

ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer)

4 juli 2006<sup>\*</sup>

In zaak T-304/02,

**Hoek Loos NV**, gevestigd te Schiedam (Nederland), vertegenwoordigd door J. J. Feenstra en B. F. Van Harinxma thoe Slooten, advocaten,

verzoekster,

tegen

**Commissie van de Europese Gemeenschappen**, vertegenwoordigd door A. Bouquet als gemachtigde,

verweester,

betreffende een verzoek om gedeeltelijke nietigverklaring van beschikking 2003/207/EG van de Commissie van 24 juli 2002 in een procedure op grond van artikel 81 [EG] (Zaak COMP/E-3/36.700 — Industriële en medische gassen) (PB 2003, L 84, blz. 1), en subsidiair tot verlaging van de aan verzoekster opgelegde geldboete,

<sup>\*</sup> Procestaal: Nederlands.

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: M. Vilaras, kamerpresident, F. Dehousse en D. Šváby,  
rechters,  
griffier: I. Natsinas, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 19 januari 2006,

het navolgende

**Arrest**

**Aan het geding ten grondslag liggende feiten**

- <sup>1</sup> Verzoekster is een Nederlandse onderneming die industriële en medische gassen produceert, in de handel brengt en distribueert alsmede daarmee verband houdende uitrustingen en systemen levert en diensten verricht.
- <sup>2</sup> In december 1997 en in de loop van 1998 heeft de Commissie krachtens artikel 14, leden 2 en 3, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81 EG en 82 EG] (PB 1962, 13,

blz. 204), verificaties verricht in de kantoren van verzoekster en van verschillende andere vennootschappen, die eveneens actief zijn op de markt voor industriële en medische gassen, te weten AGA Gas BV (hierna: „AGA Gas”), Air Liquide BV, Air Products Nederland BV (hierna: „Air Products”), Boc Group plc (hierna: „BOC”), Hydrogas Holland BV, Messer Nederland BV (hierna: „Messer”) en Westfalen Gassen Nederland BV (hierna: „Westfalen”).

- 3 Na ingevolge artikel 11 van verordening nr. 17 verzoeken om inlichtingen aan bovengenoemde vennootschappen te hebben gericht, heeft de Commissie op 9 juli 2001 aan acht in de betrokken sector actieve ondernemingen, waaronder verzoekster, een mededeling van punten van bezwaar gezonden.
- 4 In haar antwoord heeft verzoekster de in de mededeling van de punten van bezwaar vermelde feiten niet betwist. Na het faillissement van AGA Gas, heeft de moedermaatschappij daarvan, AGA AB, in naam van haar voormalige dochtervennootschap, ten gronde op die mededeling geantwoord en uitdrukkelijk verklaard dat zij bereid was de aansprakelijkheid voor de door het dochterbedrijf begane inbreuken op zich te nemen.
- 5 Na het horen van de betrokken ondernemingen heeft de Commissie beschikking 2003/207/EG van 24 juli 2002 in een procedure op grond van artikel 81 [EG] (Zaak COMP/E-3/36.700 — Industriële en medische gassen) (PB 2003, L 84, blz. 1; hierna: „beschikking”) vastgesteld.
- 6 De beschikking is op 29 juli 2002 aan verzoekster betekend en is aan AGA AB als rechtsopvolgster van AGA Gas gezonden.

7 De beschikking luidt als volgt:

*„Artikel 1*

AGA AB, Air Liquide BV, [Air Products], [BOC], [Messer], Hoek Loos [NV] en [Westfalen] hebben inbreuk gemaakt op artikel 81, lid 1, [EG] door deel te nemen aan een voortgezette overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging in de sector industriële en medische gasen in Nederland.

De duur van de inbreuk was als volgt:

- AGA AB: van september 1993 tot en met december 1997,
- Air Liquide BV: van september 1993 tot en met december 1997,
- [Air Products]: van september 1993 tot en met december 1997,
- [BOC]: van juni 1994 tot en met december 1995,
- [Messer]: van september 1993 tot en met december 1997,
- Hoek Loos [NV]: van september 1993 tot en met december 1997,
- [Westfalen]: van maart 1994 tot en met december 1995.

[...]

*Artikel 3*

Wegens de in artikel 1 bedoelde inbreuk worden de volgende geldboeten opgelegd:

- AGA AB: 4,15 miljoen EUR,
- Air Liquide BV: 3,64 miljoen EUR,
- [Air Products]: 2,73 miljoen EUR,
- [BOC]: 1,17 miljoen EUR,
- [Messer]: 1 miljoen EUR,
- Hoek Loos [NV]: 12,6 miljoen EUR,
- [Westfalen]: 0,43 miljoen EUR.”

<sup>8</sup> Voor de berekening van de geldboeten heeft de Commissie in de beschikking de methodiek toegepast 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 (PB 1998, C 9, blz. 3; hierna: „richtsnoeren”), alsmede in mededeling 96/C 207/04 betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen (PB 1996, C 207, blz. 4; hierna: „mededeling inzake medewerking”).

- 9 Aldus is het basisbedrag van de geldboete, dat wordt bepaald op basis van de zwaarte en de duur van de inbreuk, wat verzoekster betreft vastgesteld op 14 miljoen EUR (punt 438 van de beschikking).
- 10 De Commissie heeft in de beschikking wat verzoekster betreft geen enkele verzwarende of verzachtende omstandigheid aanvaard.
- 11 Ten slotte heeft de Commissie een „belangrijke vermindering” van de geldboete toegepast, in de zin van punt D van de mededeling inzake medewerking. Uit dien hoofde heeft de Commissie een verlaging toegekend van 10 % van de geldboete die verzoekster zou zijn opgelegd indien er geen sprake zou zijn geweest van medewerking, dit gelet op het feit dat zij de in de mededeling van de punten van bezwaar uiteengezette feiten niet heeft betwist (punten 454 en 457-459 van de beschikking).
- 12 Nadat Westfalen op 4 oktober 2002 bij het Gerecht beroep had ingesteld tegen de beschikking (zaak T-303/02), kwam de Commissie tot het inzicht dat zij een beoordelingsfout had gemaakt met betrekking tot de duur van de aan deze onderneming verweten inbreuk.
- 13 Bijgevolg heeft de Commissie op 9 april 2003 beschikking 2003/355/EG vastgesteld tot wijziging van de beschikking (PB L 123, blz. 49). In deze rectificatiebeschikking heeft de Commissie erkend dat zij ten onrechte de datum van maart 1994 als uitgangspunt voor de aan Westfalen toegerekende inbreuk had genomen.

- 14 Zo heet het thans in artikel 1 van de beschikking, zoals gewijzigd, dat Westfalen inbreuk heeft gemaakt op artikel 81 EG door deel te nemen aan een voortgezette overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging in de sector industriële en medische gassen in Nederland, voor de periode van oktober 1994, en niet langer maart 1994, tot en met december 1995. Artikel 3 van de beschikking, zoals gewijzigd, bepaalt dat de geldboete wordt verlaagd van 0,43 miljoen EUR tot 0,41 miljoen EUR.

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

- 15 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 7 oktober 2002, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.
- 16 Bij de wijziging van de samenstelling van de kamers van het Gerecht per 13 september 2004 is de rechter-rapporteur als president toegevoegd aan de Vijfde kamer, aan welke kamer de onderhavige zaak dan ook is toegewezen.
- 17 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Vijfde kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan. Als maatregel tot organisatie van de procesgang in de zin van artikel 64 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht heeft het de Commissie verzocht een document over te leggen.
- 18 De partijen hebben ter terechtzitting van 19 januari 2006 pleidooi gehouden en op de vragen van het Gerecht geantwoord.

19 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

- artikel 3 van de beschikking nietig te verklaren voorzover dit haar betreft;
- subsidiair, de opgelegde geldboete aanzienlijk te matigen en deze naar billijkheid vast te stellen;
- de Commissie te verwijzen in de kosten, „inclusief rente, te weten de kosten van de bankgarantie”.

20 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

- het beroep te verwerpen;
- verzoekster te verwijzen in de kosten.

## **In rechte**

### *Argumenten van partijen*

#### De omvang van het beroep

21 Verzoekster zet uiteen dat zij de uiteenzetting van de feiten die de Commissie in deel I, „punt E”, van de beschikking heeft gegeven alsmede haar juridische beoordeling

daarvan in deel II, „punt D”, niet betwist, waarbij zij in herinnering roept dat de verweten overeenkomsten slechts een gedeelte van de totale markt van industriële en medische gassen betroffen.

- 22 Zij preciseert dat zij zich evenmin verzet tegen de verschillende stappen die de Commissie in de punten 412 tot en met 448 van de beschikking uitvoert om het bedrag van de verschillende geldboeten te berekenen, de overwegingen betreffende de zwaarte en de duur van de inbreuk en betreffende de betrokkenheid van de verschillende ondernemingen, maar dat zij niet het eindresultaat van deze berekening aanvaardt, nu dit blijkt geeft van een grote onevenwichtigheid tussen de haar opgelegde geldboete en die welke aan de andere ondernemingen zijn opgelegd, en meer in het bijzonder aan AGA AB.
- 23 In dit verband merkt verzoekster verschillende keren op dat de haar opgelegde geldboete enerzijds drie keer zo hoog is als die welke uiteindelijk aan AGA AB is opgelegd, terwijl zij, volgens de Commissie zelf, in dezelfde mate en in dezelfde periode als AGA Gas betrokken was bij het kartel, en anderzijds de haar opgelegde geldboete 50 % van het totale bedrag van de in deze zaak opgelegde geldboeten vertegenwoordigt, hetgeen in geen verhouding staat tot haar marktaandeel of haar deelname aan de inbreuk.
- 24 Verzoekster betoogt dat de Commissie in de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid, en dus zonder daartoe op grond van de feiten dan wel rechtens te zijn gedwongen, bepaalde keuzen heeft gemaakt bij de berekening van de geldboeten, en meer in het bijzonder in het kader van de toepassing van de regel van het plafond van 10 % van de omzet van de betrokken onderneming, zoals is vastgesteld in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17. Volgens verzoekster hebben deze keuzen tot een grote onevenwichtigheid geleid in het bedrag van de geldboeten vanwege het onevenredige verschil in hoogte tussen de haar opgelegde geldboete en die welke aan de andere ondernemingen zijn opgelegd. Hierdoor heeft de Commissie artikel 15 van verordening nr. 17 en artikel 253 EG, alsmede het beginsel van gelijke behandeling, het evenredigheidsbeginsel en het willekeurverbod geschonden, hetgeen een rechtvaardiging vormt voor nietigverklaring van artikel 3 van de beschikking.

- 25 Verzoekster preciseert voorts dat het onderhavige beroep er niet toe strekt de hoogte te betwisten van de geldboeten die de Commissie aan andere bij het kartel betrokken ondernemingen heeft opgelegd. Verzoekster beweert niet dat de keuzen die de Commissie in het voordeel van andere ondernemingen heeft gemaakt, niet juist of niet gerechtvaardigd waren, ook al zou hieraan kunnen worden getwijfeld, maar wel dat deze instelling bij de berekening van verzoeksters eigen geldboete dezelfde keuzen had moeten maken.
- 26 Bovendien meent verzoekster, los van de hierboven uiteengezette juridische overwegingen, dat het zeer grote verschil in geldboete in haar nadeel onbillijk is en verzoekt zij het Gerecht in de uitoefening van de hem bij artikel 229 EG toegekende volledige rechtsmacht de haar opgelegde geldboete substantieel te verlagen.
- 27 De Commissie merkt op dat verzoekster, door niet de stappen aan te vechten die zijn doorlopen bij het vaststellen van de geldboete, de omvang van haar beroep heeft beperkt tot het verwijt betreffende de vergelijkbaarheid van de haar opgelegde geldboete met die van de andere karteldeelnemers, en dat zij dus haar geldboete, op zich beschouwd, heeft aanvaard. Het door verzoekster ingestelde beroep komt neer op een aanvechting van de verlaging die wegens de 10 %-plafonnering op de geldboeten van de andere ondernemingen is toegepast.

Het verzoek om nietigverklaring van artikel 3 van de beschikking

— Eerste middel: schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 en van artikel 253 EG

- 28 Verzoekster betoogt dat zij en AGA Gas blijkens de beschikking met betrekking tot de twee criteria die volgens artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 geheel en

volledig de hoogte van de geldboeten moeten bepalen, te weten de zwaarte en de duur van de inbreuk, strikt op één lijn staan. Zij stelt in dit verband dat de Commissie thans ten onrechte stelt dat haar marktaandeel aanzienlijk hoger is dan dat van AGA Gas. Voor bepaalde soorten gas, en met name vloeibare gassen, is laatstgenoemde integendeel de grootste producent.

29 Aangezien de situatie van verzoekster en die van AGA Gas soortgelijk zijn met betrekking tot de deelname van deze vennootschappen aan de inbreuk, heeft de Commissie artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 onjuist toegepast, door, in het nadeel van verzoekster, aan deze twee ondernemingen zeer verschillende geldboeten op te leggen. Verzoekster wijst erop dat welke methode de Commissie in een zaak ook hanteert ter toepassing van de criteria van de zwaarte en de duur van de inbreuk, het eindresultaat aan deze twee criteria dient te voldoen.

30 Verzoekster stelt dat de Commissie in casu een onjuiste toepassing heeft gegeven aan het criterium van de zwaarte, waarvan de beoordeling impliceert dat de afschrikkende werking in aanmerking wordt genomen. Zij beklemtoont dat haar als relatief kleine onderneming een hoge geldboete is opgelegd, terwijl aan andere ondernemingen, die dochters zijn van mondiale ondernemingen, veel lagere geldboeten zijn opgelegd, hetgeen haaks staat op de nagestreefde afschrikkende werking.

31 Zij betoogt dat het extreem grote verschil tussen de haar opgelegde geldboete en die welke uiteindelijk aan AGA AB is opgelegd, niet kan worden verklaard en gerechtvaardigd door de factoren die de Commissie in aanmerking heeft genomen om tot het aangevochten resultaat te komen, te weten de keuze van de adressaten van de beschikking, de omzet voor toepassing van de 10 %-plafonnering en de volgorde waarin die plafonnering en de voorschriften van de mededeling inzake medewerking zijn toegepast.

- 32 Verzoekster meent in de eerste plaats dat de zienswijze van de Commissie met betrekking tot de keuze van welke ondernemingen de adressaten van de beschikking zijn, moeilijk te begrijpen is. Zij merkt op dat de beschikking bij bepaalde ondernemingen (BOC en Hoek Loos) tot de moedermaatschappij is gericht en bij bepaalde andere ondernemingen (Air Products, Air Liquide en AGA AB) tot de Nederlandse dochter, terwijl de Commissie met betrekking tot deze laatste drie marktdeelnemers in de mededeling van de punten van bezwaar had vermeld dat de moedermaatschappijen in meer of minder grote mate betrokken waren bij de inbreuk. In de beschikking is geen verklaring gegeven voor deze ommezwaai.
- 33 In antwoord op de stelling van de Commissie dat zij mag kiezen tot wie zij de boetebeschikking richt, wijst verzoekster erop dat zij „in het midden laat” of dit standpunt in overeenstemming is met de stand van de rechtspraak, waarbij zij opmerkt dat het arrest van het Gerecht van 11 maart 1999, *Aristrain/Commissie* (T-156/94, Jurispr. blz. II-645), waarnaar verweerster verwijst, de verhouding tussen twee zustersvennootschappen betreft.
- 34 Verzoekster betoogt dat de keuze van de geadresseerde vennootschap gevolgen heeft voor de toepassing van de 10 %-plafonnering. Zij verbaast zich er in dit verband over dat de Commissie, na te hebben geoordeeld dat AGA AB aansprakelijk was voor de handelingen van haar voormalige dochteronderneming AGA Gas, de 10 %-plafonnering heeft toegepast op de omzet van deze dochter en niet op de totale omzet van AGA AB.
- 35 Wat in de tweede plaats de voor de toepassing van de 10 %-plafonnering in aanmerking te nemen omzet betreft, meent verzoekster dat de Commissie ten onrechte stelt dat met de keuze van de adressaat van de beschikking ook de omzet van de onderneming is gegeven voor de toepassing van de 10 %-plafonnering.
- 36 Volgens de rechtspraak geldt deze 10 %-plafonnering voor de wereldwijde omzet van de betrokken onderneming (arrest Hof van 12 november 1985, *Krupp/II* - 1902

Commissie, 183/83, Jurispr. blz. 3609). Indien de Commissie een boetebeschikking naar believen aan nationale dochtervennootschappen van mondiaal opererende ondernemingen zou kunnen richten, en daarmee ook de omzet van die dochtervennootschap aan de 10 %-plafonnering relateren, zou dit erop neerkomen dat bovengenoemde rechtspraak wordt ondergraven.

- 37 Verzoekster betoogt voorts dat het begrip onderneming in het communautaire mededingingsrecht een economisch, en niet een juridisch begrip is. Het doelt op het concern. Het feit dat een boetebeschikking aan een dochtervennootschap is gericht, verhindert volgens verzoekster dus niet dat de 10 % begrenzing wordt afgemeten aan de totale wereldwijde omzet van het concern waartoe de dochtervennootschap behoort (arrest Gerecht van 20 maart 2002, HFB e.a./Commissie, T-69/99, Jurispr. blz. II-1487, punten 528 en 529).
- 38 Zou van een andere opvatting worden uitgegaan, dan zou de hoogte van de geldboete afhankelijk worden van de wijze waarop een onderneming haar activiteiten over verschillende vennootschappen heeft verdeeld, waarbij zij opgemerkt dat een groot aantal internationale ondernemingen, net als Air Products en Air Liquide, hun activiteiten middels afzonderlijke nationale vennootschappen uitoefenen. Aldus zou afbreuk worden gedaan aan de objectieve toepassing van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 en zou aan het element van afschrikking een willekeurige inhoud worden gegeven.
- 39 Wat in de derde plaats de volgorde betreft waarin de 10 %-plafonnering en de bepalingen van de mededeling inzake medewerking moeten worden toegepast, merkt verzoekster op dat de Commissie, alvorens de mededeling inzake medewerking toe te passen, het bedrag van de geldboete ten aanzien van AGA Gas uit hoofde van de 10 %-plafonnering heeft verminderd, waardoor de geldboete van 14 tot 5,54 miljoen EUR werd teruggebracht. Na toepassing van een vermindering van 25 % uit hoofde van bovenbedoelde mededeling, werd AGA AB een uiteindelijke geldboete van 4,15 miljoen EUR opgelegd voor de door haar voormalige dochtervennootschap gepleegde feiten.

40 De 10 %-plafonnering is echter zowel door de wetgever als door de rechtspraak (arrest Gerecht van 20 maart 2002, LR AF 1998/Commissie, T-23/99, Jurispr. blz. II-1705, punten 287-289) bedoeld als de ultieme bovengrens van een geldboete en dus als het criterium dat als laatste moet worden toegepast. In ieder geval beantwoordt de keuze van de Commissie niet aan een dwingende noodzaak.

41 Verzoekster merkt op dat indien de Commissie die volgorde van toepassing van de regels voor de berekening van de geldboeten had gevolgd, aan AGA AB een geldboete van 5,54 miljoen EUR zou zijn opgelegd, hetgeen ten opzichte van de aan verzoekster opgelegde geldboete van 12,6 miljoen EUR, nog steeds een niet te rechtvaardigen verschil is.

42 Zij besluit haar betoog met de vermelding dat er dus geen dwingende of objectief noodzakelijke factoren zijn die het grote verschil kunnen verklaren tussen haar geldboete en die van de andere ondernemingen, met name AGA AB. De Commissie heeft derhalve de criteria van de zwaarte en de duur van de inbreuk onjuist toegepast en artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 geschonden, „c.q. heeft zij nagelaten voor deze toepassing een dragende motivering te verstrekken”.

43 De Commissie concludeert dat het eerste middel ongegrond wordt verklaard.

— Tweede middel: schending van het beginsel van gelijke behandeling, van het evenredigheidsbeginsel en van het verbod van willekeur

44 Verzoekster stelt dat met welke methodiek de Commissie de geldboeten van verschillende deelnemers in mededingingszaken ook berekent, zij het eindresultaat

daarvan altijd zal moeten laten voldoen aan de bovengenoemde algemene gemeenschapsrechtelijke beginselen, hetgeen in casu niet het geval is.

45 Haars inziens heeft de Commissie in de eerste plaats het gelijkheidsbeginsel geschonden door twee ondernemingen die naar betrokkenheid bij de inbreuk ook naar mening van de Commissie volledig gelijk staan, op een zo verschillende wijze te behandelen. Zij voegt daaraan toe dat de toepassing van de 10 %-plafonnering geen objectieve rechtvaardiging kan vormen voor het grote verschil tussen de opgelegde geldboeten en verwijst naar haar argumentatie betreffende de schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17.

46 Verzoekster betoogt in de tweede plaats dat de extreem hoge geldboete die haar in vergelijking met de geldboeten van de andere ondernemingen is opgelegd, ook inbreuk maakt op het evenredigheidsbeginsel. De Commissie geeft zelf in de beschikking aan dat verzoekster en AGA Gas gelijkstonden wat de twee gebruikelijke criteria betreft voor de bepaling van de hoogte van geldboeten, te weten de zwaarte en de duur van de inbreuk. Dat dient volgens verzoekster te betekenen dat, indien toepassing van een andere regel voor de ene onderneming wél en voor de andere niet tot een aanzienlijke verlaging leidt, het boetebedrag dat de tweede onderneming nog zal moeten dragen niet meer in verhouding staat tot het doel dat met het opleggen van een geldboete wordt nagestreefd. Zij verwijst bovendien naar haar argumentatie betreffende de schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17.

47 Verzoekster stelt in de derde plaats dat het grote verschil tussen de geldboete die haar is opgelegd en die welke aan andere ondernemingen zijn opgelegd, schending oplevert van het willekeurverbod. Er kan niet van uit worden gegaan dat de Commissie in redelijkheid tot dit besluit heeft kunnen komen. Zij verwijst bovendien naar haar argumentatie betreffende de schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17.

48 De Commissie concludeert dat het tweede middel ongegrond wordt verklaard.

### Het verzoek om verlaging van de geldboete

49 Subsidiair verzoekt verzoekster het Gerecht in het kader van zijn volledige rechtsmacht uit hoofde van artikel 229 EG, na te gaan of de hoogte van de haar opgelegde geldboete passend is.

50 De wijze waarop de Commissie de 10 %-plafonnering heeft toegepast leidt tot de merkwaardige situatie dat een kleine, in belangrijke mate nationaal opererende onderneming, zoals verzoekster, aanzienlijk zwaarder zou worden beboet dan Nederlandse dochtervennootschappen van wereldwijd opererende concerns met een veel grotere omzet dan verzoekster. Een dergelijke situatie is in strijd met de nagestreefde afschrikkende werking.

51 Verzoekster betwist de cijfermatige exercitie die de Commissie in haar verweerschrift uitvoert, en brengt in herinnering dat zij geheel los moet worden gezien van de vennootschap Linde, waarvan zij de dochtervennootschap is.

52 Zij beklemtoont dat de haar opgelegde geldboete volgens de Commissie weliswaar 3 % van haar totale omzet in Nederland vertegenwoordigt, doch dat dit cijfer betrekking heeft op al haar activiteiten, dus inclusief de tonnage-activiteiten (twee keer zo groot als de omzet voor cilindergas en vloeibaar gas) en de activiteiten met betrekking tot medische gassen. Bovendien toont de vergelijking tussen de omzet op de betrokken markt, vóór toepassing van de mededeling inzake medewerking, en de hoogte van de geldboete een groot verschil tussen verzoekster en AGA Gas. De

onbillijkheid van de aan verzoekster opgelegde sanctie wordt tevens aangetoond door het feit dat de geldboete 50 % van het totaalbedrag aan opgelegde geldboeten bedraagt, terwijl verzoekster in de betrokken periode een marktaandeel van ten hoogste een derde had.

- 53 De Commissie betoogt dat de vergelijking tussen de omzet op de betrokken markt en de hoogte van de geldboete vóór toepassing van de mededeling inzake medewerking slechts zin heeft indien deze het uitgangsbedrag betreft, vóór toepassing van zuiver individuele verhogingen of verlagingen. Een dergelijke vergelijking toont aan dat verzoekster niet streng is behandeld, eerder het tegendeel. Zij komt tot de slotsom dat de aan verzoekster opgelegde geldboete billijk is en dat deze niet hoeft te worden verlaagd.

### *Beoordeling door het Gerecht*

#### Opmerkingen vooraf

- 54 In de eerste plaats dient te worden opgemerkt dat verzoekster in het kader van haar eerste middel tegelijkertijd schending van een materiële regel en schending van een vormvoorschrift aanvoert, te weten respectievelijk artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 en artikel 253 EG inzake de motiveringsplicht.
- 55 Zo stelt verzoekster in haar verzoekschrift als haar conclusie bij de redenering met betrekking tot het eerste middel tot nietigverklaring, dat de Commissie de criteria van de zwaarte en de duur van de inbreuk onjuist heeft toegepast en artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 heeft geschonden, „c.q. heeft [...] nagelaten voor deze toepassing een dragende motivering te verstrekken”.

- 56 Uit deze formulering, en meer in het bijzonder uit het gebruik van het bijvoeglijk naamwoord „dragende”, volgt dat verzoeksters grief eigenlijk niet het ontbreken van motivering of een ontoereikende motivering betreft, hetgeen onder schending van wezenlijke vormvoorschriften in de zin van artikel 230 EG valt, maar de gegrondheid van de beschikking en dus de rechtmatigheid ten gronde van deze handeling.
- 57 Dan blijft nog het punt dat verzoekster opmerkt dat de beschikking bij bepaalde ondernemingen (BOC en zichzelf) tot de moedermaatschappij is gericht en bij bepaalde andere ondernemingen (Air Products, Air Liquide en AGA Gas) tot de Nederlandse dochter, terwijl de Commissie met betrekking tot deze laatste drie marktdeelnemers in de mededeling van de punten van bezwaar had vermeld dat de moedermaatschappijen in meer of minder grote mate betrokken waren bij de inbreuk. Verzoekster stelt dat in de beschikking geen verklaring is gegeven voor deze ommezwaai.
- 58 Voorzover deze laatste stelling kan worden opgevat als de uitdrukking van een grief ontleend aan schending van de motiveringsplicht, zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de door artikel 253 EG geëiste motivering moet beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking doen komen, zodat de belanghebbenden kennis kunnen nemen van de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen. Het motiveringsvereiste moet 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 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, doch ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen (zie arrest Hof van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 63, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 59 In het onderhavige geval moet enerzijds de beschikking, hoewel opgesteld in de vorm van één beschikking, worden aangemerkt als een bundel van individuele beschikkingen waarbij ten aanzien van elk van de ondernemingen tot welke zij is gericht, wordt vastgesteld welke inbreuk(en) haar wordt (worden) verweten en haar een geldboete wordt opgelegd, en bestaat het voorwerp van het onderhavige geding anderzijds enkel in nietigverklaring dan wel verlaging van de bij artikel 3 van de beschikking aan verzoekster opgelegde geldboete.
- 60 In een dergelijke context kan de gemeenschapsrechter, wanneer een adressaat van een beschikking beroep tot nietigverklaring instelt, dus enkel oordelen over de onderdelen van de beschikking welke die adressaat betreffen. De onderdelen betreffende andere adressaten, welke niet worden betwist, behoren daarentegen niet tot het voorwerp van het door de gemeenschapsrechter te beslechten geschil (arrest Hof van 14 september 1999, Commissie/AssiDomän Kraft Products e.a., C-310/97 P, Jurispr. blz. I-5363, punt 53).
- 61 In casu maakt verzoekster geen gewag van het ontbreken van motivering of van een ontoereikende motivering wat haar betreft, bij de toerekening van de inbreuk in de beschikking. Het verweten ontbreken van toelichtingen zou dus de rechtmatigheid van de beschikking kunnen aantasten voorzover deze de drie Nederlandse dochterondernemingen Air Products, Air Liquide en AGA Gas betreft. Air Products en Air Liquide hebben echter geen beroep ingesteld tegen de beschikking waarvan zij adressaat waren, evenmin als AGA AB, waaraan de beschikking is betekend in haar hoedanigheid van rechtsopvolgster van AGA Gas.
- 62 Voorzover verzoekster stelt dat de beschikking onrechtmatig is wegens het ontbreken van motivering voor de wijze van behandeling van de moedermaatschappijen van Air Products en van Air Liquide, die geen adressaten van de beschikking waren en dus niet zijn beboet, dient te worden vastgesteld dat verzoekster aan een dergelijke omstandigheid geen argument kan ontleenen om zich aan een sanctie die haar wegens inbreuk op artikel 81 EG is opgelegd, te onttrekken, wanneer de situatie van die twee andere ondernemingen zelf niet het voorwerp van een procedure voor de rechter is (zie in die zin arrest Hof van 31 maart 1993, Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 en C-125/85–C-129/85, Jurispr. blz. I-1307, punt 197, en arrest Gerecht van 11 december 1996, Van Megen Sports/Commissie, T-49/95, Jurispr. blz. II-1799, punt 56).

- 63 Ten slotte is de beschikking hoe dan ook toereikend gemotiveerd ten aanzien van verzoekster, in die zin dat zij in staat is gesteld de redenen te kennen die de Commissie ertoe hebben gebracht haar aansprakelijk te achten voor de verweten inbreuk en haar een geldboete op te leggen, en dit los van de behandeling die ten deel is gevallen aan andere in de mededeling van punten van bezwaar genoemde ondernemingen tot wie de beschikking echter niet was gericht. Evenzo acht het Gerecht zich zeer wel in staat de beschikking te toetsen voorzover deze verzoeksters situatie betreft.
- 64 Uit het voorgaande volgt dat voorzover verzoeksters stukken aldus kunnen worden begrepen, dat daarin een grief ontleend aan schending van de motiveringsplicht van artikel 253 EG is aangevoerd, deze grief moet worden afgewezen.
- 65 In de tweede plaats dient te worden beklemtoond dat bij onderzoek van verzoeksters stukken is gebleken dat de twee middelen tot nietigverklaring en de formulering van de drie grieven, die allemaal kritiek leveren op de onjuiste toepassing van de in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 genoemde criteria van de ernst en de duur, elkaar tot op zekere hoogte overlappen. De eerste twee grieven zijn erop gebaseerd dat de opgelegde geldboete onevenredig en discriminerend is. Een groot gedeelte van verzoeksters redenering houdt verband met de verschillen in het eindbedrag van de geldboeten, onderzocht en bekritiseerd vanuit het oogpunt van de vergelijking met de situatie van AGA Gas en van de toepassing van de 10 %-plafonnering in casu. In het kader van de derde grief spreekt verzoekster van strijd van de opgelegde geldboete met het doel van afschrikking.
- 66 Tevens formuleert verzoekster grieven die zijn gebaseerd op haar zienswijze dat de geldboete onevenredig en discriminerend is alsmede in strijd is met het doel van afschrikking, zowel in het kader van het verzoek om nietigverklaring van artikel 3 van de beschikking als in het subsidiaire verzoek om verlaging van de geldboete door het Gerecht krachtens zijn volledige rechtsmacht.

- 67 In die omstandigheden dient verzoeksters redenering te worden onderzocht vanuit het oogpunt van het verzoek om intrekking dan wel verlaging van de geldboete, waarbij de drie bovenvermelde grieven afzonderlijk moeten worden besproken.

### Het verzoek om intrekking dan wel verlaging van de geldboete

- 68 Vooraf dient te worden herinnerd aan de vaste rechtspraak, dat de Commissie bij de vaststelling van elke geldboete over een beoordelingsmarge beschikt en niet verplicht is om daartoe een precieze mathematische formule toe te passen (arresten Gerecht van 6 april 1995, *Martinelli/Commissie*, T-150/89, Jurispr. blz. II-1165, punt 59, en 14 mei 1998, *Mo och Domsjö/Commissie*, T-352/94, Jurispr. blz. II-1989, punt 268, in hogere voorziening bevestigd bij arrest Hof van 16 november 2000, *Mo och Domsjö/Commissie*, C-283/98 P, Jurispr. blz. I-9855, punt 47). Bij haar beoordeling dient zij evenwel het gemeenschapsrecht in acht te nemen, dat niet alleen de verdragsbepalingen, maar ook de algemene rechtsbeginselen omvat (arrest Hof van 25 juli 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Raad*, C-50/00 P, Jurispr. blz. I-6677, punt 38).
- 69 Tevens moet worden opgemerkt dat de beoordeling van de evenredigheid van de opgelegde geldboete ten opzichte van de zwaarte en de duur van de inbreuk, de in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 genoemde criteria, tot de krachtens artikel 17 van deze verordening aan het Gerecht toevertrouwde toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht behoort.
- 70 In casu staat vast dat de Commissie de hoogte van de aan verzoekster opgelegde geldboete heeft bepaald overeenkomstig de algemene methode die zij zichzelf in de richtsnoeren heeft opgelegd.

- 71 De richtsnoeren bepalen in punt 1, eerste alinea, dat voor de berekening van de geldboeten het basisbedrag wordt bepaald naar gelang van de zwaarte en de duur van de inbreuk, de enige criteria die in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 worden genoemd. Als algemene opmerking preciseren de richtsnoeren in punt 5, sub a, tevens dat „het eindresultaat van de berekening van de boete volgens deze methode (basisbedrag met verhogings- respectievelijk verlagingsscoëfficiënt) krachtens artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 in geen geval 10 % van de mondiale omzet van de ondernemingen mag overschrijden”. Bijgevolg blijven de richtsnoeren binnen het rechtskader van de sancties zoals omlinjd bij laatstgenoemde bepaling (arrest Hof 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 250 en 252).
- 72 Bij de vaststelling van het uitgangsbetrag van de geldboete, dat op grond van de zwaarte van de inbreuk wordt bepaald, meende de Commissie dat die inbreuk, hoewel de betrokken ondernemingen deel hadden genomen aan een prijskartel, als een zware en niet als een zeer zware inbreuk moest worden aangemerkt, gelet op de beperkte geografische omvang van de markt en op het feit dat de betrokken sector van middelgroot economisch belang was (punten 423 en 428 van de beschikking).
- 73 Teneinde rekening te houden met het specifieke gewicht en bijgevolg met de reële impact van de ongeoorloofde gedragingen van elke bij het kartel betrokken onderneming op de mededinging, heeft de Commissie de betrokken ondernemingen naar gelang van hun relatieve gewicht op de betrokken markt in vier categorieën ingedeeld. Hiervoor heeft de Commissie het gepast geacht de omzet van 1996 op de betrokken markt als uitgangspunt te nemen voor de vergelijking van het relatieve gewicht van een onderneming op die markt (punten 429-432 van de beschikking).
- 74 Bijgevolg zijn verzoekster en AGA GAS, die als veruit de twee grootste spelers op de betrokken markt worden beschouwd, ingedeeld in de eerste categorie. Air Products

en Air Liquide, die middelgrote ondernemingen zijn op deze markt, zijn in de tweede categorie geplaatst. Messer en BOC, die op de betrokken markt als „aanzienlijk kleiner” worden aangemerkt, zijn ingedeeld in de derde categorie. Westfalen, die op deze markt een uiterst klein aandeel heeft, is ingedeeld in de vierde categorie (punt 431 van de beschikking).

75 Op basis van het voorgaande heeft de Commissie een gelijk uitgangsbetrag genomen voor verzoekster en voor AGA Gas, te weten 10 miljoen EUR, tegenover 2,6 miljoen EUR voor Air Products en Air Liquide, 1,2 miljoen EUR voor Messer en BOC en 0,45 miljoen EUR voor Westfalen.

76 Wat de duur van de inbreuk betreft is de Commissie tot de bevinding gekomen dat de inbreuk van middellange duur was (één tot vier jaar) voor elk van de betrokken ondernemingen, aangezien verzoekster, AGA Gas, Air Products, Air Liquide en Messer op artikel 81, lid 1, EG inbreuk hebben gemaakt van september 1993 tot en met december 1997, BOC van juni 1994 tot en met december 1995 en Westfalen van oktober 1994 tot en met december 1995. Bijgevolg is het ten aanzien van verzoekster en AGA Gas aangehouden uitgangsbetrag met 10 % per jaar verhoogd, of wel een verhoging van 40 % (punten 433 en 434 van de beschikking).

77 Het basisbedrag van de geldboete, dat naar gelang van de zwaarte en de duur van de inbreuk wordt bepaald, is dus wat verzoekster en AGA Gas betreft vastgesteld op 14 miljoen EUR, tegenover 3,64 miljoen EUR voor Air Products en Air Liquide, 1,68 miljoen EUR voor Messer, 1,38 miljoen EUR voor BOC en 0,51 miljoen EUR voor Westfalen. Opgemerkt zij dat de Commissie geen enkele verzwarende of verzachtende omstandigheid heeft aanvaard met betrekking tot de bij het kartel betrokken ondernemingen, met uitzondering van BOC en Westfalen die een verlaging met 15 % van het basisbedrag van de geldboete kregen omdat zij bij de inbreuk enkel een passieve rol hadden gespeeld (punten 438-448 van de beschikking).

- 78 Hoewel verzoekster en AGA Gas in deze fase van de berekening van de geldboete exact op gelijke voet stonden, staat vast dat aan verzoekster uiteindelijk een geldboete van 12,6 miljoen EUR is opgelegd, dat wil zeggen een bedrag dat inderdaad drie keer zo hoog is als dat van de aan AGA AB opgelegde geldboete, die 4,15 miljoen EUR bedroeg, en bijna 50 % van het totale bedrag van de geldboeten bedraagt.
- 79 Blijkens de beschikking zijn er twee oorzaken voor het in het vorige punt bedoelde verschil in de hoogte van de opgelegde geldboeten, te weten de verlaging van het basisbedrag van de geldboete van 14 naar 5,54 miljoen EUR wegens toepassing van de 10 %-plafonnering ten gunste van AGA Gas en de toekenning, daarna, aan laatstgenoemde van de verlaging van 25 % van de geldboete uit hoofde van de mededeling inzake medewerking, terwijl verzoekster slechts een verlaging met 10 % kreeg (punten 450 en 454-459 van de beschikking).

— Gestelde onevenredigheid van de opgelegde geldboete

- 80 Verzoekster beklemtoont dat het eindbedrag van de haar opgelegde geldboete drie keer zo hoog is als de aan AGA AB opgelegde geldboete en bijna 50 % van het totaalbedrag van de door de Commissie in de beschikking opgelegde geldboeten uitmaakt, hetgeen geenszins in verhouding staat tot haar deelname aan de inbreuk of tot haar marktaandeel, dat gedurende de betrokken periode hoogstens een derde van het totaal uitmaakte.
- 81 Deze grief brengt een tegenstrijdigheid in verzoeksters stukken aan het licht. In haar verzoekschrift heeft zij duidelijk aangegeven dat zij zich niet verzette tegen de verschillende stappen die de Commissie in de punten 412 tot en met 448 van de beschikking heeft uitgevoerd om het bedrag van de geldboeten te berekenen, noch

tegen de overwegingen betreffende de zwaarte en de duur van de inbreuk en betreffende de betrokkenheid van de verschillende ondernemingen (zie punt 22 *supra*).

- 82 Welnu, het eindbedrag van de geldboete is slechts het resultaat van een reeks cijfermatige beoordelingen door de Commissie overeenkomstig de richtsnoeren, waaraan hierboven is herinnerd, en eventueel overeenkomstig de mededeling inzake medewerking.
- 83 Voorts is de stelling dat het eindbedrag van de aan verzoekster opgelegde geldboete, gelet op het eerste criterium waartegen bezwaar wordt gemaakt, betreffende verzoeksters individuele deelname aan de inbreuk, buiten elke verhouding staat tot het totaalbedrag van de opgelegde geldboeten, geenszins onderbouwd.
- 84 Wat het tweede criterium betreft waartegen bezwaar wordt gemaakt, inzake het gewicht van de onderneming op de betrokken markt, dient er om te beginnen aan te worden herinnerd dat de Commissie bij de vaststelling van het bedrag van de geldboeten op basis van de zwaarte en de duur van de betrokken inbreuk niet verplicht is, wanneer zij geldboeten oplegt aan verschillende bij eenzelfde inbreuk betrokken ondernemingen, ervoor te zorgen dat de definitieve bedragen van deze geldboeten waarop haar berekening uitkomt, elk verschil tussen de betrokken ondernemingen op het gebied van hun totale of relevante omzet weerspiegelen (arrest *Dansk Rørindustri e.a./Commissie*, aangehaald in punt 71 *supra*, punt 312).
- 85 Vervolgens dient te worden opgemerkt dat het eindbedrag van de geldboete niet zonder meer een geschikt element is om te bepalen of de geldboete, gelet op het gewicht van de deelnemers aan de mededingingsregeling, eventueel onevenredig is. Dat eindbedrag wordt immers met name bepaald op basis van verschillende omstandigheden in verband met de individuele gedragingen van de betrokken onderneming — en niet in verband met haar marktaandeel of haar omzet — zoals de duur van de inbreuk, het bestaan van verzwarende of verzachtende omstandigheden of de mate van medewerking door die onderneming.

86 Het uitgangsbetrag van de geldboete vormt daarentegen in casu wel een relevant gegeven om de eventuele onevenredigheid van de geldboete op basis van het gewicht van de deelnemers aan de mededingingsregeling te beoordelen.

87 Zoals is uiteengezet heeft de Commissie, teneinde rekening te houden met het specifieke gewicht en bijgevolg met de reële impact van de ongeoorloofde gedragingen van elke bij het kartel betrokken onderneming op de mededinging, in de beschikking de betrokken ondernemingen immers juist naar gelang van hun relatieve gewicht op de betrokken markt in vier categorieën ingedeeld. Verzoekster en AGA Gas, die als veruit de twee grootste spelers op de betrokken markt worden beschouwd, zijn in de eerste categorie ingedeeld.

88 In dit verband heeft de Commissie zich gebaseerd op de cijfers in de derde kolom van tabel 1 in punt 75 van de beschikking:

| Onderneming             | Totale omzet van de adressaten van de beschikking in 2001 | Omzet voor cilinder- en vloeibaar gas in Nederland (in EUR) en geraamde marktaandeelen voor 1996 |
|-------------------------|-----------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Hoek Loos [NV]          | 470 648 000                                               | 71 400 000 (39,7 %)                                                                              |
| AGA Gas BV <sup>1</sup> | 55 479 000 <sup>2</sup>                                   | 49 200 000 (27,4 %)                                                                              |
| [Air Products]          | 110 044 000                                               | 18 600 000 (10,4 %)                                                                              |
| Air Liquide BV          | 60 720 000                                                | 12 900 000 ( 7,2 %)                                                                              |
| [Messer]                | 11 275 000                                                | 8 200 000 ( 4,4 %)                                                                               |
| [BOC]                   | 6 690 905 000                                             | 6 800 000 ( 3,8 %)                                                                               |
| [Westfalen]             | 5 455 000                                                 | 2 600 000 ( 1,5 %)                                                                               |

<sup>1</sup> Na de liquidatie van AGA Gas BV in 2000-2001 heeft AGA AB aansprakelijkheid aanvaard voor de daden van haar dochteronderneming en is de adreassaant van de beschikking.

<sup>2</sup> 2000 is het laatste bedrijfsjaar waarvoor omzetcijfers beschikbaar zijn voor AGA Gas BV.

- 89 AGA Gas had op de betrokken markt een beduidend kleinere omzet en een kleiner marktaandeel dan verzoekster. Niettegenstaande het feit dat verzoeksters omzet 40 % groter is dan die van AGA Gas, zijn deze beide ondernemingen toch in dezelfde categorie ingedeeld en is voor hen een gelijk uitgangsbetrag van 10 miljoen EUR genomen, hetgeen als objectief gunstig voor verzoekster kan worden aangemerkt. Voorts heeft verzoekster weliswaar twijfels over de wijze waarop de omzet van AGA Gas is berekend, doch verstrekt zij geen enkel concreet gegeven aan de hand waarvan de cijfermatige beoordeling in bovenstaande tabel in twijfel kan worden getrokken.
- 90 Verzoekster tracht haar gewicht te bagatelliseren door haar marktaandelen te vergelijken met de grotere marktaandelen van AGA Gas voor bepaalde subsegmenten van de betrokken markt, dat wil zeggen voor bepaalde soorten gas, en verwijst hiervoor naar de cijfers in de tabellen 3 (cilindergas) en 4 (vloeibaar gas) van de beschikking (punten 77 en 78). Zoals de Commissie op goede gronden beklemtoont, is deze vergelijking echter niet relevant voor de beoordeling van het respectieve gewicht van de twee ondernemingen, aangezien de marktaandelen in tabel 1 van de beschikking het gewogen gemiddelde van de verschillende subsegmenten geven en op grond daarvan het relatieve gewicht van die ondernemingen dus adequaat kan worden beoordeeld.
- 91 Er moet in feite op worden gewezen dat verzoekster er in haar stukken — veelzeggend — de nadruk op legt, dat haar situatie en die van AGA Gas gelijksoortig zijn, en dat zij uit dien hoofde betoogt dat haar omzet voor cilindergas en voor vloeibaar gas blijkens tabel 1 van de beschikking vergelijkbaar is met die van AGA Gas en dat de Commissie deze twee ondernemingen dus terecht in dezelfde categorie heeft ingedeeld.
- 92 Het gewicht van verzoeksters omzet en marktaandeel verklaart en rechtvaardigt een uitgangsbetrag van bijna vier keer het bedrag voor de ondernemingen van de tweede

categorie en van bijna acht keer het bedrag voor de ondernemingen van de derde categorie. Bovendien blijkt uit de verhoudingen tussen de omzet op de betrokken markt van de in tabel 1 van de beschikking genoemde ondernemingen en de door de Commissie genomen uitgangsbetragten voor de geldboeten niet dat sprake zou zijn van een onevenredige behandeling van verzoekster, aangezien de uitgangsbetragten voor de geldboeten voor verzoekster 14 % van de omzet op de betrokken markt vormen, tegenover 20,3 % voor AGA Gas, 13,98 % voor Air Products, 20,2 % voor Air Liquide, 14,6 % voor Messer, 17,6 % voor BOC en 17,3 % voor Westfalen.

<sup>93</sup> In die omstandigheden kan uit het feit dat het eindbedrag van de aan verzoekster opgelegde geldboete bijna 50 % van het totaalbedrag van de door de Commissie opgelegde geldboeten bedraagt niet de conclusie worden getrokken dat dit bedrag onevenredig is, aangezien het uitgangsbetrag voor de berekening van de geldboete zijn rechtvaardiging vindt in het criterium dat de Commissie heeft gehanteerd voor de beoordeling van het gewicht van elk van de ondernemingen op de relevante markt (zie in die zin arrest LR AF 1998/Commissie, aangehaald in punt 40 supra, punt 304).

<sup>94</sup> Laatstbedoelde beoordeling fundeert tevens de afwijzing van verzoeksters argument ontleend aan de vergelijking met AGA Gas wat het verband betreft tussen de omzet op de betrokken markt en het bedrag van de geldboete vóór toepassing van de mededeling inzake medewerking.

<sup>95</sup> Voorts vindt de verlaging, vóór toepassing van de mededeling inzake medewerking, van de geldboete van AGA Gas van 14 tot 5,54 miljoen EUR, terwijl die van verzoekster gelijk is gebleven, haar verklaring in de toepassing van de 10 %-plafonnering en blijkt, zoals hieronder wordt aangegeven, daaruit niet dat sprake zou zijn van een discriminerende behandeling ten nadele van verzoekster.

## — De beweerdelijk discriminerende aard van de opgelegde geldboete

- <sup>96</sup> Volgens vaste rechtspraak wordt het gelijkheidsbeginsel slechts geschonden wanneer vergelijkbare situaties verschillend of verschillende situaties gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is (arresten Hof van 13 december 1984, Sermide, 106/83, Jurispr. blz. 4209, punt 28, en 28 juni 1990, Hoche, C-174/89, Jurispr. blz. I-2681, punt 25; arrest Gerecht van 14 mei 1998, BPB de Eendracht/Commissie, T-311/94, Jurispr. blz. II-1129, punt 309).
- <sup>97</sup> Verzoekster betwist weliswaar in het algemeen het verschil tussen de haar opgelegde geldboete en de aan de andere bij het kartel betrokken ondernemingen opgelegde geldboeten, doch zij baseert haar grief betreffende de beweerdelijk discriminerende aard van haar geldboete op de wijze waarop in het bijzonder AGA Gas is behandeld, en werkt deze grief uit op die grondslag. Zo stelt verzoekster uitsluitend ten opzichte van AGA Gas dat zij zich wat de zwaarte en de duur van de inbreuk betreft in dezelfde situatie bevond.
- <sup>98</sup> Blijkens de beschikking heeft de Commissie voor AGA Gas en voor verzoekster inderdaad een zelfde basisbedrag van de geldboeten genomen, bepaald op basis van de zwaarte en de duur van de inbreuk, maar heeft zij aan laatstgenoemde uiteindelijk een drie keer zo hoge geldboete opgelegd als die welke aan AGA AB voor de door haar voormalige dochteronderneming begane feiten is opgelegd.
- <sup>99</sup> Verzoekster betoogt dat de Commissie bij de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid bij de berekening van de geldboeten bepaalde keuzen heeft gemaakt, en meer in het bijzonder in het kader van de toepassing van de 10 %-plafonnering, die tot het betwiste eindresultaat hebben geleid. Haars inziens zijn er geen dwingende factoren die het zeer grote verschil tussen de aan haar en de aan AGA AB opgelegde geldboeten kunnen verklaren.

- 100 Zoals gezegd, kan bovenbedoeld verschil worden verklaard door een matiging van de geldboete van AGA Gas na de toepassing van de 10 %-plafonnering en door de toekenning aan haar van een verlaging van 25 %, tegenover slechts 10 % voor verzoekster, van het bedrag van de geldboete uit hoofde van de mededeling inzake medewerking.
- 101 Verzoekster heeft in haar stukken geen enkele opmerking gemaakt over de voorwaarden waaronder de Commissie deze mededeling zowel ten aanzien van haar als ten aanzien van de andere betrokken ondernemingen heeft toegepast.
- 102 Het staat de Commissie weliswaar vrij om, onder toezicht van het Gerecht, op basis van de omstandigheden van elk concreet geval te beoordelen of uit hoofde van de mededeling inzake medewerking verlagingen van de geldboeten worden toegekend, maar zij is wél verplicht de 10 %-plafonnering te eerbiedigen. Anders dan verzoekster stelt, heeft de Commissie geen beoordelingsbevoegdheid bij de toepassing van de 10 %-plafonnering, welke uitsluitend is gekoppeld aan de omvang van de omzet zoals bedoeld in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17. Zoals advocaat-generaal Tizzano in zijn conclusie bij het arrest Dansk Rørindustri e.a./Commissie, aangehaald in punt 71 supra (Jurispr. blz. I-5439, punt 125) beklemtoont „is een plafond per definitie een absolute grens die automatisch wordt toegepast zodra een bepaalde drempel wordt bereikt, ongeacht enig ander beoordelingscriterium”.
- 103 De door verzoekster gestelde discriminatie zou dus enkel kunnen liggen in de omschrijving van de omzet waarop de Commissie zich in de beschikking heeft gebaseerd.
- 104 Volgens vaste rechtspraak wordt de in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 bedoelde omzet geacht betrekking te hebben op de totale omzet van de betrokken onderneming, de enige die een benaderende indruk geeft van het belang en de invloed van deze onderneming op de markt (arrest Hof van 7 juni 1983, Musique

diffusion française e.a./Commissie, 100/80–103/80, Jurispr. blz. 1825, punt 119, en arrest Dansk Rørindustri e.a./Commissie, aangehaald in punt 71 supra, punt 181; arrest Gerecht van 7 juli 1994, Dunlop Slazenger/Commissie, T-43/92, Jurispr. blz. II-441, punt 160).

- 105 In casu heeft de Commissie gemeend dat op grond van de in deel I van de beschikking uiteengezette feiten kon worden vastgesteld dat verzoekster rechtstreeks had deelgenomen aan de heimelijke regelingen in verband met medische en industriële gassen in Nederland en dat zij derhalve aansprakelijk werd gesteld voor haar inbreuken en adressaat van de beschikking was gemaakt (punt 396 van de beschikking).
- 106 Voorts volgt uit de beschikking dat verzoeksters totale omzet voor 2001 470 648 000 EUR bedroeg (tabel 1 van de beschikking), terwijl het jegens haar gehanteerde basisbedrag van de geldboete, ingevolge de overeenkomstig de richtsnoeren gemaakte berekening, 14 miljoen EUR bedroeg. Het is duidelijk dat laatstgenoemd bedrag ruim onder bovengenoemde grens ligt, die hier dus geen toepassing vindt.
- 107 Omgekeerd is de Commissie op basis van de volgens de richtsnoeren gemaakte berekening jegens AGA Gas tot een geldboete van 14 miljoen EUR gekomen, hetgeen kennelijk boven de grens van 10 % van de totale omzet van de betrokken onderneming ligt, welke voor 2000, het laatste bedrijfsjaar waarvoor omzetcijfers beschikbaar zijn voor AGA Gas, 55 479 000 EUR bedroeg. Dit verklaart waarom de geldboete is verlaagd tot de maximale toegestane hoogte, te weten 5,54 miljoen EUR. Uitgaande van een totale op 11,275 miljoen EUR geraamde omzet, is ook de aan Messer opgelegde geldboete onder toepassing van de 10 %-plafonnering tot 1,12 miljoen EUR beperkt.

- 108 Afgezien van het feit dat verzoekster niet de hoogte van het door verweerster als haar totale omzet genomen bedrag heeft betwist, heeft zij evenmin aangetoond of zelfs maar gesteld, dat de concurrentieverstorende gedragingen die de Commissie haar verwijt aan een andere onderneming moesten worden toegerekend en dat zij de inbreuk op artikel 81 EG niet had begaan. Verzoekster, adressaat van de mededeling van de punten van bezwaar, benadrukt integendeel het feit dat zij, hoewel de vennootschap Linde in 1992 58 % en vervolgens in 1995 65 % van haar aandelenkapitaal bezat, toch een grote mate van vrijheid had om zelf haar commerciële beleid te bepalen en dat er geen sprake was van een concernverhouding in de zin van de rechtspraak. Zij stelt evenmin dat haar dochtervennootschap Hoek Loos BV, waarin haar Nederlandse activiteiten zijn ondergebracht, de verweten mededingingsvervalsende gedragingen heeft begaan en dat die dochter haar marktgedrag zelfstandig bepaalde.
- 109 Verzoekster beperkt zich enerzijds tot de stelling dat de Commissie haar ten onrechte anders heeft behandeld dan de andere ondernemingen en in het bijzonder anders dan AGA Gas, en vordert anderzijds dat zij dezelfde, door haar als voordelig gekwalificeerde behandeling krijgt als die onderneming.
- 110 Volstaan kan worden met vast te stellen dat deze redenering van verzoekster niet de stelling kan staven dat de Commissie jegens haar blijk heeft gegeven van een onjuiste beoordeling met betrekking tot de 10 %-plafonnering, ongeacht of het de voorafgaande vraag betreft of de inbreuk haar kan worden toegerekend, dan wel de vraag welke omzet in aanmerking moet worden genomen.
- 111 Wat de redenering betreft in verband met de wijze waarop de andere ondernemingen, en in het bijzonder AGA Gas, zijn behandeld, wijst verzoekster er in repliek op dat zij heeft aangetoond dat de voordelige keuzen van de Commissie ten aanzien van de adressaten van de beschikking, de omzet waarvoor de 10 %-plafonnering geldt, en de volgorde waarin deze plafonnering en de voorschriften van de mededeling inzake medewerking moeten worden toegepast „niet altijd voor de hand [lagen. Verzoekster] heeft echter niet de stelling ingenomen dat dergelijke keuzes onjuist waren. Ook al zijn er wellicht twijfels mogelijk over de door de Commissie gemaakte keuzes, [verzoekster] heeft de juistheid van deze keuzes op zichzelf in het midden gelaten.” Verzoekster verbaast zich er met name over dat de Commissie AGA AB niet als aansprakelijk voor de inbreuk heeft beschouwd en niet de totale omzet van deze onderneming in aanmerking heeft genomen. Zij stelt dat het feit dat de beschikking aan AGA AB is gericht, als rechtsopvolgster van haar voormalige dochter AGA Gas, geen overtuigend argument is dat een rechtvaardiging oplevert voor het grote verschil tussen de opgelegde geldboeten.

112 Aangezien verzoekster zich ertoe beperkt het door AGA Gas vanwege de toepassing van de 10 %-plafonnering verkregen voordeel te beklemtonen, kan worden volstaan met vast te stellen dat deze onderneming en verzoekster zich niet in een vergelijkbare situatie bevonden en dat dit objectieve verschil in situatie het objectieve verschil in de hun ten deel gevallen behandeling verklaart en rechtvaardigt. Hetgeen verzoekster beschrijft als het discriminerende eindresultaat van de berekeningen van de Commissie is dus in feite niets anders dan het onvermijdelijke gevolg van de toepassing van de 10 %-plafonnering.

113 Voorzover verzoekster zich erop beroept dat de aan AGA Gas toegekende verlaging van de geldboete onwettig is, en gesteld al dat de Commissie aan deze onderneming ten onrechte een verlaging zou hebben toegekend door een onjuiste toepassing van de 10 %-plafonnering, zij in herinnering gebracht dat de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling te verenigen moet zijn met de eerbiediging van het legaliteitsbeginsel, dat meebrengt dat niemand zich ten eigen voordele kan beroepen op een onwettigheid waarvan anderen hebben kunnen profiteren (arrest Hof van 4 juli 1985, Williams/Rekenkamer, 134/84, Jurispr. blz. 2225, punt 14; arrest Gerecht van 14 mei 1998, SCA Holding/Commissie, T-327/94, Jurispr. blz. II-1373, punt 160, in hogere voorziening bevestigd bij arrest Hof van 16 november 2000, SCA Holding/Commissie, C-297/98 P, Jurispr. blz. I-10101, en arrest LR AF 1998/Commissie, aangehaald in punt 40 supra, punt 367).

114 Ten overvloede zij opgemerkt dat verzoeksters stellingen over de keuze van de adressaten van de beschikking, over de inaanmerkingneming, voor de toepassing van de 10 %-plafonnering, van de wereldwijde omzet van het concern waartoe de onderneming behoort tot wie de beschikking is gericht, en over de noodzakelijke toepassing van de mededeling inzake medewerking vóór dat plafond, ongegrond zijn.

- 115 Ten eerste, hoewel verzoekster bezwaar maakt tegen de verandering in de beoordeling van de Commissie jegens AGA AB wat de toerekenbaarheid van de geconstateerde mededingingsvervalsende gedragingen betreft, moet worden vastgesteld, enerzijds, dat alleen AGA Gas en niet AGA AB adressaat van de mededeling van de punten van bezwaar was en dus de enige onderneming waaraan de Commissie de inbreuk heeft toegerekend, en anderzijds dat verweerster deze beoordeling in de beschikking heeft gehandhaafd door alleen AGA Gas aansprakelijk te stellen voor de daarin geïdentificeerde inbreuk. Verzoekster heeft geen enkel element aangevoerd dat deze beoordeling kan weerleggen en waaruit blijkt dat AGA AB meteen al, alleen dan wel samen met AGA Gas, voor de handelingen van laatstgenoemde aansprakelijk had moeten worden gesteld.
- 116 Ten tweede moet de Commissie voor de toepassing van de 10 %-plafonnering rekening houden met de omzet van de betrokken onderneming, te weten de onderneming aan wie de inbreuk is toegerekend, en die daarom aansprakelijk is gesteld en waaraan de boetebeschikking is betekend (zie in die zin arrest Gerecht van 15 juni 2005, Tokai Carbon e.a./Commissie, T-71/03, T-74/03, T-87/03 en T-91/03, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie — Jurispr. 2005, blz. II-10\*, punt 390).
- 117 Verzoeksters stelling dat noodzakelijkerwijs rekening moet worden gehouden met de totale omzet van het concern waartoe de dochtervennootschap behoort die adressaat is van de beschikking waarbij geldboeten zijn opgelegd wegens schending van de mededingingsvoorschriften, is onverenigbaar met en gaat volledig voorbij aan de vaste rechtspraak volgens welke het mededingingsverstorend gedrag van een onderneming aan een andere onderneming kan worden toegerekend wanneer eerstgenoemde onderneming niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalde, maar in hoofdzaak de door laatstgenoemde onderneming verstrekte instructies volgde, in het bijzonder gelet op de economische en juridische banden die hen verenigden (arrest Hof van 16 november 2000, Metsä-Serla e.a./Commissie, C-294/98 P, Jurispr. blz. I-10065, punt 27, en arrest Dansk Rørindustri e.a./Commissie, aangehaald in punt 71 supra, punt 117). Aldus kan de gedraging van een dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij worden toegerekend wanneer de dochtermaatschappij haar gedragslijn niet zelfstandig bepaalt, doch in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt (arrest Hof van 14 juli 1972, ICI/Commissie, 48/69, Jurispr. blz. 619, punt 133).

- 118 Verzoeksters stelling zou elke analyse van de verhoudingen binnen een concern ter bepaling of dat concern voor de toepassing van de mededingingsvoorschriften één onderneming kan vormen, zinloos maken, aangezien het aanvaarden van aansprakelijkheid van een onderneming die deel uitmaakt van het concern, ipso facto hoofdelijke aansprakelijkheid zou meebrengen van de moedermaatschappij van het concern, indien zij bestaat, dan wel van de andere ondernemingen die het concern vormen. Deze stelling is dus volledig in strijd met het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen en sancties, volgens hetwelk aan een onderneming slechts een sanctie kan worden opgelegd voor feiten die haar individueel ten laste worden gelegd. Dit beginsel geldt in elke administratieve procedure die tot sancties op grond van de communautaire mededingingsregels kan leiden (arrest Gerecht van 13 december 2001, *Krupp Thyssen Stainless en Acciai speciali Terni/Commissie*, T-45/98 en T-47/98, Jurispr. blz. II-3757, punt 63, in hogere voorziening bevestigd bij arrest Hof van 14 juli 2005, *ThyssenKrupp/Commissie*, C-65/02 P en C-73/02 P, Jurispr. blz. I-6773, punt 82).
- 119 In dit verband beroept verzoekster zich ten onrechte op het arrest *HFB e.a./Commissie*, aangehaald in punt 37 supra. In dat arrest heeft het Gerecht weliswaar inderdaad de 10 %-plafonnering berekend op basis van de gezamenlijke omzet van de drie vennootschappen die het betrokken concern vormen, doch had het tevens de beslissing van de Commissie goedgekeurd om elk van deze vennootschappen hoofdelijk aansprakelijk te houden voor de inbreuk die is gepleegd door het concern dat zelf de onderneming was die de inbreuk heeft gepleegd in de zin van artikel 81 EG (arrest *HFB e.a./Commissie*, aangehaald in punt 37 supra, punt 527).
- 120 Aangezien AGA AB aanvankelijk niet aansprakelijk was gesteld voor de gedragingen van haar dochtervennootschap AGA Gas, moet in die omstandigheden enkel de omzet van die dochter in aanmerking worden genomen voor de toepassing van de 10 %-plafonnering, en wel ongeacht het feit dat de beschikking uiteindelijk aan AGA AB is gericht als rechtsopvolgster van haar dochtervennootschap die na de toezending van de mededeling van de punten van bezwaar juridisch had opgehouden te bestaan.

- 121 Er zij in dit verband aan herinnerd dat voor de inbreuk in beginsel de natuurlijke of rechtspersoon aansprakelijk moet worden gehouden die de betrokken onderneming leidde toen de inbreuk werd gepleegd, ook al wordt deze onderneming onder verantwoordelijkheid van een andere persoon geëxploiteerd op het tijdstip waarop de beschikking wordt gegeven waarin de inbreuk wordt vastgesteld (arrest Hof van 16 november 2000, *Cascades/Commissie*, C-279/98 P, Jurispr. blz. I-9693, punt 78, en arrest van 16 november 2000, *SCA Holding/Commissie*, aangehaald in punt 113 supra, punt 27). Dit is slechts anders indien de rechtspersoon of rechtspersonen die verantwoordelijk zijn voor het beheer van de onderneming, nadat de inbreuk was gepleegd, in juridische zin hebben opgehouden te bestaan (arrest Hof van 8 juli 1999, *Commissie/Anic Partecipazioni*, C-49/92 P, Jurispr. blz. I-4125, punt 145, en arrest *HFB e.a./Commissie*, aangehaald in punt 37 supra, punt 104), hetgeen in casu het geval is.
- 122 Na het faillissement van AGA Gas heeft de moedermaatschappij AGA AB de aansprakelijkheid aanvaard voor haar voormalige dochtervennootschap, en heeft zij dus de sanctie op zich genomen die aan AGA Gas zou zijn opgelegd indien zij was blijven bestaan. In een dergelijk geval blijft de hoogte van de geldboete bepaald door de deelname en de situatie van AGA Gas.
- 123 Wat ten derde het feit betreft dat de factor medewerking door de Commissie na de toepassing van de 10 %-plafonnering in aanmerking is genomen, kan worden volstaan met vast te stellen dat deze werkwijze ervoor zorgt dat de mededeling inzake medewerking haar volle werking kan hebben: indien het basisbedrag ver boven de grens van 10 % zou hebben gelegen vóór de toepassing van die mededeling, zoals het geval was voor AGA Gas, en deze grens niet onmiddellijk kon worden toegepast, zou de betrokken onderneming veel minder geneigd zijn om met de Commissie samen te werken, aangezien de uiteindelijke geldboete met of zonder medewerking in elk geval tot 10 % zou worden teruggebracht (arrest Gerecht van 29 november 2005, *SNCZ/Commissie*, T-52/02, Jurispr. blz. II-5005, punt 41).
- 124 Daaruit volgt dat verzoeksters grief ontleend aan een discriminerende behandeling ten opzichte van de behandeling die AGA Gas ten deel is gevallen, alsmede ten opzichte van de andere bij het kartel betrokken ondernemingen voorzover deze grief tevens de wijze waarop zij zijn behandeld betreft, niet is bewezen.

— Gestelde tegenstrijdigheid met het doel van afschrikking

125 Volgens verzoekster heeft de wijze waarop de Commissie in de beschikking de 10 %-plafonnering heeft toegepast, met betrekking tot het eindbedrag van de geldboeten tot een resultaat geleid dat volledig haaks staat op het doel van afschrikking. Zij beklemtoont dat zij als relatief kleine, hoofdzakelijk nationaal opererende onderneming, aanzienlijk zwaarder is beboet dan Nederlandse dochtervennootschappen van wereldwijd opererende concerns met een veel grotere omzet dan zij. Zij vermeldt in dit verband de wereldwijde omzet van de moedermaatschappijen van Air Products (5 717 miljoen dollar) en van Air Liquide (8 328 miljoen EUR).

126 Zij voegt daaraan toe dat het feit dat de 10 %-plafonnering niet wordt toegepast op de totale omzet van het concern waartoe de dochtervennootschap behoort die als enige adressaat van de boetebeschikking is, tot een situatie leidt waarin de hoogte van de geldboete afhankelijk wordt van de wijze waarop een onderneming haar activiteiten over verschillende vennootschappen heeft verdeeld, waarbij zij opmerkt dat een groot aantal internationale ondernemingen, net als de moedermaatschappijen van Air Products en Air Liquide, hun activiteiten middels afzonderlijke nationale vennootschappen uitoefenen. Aldus zou afbreuk worden gedaan aan de objectieve toepassing van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 en aan het element van afschrikking een willekeurige inhoud worden gegeven.

127 Vooraf dient te worden opgemerkt dat verzoekster een vergelijking maakt die volledig irrelevant is voorzover zij haar totale omzet (470 648 000 EUR in 2001) relateert aan de inderdaad grotere omzet van ondernemingen die niet aansprakelijk zijn gesteld voor de door de Commissie geconstateerde inbreuk en tot wie de beschikking dus niet is gericht.

- 128 Verzoeksters redenering blijkt in werkelijkheid op een onjuiste premisse te zijn gebaseerd, te weten dat voor de toepassing van de 10 %-plafonnering noodzakelijkerwijs rekening moet worden gehouden met de totale omzet van het concern waartoe de dochtervennootschap behoort die als enige aansprakelijk is gesteld voor de inbreuk en adressaat van de boetebeschikking is gemaakt, zoals in de punten 116 tot en met 118 hierboven is aangetoond.
- 129 Anders dan verzoekster stelt, wordt bij een toepassing van de 10 %-plafonnering conform de rechtspraak de hoogte van de geldboete niet afhankelijk gesteld van de organieke opsplitsing van de verschillende activiteiten door een marktdeelnemer. De vaststelling van de hoogte van de geldboete berust op een aan toetsing door het Gerecht onderworpen juridische beoordeling van de Commissie, te weten de beoordeling van de toerekening van de inbreuk aan één of meerdere ondernemingen, hetgeen de enige opvatting is die in overeenstemming is met het beginsel van de persoonlijke aansprakelijkheid. De vraag naar de toerekenbaarheid krijgt een verschillend antwoord naar gelang van de specifieke omstandigheden van elke zaak waarin deze vraag rijst, zodat naar gelang van het geval sprake kan zijn van aansprakelijkheid van enkel de dochtervennootschap of enkel de moedermaatschappij, dan wel van hoofdelijke aansprakelijkheid van deze beide lichamen.
- 130 Voorzover verzoekster beweert dat het eindbedrag van haar geldboete haaks staat op de nagestreefde afschrikkende werking, aangezien deze veel hoger is dan de geldboeten die zijn opgelegd aan de Nederlandse dochterondernemingen, adressaten van de beschikking, van grote multinationals op het gebied van de levering van gas, zij herinnerd aan de vaste rechtspraak volgens welke de Commissie bij haar beoordeling van het algemene niveau van de geldboeten rekening mag houden met het feit dat nog steeds betrekkelijk vaak evidente inbreuken worden gemaakt op de communautaire mededingingsregels, en dat zij derhalve het niveau van de geldboeten mag verhogen om de preventieve werking ervan te versterken (arrest van 14 mei 1998, SCA Holding/Commissie, aangehaald in punt 113 supra, punt 179).
- 131 In dit verband bepaalt punt 1 A, vierde alinea, van de richtsnoeren met name dat in het kader van de beoordeling van de zwaarte van een inbreuk en van het uitgangsbedrag van de geldboete „het bedrag van de geldboete op een zodanig niveau zal moeten worden gesteld dat daarvan een voldoende afschrikkende werking uitgaat”.

- 132 In het onderhavige geval, dat een klassiek soort inbreuk op het mededingingsrecht vormt, en dat bestaat in een gedraging waarvan de Commissie veelvuldig en van meet af aan heeft gesteld dat zij onwettig is, mocht de Commissie ervan uit gaan dat het noodzakelijk was het niveau van de geldboete, binnen de grenzen van verordening nr. 17, zo hoog vast te stellen dat daarvan een voldoende afschrikkende werking uitging.
- 133 Zoals hierboven (punt 110) is uiteengezet heeft verzoekster echter niet aangetoond dat de Commissie ten aanzien van haar een onjuiste beoordeling had gemaakt wat de 10 %-plafonnering betreft, waarbij tevens in herinnering zij gebracht dat deze instelling krachtens verordening nr. 17 gehouden is deze grens toe te passen.
- 134 Gelet op een en ander moeten verzoeksters grieven ontleend aan schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, aan de gestelde onevenredige en discriminerende aard van de opgelegde geldboete en aan strijd met het doel van afschrikking ervan, ongegrond worden verklaard, en blijkt het eindbedrag van de aan verzoekster opgelegde geldboete volledig passend, aangezien geen van de aangevoerde omstandigheden een rechtvaardiging voor verlaging van dat bedrag oplevert.
- 135 Wat ten slotte de gestelde schending van het „verbod van willekeur” betreft, dient te worden vastgesteld dat op basis van verzoeksters redenering met betrekking tot deze grief geen wezenlijk onderscheid kan worden gemaakt met de in het vorige punt genoemde grieven, zodat ook deze grief moet worden afgewezen.

## Kosten

- 136 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is

gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van de Commissie worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) Het beroep wordt verworpen.**
- 2) Verzoekster wordt verwezen in de kosten.**

Vilaras

Dehousse

Šváby

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 4 juli 2006.

De griffier

De president van de Vijfde kamer

E. Coulon

M. Vilaras