat SNV als eerste contact opnam met KWS om prijsverhogingen te vragen, maar daaruit blijkt niet of KWS alleen besliste om kartelbijeenkomsten te organiseren dan wel dit samen met SNV deed. In weerwil van de omstandigheid dat het kartel bilateraal was (zie punt 164 hierboven) en dat ook de leveranciers belang

hadden bij een prijsverhoging voor bitumen, moet dus worden vastgesteld dat de door de Commissie gebruikte bewijselementen op zich niet afdoende aantonen dat SNV aan de oorsprong van de kartelbijeekkomsten lag.

217 Bijgevolg moeten de andere door de Commissie aangedragen bewijselementen worden onderzocht om te beoordelen of SNV een leidinggevende rol heeft gespeeld in het kartel.

– Hoofddrol van SNV tijdens de voorbereidende vergaderingen tussen leveranciers

218 De Commissie heeft in de bestreden beschikking geoordeeld dat SNV de discussies tijdens de voorbereidende vergaderingen tussen leveranciers op gang bracht en leidde en voerde daarvoor twee bewijselementen aan. Zoals de Commissie benadrukt, heeft zij echter nooit gesteld dat SNV een bijzondere rol speelde bij het bijeenroepen en de organisatie van deze vergaderingen, en evenmin dat zij daar haar conclusies oplegde.

219 De bestreden beschikking is dus gebaseerd op de verklaringen van BP van 12 juli 2002 dat SNV de vergadering inleidde en de discussies leidde, en op het interne document van HBG van 23 april 2001 waarin SNV als „leider” werd aangewezen. Volgens verzoeksters is de verklaring van BP louter hypothetisch, wordt zij door geen enkel ander element bevestigd en kan zij niet afdoend bewijzen dat SNV een leidinggevende rol had. Voorts menen zij dat aangezien de Commissie het document van HBG niet in de mededeling van punten van bezwaar heeft vermeld en het louter als bijlage heeft toegevoegd, hun rechten van verdediging worden geschonden indien dit document als een geldig bewijselement wordt beschouwd.

220 Wat in de eerste plaats het document van HBG van 23 april 2001 betreft, moet eraan worden herinnerd dat het Gerecht bij de uitoefening van zijn bij artikel 261 VWEU en artikel 31 van verordening nr. 1/2003 verleende toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht kan beoordelen of het bedrag van de geldboeten passend is, met name op basis van aanvullende informatie die niet is vermeld in de mededeling van punten van bezwaar of in de beschikking van de Commissie (arrest SCA Holding/Commissie, punt 176 hierboven, punt 55; Tokai I-arrest, punt 153 hierboven, punt 165, en voor een toepassing met betrekking tot de rol van leider arrest BASF/Commissie, punt 140 hierboven, punt 354).

221 Dit document is een uitwisseling van interne e-mails binnen HBG, waarin een regelmatige deelnemer aan de overlegvergaderingen over bitumen in antwoord aan een van zijn collega's die hem had laten weten dat er bij de vaststelling van kortingen voor bitumen in het noorden van het land een probleem was, hem suggereerde om het probleem ter sprake te brengen tijdens de volgende kartelbijeekkomst en erop wees dat het nuttig was in dit verband een afspraak te maken met E., een werknemer van SNV, die als „leider” werd aangemerkt.

222 Ten eerste volgt uit het dossier dat HBG, een grote bouwer en auteur van het betrokken document, zelf in haar antwoord van 23 september 2003 op een verzoek om inlichtingen van de Commissie heeft opgemerkt dat haar kwalificatie van de werknemer van SNV als „leider” slechts verwees naar de omstandigheid dat SNV nummer één op de markt was. Ten tweede kan dit document weliswaar een bewijselement inzake de rol van SNV bij het toezicht op de uitvoering van het kartel vormen, maar is het irrelevant om de rol van SNV bij de voorbereidende vergaderingen tussen leveranciers te beoordelen.

223 In de tweede plaats moet het andere bewijselement dat de Commissie heeft overgelegd om de rol van SNV tijdens de voorbereidende vergaderingen tussen leveranciers aan te tonen worden onderzocht.

224 Blijkens de verklaring van BP van 12 juli 2002 had de werknemer van BP die deze bijeenkomsten had bijgewoond, in antwoord op de vraag wie prijsvoorstellen deed en wie de voorbereidende vergaderingen tussen leveranciers leidde, herhaaldelijk E., een werknemer van SNV, aangewezen. Dit is een verklaring van een andere leverancier die er belang bij kon hebben zijn eigen rol in de werking van het kartel te minimaliseren, zodat zij slechts in aanmerking kan worden genomen om de stelling dat SNV een leidinggevende rol had, geloofwaardig te maken, indien zij door andere documenten wordt bevestigd. Uit de bestreden beschikking volgt weliswaar dat de Commissie andere bewijselementen als basis heeft genomen om SNV als leider van het kartel aan te merken (punt 204 hierboven), maar uit het voorgaande vloeit voort dat de Commissie geen ander bewijselement heeft verstrekt dat de bijzondere rol van SNV tijdens de voorbereidende vergaderingen van het kartel kan aantonen.

225 Om te beoordelen of SNV een leider in het kartel was, moeten bijgevolg de andere door de Commissie aangedragen bewijselementen worden onderzocht.

– Rol van SNV als woordvoerder van de leveranciers tijdens de overlegvergaderingen over bitumen

226 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat de Commissie in het verweerschrift heeft bevestigd dat zij de omstandigheid dat SNV zoals andere ondernemingen de gewoonte had om de op de bijeenkomsten afwezige leveranciers in te lichten, niet als een aanwijzing heeft beschouwd dat SNV een leidinggevende rol heeft gespeeld.

227 De Commissie heeft echter op basis van de verklaringen van Kuwait Petroleum van 1 en 9 oktober 2003 geoordeeld dat SNV „de inleiding gaf namens de leveranciers en de rol van de tegenpartij [van KWS] speelde” en „dus de leiding nam binnen de groep van leveranciers” (punt 347 van de bestreden beschikking).

228 Er moet echter in herinnering worden gebracht dat de verklaringen van een andere leverancier die er belang bij kon hebben zijn eigen rol in de werking van het kartel te minimaliseren, slechts in aanmerking kunnen worden genomen om de stelling dat SNV een leidinggevende rol had geloofwaardig te maken, indien zij door andere documenten worden bevestigd. Uit de bestreden beschikking volgt weliswaar dat de Commissie andere bewijselementen als basis heeft genomen om SNV als leider van het kartel aan te merken (punt 204 hierboven), maar uit het voorgaande vloeit voort dat de Commissie geen ander bewijselement heeft verstrekt dat de bijzondere rol van SNV tijdens de voorbereidende vergaderingen van het kartel kan aantonen.

229 Om te beoordelen of SNV een leidinggevende rol in het kartel had, moeten bijgevolg de andere door de Commissie aangedragen bewijselementen worden onderzocht.

– Toezicht op de uitvoering van het kartel

230 De Commissie herinnert eraan dat zij in de bestreden beschikking (punten 347 en 352) heeft vermeld dat SNV ook als leider optrad bij het toezicht op de uitvoering van het kartel, aangezien de Unierechter van oordeel is dat de omstandigheid dat een onderneming actief toezag op de naleving van de binnen het kartel gesloten overeenkomsten, een beslissende aanwijzing vormde dat deze onderneming de leider van het kartel was (arrest HFB e.a./Commissie, punt 142 hierboven, punt 577).

231 Daarvoor heeft zij zich gebaseerd op het interne document van HBG van 23 april 2001 (punten 221 en 222 hierboven), over een probleem bij de vaststelling van kortingen door bepaalde leveranciers, waarin was opgemerkt dat het nuttig was zich tot SNV te richten om dit probleem op te lossen, en op een interne nota van KWS (punt 352 van de bestreden beschikking), volgens welke bepaalde leveranciers de vastgestelde kortingen niet hadden gerespecteerd en SNV had gereageerd met de woorden dat het ging om een „terechte straf voor leveranciers die buiten hun boekje gaan”.

- 232 In dit verband moet in herinnering worden gebracht dat het Gerecht dit interne document van HBG in aanmerking kan nemen bij de uitoefening van zijn toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht (zie punt 220 hierboven).
- 233 Het Gerecht is echter van oordeel dat op basis van die twee documenten weliswaar kan worden vastgesteld dat SNV een actief lid van het kartel was, maar dat zij niet afdoende aantonen dat SNV daadwerkelijk toezag op de naleving van de binnen het kartel gesloten overeenkomsten of dat zij dit bijzonder actief deed.
- Vaststelling betreffende de rol van SNV als leider
- 234 Gelet op al het voorgaande had SNV weliswaar een bijzondere rol tijdens de eerste twee jaren waarin het kartel werkte, maar kan op basis van de door de Commissie verstrekte bewijselementen niet met zekerheid worden vastgesteld dat zij een leidinggevende rol heeft gespeeld vanaf het tijdstip waarop het kartel multilateraal werkte.
- 235 In de bijzondere omstandigheden van de zaak moet dan ook worden vastgesteld dat de beoordeling van de Commissie in de bestreden beschikking dat SNV een leidinggevende rol in de aan de orde zijnde inbreuk heeft gespeeld, onvoldoende onderbouwd is.
- 236 Aangezien de Commissie geen verdere elementen naast die in de punten 343 tot en met 348 van de bestreden beschikking bij het Gerecht heeft aangedragen om te bewijzen dat SNV een leidinggevende rol in de aan de orde zijnde inbreuk heeft gespeeld, moet worden vastgesteld dat SNV op basis van de elementen uit het dossier niet kan worden aangemerkt als leider.
- 237 Bijgevolg moet de vermeerdering van het basisbedrag van de aan verzoeksters opgelegde geldboete ongedaan worden gemaakt met betrekking tot de rol van aanstichter (zie punt 182 hierboven) en met betrekking tot de rol van leider (zie punten 233 en 234 hierboven) van SNV. De gevolgen die daaruit moeten worden getrokken voor de vaststelling van het bedrag van de geldboete zullen in de punten 277 en volgende worden besproken.

### *Recidive*

#### Argumenten van partijen

- 238 Verzoeksters zijn van mening dat de Commissie blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en haar beschikking ontoereikend heeft gemotiveerd door het bedrag van de geldboete met 50 % te vermeerderen wegens recidive op grond dat de polypropyleen- en de PVC II-beschikking waren gericht tot Shell, via haar dochteronderneming Shell International Chemicals Co. Ltd (hierna: „SICC”) (punten 336-338 van de bestreden beschikking).
- 239 Zij herinneren eraan dat de Unierechter wat recidive betreft een criterium heeft vastgesteld volgens hetwelk de bij de verschillende inbreuken betrokken ondernemingen dezelfde moedermaatschappij moeten hebben, die daadwerkelijk beslissende invloed heeft uitgeoefend op het inbreukmakende gedrag van haar dochterondernemingen (arrest Michelin/Commissie, punt 38 hierboven, punt 290). Het bedrag van de geldboete kan dus slechts wegens recidive worden vermeerderd wanneer de verschillende inbreuken kunnen worden toegerekend aan dezelfde moedermaatschappij. In casu zijn de twee vroegere inbreuken toegerekend aan SICC, die voor 100 % in handen is van SPCo, een andere houdstermaatschappij dan SPNV, die SNV in handen heeft. De Commissie heeft deze echter niet toegerekend aan de moedermaatschappijen STT plc (thans STT) en KNPM. In casu is dus niet voldaan aan het in het arrest Michelin/Commissie (punt 38 hierboven) gestelde criterium.

- 240 Bovendien verklaart de bestreden beschikking niet waarom de in de polypropyleen- en de PVC II-beschikking aan de orde zijnde inbreuken konden worden toegerekend aan STT (voorheen STT plc) en waarom deze laatste onderneming daadwerkelijk beslissende invloed zou hebben uitgeoefend op het inbreukmakende gedrag van SICC, de dochteronderneming die de in die beschikkingen aan de orde zijnde inbreuken had gepleegd.
- 241 Subsidiar zijn zij van mening dat de vermeerdering van 50 % wegens recidive niet evenredig is, gelet op het feit dat geen hooggeplaatste bestuurders bij dit kartel waren betrokken, dat de werknemer van SNV die aan dit kartel heeft deelgenomen, niet had deelgenomen aan de twee vorige kartels en dat de aldus opgelegde geldboete veel hoger is dan de jaarlijkse opbrengsten van SNV uit de verkoop van bitumen in Nederland.
- 242 Ter terechtzitting van 26 januari 2012 hebben verzoeksters bovendien gesteld dat de Commissie hun rechten van verdediging had geschonden door hun niet de kans te bieden het vermoeden te weerleggen dat STT plc (thans STT) en KNPM daadwerkelijk beslissende invloed hadden uitgeoefend op hun voor de twee vorige inbreuken gestrafte dochterondernemingen.
- 243 De Commissie wijst de argumenten van verzoeksters van de hand. Zij heeft bovendien ter terechtzitting van 26 januari 2012 gepreciseerd dat het Gerecht op 13 juli 2011 haar beschikking van 29 november 2006 heeft bevestigd waarbij zij een aan SPNV en aan twee andere ondernemingen van de Shell-groep opgelegde geldboete had vermeerderd wegens recidive omdat Shell de adressaat was geweest van de polypropyleen- en de PVC II-beschikking (arrest Gerecht van 13 juli 2011, Shell Petroleum e.a./Commissie, T-38/07, Jurispr. blz. II-4383).

#### Beoordeling door het Gerecht

- 244 De Commissie heeft in de punten 336 tot en met 338 van de bestreden beschikking opgemerkt dat de geldboete van Shell met 50 % moest worden vermeerderd wegens recidive, aangezien deze onderneming reeds de adressaat was geweest van de polypropyleen- en de PVC II-beschikking.
- 245 Er moet aan worden herinnerd dat bij het onderzoek van de zwaarte van een inbreuk ook rekening moet worden gehouden met een eventuele recidive (arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, punt 36 hierboven, punt 91). Uit het oogpunt van afschrikking is recidive namelijk een omstandigheid die een aanzienlijke vermeerdering van het basisbedrag van de geldboete rechtvaardigt, aangezien zij bewijst dat de eerder opgelegde sanctie onvoldoende afschrikkende werking heeft gehad (arrest Michelin/Commissie, punt 38 hierboven, punt 293).
- 246 Overeenkomstig deze beginselen wordt in punt 2 van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten onder het kopje verzwarende omstandigheden een niet-exhaustieve lijst van omstandigheden genoemd die tot een verhoging van het basisbedrag van de geldboete kunnen leiden, waaronder „recidive door dezelfde onderneming(en) voor eenzelfde type inbreuk”.
- 247 Het begrip recidive moet aldus worden begrepen dat het betrekking heeft op de gevallen waarin een onderneming een nieuwe inbreuk pleegt nadat zij voor soortgelijke overtredingen is gestraft (arrest Michelin/Commissie, punt 38 hierboven, punt 284).
- 248 Het is rechtspraak dat aangezien het mededingingsrecht van de Unie erkent dat verschillende vennootschappen die tot dezelfde groep behoren, een economische eenheid vormen, en dus een onderneming in de zin van de artikelen 81 EG en 82 EG, indien de betrokken vennootschappen niet zelfstandig hun marktgedrag bepalen, en de Commissie bijgevolg een geldboete kan opleggen aan de moedermaatschappij voor de praktijken van vennootschappen van de groep, de Commissie op goede

gronden kan oordelen dat er sprake is van recidive wanneer een van de dochterondernemingen van de moedermaatschappij eenzelfde soort inbreuk pleegt als die waarvoor een andere dochteronderneming eerder was gestraft (arrest Michelin/Commissie, punt 38 hierboven, punt 290).

- 249 Verzoeksters menen in de eerste plaats dat in casu niet is voldaan aan de voorwaarden die zijn gesteld in het arrest Michelin/Commissie (punt 38 hierboven), aangezien de moedermaatschappij, aan wie de in de polypropyleen- en de PVC II-beschikking aan de orde zijnde inbreuken waren toegerekend, niet dezelfde is als die welke bij de door SNV gepleegde inbreuk betrokken is. Zij wijzen erop dat SICC, die totaal in handen was van STT plc en KNPM, aansprakelijk was gesteld voor de inbreuk in de twee vroegere zaken, terwijl de onderhavige inbreuk niet kan worden toegerekend aan STT (voorheen STT plc) of aan KNPM, die niet langer bestaat.
- 250 Vastgesteld moet worden dat SICC, tot wie de polypropyleen- en de PVC II-beschikking waren gericht, en SNV, de adressaat van de bestreden beschikking, dochterondernemingen zijn die indirect voor 100% in handen zijn van dezelfde moedermaatschappijen, namelijk STT (voorheen STT plc) en KNPM.
- 251 Zoals het Gerecht in de punten 36 en 37 hierboven in herinnering heeft gebracht, zien de mededingingsregels van de Unie op de activiteiten van ondernemingen, waarbij onder het begrip onderneming in de zin van artikel 81 EG en de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten moet worden verstaan een economische eenheid, ook al wordt deze economische eenheid uit juridisch oogpunt gevormd door verschillende natuurlijke of rechtspersonen (arrest Akzo Nobel e.a./Commissie, punt 37 hierboven, punt 55). Het mededingingsversturende gedrag van een onderneming kan aan een andere onderneming 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 (arrest Akzo Nobel e.a./Commissie, punt 37 hierboven, punt 58).
- 252 Voorts is de Unierechter van oordeel dat aangezien de Commissie de mogelijkheid maar niet de verplichting heeft om een moedermaatschappij aansprakelijk te stellen voor de inbreuk (zie in die zin arrest Hof van 24 september 2009, Erste Group Bank e.a./Commissie, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P en C-137/07 P, Jurispr. blz. I-8681, punt 82, en arrest Gerecht van 14 december 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a./Commissie, T-259/02-T-264/02 en T-271/02, Jurispr. blz. II-5169, punt 331), uit het enkele feit dat de Commissie een moedermaatschappij in een vroegere beschikking niet aansprakelijk heeft gesteld, niet kan worden afgeleid dat zij verplicht is in een latere beschikking dezelfde beslissing te nemen (PVC II-arrest, punt 52 hierboven, punt 990; arresten van 17 mei 2011, Elf Aquitaine/Commissie, T-299/08, Jurispr. blz. II-2149, punt 60, en Arkema France/Commissie, T-343/08, Jurispr. blz. II-2287, punt 100).
- 253 In casu betekent de omstandigheid dat de Commissie in voormelde zaken ervoor had gekozen de inbreuk toe te rekenen aan SICC, een 100%-dochteronderneming van SPCo, die zelf volledig in handen was van STT plc (thans STT) en KNPM, en niet aan deze laatste ondernemingen, bijgevolg niet dat zij de rechtspraak inzake recidive niet kan toepassen.
- 254 Bovendien moet eraan worden herinnerd dat uit de punten 35 tot en met 52 hierboven blijkt dat de Commissie de inbreuk in casu terecht heeft toegerekend aan STT (voorheen STT plc).
- 255 Wat het argument betreft dat KNPM niet langer bestaat, herinnert het Gerecht eraan dat moet worden voorkomen dat ondernemingen aan sancties kunnen ontsnappen door eenvoudigweg hun identiteit te veranderen door middel van herstructureringen, overdrachten of andere juridische of organisatorische wijzigingen, teneinde de doelstelling, met de mededingingsregels strijdige gedragingen te bestraffen en herhaling daarvan te voorkomen door middel van afschrikkende sancties, niet in gevaar te brengen (arresten Hof van 15 juli 1970, ACF Chemiefarma/Commissie, 41/69, Jurispr. blz. 661, punt 173; 29 juni 2006, Showa Denko/Commissie, C-289/04 P, Jurispr. blz. I-5859, punt 61, en 7 juni 2007,

Britannia Alloys & Chemicals/Commissie, C-76/06 P, Jurispr. blz. I-4405, punt 22, en arrest ETI e.a., punt 44 hierboven, punt 41). Dat KNPM niet langer bestaat, betekent dus niet dat geen beroep kan worden gedaan op de regels inzake recidive voor de onderneming die is blijven bestaan.

- 256 Gelet op het voorgaande moet worden vastgesteld dat verzoeksters ten onrechte hebben betoogd dat de in het arrest Michelin/Commissie (punt 38 hierboven) gestelde voorwaarden niet waren vervuld. De Commissie heeft dus geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat verzoeksters recidivisten waren.
- 257 Verzoeksters voeren in de tweede plaats, subsidiair, aan dat het in het kader van haar motiveringsplicht aan de Commissie stond om in de bestreden beschikking de elementen te verstrekken op basis waarvan kon worden vastgesteld dat de in de polypropyleen- en de PVC II-beschikking aan de orde zijnde inbreuken hadden kunnen worden toegerekend aan STT (voorheen STT plc) en dat deze laatste onderneming daadwerkelijk beslissende invloed had uitgeoefend op het inbreukmakende gedrag van SICC, de dochteronderneming die de in die beschikkingen aan de orde zijnde inbreuken had gepleegd.
- 258 Volgens vaste rechtspraak moet de door artikel 253 EG vereiste motivering de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking doen komen, opdat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen. De aan de motivering te stellen eisen moeten worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij met name rekening moet worden gehouden met de inhoud van de handeling, de aard van de redengeving en het belang dat de adressaten of andere personen die door de handeling rechtstreeks en individueel worden geraakt, bij een verklaring kunnen hebben. Het is niet noodzakelijk dat alle relevante gegevens feitelijk of rechtens in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de beoordeling van de vraag of de motivering van een handeling aan de vereisten van artikel 230 EG voldoet, niet alleen acht moet worden geslagen op de bewoordingen ervan, maar ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen (zie de in de punten 108-111 hierboven aangehaalde rechtspraak).
- 259 Bovendien moet eraan worden herinnerd dat de motiveringsplicht betreffende de berekening van een wegens schending van de mededingingsregels opgelegde geldboete van bijzonder belang is (arrest Chalkor/Commissie, punt 109 hierboven, punt 61). Wanneer de Commissie zich op het begrip „onderneming” in de zin van artikel 81 EG wil beroepen om de verzwarende omstandigheid recidive mee te wegen, moet zij dus gedetailleerde en nauwkeurige gegevens ter ondersteuning van haar stelling aandragen.
- 260 In casu had de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar erop gewezen dat zij eerdere vaststellingen van soortgelijke inbreuken door dezelfde ondernemingen als een verzwarende omstandigheid zou meewegen (punt 336 van de bestreden beschikking). In hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar betoogden verzoeksters enkel dat de rechtspersonen tot wie de vorige beschikkingen van de Commissie waren gericht, geen band hadden met de in Nederland verrichte wegebouwbitumenactiviteit.
- 261 In de bestreden beschikking heeft de Commissie geoordeeld dat Shell, via haar dochteronderneming SICC, reeds de adressaat was geweest van de oudere verbodsbeschikkingen polypropyleen en PVC II (punten 336-338 van de bestreden beschikking). Zij heeft bovendien uitdrukkelijk vermeld dat het erom ging te onderzoeken of die verschillende inbreuken door dezelfde onderneming waren gepleegd, dat niet vereist was dat de desbetreffende beschikkingen betrekking hadden op dezelfde rechtspersonen binnen de onderneming, dezelfde producten en hetzelfde personeel en dat zij in casu in het hoofdstuk betreffende de aansprakelijkheid had aangetoond dat de rechtspersonen van Shell die aan de onderhavige inbreuk deelnamen, deel uitmaakten van de onderneming die ook aan de vorige inbreuken deelnam (punt 337 van de bestreden beschikking).



- 262 De Commissie heeft namelijk in punt 213 van de bestreden beschikking benadrukt dat uit de PVC II-beschikking en het die beschikking betreffende PVC II-arrest (punt 52 hierboven, punt 312) duidelijk bleek dat SICC deel uitmaakte van de ene onderneming Shell, die de inbreuk pleegde, ook al besloot de Commissie destijds de beschikking niet tot de moedermaatschappijen van de groep te richten. Ook heeft zij gepreciseerd dat de in de polypropyleen-zaak aan SICC opgelegde sanctie op de hele Shell-groep van toepassing was (punt 196 van de bestreden beschikking). Zij heeft bovendien opgemerkt dat zij in casu, anders dan in de twee vorige zaken, geen rechtspersoon kon identificeren die als enige een coördinerende en strategische beleidsrol binnen de groep speelde gedurende de volledige duur van de inbreuk op een niveau onder dat van de twee moedermaatschappijen. Eveneens moet worden benadrukt dat de Commissie in de PVC II-beschikking (punten 44 en 46) had verduidelijkt dat het „[t]en aanzien van een groot industrieel concern [...] normaal [was] dat elke beschikking [werd] gericht tot de houdstermaatschappij of ‚hoofdvennootschap’ van het concern, al [bestond] de onderneming zelf uit de eenheid die door de moedermaatschappij en al haar dochterondernemingen tezamen wordt gevormd”, maar dat zij, door de bijzondere tweehoofdige structuur van Shell en het feit dat er geen hoofdmaatschappij was aan welke de beschikking kon worden gericht, ervoor had gekozen haar beschikking tot SICC te richten.
- 263 Met betrekking tot het bezwaar van verzoeksters dat de Commissie geen elementen had verstrekt op basis waarvan kon worden vastgesteld dat STT (voorheen STT plc) daadwerkelijk beslissende invloed had uitgeoefend op het inbreukmakende gedrag van SICC, de dochteronderneming die de in de polypropyleen- en de PVC II-beschikking aan de orde zijnde inbreuken had gepleegd, moet er overeenkomstig de in de punten 36 tot en met 52 hierboven uiteengezette beginselen aan worden herinnerd dat het niet aan de Commissie stond dergelijke elementen te vermelden, aangezien SICC op het tijdstip van de inbreuken voor 100 % gezamenlijke eigendom was van STT plc (thans STT) en KNPM en verzoeksters dit nooit hebben betwist.
- 264 Uit al het voorgaande volgt dat de door de Commissie uiteengezette motivering uit het oogpunt van de vereisten van de rechtspraak gedetailleerd en nauwkeurig genoeg is, aangezien verzoeksters de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel konden kennen en het Gerecht zijn toezicht kan uitoefenen. Verzoeksters konden dus de redenering op basis waarvan de Commissie tot de vaststelling is gekomen dat de drie aan de orde zijnde inbreuken door dezelfde onderneming waren gepleegd, ondubbelzinnig begrijpen.
- 265 Verzoeksters betogen in de derde plaats dat het percentage waarmee het basisbedrag van de geldboete wegens recidive is vermeerderd, namelijk 50 %, niet evenredig is, gelet op het feit dat geen hooggeplaatste bestuurders van Shell bij deze inbreuk betrokken waren, dat de betrokken werknemer van SNV niet had deelgenomen aan de twee vorige inbreuken en dat de opbrengsten uit de verkopen van SNV verwaarloosbaar waren in vergelijking met het bedrag van de geldboete.
- 266 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat niet duidelijk uit het argument van verzoeksters blijkt of zij met dit bezwaar stellen dat de Commissie het evenredigheidsbeginsel heeft geschonden, dan wel het Gerecht verzoeken om in het kader van zijn toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht te beoordelen of het in de bestreden beschikking door de Commissie toegepaste percentage waarmee het basisbedrag van de geldboete wegens recidive is vermeerderd, evenredig is.
- 267 Hoe dan ook heeft de Unierechter reeds in herinnering gebracht dat de Commissie, wanneer zij het bedrag van de geldboete bepaalt, ervoor moet zorgen dat haar optreden een afschrikkende werking heeft (arrest Gerecht van 7 oktober 1999, Irish Sugar/Commissie, T-228/97, Jurispr. blz. II-2969, punt 245) en dat recidive een omstandigheid is die aan aanzienlijke verhoging van het basisbedrag van de geldboete rechtvaardigt, aangezien recidive bewijst dat de eerder opgelegde sanctie onvoldoende afschrikkende werking heeft gehad (arrest Michelin/Commissie, punt 38 hierboven, punt 293). Ook vloeit het feit dat aan een onderneming een geldboete is opgelegd die niet evenredig is aan haar belang op de betrokken markt, niet voort uit een kennelijk te ruime opvatting van de context van recidive, maar uit alle overwegingen die de Commissie terecht in aanmerking kan nemen voor de

vaststelling van de geldboete, aangezien de zwaarte van de inbreuken moet worden vastgesteld met inachtneming van een groot aantal factoren, zoals onder meer de bijzondere omstandigheden van de zaak, de context daarvan en de afschrikkende werking van geldboeten, zonder dat een dwingende of uitputtende lijst van verplicht in aanmerking te nemen criteria is opgesteld (arrest Gerecht van 25 oktober 2005, Groupe Danone/Commissie, T-38/02, Jurispr. blz. II-4407, punten 368 en 369).

- 268 Voorts kan de Commissie bij de vaststelling van een verhogingspercentage wegens recidive rekening houden met de aanwijzingen die bevestigen dat de betrokken onderneming geneigd is om zich te onttrekken aan de mededingingsregels, daaronder begrepen de tijd die is verstreken tussen de betrokken inbreuken (arrest Gerecht van 6 mei 2009, Outokumpu en Luvata/Commissie, T-122/04, Jurispr. blz. II-1135, punt 62). In casu moet om te beginnen worden opgemerkt dat de aan de orde zijnde inbreuk op de datum waarop de bestreden beschikking is vastgesteld, de derde inbreuk van hetzelfde soort was waarvoor een beschikking van de Commissie tot Shell was gericht. In het bijzonder betroffen de in de polypropyleen- en de PVC II-beschikking aan de orde zijnde inbreuken evenals de onderhavige inbreuk de vaststelling van richtprijzen of de verdeling van marktaandeelen. Verder heeft het Gerecht reeds geoordeeld dat een vermeerdering van 50 % gerechtvaardigd was wanneer minder dan tien jaar was verstreken tussen de verschillende inbreuken, zoals in casu het geval is, aangezien het kartel in 1994 is begonnen (arrest Groupe Danone/Commissie, punt 267 hierboven, punten 354 en 355). Tot slot moet worden benadrukt dat de Commissie bij een beschikking van 29 november 2006 heeft geoordeeld dat Shell artikel 81 EG had geschonden door samen met andere ondernemingen van 20 mei 1996 tot 31 mei 1999 deel te nemen aan een overeenkomst in het kader waarvan zij waren overeengekomen richtprijzen vast te stellen, de klanten onderling te verdelen door middel van niet-aanvalspecten en gevoelige commerciële informatie uit te wisselen in verband met prijzen, concurrenten en klanten in de sectoren rubber en emulsie-styreen-butadiëenrubber [beschikking C(2006) 5700 def. van de Commissie van 29 november 2006 betreffende een procedure overeenkomstig artikel 81 [EG] en artikel 53 [EER] (Zaak nr. COMP/38.638 – Butadiëenrubber en emulsie-styreen-butadiëenrubber)].
- 269 Bijgevolg kan uit geen van de door verzoeksters aangevoerde elementen worden afgeleid dat de vermeerdering van het basisbedrag van de geldboete met 50 % om ervoor te zorgen dat zij zich in overeenstemming met de mededingingsregels zouden gedragen, onevenredig is. Bijgevolg moet dat bezwaar worden afgewezen omdat de Commissie met die maatregel het evenredigheidsbeginsel niet heeft geschonden en omdat de argumenten van verzoeksters niet rechtvaardigen dat het Gerecht dit anders beoordeelt dan de Commissie.
- 270 In de vierde en laatste plaats hebben verzoeksters ter terechtzitting van 26 januari 2012 voor het eerst betoogd dat de Commissie hun rechten van verdediging had geschonden door hun niet de kans te bieden het vermoeden te weerleggen dat STT plc (thans STT) en KNPM daadwerkelijk beslissende invloed hadden uitgeoefend op hun voor de twee vorige inbreuken gestrafte dochterondernemingen.
- 271 Er moet aan worden herinnerd dat uit artikel 44, lid 1, sub c, juncto artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering volgt dat het inleidend verzoekschrift onder meer een summier uitzetting van de aangevoerde middelen dient te bevatten, en 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. Een middel dat een uitwerking is van een eerder in het inleidend verzoekschrift rechtstreeks of stilzwijgend opgeworpen middel en daarmee nauw verband houdt, moet evenwel ontvankelijk worden verklaard (beschikking Hof van 13 november 2001, Dürbeck/Commissie, C-430/00 P, Jurispr. blz. I-8547, punt 17).
- 272 Bovendien kan de rechter bij de uitoefening van zijn toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht slechts nieuwe middelen of argumenten aanvaarden indien deze relevant zijn voor zijn uitspraak en niet gebaseerd zijn op andere middelen van onwettigheid dan die welke in het verzoekschrift zijn aangevoerd (zie in die zin arrest Hof van 14 oktober 1999, Atlanta/Europese Gemeenschap, C-104/97 P, Jurispr. blz. I-6983, punten 27-29).

- 273 In casu staat vast dat verzoeksters tijdens de schriftelijke behandeling geen middel hebben aangevoerd volgens hetwelk hun rechten van verdediging waren geschonden doordat hun niet de kans was geboden het vermoeden te weerleggen dat STT plc (thans STT) en KNPM daadwerkelijk beslissende invloed hadden uitgeoefend op hun voor de twee vorige inbreuken gestrafte dochterondernemingen. Verzoeksters hebben bovendien niet aangegeven dat dit middel gebaseerd zou zijn op elementen, rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken. Tot slot kan dit middel, anders dan verzoeksters ter terechtzitting van 26 januari 2012 hebben betoogd, niet worden beschouwd als een uitwerking van het in het verzoekschrift aangevoerde middel inzake schending van de motiveringsplicht.
- 274 Bijgevolg moet dit middel dus niet-ontvankelijk worden verklaard.
- 275 In elk geval blijkt uit het dossier dat verzoeksters in casu tijdens de administratieve procedure de gelegenheid hebben gehad elementen aan te dragen ten bewijze dat de tijdens de eerste twee inbreuken gestrafte onderneming niet dezelfde was als die welke de onderhavige inbreuk heeft gepleegd, aangezien de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar (punten 93 en 283), onder verwijzing naar de polypropyleen- en de PVC II-beschikking en het arrest Shell/Commissie (punt 187 hierboven), had vermeld dat Shell in het verleden reeds aansprakelijk was gesteld voor inbreuken op artikel 81 EG.
- 276 Uit al het voorgaande volgt dat de Commissie het basisbedrag van de geldboete terecht met 50 % heeft vermeerderd wegens recidive en dat het Gerecht deze vermeerdering passend acht.

#### *Vaststelling betreffende de verzwarende omstandigheden*

- 277 Uit de punten 140 tot en met 237 hierboven volgt dat de Commissie niet rechtens afdoende heeft aangetoond dat SNV in de aan de orde zijnde inbreuk de rol van aanstichter en leider heeft gespeeld. Het Gerecht dient bijgevolg met gebruikmaking van zijn volledige rechtsmacht te beoordelen welke rol SNV in de aan de orde zijnde inbreuk heeft gespeeld. In dit verband moet eraan worden herinnerd dat de Commissie verzoeksters een eenmalige vermeerdering van het basisbedrag van de geldboete van 50 % heeft opgelegd wegens de in punt 2, derde streepje, van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten bedoelde verzwarende omstandigheid.
- 278 Die aan verzoeksters opgelegde vermeerdering moet ongedaan worden gemaakt.
- 279 Als gevolg van die herziening wordt het bedrag van de in artikel 2, sub l, van de bestreden beschikking aan verzoeksters opgelegde geldboete verlaagd tot 81 miljoen EUR.

#### **Kosten**

- 280 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Krachtens artikel 87, lid 3, eerste alinea, van dat Reglement kan het Gerecht de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld.
- 281 Aangezien verzoeksters in casu voor een belangrijk deel van hun vorderingen in het ongelijk zijn gesteld, eist een billijke beoordeling van de omstandigheden van de zaak dat elke partij haar eigen kosten draagt.

<sup>282</sup> Voorts moet de vordering die verzoeksters in het kader van hun conclusies ten aanzien van de proceskosten hebben geformuleerd en die strekt tot veroordeling van de Commissie tot vergoeding van de kosten voor het betalen van de geldboete of het stellen van een bankgarantie worden afgewezen. Volgens vaste rechtspraak vormen dergelijke kosten immers geen procedurekosten (zie in die zin Cement-arrest, punt 77 hierboven, punt 5133 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

HET GERECHT (Zesde kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Artikel 2, sub 1, van beschikking C(2006) 4090 def. van de Commissie van 13 september 2006 inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] (Zaak nr. COMP/38.456 – Bitumen – NL) wordt nietig verklaard voor zover het bedrag van de aan Shell Petroleum NV, The Shell Transport and Trading Company Ltd en Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV opgelegde geldboete daarin op 108 miljoen EUR is bepaald.**
- 2) **Het bedrag van de bij artikel 2, sub 1, van die beschikking aan Shell Petroleum, The Shell Transport and Trading Company en Shell Nederland Verkoopmaatschappij opgelegde geldboete wordt verlaagd tot 81 miljoen EUR.**
- 3) **Het beroep wordt verworpen voor het overige.**
- 4) **Elke partij zal haar eigen kosten dragen.**

Jaeger

Wahl

Soldevila Fragoso

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 27 september 2012.

ondertekeningen

## Inhoud

Aan het geding ten grondslag liggende feiten .....	2
1. Verzoeksters .....	2
2. Administratieve procedure .....	2
3. Bestreden beschikking .....	3
Procesverloop en conclusies van partijen .....	5
In rechte .....	6
1. Eerste middel: onjuiste rechtsopvattingen en beoordelingsfouten bij de toerekenbaarheid van de inbreuk aan de moedermaatschappijen .....	6
Onjuiste rechtsopvattingen .....	6
Argumenten van partijen .....	6
Beoordeling door het Gerecht .....	7
– Vermoeden dat een moedermaatschappij daadwerkelijk beslissende invloed uitoefent op haar dochteronderneming .....	7
– Toepassing van dit vermoeden op twee moedermaatschappijen die hun dochteronderneming gezamenlijk voor 100 % in handen hebben .....	8
– Weerlegbaarheid van het vermoeden dat een moedermaatschappij daadwerkelijk beslissende invloed uitoefent op haar 100 %-dochteronderneming .....	10
Elementen ter weerlegging van het vermoeden dat een moedermaatschappij daadwerkelijk beslissende invloed uitoefent op haar dochteronderneming .....	11
Argumenten van partijen .....	11
Beoordeling door het Gerecht .....	11
2. Tweede middel: schending van wezenlijke vormvoorschriften en van de rechten van de verdediging ..	14
Argumenten van partijen .....	14
Beoordeling door het Gerecht .....	15
Algemene beginselen inzake de toegang tot documenten van na de mededeling van punten van bezwaar .....	15
Toepassing in de onderhavige zaak .....	17
3. Derde middel: onjuiste opvattingen van de feiten en het recht bij de berekening van het basisbedrag van de geldboete en de bepaling van de duur van de inbreuk .....	19
Zwaarte van de inbreuk .....	19

Argumenten van partijen .....	19
Beoordeling door het Gerecht .....	19
– Onderzoek van de argumenten van verzoeksters in het kader van het wettigheidstoezicht .....	21
– Onderzoek van de argumenten van verzoeksters in het kader van de toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht .....	23
Duur van de inbreuk .....	26
Argumenten van partijen .....	26
Beoordeling door het Gerecht .....	26
4. Vierde middel: onjuiste opvattingen van de feiten en het recht betreffende de verzwarende omstandigheden .....	27
Rol van SNV als aanstichter .....	28
Argumenten van partijen .....	28
– Aan KWS voorgestelde bijzondere kortingen voor de W5 .....	28
– Pogingen om ExxonMobil ervan te overtuigen zich bij het kartel aan te sluiten .....	29
Beoordeling door het Gerecht .....	29
– Algemene beginselen inzake de rol van aanstichter .....	30
– Ontvankelijkheid van het door verzoeksters verstrekte getuigenis .....	31
– Specifieke korting voor de W5 .....	32
– Pogingen om ExxonMobil ervan te overtuigen zich bij het kartel aan te sluiten .....	35
– Vaststelling betreffende de rol van aanstichter .....	36
Rol van SNV als leider .....	36
Argumenten van partijen .....	36
– Rol die SNV in 1994 en in 1995 heeft gespeeld in de onderhandelingen met KWS namens de leveranciers .....	36
– Omstandigheid dat SNV vanaf 1996 vooraf met KWS besliste of het opportuun was een bijeenkomst tussen de leveranciers en de W5 te organiseren .....	37
– Hoofdrol van SNV tijdens de voorbereidende vergaderingen tussen leveranciers .....	38
– Rol van SNV als woordvoerder van de leveranciers tijdens de overlegvergaderingen over bitumen .....	38
– Toezicht op de uitvoering van de mededingingsregeling .....	39
Beoordeling door het Gerecht .....	39

– Algemene beginselen betreffende de rol van leider .....	39
– Rol die SNV in 1994 en in 1995 heeft gespeeld in de onderhandelingen met KWS namens de leveranciers .....	41
– Omstandigheid dat SNV vanaf 1996 vooraf met KWS besliste of het opportuun was een bijeenkomst tussen de leveranciers en de W5 te organiseren .....	42
– Hoofdrol van SNV tijdens de voorbereidende vergaderingen tussen leveranciers .....	43
– Rol van SNV als woordvoerder van de leveranciers tijdens de overlegvergaderingen over bitumen.....	44
– Toezicht op de uitvoering van het kartel .....	44
– Vaststelling betreffende de rol van SNV als leider .....	45
Recidive .....	45
Argumenten van partijen.....	45
Beoordeling door het Gerecht .....	46
Vaststelling betreffende de verzwarende omstandigheden .....	51
Kosten .....	51