ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer)

29 november 2005 *

In zaak T-52/02,

Société nouvelle des couleurs zinciques SA (SNCZ), gevestigd te Bouchain (Frankrijk), vertegenwoordigd door R. Saint-Esteben en H. Calvet, advocaten, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, aanvankelijk vertegenwoordigd door F. Castillo de la Torre en F. Lelievre, vervolgens door F. Castillo de la Torre en O. Beynet als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

betreffende een verzoek tot nietigverklaring van artikel 3 van beschikking 2003/437/EG van de Commissie van 11 december 2001 betreffende een procedure op grond

* Procestaal: Frans.

van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst (Zaak COMP/E-1/37.027 — Zinkfosfaat) (PB 2003, L 153, blz. 1), of, subsidiair, tot verlaging van de aan verzoekster opgelegde geldboete,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: P. Lindh, kamerpresident, R. García-Valdecasas en J. D. Cooke, rechters,

griffier: J. Plingers, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 2 juli 2004,

het navolgende

Arrest

De feiten

1 De Société nouvelle des couleurs zinciques SA (hierna: „verzoekster" of „SNCZ") is een Franse onderneming die zinkfosfaat en zink-, strontium- en bariumchromaat produceert. Al deze producten zijn corrosiewerende minerale pigmenten die in de verf- en coatingindustrie worden gebruikt. In 2000 bedroeg de wereldwijde omzet van SNCZ 17,08 miljoen EUR.

2 Ofschoon de chemische formules van zinkorthofosfaten onderling enigszins kunnen verschillen, vormen zinkorthofosfaten een homogeen chemisch product, dat algemeen „zinkfosfaat" wordt genoemd. Zinkfosfaat, dat wordt verkregen uit zinkoxide en fosforzuur, wordt vaak gebruikt als corrosiewerend mineraal pigment in de verfindustrie. Het wordt als gangbaar zinkfosfaat of als aangepast of „geactiveerd" zinkfosfaat op de markt gebracht.

3 In 2001 hadden de volgende vijf Europese producenten het grootste deel van de wereldmarkt van zinkfosfaat in handen: Dr. Hans Heubach GmbH & Co. KG (hierna: „Heubach"), James M. Brown Ltd (hierna: „James Brown"), SNCZ, Trident Alloys Ltd (hierna: „Trident") (voorheen Britannia Alloys and Chemicals Ltd; hierna: „Britannia") en Union Pigments AS (voorheen Waardals AS) (hierna: „Union Pigments"). Tussen 1994 en 1998 bedroeg de waarde van de markt van gangbaar zinkfosfaat ongeveer 22 miljoen EUR per jaar op wereldniveau en ongeveer 15 à 16 miljoen EUR per jaar op het niveau van de Europese Economische Ruimte (EER). In de EER hadden Heubach, SNCZ, Trident (voorheen Britannia) en Union Pigments nagenoeg gelijke aandelen in de markt van gangbaar zinkfosfaat, om en nabij de 20 %. James Brown had een veel kleiner marktaandeel. De afnemers van zinkfosfaat zijn de belangrijkste verffabrikanten. De verfmarkt wordt beheerst door enkele multinationale chemieconcerns.

4 Op 13 en 14 mei 1998 heeft de Commissie op grond van artikel 14, lid 2, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204), gelijktijdige en onaangekondigde verificaties verricht in de kantoren van Heubach, SNCZ en Trident. Van 13 tot en met 15 mei 1998 heeft de Toezichthoudende Autoriteit van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA) op grond van artikel 14, lid 2, van hoofdstuk II van Protocol nr. 4 bij de Overeenkomst tussen de EVA-staten betreffende de oprichting van een Toezichthoudende Autoriteit en een Hof van Justitie, gelijktijdige en onaangekondigde verificaties verricht in de kantoren van Union Pigments, na van de Commissie een verzoek hiertoe te hebben ontvangen overeenkomstig artikel 8, lid 3, van Protocol nr. 23 bij de EER-overeenkomst.

5 Tijdens de administratieve procedure hebben Union Pigments en Trident de Commissie in kennis gesteld van hun voornemen om volledig met haar mee te werken overeenkomstig de mededeling van de Commissie van 18 juli 1996 betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen (PB 1996, C 207, blz. 4; hierna: „mededeling inzake medewerking"), en zij hebben beiden verklaringen afgelegd over de mededingingsregeling (hierna: „verklaring van Union Pigments" en „verklaring van Trident").

6 Op 2 augustus 2000 heeft de Commissie een mededeling van punten van bezwaar vastgesteld met betrekking tot de adressaten van de beschikking waarop het onderhavige beroep betrekking heeft (zie punt 7 hieronder), waaronder verzoekster. In haar antwoord van 1 december 2000 op de mededeling van punten van bezwaar heeft verzoekster verklaard dat zij de daarin uiteengezette feiten ten gronde niet betwistte.

7 Op 11 december 2001 heeft de Commissie beschikking 2003/437/EG betreffende een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst (Zaak COMP/E-1/37.027 — Zinkfosfaat) (PB 2003, L 153, blz. 1) vastgesteld. Voor het onderhavige arrest wordt in aanmerking genomen de beschikking die aan de betrokken ondernemingen is betekend en bij het verzoekschrift is gevoegd (hierna: „bestreden beschikking"). Deze beschikking verschilt in bepaalde opzichten van die welke in het *Publicatieblad van de Europese Unie* is bekendgemaakt.

8 In de bestreden beschikking verklaart de Commissie dat er tussen 24 maart 1994 en 13 mei 1998 een mededingingsregeling heeft bestaan tussen Britannia (Trident vanaf 15 maart 1997), Heubach, James Brown, SNCZ en Union Pigments. De mededingingsregeling zou beperkt zijn geweest tot gangbaar zinkfosfaat. De leden van de mededingingsregeling zouden in de eerste plaats een marktverdelingsovereenkomst met verkoopquota voor de producenten hebben gesloten. In de tweede plaats zouden zij op iedere bijeenkomst „bodemprijzen" of „aanbevolen" prijzen hebben vastgesteld en die algemeen hebben gevolgd. In de derde plaats zou er sprake zijn geweest van een zekere toewijzing van klanten.

9 Het dispositief van de bestreden beschikking luidt als volgt:

„*Artikel 1*

Britannia [...], [...] Heubach [...], James [...] Brown [...], [SNCZ], Trident [...] en [Union Pigments] hebben inbreuk gemaakt op het bepaalde in artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst door deel te nemen aan een voortdurende overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de sector zinkfosfaat.

De duur van de inbreuk was als volgt:

a) in het geval van [...] Heubach [...], James [...] Brown [...], [SNCZ] en [Union Pigments]: van 24 maart 1994 tot en met 13 maart 1998;

[...]

Artikel 3

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

a) Britannia [...]: 3,37 miljoen EUR;

b) [...] Heubach [...]: 3,78 miljoen EUR;

c) James [...] Brown [...]: 940 000 EUR;

d) [SNCZ]: 1,53 miljoen EUR;

e) Trident [...]: 1,98 miljoen EUR;

f) [Union Pigments]: 350 000 EUR.

[...]"

10 Voor de berekening van het bedrag van de geldboeten heeft de Commissie gebruikgemaakt van 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 (PB 1998, C 9, blz. 3; hierna: „richtsnoeren") en de mededeling inzake medewerking.

11 Zo heeft de Commissie om te beginnen een „basisbedrag" vastgesteld op grond van de zwaarte en de duur van de inbreuk (zie punten 261-313 van de bestreden beschikking).

12 Wat de eerste factor betreft, heeft zij geoordeeld dat er sprake was van een „zeer zware" inbreuk, gelet op de aard van de onderzochte gedragingen, de reële gevolgen ervan voor de zinkfosfaatmarkt en het feit dat zij de gehele gemeenschappelijke markt en de gehele EER sinds de oprichting ervan bestreken (punt 300 van de bestreden beschikking). Onverminderd het feit dat het om een zeer zware inbreuk ging, heeft de Commissie uiteengezet dat zij rekening zou houden met de beperkte omvang van de betrokken markt (punt 303 van de bestreden beschikking).

13 De Commissie heeft de betrokken ondernemingen „gedifferentieerd [...] behandel[d]" teneinde rekening te houden met hun daadwerkelijke economische macht om de mededinging aanzienlijke schade te berokkenen en de geldboete op een zodanig niveau vast te stellen dat daarvan een voldoende afschrikkende werking uitging (punt 304 van de bestreden beschikking). Daartoe heeft zij de betrokken ondernemingen naar gelang van hun „relatieve belang op de betrokken markt" in twee categorieën ingedeeld. Zo is zij uitgegaan van de door elk van die ondernemingen in het laatste jaar van de inbreuk in de EER behaalde omzet uit de verkoop van het betrokken product en heeft zij rekening gehouden met het feit dat verzoekster, Britannia (Trident vanaf 15 maart 1997), Heubach en Union Pigments „de belangrijkste producenten van zinkfosfaat in de EER waren, met nagenoeg gelijke marktaandelen van min of meer 20 %" (punten 307 en 308 van de bestreden beschikking). Verzoekster zowel als Britannia, Heubach, Trident en Union Pigments zijn in de eerste categorie ingedeeld („uitgangsbedrag" van 3 miljoen EUR). James Brown, die een „aanzienlijk kleiner" marktaandeel had, is in de tweede categorie ingedeeld („uitgangsbedrag" van 750 000 EUR) (punten 308 en 309 van de bestreden beschikking).

14 Wat de factor duur betreft, heeft de Commissie geoordeeld dat de inbreuk die aan verzoekster kan worden toegerekend en die van 24 maart 1994 tot en met 13 mei 1998 had geduurd, van „middellange" duur was (punt 310 van de bestreden beschikking). Zij heeft verzoeksters uitgangsbedrag bijgevolg met 40 % verhoogd, en is zo tot een „basisbedrag" van 4,2 miljoen EUR gekomen (punten 310 en 313 van de bestreden beschikking).

15 Vervolgens was de Commissie van oordeel dat er in de onderhavige zaak geen reden was om verzwarende of verzachtende omstandigheden in aanmerking te nemen (punten 314-336 van de bestreden beschikking). Zij heeft bovendien de argumenten inzake de „ongunstige economische omstandigheden" waarin de mededingingsregeling had plaatsgevonden en de specifieke kenmerken van de betrokken ondernemingen afgewezen (punten 337-343 van de bestreden beschikking). „Alvorens de [mededeling inzake medewerking] toe te passen", heeft de Commissie verzoeksters geldboete derhalve op 4,2 miljoen EUR vastgesteld (punt 344 van de bestreden beschikking).

16 Bovendien heeft de Commissie herinnerd aan de in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 bepaalde grens welke de aan elk van de betrokken ondernemingen op te leggen geldboete niet mocht overschrijden. Aldus is het bedrag van de boete van verzoekster vóór de toepassing van de mededeling inzake medewerking verminderd tot 1,7 miljoen EUR en dat van Union Pigments tot 700 000 EUR. Het bedrag van de boeten van de andere ondernemingen vóór de toepassing van de mededeling inzake medewerking is niet gewijzigd op grond van dit maximum (punt 345 van de bestreden beschikking).

17 Ten slotte heeft de Commissie verzoekster krachtens de mededeling inzake medewerking een vermindering van 10 % toegekend, gelet op het feit dat zij in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar had verklaard dat zij de daarin uiteengezette feiten niet ten gronde betwistte (punten 360, 363 en 366 van de bestreden beschikking). Uiteindelijk is verzoekster dus een geldboete van 1,53 miljoen EUR opgelegd (punt 370 van de bestreden beschikking).

De procedure en de conclusies van partijen

18 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 27 februari 2002, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.

19 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 heeft het de Commissie verzocht, een document over te leggen en een vraag schriftelijk te beantwoorden. De Commissie heeft binnen de gestelde termijn aan deze verzoeken voldaan.

20 De partijen hebben ter terechtzitting van 2 juli 2004 pleidooi gehouden en op de vragen van het Gerecht geantwoord.

21 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— primair, artikel 3 van de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— subsidiair, het bedrag van de boete te verlagen;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

22 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

23 Ter onderbouwing van haar beroep voert verzoekster drie middelen aan; schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, schending van het evenredigheidsbeginsel en schending van het non-discriminatiebeginsel.

Het eerste middel: schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17

De argumenten van partijen

24 Volgens verzoekster heeft de Commissie, door het basisbedrag voor haar geldboete vast te stellen op 3 miljoen EUR, te weten 17 % van haar wereldwijde omzet, artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 geschonden. Dit bedrag overschrijdt de in deze bepaling vastgestelde bovengrens van de geldboeten.

25 In de eerste plaats stelt verzoekster dat een dergelijke willekeurige vaststelling van het basisbedrag in strijd is met de uitdrukkelijke bewoordingen van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17. Volgens deze bepaling mag de Commissie de eerste drempel van één miljoen overschrijden tot 10 % van de omzet, doch geen methode toepassen die erin bestaat om van meet af aan een basisbedrag van meer dan 10 % vast te stellen en het bedrag van de geldboete daarna te verminderen om deze bepaling na te leven. Bijgevolg is de in casu toegepaste berekeningsmethode, waarbij de geldboete is vastgesteld op 3 miljoen EUR, te weten 17 % van haar wereldwijde omzet, niet rechtmatig.

26 Verzoekster betoogt dat de Commissie de bewoordingen van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 onjuist opvat wanneer zij stelt dat volgens deze bepaling de uiteindelijk aan een onderneming opgelegde boete moet worden „verminderd" indien de grens van 10 % van de omzet wordt „overschreden". Deze bepaling voorziet evenwel niet in een vermindering tot deze grens van 10 %, maar heeft uitdrukkelijk slechts betrekking op het geval waarin een boete die in eerste instantie onder de grens van 10 %, namelijk tussen 1 000 en 1 miljoen EUR, is vastgesteld, „tot ten hoogste 10 % wordt verhoogd".

27 Verzoekster betwist dat het arrest van het Gerecht van 20 maart 2002, HFB e.a./Commissie (T-9/99, Jurispr. blz. II-1487), de stelling van de Commissie bevestigt volgens welk het basisbedrag boven de grens van 10 % van de omzet van de betrokken onderneming mag worden vastgesteld. In dit arrest heeft het Gerecht zich uitgesproken over het geval waarin de Commissie „tijdens haar berekening", en dus niet als „vertrekpunt", een „tussenbedrag" van meer dan 10 % in aanmerking neemt. Derhalve heeft het Gerecht niet geoordeeld dat het basisbedrag boven het maximum van 10 % mag worden vastgesteld. Deze uitlegging wordt bevestigd door de omstandigheid dat het Gerecht heeft verklaard dat slechts „sommige van de factoren die bij de berekening van de boete in aanmerking zijn genomen, geen invloed hebben op het uiteindelijke bedrag ervan" (arrest HFB e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 452). Bij de door de Commissie toegepaste methode blijven evenwel alle „factoren" in beginsel zonder invloed op het uiteindelijke bedrag, behoudens de vermindering voor „medewerking", aangezien de Commissie deze laatste pas heeft toegepast na het tussenbedrag te hebben verminderd om het tot het maximum van 10 % te brengen. Verzoekster merkt overigens op dat het arrest HFB e.a./Commissie, net als alle andere arresten die in het kader van dit middel door de Commissie zijn aangehaald, slechts gedeeltelijk in de Jurisprudentie is gepubliceerd, wellicht omdat de gemeenschapsrechter van oordeel was dat de niet-gepubliceerde delen van deze arresten geen principiële kwesties bevatten.

28 In de tweede plaats stelt verzoekster dat de wijze waarop het basisbedrag in casu is vastgesteld, een schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 oplevert, voorzover daarbij de duur van de inbreuk niet in aanmerking is genomen bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete. Zij herinnert eraan dat deze bepaling voor de Commissie de verplichting inhoudt om bij de vaststelling van de geldboete „niet alleen rekening [te] [houden] met de zwaarte, maar ook met de duur van de inbreuk". Nadat de Commissie het basisbedrag in casu had vastgesteld op 3 miljoen

EUR, hetgeen ruimschoots boven het maximum van 10 % ligt, heeft zij dit bedrag met 40 % verhoogd om rekening te houden met de „gemiddelde" duur van de inbreuk, en heeft zij het aldus op 4,2 miljoen EUR gebracht. Wanneer het op grond van de zwaarte van de inbreuk vastgestelde basisbedrag het maximum van 10 % van de omzet ruim overschrijdt, is elke verdere wijziging ervan op basis van de duur volstrekt onmogelijk, en vormt een dergelijke wijziging slechts een louter theoretische oefening die er uitsluitend toe leidt dat wordt gedaan alsof artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 in acht wordt genomen.

29 Nu de Commissie van oordeel was dat de aan verzoekster toegerekende inbreuk van gemiddelde duur was, had zij rekening moeten houden met dit eerder matigende element, aangezien haar normalerwijs een zwaardere geldboete had moeten worden opgelegd indien zij een inbreuk had gepleegd die niet alleen „zeer zwaar", maar eveneens van „lange" of „zeer lange" duur was. Dat een sanctie wordt opgelegd zonder rekening te houden met de duur van de inbreuk is „uitermate schadelijk" voor het mededingingsbeleid, omdat de ondernemingen, vooral de kleine en middelgrote ondernemingen (KMO), hierdoor geenszins ertoe worden aangezet om de duur van hun deelneming aan de mededingingsregeling te beperken.

30 Met betrekking tot de relevantie van het arrest HFB e.a./Commissie, punt 27 supra, voor de inaanmerkingneming van de duur van een inbreuk, merkt verzoekster allereerst op dat het Gerecht in dit arrest uitspraak heeft gedaan op een exceptie van onwettigheid van de richtsnoeren en dus algemene verwijten hiertegen heeft onderzocht. In casu dient daarentegen te worden nagegaan of de concrete, specifiek voor verzoeksters geval verrichte berekening in overeenstemming is met artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17. Voorts brengt verzoekster in herinnering dat het Gerecht in dit arrest slechts heeft geoordeeld over een geval waarin „sommige factoren" die in aanmerking waren genomen, geen invloed hadden op de uiteindelijke geldboete (punt 453). Het heeft zich niet uitgesproken over de factor duur. Aangezien deze factor een van de twee in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 genoemde factoren is, moet hij in aanmerking worden genomen en gevolgen hebben voor het uiteindelijke bedrag van de geldboete, omdat verordening nr. 17 anders elk dwingend en nuttig effect wordt ontnomen (arrest Gerecht van 20 maart 2002, Dansk Rørindustri/Commissie, T-21/99, Jurispr. blz. II-1681, punt 203).

31 Ten slotte levert verzoekster kritiek op de omstandigheid dat de Commissie de factor medewerking na de toepassing van het maximum van 10 % in aanmerking heeft genomen, terwijl zij het basisbedrag vóór de toepassing van dit maximum heeft verhoogd op basis van de duur van de inbreuk. Deze werkwijze heeft tot gevolg dat de door de richtsnoeren vastgestelde factor medewerking een rechtstreekse invloed heeft op de geldboete en de ondernemingen bijgevolg ertoe aanzet om met de Commissie samen te werken. Daarentegen trekken de ondernemingen slechts theoretisch profijt van de in de verordening van de Raad vastgestelde factor duur, en worden zij bijgevolg niet ertoe aangezet om zo snel mogelijk een einde te maken aan de inbreuk.

32 In de derde plaats betoogt verzoekster dat de wijze waarop het basisbedrag is vastgesteld, namelijk ruim boven het maximum van 10 %, een schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 oplevert, voorzover daardoor voor het bedrag van de geldboete geen verzwarende of verzachtende omstandigheden in aanmerking konden worden genomen. Gelet op de rechtspraak en op haar eigen richtsnoeren kan de Commissie geen methode hanteren waarbij elke daadwerkelijke inaanmerkingneming van dergelijke omstandigheden is uitgesloten, aangezien deze deel uitmaken van de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk, een criterium dat in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 wordt genoemd (arrest Gerecht van 12 juli 2001, Tate & Lyle e.a./Commissie, T-202/98, T-204/98 et T-207/98, Jurispr. blz. II-2035, punt 109).

33 In de vierde plaats geeft de door de Commissie voor de vaststelling van het bedrag van de geldboete gehanteerde methode geen enkele aanwijzing over de elementen die de Commissie bij de vaststelling van het basisbedrag in aanmerking heeft genomen. Ook al wordt in de richtsnoeren een „mogelijk" bedrag van 20 miljoen EUR voor zeer zware inbreuken genoemd, was de Commissie zich bewust van de ongeschiktheid van dergelijke bedragen wanneer, zoals in casu, dit „minimum" voor alle betrokken — kleine of middelgrote — ondernemingen reeds zeer ver boven de grens van 10 % van hun omzet ligt. Verzoekster beklemtoont dat „deze volstrekte onduidelijkheid, die op zijn minst vreemd is in het kader van een handelwijze die ‚de doorzichtigheid en de objectiviteit van de beslissingen' beoogt te verzekeren, volstrekte willekeur wordt, indien de Commissie hierdoor bovendien mag voorbijgaan aan de criteria die haar door artikel 15, lid 2, worden opgelegd".

34 De Commissie stelt, met name onder verwijzing naar de rechtspraak van het Gerecht in de zogenaamde zaken van de „voorgeïsoleerde buizen" (arresten HFB e.a./Commissie, punt 27 supra; Dansk Rørindustri/Commissie, punt 30 supra; arresten Gerecht van 20 maart 2002, Brugg Rohrsyteme/Commissie, T-15/99, Jurispr. blz. II-1613, punt 150, en Lögstör Rör/Commissie, T-16/99, Jurispr. blz. II-1633, punt 292), dat verzoekster de bepalingen van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 onjuist uitlegt, en dat het eerste middel derhalve moet worden afgewezen.

35 Het door verzoekster in repliek aangevoerde argument dat de richtsnoeren geen algemene aanwijzing bevatten aan de hand waarvan kan worden voorzien op welk niveau het basisbedrag normalerwijs moet liggen, is volgens de Commissie niet-ontvankelijk omdat het een nieuw middel vormt. Dit argument houdt immers geen verband met een eventuele schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, dat het eerste middel vormt, en kan dus niet als een nadere uitwerking van dit middel worden beschouwd. In elk geval is dit argument niet relevant, aangezien de richtsnoeren aanwijzingen verstrekken betreffende het basisbedrag.

Beoordeling door het Gerecht

36 Verzoekster betoogt dat de Commissie artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 heeft geschonden doordat het voor de berekening van de geldboete gebruikte basisbedrag, namelijk 3 miljoen EUR, hetgeen overeenkomt met 17 % procent van haar omzet, het door deze bepaling vastgestelde maximum van 10 % overschrijdt. Dit argument kan niet worden aanvaard.

37 Artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 bepaalt dat „[w]anneer ondernemingen of ondernemersverenigingen opzettelijk of uit onachtzaamheid [...] inbreuk maken op artikel [81], lid 1, [...] van het Verdrag, de Commissie bij beschikking aan deze ondernemingen of ondernemersverenigingen geldboeten [kan] 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". Volgens diezelfde bepaling wordt „[b]ij de vaststelling van het bedrag van de geldboete [...] niet alleen rekening gehouden met de zwaarte, maar ook met de duur van de inbreuk".

38 Door te bepalen dat de Commissie geldboeten kan opleggen tot een bedrag van ten hoogste 10 % van de omzet in het voorafgaande boekjaar, eist artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 dat de uiteindelijk aan een onderneming opgelegde geldboete wordt verminderd ingeval het bedrag 10 % van haar omzet overschrijdt, los van de tussenberekeningen om de duur en de zwaarte van de inbreuk in aanmerking te nemen. Hieruit volgt dat de door deze bepaling vastgestelde bovengrens van 10 % alleen geldt voor het bedrag van de geldboete die uiteindelijk door de Commissie wordt opgelegd (arrest HFB e.a./Commissie, punt 27 supra, punt 451; arrest Gerecht van 29 april 2004, Tokai Carbon e.a./Commissie, T-236/01, T-239/01, T-244/01–T-246/01, T-251/01 en T-252/01, Jurispr. blz. II-1181, punten 367 en 368).

39 Anders dan verzoekster stelt, omvatten de „tussenbedragen" in de zin van de in punt 38 hierboven aangehaalde rechtspraak, het basisbedrag (zie, in die zin, arresten HFB e.a./Commissie, punt 27 supra, punt 450, en Dansk Rørindustri/Commissie, punt 30 supra, punten 183, 184 en 205; zie, mutatis mutandis, arrest Gerecht van 9 juli 2003, Daesang en Sewon Europe/Commissie, T-230/00, Jurispr. blz. II-2733, punt 56).

40 Daarbij komt dat, indien de Commissie bij haar berekening gebruikmaakt van een tussenbedrag, met inbegrip van een basisbedrag, dat de bovengrens van 10 % van de omzet van de betrokken onderneming overschrijdt, de omstandigheid dat sommige

van de bij deze berekening in aanmerking genomen factoren geen invloed hebben op het uiteindelijke bedrag van de geldboete, niet kan worden gelaakt. Dit vloeit immers voort uit het in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 neergelegde verbod om de bovengrens van 10 % van de omzet van de betrokken onderneming te overschrijden (arrest HFB e.a./Commissie, punt 27 supra, punt 453). Tot de „factoren" die mogelijkerwijs geen invloed hebben op het uiteindelijke bedrag van de geldboete, behoort de duur (arresten HFB e.a./Commissie, punt 27 supra, punten 450-453, en Dansk Rørindustri/Commissie, punt 30 supra, punt 251).

41 Met betrekking tot het argument dat verzoekster ontleent aan de omstandigheid dat de factor medewerking na de toepassing van het maximum van 10 % in aanmerking is genomen en bijgevolg een rechtstreekse invloed heeft gehad op het bedrag van de geldboete, behoeft slechts te worden vastgesteld 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 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 Tokai Carbon e.a./Commissie, punt 38 supra, punten 352-354).

42 Verzoeksters argument dat de richtsnoeren geen algemene aanwijzing bevatten aan de hand waarvan kan worden voorzien op welk niveau het basisbedrag normalerwijs moet liggen, dient te worden afgewezen zonder dat de ontvankelijkheid ervan behoeft te worden onderzocht (zie punt 35 hierboven). Het volstaat vast te stellen dat de richtsnoeren bepalen dat de „mogelijke" geldboeten voor zeer zware inbreuken meer dan 20 miljoen EUR kunnen bedragen (punt 1 A, derde streepje, tweede alinea). Het is onmogelijk om voor alle mogelijke inbreuken precieze aanwijzingen inzake de basisbedragen te geven. Voorts blijkt duidelijk uit punt 1 A, derde streepje, tweede alinea, dat het bedrag van de geldboeten lager kan zijn dan 20 miljoen EUR, zodat verzoeksters argument dat de richtsnoeren niet voor de KMO zijn gedacht, dient te worden afgewezen. Bovendien kan de Commissie, wanneer de omstandigheden daartoe nopen, op basis van diezelfde richtsnoeren de bijzondere situatie van de KMO in aanmerking nemen (arrest Lögstör Rör/Commissie, punt 34 supra, punt 295).

43 Uit de richtsnoeren blijkt duidelijk dat de geldboeten die worden opgelegd aan KMO die aan zeer zware inbreuken hebben deelgenomen, niet alleen lager dan 20 miljoen EUR kunnen zijn, maar ook tot het in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 vastgestelde maximum van 10 % kunnen worden gebracht. Verzoeksters grief dat er dienaangaande geen enkele algemene aanwijzing wordt gegeven, moet dus worden afgewezen.

44 Bijgevolg moet het eerste middel in zijn geheel worden afgewezen.

Het tweede middel: schending van het evenredigheidsbeginsel

45 Vooraf wijst verzoekster erop dat, rekening houdend met de vermindering met 10 % op grond van de mededeling inzake medewerking, de haar opgelegde geldboete de hoogst mogelijke sanctie is die haar volgens de regels kon worden opgelegd, aangezien zij 9 % van haar wereldwijde omzet bedraagt. Naar haar weten heeft de Commissie in 40 jaar nooit een zo strenge beschikking vastgesteld. Volgens haar heeft de Commissie op die manier het evenredigheidsbeginsel geschonden.

46 Het tweede middel bestaat uit drie onderdelen, waarin verzoekster achtereenvolgens stelt dat het evenredigheidsbeginsel is geschonden:

— doordat de haar opgelegde geldboete volstrekt onevenredig is, met name ten opzichte van die welke aan andere ondernemingen is opgelegd, zowel in de onderhavige zaak als in andere recente zaken;

— doordat de Commissie haar wereldwijde omzet in aanmerking heeft genomen om het maximum van haar geldboete te bepalen;

— doordat de Commissie geen rekening heeft gehouden met de verhouding tussen haar totale omzet en die welke met de verkoop van het betrokken product is behaald.

Het eerste onderdeel: de aan verzoekster opgelegde boete is volstrekt onevenredig

De argumenten van partijen

47 Verzoekster verklaart dat het feit dat het basisbedrag in casu op willekeurige wijze ver boven het maximum van 10 % is vastgesteld, tot een kennelijk onevenredige sanctie heeft geleid. Zij preciseert dat, aangezien het basisbedrag in haar geval 17 % van haar wereldwijde omzet, te weten 170 % van het wettelijke maximum, bedroeg, zij er „zeker" van was de maximale geldboete opgelegd te krijgen, terwijl niets een dergelijke strengheid rechtvaardigde. In het bijzonder wijst zij erop dat er geen enkel verband bestaat tussen het bedrag van de geldboete, enerzijds, en de zwaarte van de inbreuk, de grootte van haar onderneming, en haar eigen aansprakelijkheid, anderzijds. De opgelegde sanctie berust op een werkwijze waaraan elke inschatting van de concrete situatie vreemd is. Zij merkt op dat de Commissie zelf erkent dat de door haar gepleegde inbreuk van „gemiddelde" en geenszins van „lange" duur is.

48 Volgens verzoekster is het opleggen van een maximale geldboete aan een KMO in strijd met de beginselen die zijn geformuleerd in de rechtspraak en in de richtsnoeren van de Commissie. Het Gerecht heeft deze richtsnoeren gevalideerd door te verklaren dat het wenselijk kan zijn om op de vastgestelde bedragen een weging toe te passen „met name wanneer er een aanzienlijk verschil bestaat in de

grootte van de ondernemingen die eenzelfde soort inbreuk hebben gepleegd, waardoor het algemene uitgangsbedrag zich aan de specifieke aard van elke onderneming laat aanpassen" (arrest Gerecht van 13 december 2001, Acerinox/Commissie, T-48/98, Jurispr. blz. II-3859, punt 80). In dit arrest heeft de Commissie eveneens het door een van de verzoeksters opgeworpen argument dat zij slechts een gering marktaandeel had, afgewezen op grond dat noodzakelijkerwijs rekening moest worden gehouden met haar „omvang" en „haar economische macht" (punten 89 en 90). Aldus heeft het Gerecht beklemtoond dat het van wezenlijk belang is om rekening te houden met de omvang van de onderneming, ongeacht haar marktaandeel. In casu is de Commissie volledig voorbijgegaan aan de omstandigheid dat verzoekster een zeer kleine KMO is en dat er een „aanzienlijk verschil" in grootte tussen de betrokken ondernemingen bestaat.

49 Verzoekster is van mening dat de richtsnoeren geenszins zijn gedacht voor KMO. Zo voorzien zij voor zeer zware inbreuken in een „mogelijke" geldboete van meer dan 20 miljoen EUR. Een dergelijke geldboete impliceert evenwel een omzet van minstens 200 miljoen EUR, te weten een omzet die elfmaal hoger is dan de hare.

50 Verzoekster voert aan dat een van de gevolgen van de door de Commissie toegepaste willekeurige methode van vaststelling van de geldboeten is, dat grote ondernemingen minder worden gestraft dan KMO. In de eerste plaats is het, wat de onderhavige zaak betreft, kennelijk onevenredig dat aan grote ondernemingen geldboeten worden opgelegd die minder dan de helft bedragen dan die welke voor precies dezelfde inbreuken aan KMO worden opgelegd. Verzoekster verwijst in dit verband naar een tabel in haar verzoekschrift waarin de bedragen van de aan elk van de betrokken ondernemingen opgelegde geldboeten zijn opgenomen. Zij betoogt dat de haar opgelegde geldboete de maximale geldboete is en nagenoeg het dubbele bedraagt van de geldboete die aan Heubach is opgelegd, terwijl de zwaarte en de duur van de hun verweten inbreuken geheel identiek zijn. Zij preciseert in dit verband dat zij daarbij uitgaat van de omzetpercentages en niet van absolute bedragen. In de tweede plaats is de wanverhouding even duidelijk wanneer de aan verzoekster opgelegde geldboete wordt vergeleken met die welke aan andere ondernemingen in soortgelijke zaken is opgelegd. Aldus is in beschikking 2001/716/

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 Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (Zaak COMP.D.2 37.444 — SAS/Maersk Air en zaak COMP. D.2 37.386 — Sun-Air vs. SAS en Maersk Air) (PB L 265, blz. 15; hierna: „SAS-beschikking") de vennootschap SAS veroordeeld tot een geldboete 0,79 % van haar wereldwijde omzet, nadat zij op grond van de mededeling inzake medewerking een vermindering met 10 % had gekregen, dat wil zeggen een geldboete die in verhouding tot de omzet elfmaal minder bedraagt dan die welke aan verzoekster is opgelegd. Verzoekster benadrukt dat voor een onderneming die een wereldwijde omzet van bijna 5 miljard EUR behaalt, een geldboete van 0,79 % van haar wereldwijde omzet onbeduidend is, terwijl voor haarzelf, met een omzet van 17 miljoen EUR, een geldboete van 1,53 miljoen EUR een kolossale sanctie is (arrest Gerecht van 6 juli 2000, Volkswagen/Commissie, T-62/98, Jurispr. blz. II-2707, punten 336 en 347).

51 Wat de stelling van de Commissie betreft dat rekening is gehouden met de grootte van verzoekster, aangezien het basisbedrag is vastgesteld op 3 miljoen EUR, en niet op 20 miljoen EUR zoals de richtsnoeren bepalen, antwoordt verzoekster in repliek dat de Commissie de omvang van de geldboete ten opzichte van die van de onderneming buiten beschouwing laat. Zij hanteert immers alleen absolute bedragen en ontneemt de omzet daardoor elke betekenis voor de beoordeling van het gewicht die een geldboete voor een bepaalde onderneming heeft. De richtsnoeren „[verzetten] zich [evenwel] niet ertegen dat dergelijke omzetcijfers bij de bepaling van de geldboete in aanmerking worden genomen om de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht in acht te nemen of wanneer de omstandigheden dit vereisen" (arrest HFB e.a./Commissie, punt 27 supra, punt 447). In casu had de Commissie bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete rekening moeten houden met het omzetcijfer om te voorkomen dat het evenredigheidsbeginsel zou worden geschonden. Uit een aantal belangrijke teksten, waaronder verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen [PB L 395, blz. 1, en rectificatie PB 1990, L 257, blz. 13, zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997, PB L 40, blz. 17], alsook uit de teksten die de KMO regelen, blijkt het essentiële karakter van het omzetcriterium.

52 Met betrekking tot het argument van de Commissie dat haar niet kan worden verweten dat het bedrag van de geldboete die aan sommige ondernemingen is opgelegd, ten opzichte van de omzet, hoger is dan de geldboete die is opgelegd aan

andere ondernemingen die bij dezelfde inbreuk zijn betrokken, stelt verzoekster dat de betrokken rechtspraak slechts geldt voor ondernemingen die zich met betrekking tot de factoren „zwaarte" en „duur" in een verschillende situatie bevinden. De rechtspraak biedt daarentegen geen antwoord op de vraag die aan de orde is in de onderhavige zaak, waarin de aan verzoekster opgelegde sanctie, in verhouding tot de omzet, bijna tweemaal hoger is dan die welke aan Heubach is opgelegd, terwijl deze twee ondernemingen zich in een identieke situatie bevonden.

53 Verzoekster stelt dat de schending van het evenredigheidsbeginsel in casu des te duidelijker is omdat de Commissie beoordelingsfouten heeft gemaakt bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete. Zij heeft geen rekening gehouden met de beginselen die zij in haar richtsnoeren heeft geformuleerd, noch met haar vroegere praktijk. In de eerste plaats is de omstandigheid dat verzoekster, een KMO, zelfs niet over een juridische dienst beschikte, in casu niet in aanmerking genomen. Verzoekster herinnert er in dit verband aan dat de Commissie in sommige gevallen ervan heeft afgezien, geldboeten op te leggen aan kleine ondernemingen die niet voldoende kennis van het gemeenschapsrecht en het nationale recht hadden [beschikking 82/897/EEG van de Commissie van 15 december 1982 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/C-30.128 Toltecs-Dorcet) (PB L 379, blz. 19)]. Zij voegt hieraan toe, onder verwijzing naar het feit dat de betrokken ondernemingen de vermelding van alle bijeenkomsten in hun agenda hebben laten staan, de Commissie niet voldoende heeft aangetoond dat deze ondernemingen zich werkelijk bewust waren van het onrechtmatige karakter van de betrokken praktijken.

54 In de tweede plaats voert verzoekster aan dat de Commissie in de regel matige geldboeten oplegt wanneer zij de mededingingsregels voor de eerste keer in een nieuwe context toepast [beschikking 92/521/EEG van de Commissie van 27 oktober 1992 betreffende een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/33.384 en 33.378 — Verkoop van pakketreizen ter gelegenheid van het wereldkampioenschap [voetbal] 1990) (PB L 326, blz. 31, punt 125)]. Zij wijst erop dat in de persmededeling van de Commissie in de onderhavige zaak gewag wordt gemaakt van het feit dat deze laatste voor de eerste keer zo streng is opgetreden tegen ongeoorloofde praktijken waaraan KMO hebben deelgenomen, en zij concludeert dat haar niet de maximale geldboete had mogen worden opgelegd.

55 In de derde plaats stelt verzoekster dat de Commissie zich niet op een uitzonderlijk nadeel voor de consument heeft kunnen baseren. Zij beroept zich in dit verband op de omvang van de markt van zinkfosfaat, die door de Commissie zelf als „beperkt" is aangemerkt (punt 303 van de bestreden beschikking), op het feit dat substituten voorhanden zijn (punt 45 van de bestreden beschikking) en op de grootte van de afnemers (punt 51 van de bestreden beschikking).

56 Ten slotte herinnert verzoekster eraan dat volgens de richtsnoeren „het economische of financiële voordeel dat de inbreukmakers eventueel hebben behaald" een belangrijk element vormt bij de beoordeling van het bedrag van de geldboete. De Commissie heeft evenwel nooit beweerd dat verzoekster enig profijt heeft getrokken uit de inbreuk.

57 De Commissie betwist het betoog van verzoekster. Zij verklaart dat de aan verzoekster opgelegde geldboete 9 % bedraagt van de omzet die deze tijdens het vorige boekjaar had behaald. Derhalve is verzoeksters stelling dat deze geldboete „de hoogst mogelijke geldboete is die haar volgens de regels kon worden opgelegd", onjuist, aangezien zij minder dan 10 % van haar omzet bedraagt. Voorts wijst zij erop dat, anders dan verzoekster stelt, zij niet alleen reeds zwaardere sancties heeft opgelegd dan die welke aan verzoekster is opgelegd, maar dat zij bovendien meermaals de aan een onderneming opgelegde geldboete heeft verminderd om het maximum van 10 % in acht te nemen [beschikking 1999/60/EG van de Commissie van 21 oktober 1998 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (zaak nr. IV/35.691/E-4 — Kartel voor voorgeïsoleerde buizen) (PB 1999, L 24, blz. 1; hierna: „beschikking Voorgeïsoleerde buizen"), punt 176 (betreffende de onderneming Lögstör), en beschikking 2002/271/EG van de Commissie van 1[8] 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 — Grafietelektroden) (PB 2002, L 100, blz. 1), punt 199 (betreffende de onderneming UCAR)]. Voorts stelt de Commissie dat verzoeksters argumenten betreffende het onevenredige karakter van de geldboete ongegrond zijn.

Beoordeling door het Gerecht

58 Volgens artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 dient bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete niet alleen rekening te worden gehouden met de zwaarte, maar ook met de duur van de inbreuk. De evenredigheid van de geldboete dient dus tegen de achtergrond van alle omstandigheden van de inbreuk te worden beoordeeld (arrest Gerecht van 20 april 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, T-305/94–T-307/94, T-313/94–T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, Jurispr. blz. II-931, punt 1215).

59 In casu moet worden onderstreept dat verzoekster niet betwist dat zij heeft deelgenomen aan een zeer zware inbreuk in de zin van de richtsnoeren, en dit van 24 maart 1994 tot 13 mei 1998, te weten gedurende meer dan vier jaar.

60 Bovendien staat vast dat het door de Commissie vastgestelde basisbedrag van 3 miljoen EUR aanzienlijk lager is dan het minimumbedrag van 20 miljoen EUR, dat normalerwijs volgens de richtsnoeren voor dit soort inbreuken dient te worden opgelegd (zie punt 1 A, tweede alinea, derde streepje). De uiteindelijk aan verzoekster opgelegde geldboete bedraagt slechts 1,53 miljoen EUR. Het Gerecht is van oordeel dat, gelet op de zwaarte van de inbreuk, de duur ervan, alsook verzoeksters rol bij het plegen ervan, enerzijds, en de elementen die in de onderhavige zaak door verzoekster zijn aangedragen, anderzijds, het bedrag van de haar opgelegde geldboete niet onevenredig is.

61 Afgewezen moet ook worden verzoeksters stelling dat de haar opgelegde geldboete onevenredig is ten opzichte van haar grootte. Om te beginnen kan haar stelling dat zij ervan was „verzekerd" de maximale geldboete te krijgen vanaf het moment dat

het basisbedrag 17 % van haar wereldwijde omzet bedroeg, niet worden aanvaard. Indien verzoeksters gedrag dit had gerechtvaardigd, zou de geldboete namelijk aanmerkelijk zijn verminderd op grond van verzachtende omstandigheden en van de mededeling inzake medewerking. In casu is de opgelegde geldboete niet de maximale geldboete die de Commissie had kunnen opleggen, aangezien zij met 10 % is verminderd op grond van de mededeling inzake medewerking.

62 Vervolgens zij eraan herinnerd dat de enige uitdrukkelijke verwijzing naar de omzet in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 de bovengrens betreft die het bedrag van een geldboete niet mag overschrijden, en dat voor die bovengrens de omzet moet worden begrepen als de totale omzet (arrest Hof van 7 juni 1983, Musique diffusion française e.a./Commissie, 103/80, Jurispr. blz. 1825, punt 119). Zolang de Commissie binnen deze grens blijft, kan zij de geldboete in beginsel vaststellen op basis van de door haar gekozen omzet, zowel wat het geografische gebied als de betrokken producten betreft (arrest Gerecht van 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie, T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95, Jurispr. blz. II-491, punt 5023), zonder dat zij precies moet uitgaan van de totale omzet dan wel van de omzet op de markt voor de betrokken producten. Ten slotte voorzien de richtsnoeren weliswaar niet in de berekening van de geldboeten op basis van een welbepaalde omzet, maar verzetten zij zich er ook niet tegen dat van een dergelijke omzet wordt uitgegaan, mits de keuze van de Commissie niet op een kennelijke beoordelingsfout berust (arrest Tokai Carbon e.a./Commissie, punt 38 supra, punt 195).

63 In casu zij eraan herinnerd dat uit de bestreden beschikking blijkt dat de Commissie het passend heeft geacht, de ondernemingen gedifferentieerd te behandelen om rekening te houden met het „werkelijke economische vermogen van de inbreukplegende ondernemingen om de mededinging significante schade toe te brengen en de geldboete op een zodanig niveau vast te stellen dat er een voldoende afschrikwekkende werking van uitgaat" (punt 304 van de bestreden beschikking). Zij heeft hieraan toegevoegd dat het nodig was „rekening te houden met hun specifieke gewicht, en bijgevolg met de reële gevolgen van de ongeoorloofde gedragingen van elke onderneming voor de mededinging". Bij de beoordeling van deze elementen heeft de Commissie >ervoor gekozen, zich te baseren op de omzet uit de verkoop van gangbaar zinkfosfaat in de EER gedurende het laatste jaar van de inbreuk. Zij merkt op dat verzoekster een van de belangrijkste producenten van

zinkfosfaat in de EER was, aangezien zij een marktaandeel van ongeveer 20 % had, en heeft haar derhalve in de eerste categorie ingedeeld (punt 308 van de bestreden beschikking). Voor alle ondernemingen van de eerste categorie is het basisbedrag van de geldboete vastgesteld op 3 miljoen EUR. Het basisbedrag van James Brown, die een marktaandeel van ongeveer 5 % had, is vastgesteld op 750 000 EUR.

64 Hoewel de Commissie het relatieve belang van de betrokken ondernemingen heeft vergeleken op basis van de omzet uit de verkoop van zinkfosfaat in de EER, heeft zij zich voor de indeling ervan in twee verschillende categorieën eveneens gebaseerd op het marktaandeel van de ondernemingen op de betrokken markt. De Commissie heeft het marktaandeel van de betrokken ondernemingen namelijk berekend op basis van de omzet die op de betrokken markt is behaald en die is vermeld in de tabel die is opgenomen in punt 50 van de bestreden beschikking, enerzijds, en van de informatie die de stukken bevatten, anderzijds. Verzoekster heeft de gegrondheid van deze aanpak niet betwist.

65 Bij de analyse van het „werkelijke economische vermogen van de inbreukplegende ondernemingen om de mededinging significante schade toe te brengen", die een beoordeling impliceert van het reële belang van deze ondernemingen op de betrokken markt, dat wil zeggen van hun invloed op de markt, geeft de totale omzet slechts een onvolledig beeld van de toestand. Het is immers niet uitgesloten dat een sterke onderneming met een waaier van verschillende activiteiten slechts een ondergeschikte rol speelt op een specifieke productmarkt. Het is ook niet uitgesloten dat een onderneming die een belangrijke positie inneemt op een geografische markt buiten de Gemeenschap, slechts zwak staat op de markt van de Gemeenschap of de EER. In dergelijke gevallen betekent de omstandigheid alleen dat de betrokken onderneming een belangrijke totale omzet realiseert, niet noodzakelijk dat zij een beslissende invloed uitoefent op de betrokken markt. Om die reden heeft het Hof in zijn arrest van 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie (C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punt 139), benadrukt dat, ofschoon het marktaandeel van een onderneming niet beslissend is om uit te maken of een onderneming tot een grote economische eenheid behoort, het daarentegen relevant is om vast te stellen welke invloed zij op de markt kon uitoefenen (arrest Gerecht van 9 juli 2003, Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie, T-224/00, Jurispr. blz. II-2597, punt 193). In casu heeft de Commissie rekening gehouden met zowel het marktaandeel als de omzet van de betrokken ondernemingen op de relevante markt en op basis daarvan het relatieve belang van elke onderneming op deze markt kunnen vaststellen.

66 Hieruit volgt dat de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt bij haar analyse van de „daadwerkelijke economische macht van de inbreukmakers" in de zin van punt 1 A, vierde alinea, van de richtsnoeren.

67 Bovendien blijkt uit de vergelijking van de omzet die de tot de eerste categorie behorende ondernemingen op de markt hebben behaald, en die is vermeld in de tabel in punt 50 van de bestreden beschikking, dat deze ondernemingen op goede gronden zijn samengebracht en een identiek basisbedrag opgelegd hebben gekregen. Zo heeft verzoekster in 1998 op de betrokken markt in de EER een omzet van 3,9 miljoen EUR behaald. Heubach, Trident en Union Pigments hebben respectievelijk een omzet van 3,7, 3,69 en 3,2 miljoen EUR behaald. Britannia, die in 1998 alle economische activiteiten heeft stopgezet, had in 1996 op de betrokken markt in de EER een omzet van 2,78 miljoen EUR behaald.

68 Verder zij erop gewezen dat, zoals verzoekster terecht opmerkt, een „aanzienlijk" verschil in de grootte van de ondernemingen die eenzelfde soort inbreuk hebben gepleegd, volgens punt 1 A, zesde alinea, van de richtsnoeren kan nopen tot differentiatie bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk (zie, in die zin, arrest Acerinox/Commissie, punt 48 supra, punt 90). Bovendien, ook al beschikt de Commissie bij de vaststelling van het bedrag van de geldboeten over een zekere beoordelingsmarge en al behoeft voor de berekening van de geldboete niet een louter mathematische formule te worden gehanteerd (arrest Gerecht van 6 april 1995, Martinelli/Commissie, T-150/89, Jurispr. blz. II-1165, punt 59), dient volgens de rechtspraak het bedrag van de opgelegde geldboete op zijn minst in verhouding te staan tot de elementen die bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk in aanmerking zijn genomen (arrest Tate & Lyle e.a./Commissie, punt 32 supra, punt 106). Wanneer de Commissie de betrokken ondernemingen dus in groepen verdeelt voor de bepaling van het bedrag van de geldboeten, moet de bepaling van de

drempel voor elk van de aldus vastgestelde groepen samenhangend en objectief gerechtvaardigd zijn (zie, in die zin, arresten Gerecht van 20 maart 2002, LR AF 1998/Commissie, T-23/99, Jurispr. blz. II-1705, punt 298, en 19 maart 2003, CMA CGM e.a./Commissie, T-213/00, Jurispr. blz. II-913; hierna: „arrest FETTCSA", punt 416).

69 Ook al is verzoekster, hoewel zij in 2000 een totale omzet van 17 miljoen EUR heeft behaald, in casu in dezelfde groep ingedeeld als Britannia, Heubach, Trident en Union Pigments, die een totale omzet van respectievelijk ongeveer 55,7, 71, 76 en 7 miljoen EUR hadden, kan hieruit geen schending van het evenredigheidsbeginsel worden afgeleid. Zoals in de punten 63 en 64 hierboven is uiteengezet, zijn deze verschillende ondernemingen in eenzelfde groep ingedeeld, omdat hun omzet op de betrokken markt en hun marktaandeel zeer dicht bij elkaar lagen. Het was samenhangend en objectief gerechtvaardigd, op basis daarvan de ondernemingen in dezelfde groep in te delen. Voorts is het Gerecht van oordeel dat het verschil in grootte tussen verzoekster en de andere betrokken ondernemingen niet zo belangrijk was dat zij in een andere groep had moeten worden ingedeeld (zie, in die zin, arrest Daesang en Sewon Europe/Commissie, punt 39 supra, punten 69-77).

70 Ten overvloede zij erop gewezen dat in de omstandigheden van de onderhavige zaak bij de toepassing van het maximum van 10 %, bedoeld in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, voldoende rekening is gehouden met verzoeksters totale omzet. Zoals in de punten 16 en 17 hierboven is aangegeven, is verzoeksters geldboete verminderd tot 1,7 miljoen EUR om dit maximum in acht te nemen, alvorens te worden verminderd tot 1,53 miljoen EUR wegens medewerking. Het maximum van 10 % dient te voorkomen dat de geldboeten onevenredig zijn aan de slagkracht van de onderneming (arrest Musique diffusion française e.a./Commissie, punt 62 supra, punt 119). De toepassing van deze bovengrens heeft in casu ervoor gezorgd dat de geldboete die aan verzoekster is opgelegd, evenredig is aan haar grootte. Gelet op het feit dat het gaat om een zeer zware inbreuk die meer dan vier jaar heeft geduurd, had de geldboete veel hoger kunnen zijn, indien verzoekster geen kleine onderneming ware geweest en het maximum van 10 % niet op haar ware toegepast.

71 Volgens verzoekster is het kennelijk onevenredig dat aan grote ondernemingen geldboeten worden opgelegd die minder dan de helft bedragen dan die welke voor identieke inbreuken aan KMO worden opgelegd. Zij beroept zich daartoe op de omstandigheid dat zij met een omzet van 17,08 miljoen EUR een geldboete heeft gekregen die ongeveer 9 % van haar omzet bedraagt, terwijl de geldboete die is opgelegd aan Heubach, die een omzet van 71,018 miljoen EUR had, slechts 5,3 % van die omzet bedraagt.

72 Hierop moet allereerst worden geantwoord dat de Commissie aan Heubach een geldboete van 3,78 miljoen EUR en aan verzoekster een geldboete van 1,53 miljoen EUR heeft opgelegd. Ondanks het feit dat deze twee ondernemingen gedurende meer dan vier jaar aan een zeer zware inbreuk hebben deelgenomen en dat zij een soortgelijke slagkracht op de markt hebben (zie punt 67 hierboven), bedraagt de geldboete van Heubach dus meer dan het dubbele van die van verzoekster.

73 Aangezien de Commissie niet verplicht is om het bedrag van de geldboete te berekenen op basis van de omzet van de betrokken ondernemingen, is zij ook niet verplicht ervoor te zorgen dat, ingeval geldboeten worden opgelegd aan meerdere ondernemingen die bij eenzelfde inbreuk zijn betrokken, de uiteindelijke bedragen van de geldboeten waartoe haar berekening voor de betrokken ondernemingen leidt, elke differentiatie tussen deze ondernemingen ter zake van hun totale omzet of hun omzet op de markt van het betrokken product weergeven (arrest Dansk Rørindustri/Commissie, punt 30 supra, punt 202).

74 In dit verband moet erop worden gewezen dat artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 evenmin eist dat, ingeval geldboeten worden opgelegd aan meerdere ondernemingen die bij eenzelfde inbreuk zijn betrokken, het bedrag van de geldboete die aan een kleine of een middelgrote onderneming wordt opgelegd, niet hoger is, in procent van de omzet, dan dat van de geldboeten die aan de grotere ondernemingen worden opgelegd. Uit deze bepaling blijkt immers dat zowel voor de kleine of middelgrote ondernemingen als voor de grote ondernemingen de zwaarte en de duur van de inbreuk in aanmerking moeten worden genomen om het bedrag van de geldboete te bepalen. Voorzover de Commissie aan ondernemingen die bij eenzelfde inbreuk zijn betrokken, geldboeten oplegt die voor elk van hen zijn gerechtvaardigd op grond van de zwaarte en de duur van de inbreuk, kan haar niet

worden verweten dat het bedrag van de geldboete voor sommige van die ondernemingen hoger is, in verhouding tot de omzet, dan die van andere ondernemingen (arrest Dansk Rørindustri/Commissie, punt 30 supra, punt 203).

75 Volgens verzoekster gelden de beginselen die het Gerecht in het arrest Dansk Rørindustri/Commissie, punt 30 supra, heeft geponeerd, slechts voor ondernemingen die zich in een verschillende situatie bevinden met betrekking tot de factoren zwaarte en de duur van de inbreuk. Het spreekt evenwel vanzelf dat, indien de betrokken ondernemingen zich in een verschillende situatie bevinden, de Commissie niet verplicht is, ervoor te zorgen dat de bedragen van de geldboeten elke differentiatie tussen deze ondernemingen ter zake van hun totale omzet of hun omzet op de markt van het betrokken product weergeven. Die beginselen zijn ook van toepassing wanneer de betrokken ondernemingen zich in dezelfde situatie bevinden.

76 Verzoeksters argument dat de onevenredigheid van de opgelegde geldboete duidelijk blijkt wanneer deze boete wordt vergeleken met die welke aan andere ondernemingen in soortgelijke zaken is opgelegd, dient eveneens te worden afgewezen. De Commissie is immers niet verplicht, geldboeten vast te stellen die evenredig zijn aan de omzet en volledig coherent zijn met die welke in andere zaken uit het verleden zijn vastgesteld.

77 In dit verband moet worden onderstreept dat de eerdere beschikkingspraktijk van de Commissie op zich niet het rechtskader voor de geldboeten in mededingingszaken is. Het feit dat de Commissie in het verleden voor sommige soorten inbreuken geldboeten van een bepaald niveau heeft opgelegd, staat niet eraan in de weg dat zij

dit niveau binnen de in verordening nr. 17 gestelde grenzen verhoogt, indien dit noodzakelijk is ter uitvoering van het communautaire mededingingsbeleid (arrest Musique diffusion française e.a./Commissie, punt 62 supra, punt 109, en arrest Tokai Carbon e.a./Commissie, punt 38 supra, punt 243).

78 Voorzover de Commissie aan ondernemingen die bij eenzelfde inbreuk zijn betrokken, geldboeten oplegt die voor elk van hen zijn gerechtvaardigd op grond van de zwaarte en de duur van de inbreuk, kan haar niet worden verweten dat het bedrag van de geldboete voor sommige van die ondernemingen hoger is, in verhouding tot de omzet, dan die van andere ondernemingen in eerdere zaken (zie, in die zin, LR AF 1998/Commissie, punt 68 supra, punt 278).

79 Hieraan moet worden toegevoegd dat de zwaarte van de inbreuken met inachtneming van een groot aantal factoren dient te worden bepaald, zoals met name de bijzondere omstandigheden van de zaak, de context ervan en de afschrikkende werking van de geldboeten, zonder dat een dwingende of uitputtende lijst van verplicht in aanmerking te nemen criteria is opgesteld (arrest Hof van 17 juli 1997, Ferriere Nord/Commissie, C-219/95 P, Jurispr. blz. I-4411, punt 33, en arrest LR AF 1998/Commissie, punt 68 supra, punt 236). De relevante gegevens, zoals de betrokken markten, producten, landen, ondernemingen en perioden, zijn niet in alle zaken dezelfde. Derhalve is de Commissie niet verplicht om in alle zaken die vergelijkbaar zijn wat de zwaarte van de inbreuk betreft, geldboeten op te leggen die in dezelfde verhouding tot de omzet staan (arrest Gerecht van 13 januari 2004, JCB Service/Commissie, T-67/01, Jurispr. blz. II-49, punten 187-189).

80 Voorts moet erop worden gewezen dat, ook al vertegenwoordigde de geldboete die de Commissie in de door verzoekster aangevoerde SAS-beschikking (zie punt 50 hierboven) heeft opgelegd, geen groot percentage van de omzet van de betrokken onderneming, het niettemin om een aanzienlijk bedrag ging, aangezien de geldboete bijna 40 miljoen EUR bedroeg. Indien de Commissie evenwel verplicht ware geweest, verzoekster een geldboete ten belope van 0,79 % van haar omzet op te leggen, zoals zij in de SAS-beschikking heeft gedaan, zou een dergelijke geldboete, die dan 134 939 EUR zou hebben bedragen, duidelijk niet afschrikwekkend zijn geweest.

81 De door verzoekster aangevoerde beoordelingsfouten moeten eveneens worden afgewezen.

82 In de eerste plaats had de Commissie het recht om geen rekening te houden met het feit dat verzoekster niet over een juridische dienst beschikte. Volgens de richtsnoeren „[kan voorts] [i]n het algemeen ermee rekening worden gehouden dat grootschalige ondernemingen meestal over de juridisch-economische kennis en middelen beschikken, waarmee het voor deze mogelijk is zich beter van het inbreukmakende karakter van hun gedragingen en van de gevolgen ervan uit het oogpunt van het mededingingsrecht rekenschap te geven" (punt 1 A, vijfde alinea). Zoals de Commissie terecht opmerkt, kan zij op grond van deze bepaling de geldboeten voor grote ondernemingen verhogen, maar heeft zij hierdoor niet de verplichting, de geldboeten voor kleine ondernemingen te verminderen. Daarbij komt dat, aangezien de onverenigbaarheid van de betrokken mededingingsregeling met de mededingingsregels uitdrukkelijk uit artikel 81, lid 1, sub a, tot en met c, EG blijkt en door vaste rechtspraak wordt bevestigd, verzoekster niet op goede gronden kan aanvoeren dat zij het relevante recht onvoldoende kende. Bovendien blijkt uit de bestreden beschikking dat de aangeklaagde ondernemingen zich terdege bewust waren van de onrechtmatigheid van een mededingingsregeling waarin indicatieve prijzen werden vastgesteld, de markt werd verdeeld en klanten werden toegewezen (overwegingen 99, 100, 125 en 253).

83 Het is in elk geval niet noodzakelijk dat de onderneming zich ervan bewust was dat zij inbreuk maakte op de mededingingsregels, om de inbreuk op deze regels als een opzettelijke inbreuk te kunnen beschouwen; het volstaat dat zij niet onkundig kon zijn van de omstandigheid dat het gewraakte gedrag ertoe strekte de mededinging te beperken (arresten Gerecht van 6 april 1995, Ferriere Nord/Commissie, T-143/89, Jurispr. blz. II-917, punt 41, en 16 december 2003, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissie, T-5/00 en T-6/00, Jurispr. blz. II-5761, punten 396 en 397).

84 In de tweede plaats moet worden afgewezen verzoeksters argument dat de Commissie matige geldboeten had moeten opleggen op grond dat het de eerste

keer was dat zij zo streng optrad tegen ongeoorloofde praktijken waaraan KMO hadden deelgenomen. De Commissie is immers niet verplicht, de geldboeten te matigen wanneer zij voor de eerste in een bepaalde sector optreedt. Daarnaast is de Commissie ook niet verplicht om de geldboeten te matigen wanneer de betrokken ondernemingen KMO zijn. Met de grootte van de onderneming is immers rekening gehouden in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, betreffende het maximum, en in de bepalingen van de richtsnoeren. Los van deze overwegingen betreffende de grootte, is er geen enkele reden om KMO anders te behandelen dan andere ondernemingen. Het feit dat de ondernemingen KMO zijn, ontslaat hen niet van de plicht de mededingingsregels nauwgezet na te leven, zoals de Commissie terecht opmerkt (zie punt 343 van de bestreden beschikking).

85 Overigens is het onjuist dat de Commissie in casu in een nieuwe context zou hebben gehandeld. In de beschikking Voorgeïsoleerde buizen had zij namelijk reeds hoge geldboeten opgelegd aan KMO die hadden deelgenomen aan ongeoorloofde praktijken.

86 In de derde plaats ontleent verzoekster een argument aan de omstandigheid dat de Commissie niet heeft aangevoerd dat uitzonderlijke schade is berokkend aan de consumenten. In dit verband volstaat de vaststelling dat uit de afwezigheid van een dergelijke uitzonderlijke schade niet kan worden geconcludeerd dat de betrokken boete onevenredig is. Bovendien heeft de Commissie indirect rekening gehouden met de omstandigheid dat de inbreuk niet een dergelijke schade heeft berokkend. Enerzijds heeft zij bij de vaststelling van het basisbedrag op 3 miljoen EUR rekening gehouden met de beperkte omvang van de betrokken markt (punt 303 van de bestreden beschikking). Anderzijds heeft zij erkend dat de inbreuk in een moeilijke economische context werd gepleegd, met name gezien het feit dat de klanten van de betrokken ondernemingen over een grote kopersmacht beschikten (punt 339 van de bestreden beschikking).

87 Verzoekster betoogt dat de Commissie zich niet heeft kunnen beroepen op het bestaan van uitzonderlijke schade voor de consumenten, gelet op het feit dat „substituten voorhanden zijn". Dit argument kan de in punt 86 hierboven

geformuleerde conclusie niet op losse schroeven zetten. Voorts heeft verzoekster ter terechtzitting onder verwijzing naar het bestaan van substituten verklaard dat de Commissie volgens haar niet een voldoende grondige analyse van de markt had gemaakt en dat de inbreuk geen reëel gevolg heeft gehad. In dit verband moet worden vastgesteld dat verzoekster in haar schrifturen de substituten bondig heeft vermeld in het kader van een subsidiair argument betreffende de evenredigheid van de geldboete en, in het bijzonder, betreffende de afwezigheid van uitzonderlijke schade aan de consumenten. Het is duidelijk dat zij de gevolgen van de inbreuk niet in het algemeen ter discussie heeft gesteld, en dat zij de omschrijving van de markt niet heeft betwist.

88 In elk geval, zoals in het arrest van het Gerecht van heden, Heubach/Commissie (T-64/02, Jurispr. blz. II-5137), is geoordeeld, heeft de Commissie terecht geconcludeerd dat de betrokken inbreuk reële gevolgen heeft gehad. Met name heeft de Commissie voldoende aangetoond dat de overeenkomst betreffende de verkoopquota, de „hoeksteen" van de mededingingsregeling (punt 66 van de bestreden beschikking), op scrupuleuze wijze is toegepast en dat, op jaarbasis, „de reële marktaandelen van de vijf producenten dicht in de buurt van de hun toegewezen marktaandelen [bleven]" (punt 72 van de bestreden beschikking). Bovendien heeft de Commissie het bewijs geleverd dat de prijsovereenkomst concrete gevolgen heeft gehad voor de markt. Dienaangaande zij benadrukt dat volgens de objectieve vaststellingen van Union Pigments en Trident, de ondernemingen die het meest met de Commissie hebben samengewerkt, de prijsinitiatieven een effect hebben gehad op het niveau van de marktprijzen. Meer in het algemeen, gelet op het feit dat de mededingingsregeling onder meer tot doel had, een einde te maken aan een prijzenoorlog, en dat de verweten praktijken gedurende meer dan vier jaar zijn toegepast, is het Gerecht van oordeel dat de betrokken ondernemingen er grotendeels in geslaagd zijn, een einde te maken aan deze prijzenoorlog, en dat zij hun prijzen onderling hebben aangepast om hogere transactieprijzen te bereiken dan die welke zonder de mededingingsregeling tot stand zouden zijn gekomen.

89 Wat ten slotte verzoeksters argument betreft, dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met de omstandigheid dat zij nagenoeg geen winst heeft gemaakt met de verkoop van het betrokken product, zij eraan herinnerd dat, al moet de hoogte van de opgelegde geldboete in verhouding staan tot de duur en tot de andere factoren

die moeten worden meegewogen bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk, waaronder het profijt dat de betrokken onderneming uit haar praktijken heeft kunnen trekken (arrest Gerecht van 21 oktober 1997, Deutsche Bahn/Commissie, T-229/94, Jurispr. blz. II-1689, punt 127), het feit dat een onderneming geen profijt heeft getrokken uit de inbreuk, volgens de rechtspraak niet in de weg staat aan de oplegging van een geldboete, omdat deze geldboete anders haar preventieve werking zou verliezen (arresten Ferriere Nord/Commissie, punt 83 supra, punt 53, en FETTCSA, punt 340).

90 Derhalve is de Commissie niet verplicht bij de vaststelling van het bedrag van de geldboeten rekening te houden met het feit dat geen profijt is getrokken uit de betrokken inbreuk (arresten Cimenteries CBR e.a./Commissie, punt 62 supra, punt 4881, en FETTCSA, punt 341).

91 Ook al kan de Commissie volgens haar richtsnoeren (punt 2, eerste alinea, vijfde streepje) wegens verzwarende omstandigheden de strafmaat verzwaren opdat de boete groter uitvalt dan het bedrag van de onrechtmatig dankzij de inbreuk gemaakte winst, dit betekent niet dat zij voortaan verplicht is om voor de bepaling van het bedrag van de geldboete in alle omstandigheden het financiële voordeel uit de vastgestelde inbreuk aan te tonen (FETTCSA, punten 342-343). Met andere woorden, het ontbreken van een dergelijk voordeel kan niet als een verzachtende omstandigheid worden beschouwd.

92 In casu heeft de Commissie de bestreden beschikking niet gebaseerd op het profijt dat de inbreukmakers eruit hebben getrokken. Gelet op de in de punten 89 tot en met 91 hierboven aangehaalde rechtspraak, heeft zij dienaangaande geen kennelijke beoordelingsfout gemaakt.

93 Uit een en ander volgt dat het eerste onderdeel van het tweede middel niet kan worden aanvaard.

Het tweede onderdeel: de Commissie heeft verzoeksters wereldwijde omzet in aanmerking genomen om het maximum van 10 % te bepalen

— De argumenten van partijen

94 Verzoekster stelt dat het evenredigheidsbeginsel is geschonden doordat de Commissie de wereldwijde omzet van de ondernemingen in aanmerking heeft genomen voor de vaststelling van het maximum van 10 %, bedoeld in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17. Zij herinnert eraan dat volgens vaste rechtspraak de Commissie aan de omzet die in aanmerking moet worden genomen voor de vaststelling van het bedrag van de geldboete, geen „belang mag [toekennen] dat niet in verhouding staat tot de overige beoordelingselementen" (arrest Musique diffusion française e.a./Commissie, punt 62 supra, punt 1121). Volgens de rechtsleer bevat deze passage „een waarschuwing tegen een zuiver mathematische toepassing van de regel van 10 %, hetgeen in strijd zou zijn met het [...] ‚evenredigheidsbeginsel'" (Van Bael, I. en Bellis, J. F., *Droit de la concurrence de la Communauté économique européenne*, Bruylant, Brussel, 1991, blz. 648). De Commissie erkent in de bestreden beschikking dat bij de vaststelling van het basisbedrag van de geldboete noodzakelijkerwijs rekening moet worden gehouden met de reële gevolgen van de ongeoorloofde gedragingen voor de mededinging (punt 305 van de bestreden beschikking). In dit verband heeft de Commissie het aangewezen geacht uit te gaan van de omzet van het product in de EER om het relatieve belang van de betrokken ondernemingen op de betrokken markt te bepalen (punt 307 van de bestreden beschikking). De Commissie had die redenering dan ook moeten doortrekken en het maximum van 10 % voor verzoekster moeten berekenen op basis van haar Europese omzet, die minder dan één vierde van haar wereldwijde omzet bedraagt.

95 De Commissie bevestigt dat zij voor de vaststelling van het basisbedrag van de geldboeten het respectieve marktaandeel van de leden van de mededingingsregeling in de EER in aanmerking heeft genomen. Deze werkwijze houdt geen verband met de omstandigheid dat het bedrag van een aan een onderneming op te leggen geldboete op grond van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 niet hoger mag zijn dan 10 % van haar wereldwijde omzet.

— Beoordeling door het Gerecht

96 Het tweede onderdeel van het tweede middel kan niet worden aanvaard. Enerzijds blijkt immers duidelijk uit artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, alsook uit de rechtspraak, dat het maximum van 10 % dient te voorkomen dat de geldboeten onevenredig zijn aan de slagkracht van de betrokken onderneming (zie punt 70 hierboven). Bijgevolg moet voor de vaststelling van dit maximum de totale omzet worden gebruikt (arresten Musique diffusion française e.a./Commissie, punt 62 supra, punt 119, en HFB e.a./Commissie, punt 27 supra, punt 541). Anderzijds ziet de inaanmerkingneming van de omzet uit de verkoop van het product met betrekking tot hetwelk de inbreuk is gepleegd op de betrokken geografische markt, op het belang van de gedragingen van elk van de ondernemingen op deze markt bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk. Anders dan verzoekster stelt, staat niets eraan in de weg dat verschillende omzetcijfers worden gebruikt voor verschillende doeleinden. Derhalve moet het tweede onderdeel van het tweede middel worden afgewezen.

Het derde onderdeel: de Commissie heeft geen rekening gehouden met de verhouding tussen verzoeksters totale omzet en die welke met de verkoop van het betrokken product is behaald

De argumenten van partijen

97 Verzoekster stelt dat de Commissie bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk rekening had moeten houden met het feit dat de omzet die is behaald met het betrokken product, gering was ten opzichte van haar totale omzet voor alle producten (arrest van 14 juli 1994, Parker Pen/Commissie, T-77/92, Jurispr. blz. II-549, punt 94).

98 De Commissie wijst erop dat het arrest Parker Pen/Commissie, punt 97 supra, dateert uit de periode waarin de basisbedragen van de geldboeten werden vastgesteld in verhouding tot de omzet van de ondernemingen. Thans is de totale omzet een van de vele elementen waarmee de Commissie onder toezicht van de rechter rekening kan houden, maar is het geen factor die zij noodzakelijkerwijs in aanmerking dient te nemen. Zij merkt in het bijzonder op dat, zoals het Gerecht in zijn arrest van 14 mei 1998, SCA Holding/Commissie (T-327/94, Jurispr. blz. II-1373, punt 184), heeft verklaard, „[zij] niet verplicht [is] om ter beoordeling van de zwaarte van de inbreuk de relatie tussen de totale omzet van de onderneming en de omzet die is behaald met de goederen waarop de inbreuk betrekking heeft, in aanmerking te nemen".

— Beoordeling door het Gerecht

99 Allereerst zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak aan het ene noch aan het andere omzetcijfer een belang mag worden toegekend dat onevenredig is aan de overige beoordelingsfactoren, en dat de vaststelling van een passende boete derhalve niet het resultaat kan zijn van een eenvoudige berekening op basis van de totale omzet, in het bijzonder wanneer de betrokken goederen slechts een klein deel van deze omzet vertegenwoordigen (arresten Musique diffusion française e.a./Commissie, punt 62 supra, punten 120 en 121, en Parker Pen/Commissie, punt 97 supra, punt 94). Zo heeft het Gerecht in het arrest Parker Pen/Commissie, punt 97 supra, het middel betreffende schending van het evenredigheidsbeginsel aanvaard, op grond dat de Commissie geen rekening had gehouden met het feit dat de omzet die was behaald met de producten waarop de inbreuk betrekking had, vrij gering was ten opzichte van de omzet van de betrokken onderneming uit alle verkopen.

100 Aangezien de Commissie haar berekening van het bedrag van de aan verzoekster op te leggen geldboete, in casu niet heeft gebaseerd op de totale omzet, kan deze laatste zich niet met succes beroepen op het arrest Parker Pen/Commissie, punt 97 supra (arrest Gerecht van 20 maart 2002, ABB Asea Brown Boveri/Commissie, T-31/99, Jurispr. blz. II-1881, punt 156).

101 Uit de bestreden beschikking (zie punten 262 tot en met 309) blijkt dat Commissie overeenkomstig de rechtspraak voor de vaststelling van de geldboete rekening heeft gehouden met andere factoren dan de totale omzet, waaronder de aard van de inbreuk, de reële gevolgen ervan, het belang van de betrokken ondernemingen op de markt, de afschrikkende werking van de geldboeten en de beperkte omvang van de betrokken markt (zie, in die zin, arresten ABB Asea Brown Boveri/Commissie, punt 100 supra, punt 157; Tokai Carbon e.a./Commissie, punt 38 supra, punt 202, en Daesang en Sewon Europe/Commissie, punt 39 supra, punt 60).

102 Zoals de Commissie terecht opmerkt, staat in elk geval vast dat de omzet die verzoekster met de verkoop van zinkfosfaat heeft behaald, een vrij groot deel van haar totale omzet vertegenwoordigt, namelijk meer dan 22,83 %. Bijgevolg kan niet worden beweerd dat verzoekster slechts een gering deel van haar totale omzet op de betrokken markt heeft behaald.

103 Derhalve dient het derde onderdeel van het tweede middel te worden afgewezen. Bijgevolg moet het tweede middel in zijn geheel worden afgewezen.

Het derde middel: schending van het non-discriminatiebeginsel

De argumenten van partijen

104 Verzoekster betoogt dat de in casu voor de vaststelling van de geldboeten gebruikte methode discriminerend is doordat de Commissie voor sommige ondernemingen een hoger basisbedrag dan het wettelijke maximum heeft vastgesteld.

105 In de eerste plaats herhaalt verzoekster dat de Commissie haar op die manier ambtshalve een geldboete heeft opgelegd die overeenkwam met het wettelijke maximum. Daarentegen waren de ondernemingen met een grotere omzet dan zijzelf, doch die zich, wat de zwaarte en de duur van de inbreuk betreft, in volstrekt dezelfde situatie bevonden, verzekerd van een lagere geldboete dan het wettelijke maximum, aangezien het basisbedrag in hun geval lager was dan het wettelijke maximum. Verzoekster is van mening dat de schending van het non-discriminatiebeginsel overduidelijk blijkt wanneer haar situatie wordt vergeleken met die van Heubach. Ondanks het feit dat de Commissie, wat de vaststelling van het bedrag van de geldboeten betreft, geen verschil tussen deze twee ondernemingen heeft opgemerkt, bedraagt de geldboete die aan Heubach is opgelegd, 5,3 % van de omzet, en die welke aan verzoekster is opgelegd, 9 % van de omzet. Aan verzoekster is dus een geldboete opgelegd die overeenkomt met 170 % van de geldboete van Heubach ten opzichte van hun omzetpercentages. Een zo verschillende en volstrekt ongerechtvaardigde behandeling van de twee ondernemingen vormt een overduidelijke discriminatie. Deze schending van het non-discriminatiebeginsel is te wijten aan de weigering van de Commissie om bij de vaststelling van de op te leggen boete de omzet in aanmerking te nemen.

106 Verzoekster verwerpt in repliek de uitlegging die de Commissie geeft aan het arrest Dansk Rørindustri/Commissie, punt 30 supra.

107 In de tweede plaats voert zij aan dat de door de Commissie gehanteerde methode tot eenzelfde sanctie, te weten het wettelijke maximum, leidt voor twee ondernemingen die evenwel niet even lang aan de inbreuk hebben deelgenomen. Zij wijst erop dat twee ondernemingen met eenzelfde basisbedrag boven het maximum van 10 %, waarvan de ene gedurende slechts één jaar en de andere gedurende vijf jaar aan de inbreuk heeft deelgenomen, uiteindelijk dezelfde geldboete opgelegd zouden krijgen, namelijk 10 % van de wereldwijde omzet. Dit vormt een bijzonder duidelijke illustratie van het feit dat in casu het gelijkheidsbeginsel is geschonden.

108 Volgens de Commissie is verzoekster niet gediscrimineerd. Immers, hoewel haar vermogen om de mededinging schade te berokkenen, gelijk was aan dat van Heubach, is de geldboete die haar is opgelegd van 4,2 tot 1,53 miljoen EUR verminderd, en wel juist op grond van de in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 vastgestelde bovengrens van 10 % van de totale omzet. De Commissie is van mening dat het verschil in behandeling ten gunste van verzoekster niet als een discriminatie kan worden beschouwd, en dat dit verschil volgens de rechtspraak van het Gerecht (arresten Brugg Rohrsysteme/Commissie, punt 34 supra, punt 155, en LR AF 1998/Commissie, punt 68 supra, punt 300) het rechtstreekse gevolg is van de bovengrens die in verordening nr. 17 voor de geldboeten is vastgesteld.

Beoordeling door het Gerecht

109 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 (arrest Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie, punt 65 supra, punt 69, en arrest Gerecht van 14 mei 1998, BPB de Eendracht/Commissie, T-311/94, Jurispr. blz. II-1129, punt 309).

110 Anders dan verzoekster betoogt, heeft de omstandigheid dat het basisbedrag in haar geval boven het maximum van 10 % lag, er niet toe geleid dat haar ambtshalve de maximale geldboete is opgelegd (zie punt 61 hierboven).

111 Er zij aan herinnerd dat, om rekening te houden met het economische vermogen van de betrokken ondernemingen en om de geldboeten op een zodanig niveau vast te stellen dat er een voldoende afschrikkende werking van uitgaat, de Commissie verzoekster, alsook Heubach, Trident, Britannia en Union Pigments in de eerste categorie heeft ingedeeld (punt 304 van de bestreden beschikking). Uit de omstandigheid dat verzoeksters totale omzet lager was dan die van Heubach, Trident en Britannia, kan niet worden afgeleid dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden.

112 Zoals in punt 69 hierboven is aangegeven, blijkt immers uit de vergelijking van de omzetcijfers die met de verkoop van het betrokken product in de EER zijn behaald, dat deze ondernemingen terecht in dezelfde groep zijn ingedeeld en hun een identiek basisbedrag is opgelegd.

113 Daarbij komt dat, ook al hebben verzoekster en Heubach allebei gedurende meer dan vier jaar aan een zeer zware inbreuk deelgenomen, de geldboete die uiteindelijk aan verzoekster is opgelegd, namelijk 1,53 miljoen EUR, minder dan de helft bedraagt van die welke aan Heubach is opgelegd, namelijk 3,78 miljoen EUR. Dit verschil in behandeling ten gunste van verzoekster is objectief gerechtvaardigd gelet op het verschil in grootte van beide ondernemingen, waardoor verzoekster heeft kunnen profiteren van de in verordening nr. 17 vastgestelde bovengrens.

114 Aangezien de Commissie niet verplicht is, ervoor te zorgen dat de uiteindelijke bedragen van de geldboeten waartoe haar berekening voor de betrokken ondernemingen heeft geleid, elke differentiatie tussen deze ondernemingen betreffende hun omzet weerspiegelen (zie punt 74 hierboven), kan verzoekster haar voorts niet verwijten dat haar een hogere geldboete, in procent van de totale omzet, is opgelegd dan die welke aan Heubach is opgelegd (arrest Dansk Rørindustri/ Commissie, punt 30 supra, punt 210).

115 Met betrekking tot verzoeksters argument dat de door de Commissie gehanteerde methode tot eenzelfde sanctie leidt voor twee ondernemingen die evenwel niet even lang aan de inbreuk hebben deelgenomen, behoeft slechts te worden vastgesteld dat dit argument niet aan de betrokken feiten is ontleend en dus louter hypothetisch is.

116 Tegen de achtergrond van wat voorafgaat, moet ten slotte worden opgemerkt dat, wat het gelijkheidsbeginsel betreft, de toepassing van de richtsnoeren er in casu voor heeft gezorgd dat beide facetten van dit beginsel in acht zijn genomen. Enerzijds waren alle betrokken ondernemingen samen en in vergelijkbare mate aansprakelijk, voorzover zij allen aan een zeer zware inbreuk hebben deelgenomen. In een eerste fase is deze aansprakelijkheid beoordeeld op basis van de eigen kenmerken van de inbreuk, zoals de aard en de invloed ervan op de markt. In een tweede fase heeft de Commissie deze beoordeling aangepast op basis van de voor elke betrokken onderneming specifieke omstandigheden, met inbegrip van de grootte en de capaciteit ervan, de duur van hun deelneming aan de inbreuk en hun medewerking.

117 Bijgevolg moet het derde middel ongegrond worden verklaard.

118 Uit wat voorafgaat volgt dat het beroep in zijn geheel moet worden verworpen.

Kosten

119 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht moet de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten, voor zover 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.

Lindh García-Valdecasas Cooke

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 29 november 2005.

De griffier

E. Coulon

De president van de Vijfde kamer

P. Lindh