

ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

29 juni 2006 *

In zaak C-289/04 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie, ingesteld op 30 juni 2004,

Showa Denko KK, gevestigd te Tokio (Japan), vertegenwoordigd door M. Dolmans en P. Werdmuller, advocaten, en door J. Temple-Lang, solicitor,

rekwirante,

andere partijen in de procedure:

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door P. Hellström en H. Gading als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster in eerste aanleg,

* Procestaal: Engels.

Tokai Carbon Co. Ltd, gevestigd te Tokio,

SGL Carbon AG, gevestigd te Wiesbaden (Duitsland),

Nippon Carbon Co. Ltd, gevestigd te Tokio,

GrafTech International Ltd, voorheen UCAR International Inc., gevestigd te Wilmington (Verenigde Staten),

SEC Corp., gevestigd te Amagasaki (Japan),

The Carbide/Graphite Group Inc., gevestigd te Pittsburgh (Verenigde Staten),

verzoeksters in eerste aanleg,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: C. W. A. Timmermans, kamerpresident, R. Silva de Lapuerta (rapporteur), P. Kūris, G. Arestis en J. Klučka, rechters,

advocaat-generaal: L. A. Geelhoed,
griffier: K. Sztranc, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 15 september 2005,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 19 januari 2006,

het navolgende

Arrest

- ¹ Met deze hogere voorziening vordert de vennootschap Showa Denko KK (hierna: „SDK”) gedeeltelijke vernietiging van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 29 april 2004, Tokai Carbon e.a./Commissie (T-236/01, T-239/01, T-244/01–T 246/01, T-251/01 en T-252/01, Jurispr. blz. II-1181; hierna: „bestreden arrest”), voorzover daarbij de boete die aan rekwirante was opgelegd bij beschikking 2002/271/EG van de Commissie van 18 juli 2001 in een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst — Zaak COMP/E-1/36.490 — Grafielektroden (PB 2002, L 100, blz. 1; hierna: „omstreden beschikking”), is vastgesteld op 10 440 000 EUR.

Het rechtskader

Verordening nr. 17

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

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

[...]

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

[...]

2. Wanneer ondernemingen of ondernemersverenigingen opzettelijk of uit onachtzaamheid:

- a) inbreuk maken op artikel [81], lid 1, [EG] of artikel [82 EG], [...]

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

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

[...]"

De richtsnoeren

- ³ De preambule van de mededeling van de Commissie met de titel „Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd” (PB 1988, C 9, blz. 3; hierna: „richtsnoeren”), luidt:

„De beginselen die deze richtsnoeren behelzen, zouden zowel ten aanzien van het bedrijfsleven als van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen de doorzichtigheid en de objectiviteit van de beslissingen van de Commissie moeten kunnen waarborgen, zonder afbreuk te doen aan de door de wetgever aan de

Commissie bij de vaststelling van geldboeten beneden het maximum van 10 % van de totale omzet van de betrokken ondernemingen verleende discretionaire bevoegdheid. Deze beoordelingsvrijheid moet echter worden uitgeoefend in het raam van een samenhangend, niet-discriminerend beleid, dat op de bij de bestrijding van inbreuken op de mededingingsregels nagestreefde doelstellingen is afgestemd.

Het bedrag van de geldboete zal voortaan volgens de volgende, nieuwe methode worden berekend, die op de vaststelling van een basisbedrag berust, waarop bij verzwarende omstandigheden verhogingen, en bij verzachtende omstandigheden verminderingen worden toegepast.”

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

- 4 Artikel 4 van protocol nr. 7 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950, bepaalt:

„Recht om niet tweemaal te worden berecht of gestraft

Niemand wordt opnieuw berecht of gestraft in een strafrechtelijke procedure binnen de rechtsmacht van dezelfde staat voor een strafbaar feit waarvoor hij reeds onherroepelijk is vrijgesproken of veroordeeld overeenkomstig de wet en het strafprocesrecht van die staat.

De bepalingen van het voorgaande lid beletten niet de heropening van de zaak overeenkomstig de wet en het strafprocesrecht van de betrokken staat, indien er aanwijzingen zijn van nieuwe of pas aan het licht gekomen feiten, of indien er sprake was van een fundamenteel gebrek in het vorige proces, die de uitkomst van de zaak zouden of zou kunnen beïnvloeden.

Afwijking van dit artikel krachtens artikel 15 van het Verdrag is niet toegestaan.”

De feiten van de zaak en de omstreden beschikking

5 In het bestreden arrest heeft het Gerecht de feiten van de zaak weergegeven als volgt:

„1 Bij beschikking 2002/271/EG [...], heeft de Commissie vastgesteld dat verschillende ondernemingen hebben deelgenomen aan een geheel van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen als bedoeld in artikel 81, lid 1, EG en artikel 53, lid 1, van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte [van 2 mei 1992 (PB 1994, L 1, blz. 3)] (hierna: ‚EER-overeenkomst’), in de grafietelektrodensector.

2 Grafietelektroden worden vooral gebruikt bij de productie van staal in elektro-ovens. Staalproductie met elektro-ovens is in wezen een recyclageproces waarbij staalschroot wordt verwerkt tot nieuw staal, in tegenstelling tot het klassieke hoogoven/zuurstofconvectorprocédé voor ijzererts. Negen elektroden, gebundeld in kolommen van drie, worden gebruikt in de doorsnee elektro-oven om schrootstaal te smelten. Door de intensiteit van het smeltproces wordt

gemiddeld om de acht uur één elektrode verbruikt. De productieduur van een elektrode bedraagt gemiddeld twee maanden. Er zijn geen producten die in het kader van dit productieproces in de plaats van grafietelektroden kunnen worden gebruikt.

- 3 De vraag naar grafietelektroden houdt rechtstreeks verband met de staalproductie in elektro-ovens; de afnemers zijn voornamelijk staalproducenten, die ongeveer 85 % van de vraag vertegenwoordigen. In 1998 bedroeg de wereldproductie van ruw staal 800 miljoen ton, waarvan er 280 miljoen ton werd geproduceerd in elektro-ovens [...]

[...]

- 5 In de jaren tachtig resulteerden technologische verbeteringen in een aanzienlijke daling van het specifieke verbruik van elektroden per ton geproduceerd staal. Bovendien onderging de staalindustrie in die periode een ingrijpende herstructurering. Ingevolge de dalende vraag naar elektroden zette in de sector van de elektroden wereldwijd een herstructureringsproces in. Diverse installaties werden gesloten.
- 6 In 2001 leverden negen westerse producenten grafietelektroden op de Europese markt [...]
- 7 Op grond van artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17 [...] voerden ambtenaren van de Commissie [op 5 juni 1997] gelijktijdig en onaangekondigd verificaties uit [bij enkele van deze producenten van grafietelektroden].

8 Agenten van het Federal Bureau of Investigation (FBI) voerden op dezelfde dag in de Verenigde Staten een huiszoeking uit bij een aantal producenten. Naar aanleiding van die onderzoeken is strafrechtelijke vervolging ingesteld tegen [...] SDK [...] wegens onrechtmatige kartelvorming. Alle beklagden gaven de ten laste gelegde feiten toe en stemden ermee in geldboeten te betalen, die voor [...] SDK werden vastgesteld op 32,5 miljoen USD [...]

[...]

10 Namens een groep afnemers zijn in de Verenigde Staten civiele vorderingen tot drievoudige schadevergoeding (triple damages) tegen [...] SDK ingesteld.

11 [...] In juni 1998 zijn door staalproducenten in Canada tegen [...] SDK civiele vorderingen wegens onrechtmatige kartelvorming ingesteld.

12 Op 24 januari 2000 deed de Commissie aan de betrokken ondernemingen een mededeling van punten van bezwaar toekomen. De administratieve procedure leidde op 18 juli 2001 tot de vaststelling van de [omstreden] beschikking waarbij verzoeksters [...] werd verweten dat zij wereldwijd prijzen hadden vastgesteld en de nationale en regionale markten van het betrokken product volgens het beginsel van de ‚thuismarktproducent‘ hadden verdeeld: [...] SDK [was de leider] in Japan en voor delen van het Verre Oosten [...]

13 Volgens de gegevens in de [omstreden] beschikking golden voor het kartel de volgende basisbeginselen:

— de prijzen van grafielektroden moesten wereldwijd worden vastgesteld;

- beslissingen over de prijsstelling van elke onderneming mochten alleen door de chairman of de general managers worden genomen;

 - de ‚thuismarktproducent‘ (home producer) (de marktleider) zou de marktprijs in zijn thuisgebied vaststellen en de andere producenten zouden hem ‚volgen‘;

 - voor ‚niet-thuismarkten‘, dat wil zeggen de markten waar geen ‚thuismarktproducent‘ was, zouden de prijzen bij consensus worden vastgesteld;

 - de ‚niet-thuismarktproducenten‘ mochten niet agressief met elkaar concurreren en zouden zich terugtrekken uit de ‚thuismarkten‘ van de andere producenten;

 - er mocht geen capaciteitsuitbreiding zijn (de Japanse producenten werden verondersteld hun capaciteit in te krimpen);

 - er mocht geen technologieoverdracht plaatsvinden buiten de kring van producenten die aan het kartel deelnemen.
- 14 De [omstreden] beschikking zet vervolgens uiteen dat die basisbeginselen ten uitvoer zijn gelegd bij kartelbijeenkomsten, die op verschillende niveaus werden gehouden: bijeenkomsten van ‚topmannen‘, ‚werkvergaderingen‘, groepsvergaderingen van de Europese producenten (zonder de Japanse ondernemingen), aan bepaalde markten gewijde nationale of regionale vergaderingen en bilaterale contacten tussen de ondernemingen.

[...]

16 Op basis van de feitelijke vaststellingen en juridische beoordelingen in de [omstreden] beschikking heeft de Commissie de betrokken ondernemingen geldboeten opgelegd waarvan het bedrag is berekend volgens de methode die is uiteengezet in de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd [...], alsmede in de mededeling betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen [...]

17 Artikel 3 van het dispositief van de [litigieuze] beschikking legt de volgende geldboeten op:

[...]

SDK: 17,4 miljoen EUR;

[...]

18 Ingevolge artikel 4 van het dispositief moeten de betrokken ondernemingen de geldboeten binnen drie maanden na de datum van kennisgeving van de [omstreden] beschikking betalen, anders is 8,04 % rente verschuldigd.”

Het procesverloop voor het Gerecht en het bestreden arrest

- 6 SDK en andere ondernemingen tot welke de omstreden beschikking was gericht, hebben tegen deze beschikking beroepen tot nietigverklaring ingesteld bij het Gerecht.

- 7 In het bestreden arrest heeft het Gerecht onder meer geoordeeld als volgt:

„[...]

4) In zaak T-245/01, Showa Denko/Commissie:

— bepaalt het bedrag van de bij artikel 3 van beschikking 2002/271 aan verzoekster opgelegde geldboete op 10 440 000 EUR;

— verwerpt het beroep voor het overige;

[...]”

De conclusies van de partijen voor het Hof

8 SDK vordert:

- gedeeltelijke vernietiging van het bestreden arrest;
- vermindering van de boete die haar is opgelegd tot 6 960 000 EUR, dan wel vermindering van de boete met het bedrag het Hof zal vermenen te behoren;
- vaststelling van alle overige door het Hof passend geachte maatregelen;
- verwijzing van de Commissie in de kosten.

9 De Commissie vordert:

- afwijzing van de hogere voorziening;
- verwijzing van rekwirante in de kosten.

Beoordeling in hogere voorziening

- 10 SDK voert voor haar hogere voorziening vier middelen aan: ten onrechte is een „afschrikingsfactor” toegepast die was gebaseerd op de wereldomzet, de criteria voor bepaling van de „afschrikingsfactor” zijn verkeerd toegepast, onjuiste rechtsopvatting en ontoereikende motivering met betrekking tot de aan rekwirante in derde staten opgelegde boeten en verplichtingen, en rekwirantes fundamenteel recht op een eerlijk proces is geschonden.

Het eerste middel: de toepassing van een „afschrikingsfactor” die was gebaseerd op de wereldomzet

Argumenten van partijen

- 11 SDK stelt dat met de omvang van de onderneming en haar wereldomzet, en niet met de omzet die was behaald met de producten waarop de overeenkomsten tussen de partijen bij de mededingingsregeling betrekking hadden, door de Commissie al rekening was gehouden toen zij de basisboeten die zij de verschillende ondernemingen wilde opleggen, in drie groepen verdeelde. Deze factoren konden dus niet een specifieke verdere verhoging rechtvaardigen. Voorts mag de „afschrikingsfactor” alleen om afschrikingsredenen worden gehanteerd.
- 12 SDK is van mening dat het Gerecht in de punten 241, 242 en 370 van het bestreden arrest heeft nagelaten, een onderbouwing te geven voor de theorie dat van de wereldomzet en niet van de omzet die is beïnvloed door de overeenkomsten tussen

ondernemingen, moet worden uitgegaan voor de berekening van de „afschrikingsfactor”. Het Gerecht heeft een aantal overwegingen genoemd die niet in de richtsnoeren staan en die geen van alle verband houden met afschrikking.

- 13 De Commissie stelt dat het Gerecht in de punten 241 en 242 van het bestreden arrest terecht heeft geoordeeld dat de aan rekwirante opgelegde boete kon worden gebaseerd op haar wereldomzet.
- 14 De Commissie wijst erop dat het Gerecht heeft geoordeeld dat grote ondernemingen over het algemeen beschikken over meer economische middelen en een betere kennis van het mededingingsrecht dan kleinere. Het Gerecht heeft derhalve gerefereerd aan de regel dat een inbreuk van een onderneming met aanzienlijke financiële middelen in beginsel met een in verhouding hogere geldboete kan worden bestraft dan dezelfde inbreuk die wordt gepleegd door een onderneming die niet over dergelijke middelen beschikt.

Beoordeling door het Hof

- 15 Om te beginnen moet worden benadrukt dat, zoals de advocaat-generaal in de punten 24 en 34 van zijn conclusie heeft opgemerkt, de wereldomzet door de Commissie alleen in aanmerking is genomen voor de vaststelling van de „afschrikingsfactor”. Voor de vaststelling van het basisbedrag van de boete heeft de Commissie alleen rekening gehouden met de wereldomzet voor de producten waarop het kartel betrekking had.

- 16 Wat het begrip „afschrikking” betreft, moet erop worden gewezen dat dit een van de factoren is waarmee bij de berekening van de hoogte van de boete rekening moet worden gehouden. Volgens vaste rechtspraak (zie met name arrest van 7 juni 1983, *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, 100/80–103/80, Jurispr. blz. 1825, punten 105 en 106) hebben boeten die worden opgelegd wegens schending van artikel 81 EG, en die zijn geregeld in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, tot doel onwettige handelingen van de betrokken ondernemingen te bestraffen en zowel die ondernemingen als andere deelnemers aan het economisch verkeer ervan te weerhouden om in de toekomst de communautaire mededingingsregels te schenden. Derhalve kan de Commissie wanneer zij de hoogte van de boete berekent, met name rekening houden met de omvang en de economische macht van de betrokken onderneming (zie arrest *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, reeds aangehaald, punten 119-121).
- 17 Bovendien heeft het Hof, en ook het Gerecht in punt 239 van het bestreden arrest, in het bijzonder benadrukt dat de totale omzet van elke aan een kartel deelnemende onderneming relevant is voor de vaststelling van de hoogte van de boete (zie in die zin arresten van 16 november 2000, *Sarrió/Commissie*, C-291/98 P, Jurispr. blz. I-9991, punten 85 en 86, en 14 juli 2005, *Acerinox/Commissie*, C-57/02 P, Jurispr. blz. I-6689, punten 74 en 75).
- 18 Het Gerecht heeft dus in punt 241 van het bestreden arrest op goede gronden geoordeeld dat rekwirante wegens haar „zeer hoge” totale omzet in vergelijking met die van de andere kartelleden, gemakkelijker de voor de betaling van haar geldboete vereiste middelen zou kunnen bijeenbrengen, hetgeen met het oog op een voldoende afschrikkende werking daarvan de toepassing van een vermenigvuldigingsfactor rechtvaardigde.
- 19 Het eerste middel van SDK moet derhalve worden afgewezen.

Het tweede middel: de toepassing van de „afschrikkingsfactor”

- 20 SDK stelt dat het Gerecht geen relevante criteria heeft genoemd die de wijze waarop de „afschrikkingsfactor” op rekwirante is toegepast, zouden kunnen rechtvaardigen. Dit tweede middel bestaat uit vier onderdelen.

Eerste onderdeel: criteria voor verhoging van de boeten

— Argumenten van partijen

- 21 SDK stelt dat de boeten slechts in beperkte mate en alleen om relevante redenen hadden mogen worden verhoogd ter afschrikking. In casu zijn er namelijk bijzondere omstandigheden die een lagere boete rechtvaardigen dan de boete die is opgelegd.
- 22 De Commissie benadrukt dat de afschrikkende werking van een boete en de mogelijkheid om een vermenigvuldigingsfactor toe te passen, in het bijzonder tot doel hebben, te voorkomen dat andere ondernemingen in de toekomst inbreuk maken op de communautaire mededingingsregels. Het afschrikkende karakter van een boete kan dus niet uitsluitend aan de hand van de specifieke situatie van de betrokken onderneming worden bepaald.

— Beoordeling door het Hof

- 23 Zoals uit vaste rechtspraak en uit de conclusie van de advocaat-generaal (zie punten 53-55 daarvan) blijkt, kan de aan een onderneming opgelegde boete worden berekend met hantering van een afschrikingsfactor en wordt deze factor bepaald aan de hand van een groot aantal feiten en omstandigheden, en niet enkel op grond van de specifieke situatie van de betrokken onderneming.
- 24 Het Gerecht heeft dus zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting, in de punten 241 tot en met 243 van het bestreden arrest de criteria beoordeeld aan de hand waarvan de Commissie de in de aan rekwirante opgelegde boete verwerkte „afschrikingsfactor” had bepaald.
- 25 Het eerste onderdeel van dit middel kan derhalve niet worden aanvaard.

Tweede onderdeel: „als afschrikwekkend voorbeeld stellen” van een onderneming

— Argumenten van partijen

- 26 SDK is van mening dat het Gerecht niet voldoende heeft toegelicht op welke gronden juist rekwirante als afschrikwekkend voorbeeld moest worden gesteld en haar een hogere boete moest worden opgelegd. Of het noodzakelijk is, een onderneming als afschrikwekkend voorbeeld te stellen, moet immers worden beoordeeld aan de hand van de specifieke houding van de onderneming en niet aan de hand van haar omvang.

27 De Commissie merkt op dat het Gerecht de omstandigheden op basis waarvan de hoogte van de boete ter afschrikking is bepaald, en die eigen zijn aan rekwirante, op de juiste wijze heeft gewogen. In casu zijn de omvang en het vermogen van de betrokken onderneming relevante, in de berekening te betrekken gegevens.

— Beoordeling door het Hof

28 Vooraf moet er nogmaals op worden gewezen dat uit de punten 241 tot en met 247 van het bestreden arrest rechtens genoegzaam blijkt dat de Commissie met de omstandigheden die eigen zijn aan rekwirante, rekening heeft gehouden bij haar afwegingen inzake de verhoging van de boete voor afschrikkingdoeleinden.

29 Ook moet worden opgemerkt dat, zoals uit de rechtspraak van het Hof volgt, de omvang van de onderneming een van de factoren is waarmee rekening kan worden gehouden bij de berekening van de boete, en dus ook bij de bepaling van de „afschrikingsfactor” (zie met name arrest *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, reeds aangehaald, en arrest van 28 juni 2005, *Dansk Rørindustri e.a./Commissie*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punten 242 en 243).

30 Het Gerecht heeft derhalve geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 242 van het bestreden arrest te oordelen dat rekwirante zich had beroepen op hypothetische criteria, die te onzeker waren voor een beoordeling van de daadwerkelijke financiële middelen van een onderneming, waar zij had gesteld dat een billijke geldboete enkel kan dienen ter compensatie van de aan de vrije mededinging berokkende schade, en dat daartoe de waarschijnlijkheid dat het kartel aan het licht zal komen, alsmede de door de leden daarvan verwachte winst, dienen te worden beoordeeld.

31 Het tweede onderdeel van het tweede middel moet derhalve worden afgewezen.

Derde onderdeel: de toegepaste „afschrikkingsfactor” is arbitrair en niet gerechtvaardigd

— Argumenten van partijen

32 SDK merkt op dat de economische analyse van de afschrikking bevestigt dat de toegepaste „afschrikkingsfactor” arbitrair en niet-gerechtvaardigd is. Wil een verhoogde boete gerechtvaardigd zijn met het oog op afschrikking, dan moet de boete die dit effect beoogt, worden berekend aan de hand van het voordeel of de winst die de betrokken onderneming kon verwachten als gevolg van de inbreuk ingeval het onwettige gedrag niet werd ontdekt, en van de waarschijnlijkheid van die ontdekking.

33 SDK is van mening dat het Gerecht is voorbijgegaan aan het feit dat grote ondernemingen met een veelzijdige productie — al dan niet met „financieel vermogen” — niet minder gevoelig zijn voor boeten dan ondernemingen met maar één product. Uit de economische theorie blijkt dat grote ondernemingen ten minste even nauwlettend toezien op het zo klein mogelijk houden van wettelijke aansprakelijkheden en andere kosten als kleinere ondernemingen. Een „afschrikkingsfactor” is dus slechts gerechtvaardigd voorzover hij in verhouding staat tot de werkelijke en bewezen houding van de betrokken onderneming. SDK heeft evenwel niet actief aan het kartel deelgenomen en geen strategie voor de uitschakeling van de mededinging in de betrokken sector ontwikkeld.

34 De Commissie stelt dat de argumenten van rekwirante niet relevant zijn en dat het gedrag van een onderneming een factor is waarmee als verzwarende of verzachtende omstandigheid rekening moet worden gehouden in een latere fase van het proces van vaststelling van boeten.

35 Volgens de Commissie heeft het Gerecht correct aangetoond dat het van een inbreuk verwachte voordeel en de waarschijnlijkheid van ontdekking omstandigheden zijn die veel te vaag en speculatief zijn om een basis te vormen voor de bepaling van de „afschrikingsfactor”.

— Beoordeling door het Hof

36 Er zij aan herinnerd dat de Commissie overeenkomstig vaste rechtspraak beschikt over een bijzonder ruime beoordelingsvrijheid met betrekking tot de keuze van de bij de vaststelling van de hoogte van boeten in aanmerking te nemen factoren, zoals onder meer de bijzondere omstandigheden van de zaak, de context daarvan en de preventieve werking van geldboeten, zonder dat een dwingende of uitputtende lijst van verplicht in aanmerking te nemen criteria is opgesteld (zie met name beschikking van 25 maart 1996, SPO e.a./Commissie, C-137/95 P, Jurispr. blz. I-1611, punt 54, en arrest van 17 juli 1997, Ferriere Nord/Commissie, C-219/95 P, Jurispr. blz. I-4411, punt 33).

37 Wat overigens het argument van rekwirante betreft dat een „afschrikingsfactor” niet gerechtvaardigd was, daar zij niet actief aan het kartel had deelgenomen, moet erop worden gewezen, zoals de advocaat-generaal in punt 65 van zijn conclusie terecht heeft opgemerkt, dat een omstandigheid als deze — zo daarvan al is gebleken — pas in een latere fase van de procedure tot vaststelling van de boete zal worden meegewogen, maar op zich niet relevant is voor de beoordeling van de zwaarte van de mededingingsregeling.

38 Het Gerecht heeft dus geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting in zijn overwegingen betreffende rekwirantes situatie, in de punten 242 en 243 van het bestreden arrest.

39 Het derde onderdeel van het tweede middel moet dus worden afgewezen.

Vierde onderdeel: de verhoging van de boete is onevenredig

— Argumenten van partijen

40 SDK merkt op dat de verhoging van de boete onevenredig was, gezien haar geringe marktaandeel binnen de EER. Bovendien blijkt bij analyse van de verhoogde basisboete dat haar boete onevenredig is aan de boeten die zijn opgelegd aan de andere kartelleden.

41 De Commissie legt uit dat rekwirante haar betoog baseert op een vergelijking van de verhoogde basisboete met de boeten van andere deelnemers en met rekwirantes jaaromzet in de EER. Met deze vergelijkingen slaat zij de plank echter mis, daar haar berekeningen geheel en al berusten op de onjuiste veronderstelling dat het economisch vermogen van rekwirante had moeten worden beoordeeld op basis van de op de betrokken productmarkt binnen de EER behaalde omzet.

— Beoordeling door het Hof

42 Zoals de advocaat-generaal in punt 68 van zijn conclusie terecht heeft opgemerkt, berust het betoog van rekwirante op het onjuiste uitgangspunt dat de „afschrikingsfactor” niet kan worden gebaseerd op de totale omzet van de betrokken onderneming.

43 Zoals het Gerecht bovendien in punt 198 van het bestreden arrest terecht heeft geoordeeld, zou rekwirante zijn beloond indien de Commissie het basisbedrag van de boete had berekend op basis van de lage omzet die SDK in de EER had behaald, daar de onderneming in het kader van het kartel had geaccepteerd om op die markt niet te concurreren, zodat andere producenten hun prijzen op die markt onderling konden afstemmen.

44 Het vierde onderdeel van dit middel kan dus evenmin worden aanvaard.

45 Het tweede middel moet bijgevolg in zijn geheel worden afgewezen.

Het derde middel: onjuiste rechtsopvatting en ontoereikende motivering met betrekking tot de aan rekwirante in derde staten opgelegde boeten en verplichtingen

Argumenten van partijen

46 SDK stelt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met zijn oordeel dat de Commissie zich enerzijds op de wereldomzet mocht baseren voor het berekenen van de basisboete en de „afschrikingsfactor” en anderzijds geen rekening behoefde te houden met het feit dat rekwirante reeds in de Verenigde Staten, Canada en Japan was vervolgd, en dat haar in die staten reeds boeten waren opgelegd.

- 47 Indien van de wereldomzet dient te worden uitgegaan voor de afschrikking, had volgens rekwirante met de in andere staten te betalen boeten rekening moeten worden gehouden bij de bepaling welke verdere boete in de Gemeenschap noodzakelijk was voor een passende afschrikking. Afschrikking hangt immers af van de totale kosten van het onwettige gedrag, hetgeen niet alleen de boeten omvat die in de EER zijn opgelegd, maar ook de elders opgelegde boeten.
- 48 Volgens SDK heeft het Gerecht derhalve blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door een boete te bevestigen die gebaseerd was op dubbeltelling en die onevenredig is aan welk te rechtvaardigen afschrikkingseffect ook.
- 49 De Commissie merkt op dat het beginsel *ne bis in idem* niet door het Gerecht is geschonden. De door de autoriteiten in derde staten opgelegde boeten zijn opgelegd wegens schendingen van hun mededingingsrecht, en er is geen sprake van overlapping met de bevoegdheid van de Commissie tot oplegging van boeten aan ondernemingen wegens beperkingen van de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt. De Commissie en het Gerecht spreken zich immers enkel uit over die beperkingen, en activiteiten die verband houden met derde staten, vallen buiten het toepassingsgebied van het gemeenschapsrecht.

Beoordeling door het Hof

- 50 Om te beginnen moet eraan worden herinnerd dat het beginsel *ne bis in idem*, dat ook is neergelegd in artikel 4 van protocol nr. 7 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, een grondbeginsel van het gemeenschapsrecht is, en dat op de naleving daarvan wordt toegezien door de rechter (zie met name arresten van 5 mei 1966, *Gutmann/Commissie van de EGA*, 18/65 en 35/65, *Jurispr. blz.* 149, 174, en 15 oktober 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P en C-254/99 P, *Jurispr. blz.* I-8375, punt 59).

- 51 Om de gegrondheid van het middel inzake schending van dit beginsel te beoordelen, moet tevens worden opgemerkt dat, zoals het Gerecht in punt 140 van het bestreden arrest terecht heeft geoordeeld, het Hof zich nog helemaal niet heeft uitgesproken over de vraag of de Commissie een door de autoriteiten van een derde staat opgelegde sanctie in mindering moet brengen indien deze instelling en deze autoriteiten jegens een onderneming dezelfde feiten in aanmerking hebben genomen, maar dat het Hof van oordeel was dat deze vraag pas aan de orde kon zijn wanneer was gebleken dat door de Commissie en door de autoriteiten van een derde staat inderdaad dezelfde feiten ten laste waren gelegd.
- 52 Wat het toepassingsgebied van het beginsel ne bis in idem betreft met betrekking tot situaties waarin de autoriteiten van een derde staat zijn opgetreden uit hoofde van hun sanctiebevoegdheden op het gebied van het in hun staat toepasselijke mededingingsrecht, moet eraan worden herinnerd dat de omstreden mededingingsregeling is tot stand gekomen in een internationale context die met name wordt gekenmerkt doordat de rechtsstelsels van derde staten het elk op hun eigen grondgebied voor het zeggen hebben.
- 53 De bevoegdheidsuitoefening door de in het kader van hun territoriale competentie met de bescherming van de vrije mededinging belaste autoriteiten van die staten beantwoordt aan eisen die specifiek zijn voor die staten. De uitgangspunten van de rechtsorden van andere staten op het gebied van de mededinging leiden immers niet alleen tot specifiek eigen doelstellingen, maar tevens tot de aanneming van speciaal daarop gericht materieel recht en tot sterk uiteenlopende bestuursrechtelijke, strafrechtelijke of civielrechtelijke rechtsgevolgen, wanneer door de autoriteiten van die staten eenmaal is bewezen dat op de toepasselijke mededingingsregels inbreuk is gemaakt.
- 54 Geheel anders is de juridische situatie daarentegen wanneer een onderneming, wat de mededinging betreft, uitsluitend valt onder het gemeenschapsrecht en het recht van een of meer lidstaten, dat wil zeggen wanneer een mededingingsregeling zich uitsluitend binnen het territoriale toepassingsgebied van de rechtsorde van de Europese Gemeenschap afspeelt.

- 55 Hieruit volgt dat, wanneer de Commissie het onwettige gedrag van een onderneming bestraft, zelfs wanneer dit gedrag zijn oorsprong vindt in een mededingingsregeling met een internationaal karakter, haar de waarborging van de vrije mededinging binnen de gemeenschappelijke markt voor ogen staat, hetgeen ingevolge artikel 3, lid 1, sub g, EG een van de fundamentele doelstellingen van de Gemeenschap is. Door het specifieke karakter van het in gemeenschapsverband beschermde rechtsgoed kunnen de afwegingen die de Commissie ingevolge haar bevoegdheden op dit gebied maakt, immers aanzienlijk verschillen van die van de autoriteiten van derde staten.
- 56 Het Gerecht heeft in punt 134 van het bestreden arrest derhalve terecht geoordeeld dat het beginsel ne bis in idem niet toepasselijk is in situaties waarin de rechtsorden en mededingingsautoriteiten van derde staten in het kader van hun eigen bevoegdheden zijn opgetreden.
- 57 Overigens heeft het Gerecht eveneens op goede gronden geoordeeld dat er geen ander rechtsbeginsel is op grond waarvan de Commissie verplicht zou zijn om rekening te houden met in derde staten tegen rekwirante gerichte vervolgingen en sancties.
- 58 Dienaangaande moet worden vastgesteld dat, zoals het Gerecht in punt 136 van het bestreden arrest terecht heeft opgemerkt, er geen internationaal publiekrechtelijk beginsel is dat de autoriteiten, met inbegrip van rechterlijke instanties, van verschillende staten verbiedt om een natuurlijke of rechtspersoon te vervolgen en te veroordelen voor dezelfde feiten als die waarvoor hij reeds in een andere staat is berecht. Voorts bestaat er geen verdragstekst van internationaal publiekrecht op grond waarvan de Commissie verplicht zou zijn om bij de vaststelling van een boete met toepassing van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 rekening te houden met de boeten die de autoriteiten van een derde staat in het kader van hun bevoegdheden op het gebied van het mededingingsrecht hebben opgelegd.

- 59 Voorts beperken de overeenkomsten tussen de Gemeenschappen en de regering van de Verenigde Staten van Amerika van 23 september 1991 en 4 juni 1998 betreffende de toepassing van de beginselen van positieve internationale courtoisie bij de handhaving van hun mededingingsrecht (PB 1995, L 95, blz. 47, en PB 1998, L 173, blz. 28) zich tot praktische procedurekwesties, zoals de uitwisseling van informatie en samenwerking tussen mededingingsautoriteiten, en hebben zij geen betrekking op de verrekening of inaanmerkingneming van sancties die door een van de partijen bij die overeenkomsten zijn opgelegd.
- 60 Wat ten slotte de door rekwirante subsidiair gestelde schending door het Gerecht van de beginselen van evenredigheid en billijkheid betreft, moet worden opgemerkt dat overwegingen die verband houden met door de autoriteiten van een derde staat opgelegde boeten, alleen aan de orde kunnen komen in het kader van de beoordelingsvrijheid die de Commissie geniet ter zake van vaststelling van boeten wegens inbreuken op het communautaire mededingingsrecht. Al is het derhalve niet uitgesloten dat de Commissie rekening houdt met eerder door de autoriteiten van derde staten opgelegde boeten, zij is daartoe niet verplicht.
- 61 Het doel van afschrikking dat de Commissie bij de bepaling van een boete mag nastreven, is immers, te verzekeren dat de ondernemingen de mededingingsregels naleven die in het EG-Verdrag zijn vastgesteld voor hun activiteiten binnen de gemeenschappelijke markt (zie in die zin arrest van 15 juli 1970, ACF Chemiefarma/Commissie, 41/69, Jurispr. blz. 661, punten 173-176). Bijgevolg is de Commissie bij haar beoordeling of de wegens schending van die regels op te leggen boete afschrikkende werking heeft, niet verplicht om rekening te houden met eventuele sancties die aan een onderneming zijn opgelegd wegens schending van de mededingingsregels van derde staten.
- 62 Het Gerecht heeft derhalve geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het in de punten 144 tot en met 148 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat de vaststelling van het bedrag van de opgelegde boete rechtmatig was.

63 Gelet op het voorgaande moet het derde middel in zijn geheel worden afgewezen.

Het vierde middel: schending van rekwirantes fundamentele recht op een eerlijk proces

Argumenten van partijen

- 64 SDK is van mening dat het Gerecht ten onrechte en zonder motivering of verklaring haar betoog inzake de gelegenheid om door de Commissie te worden gehoord met betrekking tot de vaststelling van een „afschrikingsfactor” van de hand heeft gewezen.
- 65 De Commissie benadrukt dat het Gerecht rekwirantes rechten van de verdediging niet heeft geschonden en zijn beoordeling met betrekking tot de toepassing van de „afschrikingsfactor” voldoende heeft gemotiveerd.
- 66 De verhoging van de boete ter verzekering van een dienovereenkomstige afschrikking is niet het uitvloeisel van een nieuwe beleidslijn. Erkend is immers dat de doeltreffende toepassing van de communautaire mededingingsregels vereist dat de Commissie te allen tijde de hoogte van de boeten kan aanpassen aan de behoeften van dat beleid, binnen de grenzen van verordening nr. 17.

67 De Commissie schaaft zich achter het oordeel van het Gerecht dat rekwirante de gelegenheid heeft gekregen om alle relevante informatie te verschaffen over de omvang en de financiële middelen van de onderneming waarmee bij de beoordeling van de afschrikkende werking van de boete rekening moest worden gehouden. Rekwirante beschikte over voldoende informatie om te weten dat het basisbedrag van de boete naar boven kon worden bijgesteld overeenkomstig de richtsnoeren.

Beoordeling door het Hof

68 Er zij aan herinnerd dat eerbiediging van de rechten van de verdediging in iedere procedure die kan leiden tot de oplegging van sancties, met name geldboeten of dwangsommen, is te beschouwen als een grondbeginsel van het gemeenschapsrecht, dat zelfs in een administratieve procedure in acht moet worden genomen (zie arrest van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie, 85/76, Jurispr. blz. 461, punt 9).

69 Daarnaast is aan de verplichting om ondernemingen te horen tegen welke een procedure op grond van artikel 81 EG is ingeleid, voldaan wanneer de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar verklaart dat zij zal onderzoeken of er reden is om aan de onderzochte ondernemingen boeten op te leggen, en wanneer zij aangeeft welke feitelijke en juridische factoren aanleiding kunnen geven tot oplegging van een boete, zoals de ernst en de duur van de vermeende inbreuk (zie met name arrest van 9 november 1983, Michelin/Commissie, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punten 19 en 20).

70 Zoals het Gerecht heeft geconstateerd, heeft de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar de feitelijke en juridische factoren omschreven waarop zij zich voor de vaststelling van de hoogte van de boeten zou baseren. Daarmee heeft de Commissie het recht van de betrokken ondernemingen om niet alleen te worden gehoord over het principe van de boete, maar ook over alle factoren waarmee de Commissie voornemens was rekening te houden in het kader van de vaststelling van de boeten, geëerbiedigd.

- 71 In punt 240 van het bestreden arrest heeft het Gerecht het middel betreffende de rechten van de verdediging afgewezen op grond dat niets rekwirante had belet om tijdens de administratieve procedure te wijzen op haar omvang en financiële middelen, en haar opmerkingen te maken over de afschrikkende werking van de sanctie die de Commissie haar zou kunnen opleggen.
- 72 Ook kan het feit dat de Commissie wellicht een afschrikkingsfactor zou kunnen inbouwen bij de vaststelling van de boete, niet worden beschouwd als een omstandigheid die tijdens de administratieve procedure voor de Commissie het nemen van bijzondere maatregelen kon rechtvaardigen.
- 73 Overigens was rekwirante, zoals blijkt uit de constatering van het Gerecht, ervan op de hoogte dat de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar overeenkomstig de richtsnoeren had aangegeven dat zij van plan was boeten vast te stellen die hoog genoeg waren om een passende afschrikkende werking te hebben.
- 74 Uit het voorgaande volgt dat het Gerecht rekwirantes rechten van de verdediging niet heeft geschonden door haar desbetreffend middel af te wijzen.
- 75 Het vierde middel van SDK kan derhalve niet worden aanvaard.
- 76 Uit een en ander volgt dat de hogere voorziening van SDK in haar geheel moet worden afgewezen.

Kosten

⁷⁷ Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 118 van dit reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Aangezien SDK in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie te worden verwezen in de kosten.

Het Hof van Justitie (Tweede kamer) verklaart:

- 1) De hogere voorziening wordt afgewezen.**

- 2) Showa Denko KK wordt verwezen in de kosten.**

ondertekeningen