ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer)

5 december 2006 *

In zaak T-303/02,

Westfalen Gassen Nederland BV, gevestigd te Deventer (Nederland), vertegenwoordigd door M. Essers en M. Custers, advocaten,

verzoekster,

tegen

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

verweerster,

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

* Procestaal: Nederlands.

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

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

gezien de stukken en na de terechtzitting op 4 april 2006,

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

Aan het geding ten grondslag liggende feiten

1 Westfalen Gassen Nederland BV (hierna: „verzoekster" of „Westfalen") is sinds 1989 actief op de Nederlandse markt voor industriële en medische gassen.

2 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] en [82] van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204), verificaties verricht in de kantoren van verzoekster en van verschillende andere vennootschappen, die eveneens actief zijn op de betrokken markt, waaronder AGA Gas BV (hierna: „AGA"), Air Liquide BV, Air Products Nederland BV, Boc Gases Benelux (hierna: „BOC"), Hydrogas Holland BV en Messer Nederland BV (hierna: „Messer").

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 ondernemingen uit de betrokken sector, waaronder verzoekster, een mededeling van punten van bezwaar gezonden.

4 In haar antwoord heeft verzoekster de in de mededeling van punten van bezwaar vermelde feiten betwist. Na het faillissement van AGA Gas heeft de moedervennootschap 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 op 10 januari 2002, 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 26 juli 2002 aan verzoekster betekend en is aan AGA AB als rechtsopvolgster van AGA Gas gezonden.

Bestreden beschikking

7 De Commissie geeft in de beschikking te kennen dat zij bewijs heeft verzameld van heimelijke afspraken tussen concurrenten uit de sector industriële en medische gassen in Nederland in met name de periode 1993-1997 (punt 331).

8 Zo heeft zij geoordeeld (punt 393 van de beschikking) dat verzoekster had deelgenomen aan de volgende overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen:

— de vaststelling van prijsverhogingen van oktober 1994 tot en met december 1995;

— de vaststelling van moratoria van oktober 1994 tot en met januari 1995;

— de vaststelling van minimumprijzen van maart 1994 tot en met december 1995.

9 Wat in de eerste plaats de prijsverhogingen betreft, merkt de Commissie om te beginnen op dat de prijsverhogingen voor cilindergas voor 1995 voor het eerst zijn besproken tijdens de vergadering van 14 oktober 1994 van de Vereniging van Fabrikanten van Industriële Gassen (hierna: „VFIG"). Aan deze vergadering werd deelgenomen door AGA, Air Liquide, Air Products, BOC, Hoek Loos, Hydrogas, Messer, Nederlandse Technische Gasmaatschappij (hierna: „NTG") en verzoekster (punt 136 van de beschikking).

10 Om te bewijzen dat die vergadering een mededingingsverstorend doel had, beroept de Commissie zich met name op de inhoud van handgeschreven notities die bij AGA in beslag zijn genomen of door deze onderneming zijn verstrekt en van 17 oktober 1994 dateren.

11 De Commissie betoogt vervolgens dat die prijsverhogingen voor cilindergas voor 1995 nader zijn vastgesteld door AGA, Air Liquide, Air Products, BOC, Hoek Loos, Messer en Westfalen tijdens de VFIG-vergadering van 18 november 1994. Tot staving daarvan beroept zij zich op twee handgeschreven tabellen, waarvan de ene door AGA is meegedeeld (hierna: „tabel 1") en de andere bij Air Products in beslag is genomen (hierna: „tabel 2") (punten 139-141 van de beschikking).

12 Volgens de Commissie geeft tabel 1, die van 21 november 1994 dateert, met name het percentage weer van de prijsverhogingen voor cilindergas voor 1995 voor Hoek Loos, AGA, Messer, Air Liquide, Air Products, BOC en verzoekster.

13 Tabel 2, waarin ook sprake is van prijsverhogingen, lijkt volgens de Commissie over dezelfde vergadering te gaan, ook al zijn niet alle vermeldingen in de twee tabellen identiek. Zij herinnert eraan dat Air Products aanvankelijk dacht dat de tabel was opgesteld tijdens een vergadering met concurrenten die in 1995 had plaatsgevonden, maar later heeft bevestigd dat deze de uitkomst kon zijn van de VFIG-vergadering van november 1994.

14 De Commissie preciseert dat verzoekster in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar heeft verklaard dat zij nooit actief aan die vergaderingen heeft deelgenomen en dat zij niet wist dat onderwerpen zoals de prijsverhogingen zouden worden besproken, aangezien deze niet op de agenda van de vergaderingen stonden (punt 145 van de beschikking).

15 Wat in de tweede plaats de vaststelling van moratoria betreft, stelt de Commissie dat de prijsverhogingen voor 1995 tijdens de VFIG-vergaderingen van 14 oktober en 18 november 1994 zijn besproken en overeengekomen tussen AGA, Hoek Loos, Air Liquide, Air Products, Messer, BOC en verzoekster in samenhang met een moratorium eindigend in januari 1995. De Commissie beroept zich in dit verband op de handgeschreven notities van AGA bedoeld in punt 10 hierboven, alsmede op de tabellen 1 en 2, die gewag maken van een moratorium van twee maanden om de prijsverhogingen ten uitvoer te leggen (punten 168-171 van de beschikking).

16 De Commissie herinnert eraan dat verzoekster in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar heeft betoogd dat niet was aangetoond dat zij tijdens de beide VFIG-vergaderingen op eigen initiatief had deelgenomen aan een overeenkomst met haar concurrenten over een moratorium eind 1994 (punt 172 van de beschikking).

17 Wat in de derde plaats de vaststelling van minimumprijzen betreft, betoogt de Commissie dat tussen de betrokken ondernemingen opeenvolgende lijsten van minimumprijzen voor cilindergassen zijn overeengekomen, en dat het hoofddoel van deze lijsten was, bodemprijzen vast te stellen voor het geval dat er een concurrerend bod bij dezelfde afnemer moest worden ingediend (punt 189 van de beschikking).

18 De Commissie stelt dat tijdens de VFIG-vergaderingen van 17 maart en 14 oktober 1994 op kleine afnemers toe te passen „prijsschalen" en „minimumprijzen" voor cilindergassen zijn besproken met het oog op een overeenkomst tussen op zijn minst verzoekster, Messer, Air Liquide, Hoek Loos en Air Products, en merkt op dat de laatste vier ondernemingen reeds in oktober 1990 een overeenkomst hadden bereikt over een systeem van bodemprijzen voor cilindergassen (punten 194 en 205 van de beschikking).

19 Volgens de Commissie blijkt uit de handgeschreven notities die bij AGA in beslag zijn genomen, dat tijdens de VFIG-vergaderingen van maart en oktober 1994 opnieuw over de „prijsschalen" is gesproken en dat Hoek Loos in deze laatste vergadering een prijsschaal voor cilindergassen heeft voorgelegd, terwijl de handgeschreven notities van 17 oktober 1994 bevestigen dat „minimumprijzen" zijn besproken tijdens de oktobervergadering (punt 206 van de beschikking).

20 De Commissie merkt voorts op dat de prijslijst voor de kleine afnemers van cilindergas ook in beslag is genomen in de kantoren van drie vennootschappen, te weten bij verzoekster, in een dossier met de vermelding „VFIG 1995", bij Air Liquide, in een dossier met als opschrift „VFIG 1994", en bij Messer. De drie exemplaren van de lijst bevatten dezelfde geprinte lijst van minimumprijzen, daterend van oktober 1994, met als opschrift „Prijslijst voor kleine cilinderafnemers". De bij Messer in beslag genomen lijst bevat ook een handgeschreven prijslijst die in 1996 werd toegevoegd. De Commissie voegt hieraan toe dat het feit dat deze vennootschappen dit voorstel verscheidene jaren in hun dossiers hebben bewaard, betekent dat deze lijst voor hen belangrijk was (punten 207 en 208 van de beschikking).

21 Volgens de beschikking heeft verzoekster in antwoord op de mededeling van punten van bezwaar verklaard dat zij niet wist hoe die lijst in haar bezit was gekomen en dat de kans zeer groot was dat deze haar tijdens de VFIG-vergadering van 14 oktober 1994 overhandigd was, maar dat dit niet betekende dat zij het daadwerkelijk eens was met de prijzen op die lijst (punt 212).

22 Het globale antwoord van de Commissie op de ontkenningen van verzoekster staat in punt 351 van de beschikking:

„De Commissie wijst erop dat het feit dat Air Liquide en [verzoekster] deelnamen aan diverse bijeenkomsten en dat deze bijeenkomsten de beperking van de

mededinging ten doel hadden, bevestigd wordt door de bewijsstukken in het dossier van de Commissie. Aan de conclusie dat de beschreven gedragingen overeenkomsten zijn in de zin van artikel 81, lid 1, [EG], wordt geen afbreuk gedaan indien zou worden aangetoond dat één of meer van de deelnemers niet van plan waren de gezamenlijk geuite voornemens ook werkelijk ten uitvoer te brengen. Aangezien de vergaderingen waarop deze intenties werden geformuleerd, kennelijk ertoe strekten de mededinging te verstoren, hebben de betrokken ondernemingen — door eraan deel te nemen zonder publiekelijk afstand te nemen — bij de andere deelnemers de indruk gewekt dat zij instemden met hetgeen er werd besproken en dat zij zich daaraan zouden houden. Het begrip ‚overeenkomst' heeft een objectief karakter. De werkelijke motieven (en verborgen intenties) die aan eenieders houding ten grondslag lagen, zijn irrelevant."

23 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 gassen 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."

24 Voor de berekening van de geldboeten heeft de Commissie in de beschikking gebruik gemaakt 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 [KS]-Verdrag worden opgelegd (PB 1998, C 9, blz. 3; hierna: „richtsnoeren"), alsmede van 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").

25 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 0,51 miljoen EUR (punt 438 van de beschikking).

26 Volgens de Commissie had verzoekster een uitsluitend passieve rol gespeeld bij de inbreuken en had zij niet deelgenomen aan alle verschillende aspecten daarvan. Zij was van oordeel dat deze verzachtende omstandigheden rechtvaardigden dat het basisbedrag van de opgelegde geldboete werd verlaagd met 15 %, tot 0,43 miljoen EUR (punt 442 van de beschikking).

27 Verzoeksters boete is evenwel niet verlaagd uit hoofde van de mededeling inzake medewerking.

Procesverloop en conclusies van partijen

28 Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het Gerecht op 4 oktober 2002, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.

29 Na de instelling van dit beroep is de Commissie tot het inzicht gekomen dat zij de duur van de aan deze onderneming verweten inbreuk verkeerd had beoordeeld. Zij heeft dan ook in het verweerschrift erkend dat zij ten onrechte de datum van maart 1994 als beginpunt voor de aan verzoekster toegerekende inbreuk had genomen.

30 Bijgevolg heeft de Commissie op 9 april 2003 beschikking 2003/355/EG gegeven tot wijziging van de beschikking (PB L 123, blz. 49).

31 Zo heet het thans in artikel 1 van de beschikking, zoals gewijzigd, dat verzoekster 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 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.

32 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.

33 Partijen zijn ter terechtzitting van 4 april 2006 in hun pleidooien en hun antwoorden op de vragen van het Gerecht gehoord.

34 Verzoekster concludeert in het verzoekschrift dat het het Gerecht behage:

— primair, nietig te verklaren de artikelen 1 en 3 van de beschikking, waarbij haar wegens schending van artikel 81 EG een geldboete van 0,43 miljoen EUR wordt opgelegd;

— subsidiair, artikel 1 van de beschikking nietig te verklaren en de opgelegde geldboete aanzienlijk te verlagen;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

35 In repliek preciseert verzoekster dat haar subsidiaire verzoek moet worden gelezen als een verzoek tot gedeeltelijke nietigverklaring van artikel 1 van de beschikking met het oog op een aanzienlijke verlaging van de geldboete die haar bij artikel 3 van deze beschikking is opgelegd. Zij verzoekt het Gerecht ook om P. van den Heuij onder ede te horen. Laatstgenoemde heeft als bestuurder van een onderneming uit de betrokken sector aan de VFIG-vergaderingen deelgenomen en een verklaring van hem is bij het verzoekschrift gevoegd.

36 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het verzoek om getuigenbewijs af te wijzen;

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

Verzoek tot nietigverklaring van de artikelen 1 en 3 van de beschikking

Argumenten van partijen

37 Verzoekster benadrukt om te beginnen dat zij de in de mededeling van punten van bezwaar vermelde feiten heeft betwist en dat zij ook de feiten waarop de beschikking gebaseerd is, betwist.

38 Volgens verzoekster heeft de Commissie rechtens niet afdoende aangetoond dat zij heeft deelgenomen aan overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen, en zo de in artikel 253 EG bedoelde motiveringsplicht geschonden. Verzoekster stelt ook dat de Commissie het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden.

39 Verzoekster merkt op dat zij pas in juli 1994 lid is geworden van de VFIG, die op 23 maart 1989 werd opgericht, en dat zij voor het eerst een vergadering van deze vereniging heeft bijgewoond op 14 oktober 1994. De Commissie baseert zich volgens verzoekster op die deelneming aan de vergadering van 14 oktober 1994 alsmede aan die van 18 november 1994 om haar ten onrechte een drievoudig mededingingsverstorend gedrag toe te rekenen, te weten de vaststelling van prijsverhogingen, de vaststelling van moratoria en de vaststelling van minimumprijzen.

Vaststelling van prijsverhogingen

40 Verzoekster betoogt in de eerste plaats dat zij tijdens de twee VFIG-vergaderingen van 14 oktober en 18 november 1994 heeft geweigerd deel te nemen aan een

onderling afgestemde prijsverhoging voor 1995. Zij preciseert dat zij tijdens de VFIG-vergadering van 14 oktober 1994 verrast was toen het onderwerp van de prijsverhoging, dat niet op de agenda stond, ter sprake kwam en haar verbazing daarover heeft uitgesproken.

41 Zij heeft op elke vergadering in het midden gelaten of zij een prijsverhoging zou doorvoeren en zo ja, of deze 5 % of 6 % zou bedragen, aangezien zij op dat moment haar prijzen voor 1995 nog niet had vastgesteld en zij daarover de moedervennootschap, Westfalen AG, moest raadplegen. Verzoekster beweert dat zij heeft te kennen gegeven dat zij op zich niet tegen verhogingen was, maar dat zij het niet eens was met een mededingingsovereenkomst en als prijsvechter haar beleid zelfstandig aan de markt zou aanpassen.

42 Deze verklaringen kunnen slechts als losse en vage opmerkingen worden gekwalificeerd. Verzoekster heeft geen enkele indicatie gegeven van haar toekomstige commerciële beleid en de overige ondernemingen in het ongewisse gelaten over haar marktgedrag in 1995.

43 Dat verzoekster zich werkelijk tegen een mededingingsverstorende overeenkomst heeft verzet, wordt bevestigd door de verklaringen van de heer Nordkamp, verzoeksters vertegenwoordiger op de betrokken vergaderingen, en Van den Heuij, lid van NTG, die deze vergaderingen ook heeft bijgewoond. Verzoekster betoogt dat Van den Heuij zelf geen enkel belang had bij het afleggen van die verklaring, zodat er geen reden is om aan de betrouwbaarheid daarvan te twijfelen. Gelet op de betwisting door de Commissie, die enkel stelt dat de betrokken verklaring volstrekt ongeloofwaardig is, verzoekt verzoekster het Gerecht om Van den Heuij onder ede te horen.

44 Anders dan de Commissie beweert, bestaat er bovendien geen tegenstrijdigheid tussen verzoeksters verklaringen in antwoord op de mededeling van punten van bezwaar en haar verklaringen in het kader van de onderhavige procedure.

45 Verzoekster beweert in de tweede plaats dat de documenten waarop de Commissie haar conclusies baseert, geen bewijskracht hebben.

46 Zo is het volstrekt onzeker of de tabellen 1 en 2 betrekking hebben op de vergadering van 14 oktober dan wel op die van 18 november 1994.

47 De twee aan de orde zijnde tabellen zijn evenmin coherent. In tabel 1 is immers sprake van een prijsverhoging door verzoekster van „5-6 %", terwijl tabel 2 gewag maakt van een verhoging van meer dan 6 %. Deze incoherentie is des te opvallender daar de in de twee documenten opgegeven percentages voor de overige ondernemingen overeenkomen.

48 Ook ten aanzien van de huur en de transportkosten blijken de twee tabellen met elkaar in strijd te zijn. Terwijl uit tabel 1 blijkt dat verzoekster niet eens was geïnformeerd over de afspraken daarover, geeft tabel 2 aan dat verzoekster een overeenkomst heeft gesloten over de huur van cilinders. De in de twee tabellen vermelde huurbedragen komen evenmin overeen. Voorts is geenszins uitgesloten dat de opmerking „WF was not informed?? Not accepted??" in de handgeschreven notities van AGA van 17 oktober 1994 niet alleen betrekking heeft op de huur- en transportkosten, maar op alle tijdens de betrokken vergadering besproken onderwerpen.

49 Verzoekster betoogt dat mochten de twee tabellen wel degelijk betrekking hebben op de vergaderingen van 14 oktober en 18 november 1994, daaruit kan worden afgeleid dat haar prijsbeleid niet duidelijk was voor de overige marktdeelnemers. Zij had dus wel degelijk bijzonder vage opmerkingen gemaakt tijdens die vergaderingen.

50 De Commissie heeft gemakshalve hetgeen de overige deelnemers over verzoekster hadden opgetekend overgenomen, zonder de nuances van de opmerkingen van laatstgenoemde te vermelden. Zij heeft evenmin een verklaring gezocht voor de verschillen tussen de cijfers in de twee tabellen, welke verschillen nochtans in punt 141 van de beschikking zijn erkend. De beschikking is op dit punt onvoldoende gemotiveerd.

51 Die verschillen kunnen worden verklaard door het feit dat de gegevens in die tabellen enkel de wensen van de opstellers daarvan weergeven, en niet een door verzoekster voorgenomen prijsverhoging. Deze verklaring wordt bevestigd door andere documenten van ondernemingen die VFIG-vergaderingen hebben bijgewoond. Daarin wordt verzoeksters naam genoemd, ook al heeft zij niet deelgenomen aan die vergaderingen.

52 Verzoekster merkt op dat de karteldeelnemers op diverse tijdstippen van het kartel haar naam hebben vermeld in verband met VFIG-vergaderingen die zij echter niet heeft bijgewoond. De Commissie heeft die verklaringen terecht buiten beschouwing gelaten. Hoewel de tabellen 1 en 2 juist moeten worden gezien in het kader van deze onjuiste vermeldingen, heeft de Commissie deze zonder de minste twijfel toch in aanmerking genomen. Die met de tabellen 1 en 2 overeenstemmende handgeschreven notities zijn hoe dan ook uiterst beknopt en kunnen dus niet worden beschouwd als een volledig verslag van de inhoud van de vergaderingen.

Vaststelling van moratoria

53 Verzoekster betoogt dat zij tijdens de VFIG-vergaderingen van 14 oktober en 18 november 1994 heeft deelgenomen aan besprekingen betreffende de invoering van een moratorium, maar dit om haar verzet tegen deze maatregel kenbaar te maken. Daarbij heeft zij de steun gekregen van andere kleine marktdeelnemers. Tot staving daarvan beroept zij zich opnieuw op de uitdrukkelijke verklaring van Van den Heuij.

54 De tabellen 1 en 2, die niet coherent zijn en slechts de weergave kunnen zijn van het gedrag dat de overige ondernemingen van verzoekster verwachtten, zijn niet in tegenspraak met het verloop van de vergaderingen, zoals omschreven in het vorige punt.

55 Hoewel zij weet dat het feit dat een mededingingsverstorende overeenkomst niet wordt nageleefd, niet belet dat inbreuk kan gemaakt zijn op artikel 81, lid 1, EG, merkt verzoekster op dat zij tijdens de duur van het moratorium diverse klanten van concurrenten heeft benaderd en dat zij het bewijs daarvan aan de Commissie heeft verstrekt.

Vaststelling van minimumprijzen

56 Verzoekster stelt dat zij niet heeft kunnen deelnemen aan een bespreking over minimumprijzen tijdens de vergadering van maart 1994, en zeker geen overeenkomst kan hebben gesloten, aangezien zij deze vergadering niet heeft bijgewoond. Zij voegt hieraan toe dat zij evenmin heeft deelgenomen aan een bespreking over minimumprijzen tijdens de vergadering van 14 oktober 1994. De handgeschreven notities van AGA betreffende deze vergadering vormen geen bewijs van deelneming aan die bespreking noch van het sluiten van een overeenkomst. De punten 132 en 133 van de mededeling van punten van bezwaar bevestigen zelfs dat de kleine marktdeelnemers, zoals verzoekster, zich hebben verzet tijdens de VFIG-vergaderingen.

57 Dat bij verzoekster een lijst met minimumprijzen in beslag is genomen, is irrelevant. Verzoekster preciseert dat zij enkel heeft gezegd dat het goed mogelijk was dat die prijslijst haar tijdens de vergadering van 14 oktober 1994 is uitgedeeld en niet, zoals de Commissie beweert, dat de kans zeer groot was dat die lijst haar tijdens die vergadering is overhandigd. Het enkele feit dat verzoekster een dergelijk document in bezit had, bewijst in geen geval dat zij heeft deelgenomen aan een overeenkomst over deze minimumprijzen of aan een eventuele bespreking daarover. De Commissie heeft terecht geen belang gehecht aan andere informatie die verzoekster heeft ontvangen zonder daarom te hebben gevraagd.

58 Verzoekster concludeert dat wanneer een onderneming heeft deelgenomen aan een bespreking over de coördinatie van marktgedrag, dit geen inbreuk op het kartelverbod kan vormen indien blijkt dat deze onderneming in feite tegen deze coördinatie heeft geprotesteerd (arrest Hof van 8 juli 1999, Commissie/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Jurispr. blz. I-4125, punten 94-96).

59 Verzoekster betoogt dat gelet op haar houding tijdens de VFIG-vergaderingen van 14 oktober en 18 november 1994 moet worden geoordeeld dat zij zich publiekelijk heeft gedistantieerd van de inhoud van deze vergaderingen in de door de rechtspraak vereiste zin (arrest Gerecht van 20 maart 2002, HFB e.a./Commissie, T-9/99, Jurispr. blz. II-1487, punt 223). Volgens verzoekster neemt een persoon die zich distantieert van hetgeen tijdens een vergadering wordt besproken, noodzakelijkerwijs deel aan de bespreking, maar dat betekent niet dat hij hierdoor het kartelverbod schendt. In dit verband spreekt de Commissie zichzelf tegen, aangezien zij erkent dat de deelneming aan een officiële vergadering op zich geen deelneming aan een kartel vormt. Anders dan de Commissie suggereert, vereist de rechtspraak bovendien niet dat het bewijs van de distantiëring wordt geleverd door middel van een stuk dat van de tijd van de inbreuk dateert, noch dat dit bewijs wordt geleverd door de karteldeelnemers zelf.

60 Verzoeksters houding is gemakkelijk te begrijpen tegen de achtergrond van haar positie op de betrokken markt, te weten die van een recente, kleine marktdeelnemer, die evenwel een omzetstijging heeft weten te realiseren door middel van een dynamisch commercieel beleid. De karteldeelnemers en de Commissie zelf (punt 78 van de beschikking) erkennen verzoeksters rol van „prijsvechter". In deze context had verzoekster er dus geen enkel belang bij gebonden te worden door een overeenkomst over prijsverhogingen.

61 Verzoekster stelt dat haar openlijk verzet, samen met dat van de andere kleine marktdeelnemers, de reden is geweest dat de grote marktdeelnemers hun verboden onderhandelingen buiten het kader van de VFIG-vergaderingen en zonder die kleine marktdeelnemers hebben moeten voortzetten. Verzoekster had dus als een

„kartelbreker" moeten worden beschouwd, en niet als een onderneming die passief aan een kartel heeft meegeholpen. Daar komt bij dat terwijl bovenvermelde situatie in punt 132 van de mededeling van punten van bezwaar is beschreven, de Commissie er geen melding meer van maakt in de beschikking, die op dit punt onvoldoende gemotiveerd is.

62 De Commissie benadrukt dat verzoekster niet betwist dat zij heeft deelgenomen aan de kartelvergaderingen van 14 oktober en 18 november 1994 noch dat die vergaderingen tot doel hadden, de mededinging te beperken. De deelneming op zich aan de VFIG-vergaderingen staat stellig niet gelijk met deelneming aan heimelijke vergaderingen, maar dat betekent niet dat in of buiten het rechtstreekse kader van deze officiële vergaderingen geen mededingingsovereenkomst is gesloten.

63 Volgens de Commissie stelt de rechtspraak duidelijk dat wanneer een onderneming deelneemt aan een vergadering van kartelleden zonder daarin een actief aandeel te hebben, zij aansprakelijk is voor de inbreuk, behoudens wanneer zij zich publiekelijk van de inhoud van deze vergadering distantieert (arrest HFB e.a./Commissie, punt 59 hierboven, punt 223).

64 In het door verzoekster ingeroepen arrest Commissie/Anic Partecipazioni, punt 58 hierboven, heeft het Hof gepreciseerd dat degene die zich op distantiëring beroept, daarvan het bewijs moet leveren. Verzoekster heeft in casu geen dergelijk bewijs geleverd.

65 Volgens de Commissie is het verzoek om Van den Heuij door het Gerecht te laten horen, laattijdig. Verzoekster heeft artikel 48 van het Reglement voor de procesvoering geschonden door de vertraging van haar bewijsaanbod niet te motiveren. Bovendien kan die getuigenis niets toevoegen aan de reeds uiteengezette standpunten, zodat zij niet dienstig is.

Duur van de inbreuk

66 In haar verzoekschrift betoogt verzoekster dat de beschikking niet juist is ter zake van de duur van de inbreuk waarvan de Commissie uitgaat, daar zij de VFIG-vergadering van maart 1994 niet heeft bijgewoond. In repliek geeft zij aan, kennis te hebben genomen van de erkenning door de Commissie, dat deze zich had vergist over het beginpunt van de inbreukperiode, dat thans oktober 1994 is in plaats van maart 1994.

67 De Commissie is van mening dat verzoeksters betoog betreffende de duur van de inbreuk totaal irrelevant is, aangezien zij overeenkomstig de richtsnoeren rekening heeft gehouden met de rectificatie van de duur van de inbreuk en de geldboete heeft verlaagd.

Schending van het gelijkheidsbeginsel

68 Verzoekster beweert dat de Commissie bij haar beoordeling van de deelneming van de kleine marktdeelnemers het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden door te oordelen dat enkel door verzoekster het kartelverbod is geschonden en niet door de vennootschappen NTG en Hydrogas, die nochtans hebben deelgenomen aan diverse vergaderingen waarin van onrechtmatige overeenkomsten sprake was. De motivering van de beschikking vertoont ernstige gebreken op dit punt.

69 De Commissie betoogt dat de argumenten betreffende de vermeende schending van het gelijkheidsbeginsel, die eigenlijk horen bij het verzoek tot verlaging van de geldboete, ongegrond zijn.

70 De betrokkenheid van NTG is duidelijk verschillend van die van verzoekster, en deze onderneming heeft bovendien in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar kunnen aantonen dat zij niet aansprakelijk was. De situatie van Hydrogas kan evenmin worden gelijkgesteld met die van verzoekster, daar de Commissie Hydrogas zelfs geen mededeling van punten van bezwaar heeft gezonden omdat er geen aanwijzingen waren van onrechtmatige handelingen. De Commissie voegt hieraan toe dat de deelneming aan de officiële VFIG-vergaderingen op zich geen deelneming aan een vergadering van het kartel vormde en dat zij, anders dan het geval was voor verzoekster, geen bewijs had van de deelneming van NTG en van Hydrogas aan de prijsverhogingen, de moratoria of de minimumprijzen.

71 De Commissie betoogt dat verzoeksters situatie niet anders zou zijn indien deze andere vennootschappen ten onrechte buiten de zaak waren gehouden. De eventuele toekenning van een ongerechtvaardigd voordeel betekent immers niet dat verzoekster recht heeft op verlaging van haar eigen geldboete indien deze rechtmatig is vastgesteld (arresten Gerecht van 7 juli 1994, Dunlop Slazenger/Commissie, T-43/92, Jurispr. blz. II-441, punt 176, en 20 maart 2002, LR AF 1998/Commissie, T-23/99, Jurispr. blz. II-1705, punt 367).

Beoordeling door het Gerecht

Opmerkingen vooraf

72 Volgens verzoekster heeft de Commissie rechtens niet afdoende aangetoond dat zij heeft deelgenomen aan overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen en „[tevens] hierbij het motiveringsbeginsel van artikel 253 EG-Verdrag [...] geschonden". Verzoekster legt meer bepaald de nadruk op een ontoereikende motivering ter zake van de opgemerkte verschillen tussen de cijfers in de tabellen 1 en 2, haar rol als „kartelbreker" en de bijzondere behandeling die zij heeft gekregen

in vergelijking met twee andere kleine marktdeelnemers. Uit deze formulering en uit de inhoud van verzoeksters argumenten volgt dat de grief in feite niet het ontbreken van motivering of een ontoereikende motivering betreft, hetgeen onder schending van wezenlijke vormvoorschriften in de zin van artikel 230 EG valt. Met de aan de orde zijnde grief wordt in werkelijkheid kritiek geuit op de gegrondheid van de beschikking en dus op de rechtmatigheid ten gronde van deze handeling, welke onrechtmatig zou zijn omdat de Commissie niet het bewijs zou hebben geleverd van schending van artikel 81 EG en omdat het gelijkheidsbeginsel zou zijn geschonden.

Gestelde publieke distantiëring door verzoekster

73 Volgens verzoekster heeft de Commissie rechtens niet afdoende aangetoond dat zij artikel 81, lid 1, EG heeft geschonden.

74 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het in geval van een geschil over de vraag of de mededingingsregels zijn geschonden, aan de Commissie staat om de door haar vastgestelde inbreuken te bewijzen en de elementen aan te dragen die rechtens afdoende het bestaan van de constitutieve elementen van een inbreuk bewijzen (arrest Hof van 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie, C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punt 58).

75 Voor de toepassing van artikel 81, lid 1, EG volstaat het dat een overeenkomst tot doel heeft de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen, ongeacht de concrete gevolgen ervan. In geval van overeenkomsten waarvan het bestaan blijkt tijdens bijeenkomsten van concurrerende ondernemingen, is bijgevolg sprake van een inbreuk op deze bepaling wanneer die bijeenkomsten zulks tot doel hebben en aldus een kunstmatige regulering van de werking van de markt beogen (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, punt 145).

76 Het volstaat dus dat de Commissie aantoont dat de betrokken onderneming heeft deelgenomen aan bijeenkomsten tijdens welke mededingingsverstorende overeenkomsten zijn gesloten, en zich daar niet duidelijk tegen heeft verzet, om de deelneming van die onderneming aan de mededingingsregeling rechtens afdoende te bewijzen. Wanneer de deelneming aan dergelijke bijeenkomsten is aangetoond, dient die onderneming aanwijzingen te verstrekken waaruit blijkt dat haar deelneming aan die bijeenkomsten geen mededingingsverstorende bedoeling had, en wel door aan te tonen dat zij haar concurrenten duidelijk had gemaakt dat zij vanuit een andere optiek dan zij aan die bijeenkomsten deelnam (zie met name arrest Hof van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 81, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

77 Aan dit rechtsbeginsel ligt de redenering ten grondslag dat een onderneming die aan die bijeenkomst heeft deelgenomen zonder zich publiekelijk van de inhoud daarvan te distantiëren, bij de andere deelnemers de indruk heeft gewekt dat zij het eens was met het resultaat daarvan en dat zij zich daaraan zou houden (arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, punt 76 hierboven, punt 82).

78 In casu bestrijdt verzoekster niet dat zij heeft deelgenomen aan de twee VFIG-vergaderingen van 14 oktober en 18 november 1994 noch dat deze een mededingingsverstorende inhoud hadden. Zij betoogt evenwel dat gelet op haar houding tijdens die vergaderingen moet worden geoordeeld dat zij zich publiekelijk van de mededingingsverstorende inhoud ervan heeft gedistantieerd in de door de rechtspraak vereiste zin.

— Vaststelling van prijsverhogingen en vaststelling van een moratorium

79 In haar memories beweert verzoekster algemeen dat zij „zich tijdens deze vergaderingen op 14 oktober en 18 november 1994 een tegenstander van afspraken over marktgedrag heeft getoond".

80 Aangaande de prijsverhoging betoogt verzoekster dat zij duidelijk heeft te kennen gegeven dat zij een prijsverhoging niet zou goedkeuren en dat zij als prijsvechter haar beleid zelfstandig aan de markt zou aanpassen. Voorts heeft zij „tijdens de vergadering" in het midden gelaten of zij in 1995 een prijsverhoging zou doorvoeren en zo ja hoe hoog deze zou zijn, maar zij heeft verklaard dat zij op zich niet tegen verhogingen was. Zij geeft eveneens te kennen dat haar bestuurder, Nordkamp, „op elke vergadering" in het midden heeft gelaten of een prijsverhoging zou worden doorgevoerd en zo ja, of deze 5 % of 6 % zou bedragen.

81 In zijn verklaring geeft Nordkamp te kennen dat nadat andere ondernemingen „[t]ijdens één van de twee VFIG-vergaderingen" hadden verklaard een prijsverhoging van 5 of 6 % te overwegen, hij „in het midden [heeft] gelaten of en zo ja, welke prijsverhoging Westfalen voor 1995 zou doorvoeren".

82 Die verklaringen komen slechts gedeeltelijk overeen met die welke verzoekster heeft afgelegd in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar, waarin de betrokkene te kennen heeft gegeven dat zij tijdens de „navergadering" over het commerciële beleid, nadat de anderen hun prijsverhogingen kenbaar hadden gemaakt, heeft meegedeeld dat zij „een prijsverhoging van 5 of 6 % voor 1995 zou overwegen", hetgeen in tegenspraak is met de hierboven in herinnering gebrachte formulering in het verzoekschrift. Verzoekster heeft daaraan toegevoegd dat „[e]en toezegging om een bepaalde prijsverhoging door te voeren [...] door [haar] noch tijdens de vergadering van 14 oktober 1994, noch tijdens de vergadering van 18 november 1994 of op enig ander moment [is] gedaan", hetgeen niet overeenstemt met de uitdrukkelijke verklaring van verzet tegen de prijsverhoging.

83 Op zijn minst blijkt dat verzoekster geen duidelijk standpunt heeft ingenomen over de prijsverhoging. Zo heeft zij niet uitdrukkelijk gezegd dat haar prijzen in 1995 zouden stijgen, maar heeft zij evenmin verklaard dat er geen prijsverhoging zou worden doorgevoerd in dat jaar.

84 Bijgevolg is het niet zo dat verzoekster een standpunt heeft ingenomen waarmee zij de overige ondernemingen duidelijk heeft laten weten dat zij zich distantieerde van het beginsel van een dergelijke verhoging. Haar gedrag, dat zij als vaag heeft omschreven, lijkt op een stilzwijgende goedkeuring die het voortbestaan van de inbreuk bevordert en de ontdekking ervan bemoeilijkt. Die medeplichtigheid vormt een passieve deelneming aan de inbreuk, waarvoor de onderneming aansprakelijk is (zie in die zin arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, punt 76 hierboven, punt 84).

85 Aangaande de tweede door de Commissie verweten mededingingsverstorende gedraging heeft verzoekster in het antwoord op de mededeling van punten van bezwaar gepreciseerd dat zij „de voorstellen voor een moratorium niet [heeft] aanvaard" en dat „Nordkamp [...] namens Westfalen noch ter vergadering noch op enig ander moment een toezegging [heeft] gedaan dat Westfalen zich zou houden aan een moratorium", hetgeen zij in haar memories heeft bevestigd door te kennen te geven dat zij zich tegen de invoering van een moratorium heeft uitgesproken.

86 Ten bewijze dat zij daadwerkelijk heeft verklaard zich tegen de invoering van een moratorium te verzetten, en dus dat zij zich publiekelijk van de heimelijke besprekingen waaraan zij heeft deelgenomen heeft gedistantieerd, beroept verzoekster zich voornamelijk op de verklaring van Van den Heuij.

87 De getuige zet uiteen dat verzoekster tijdens een vergadering van de VFIG zou hebben geageerd tegen de mededingingsverstorende voorstellen van andere leden van de beroepsvereniging in de vorm van protest. Blijkens de verklaring was dit protest niet ingegeven door een principieel verzet tegen een kennelijk onrechtmatige afstemming, maar door de omstandigheid dat die afstemming a priori niet in overeenstemming was met de onmiddellijke economische belangen van NTG en van verzoekster.

88 Evenwel dient te worden vastgesteld dat uit de bewoordingen van de verklaring van Van den Heuij blijkt dat deze laatste zich de betrokken vergadering niet zeer goed meer herinnert. Zo geeft de getuige te kennen dat hij zich de datum daarvan niet herinnert, noch de duur van het tijdens deze vergadering besproken moratorium, noch of ook de bestuurder van Hydrogas tegen de litigieuze voorstellen had geprotesteerd.

89 De verklaring van Van den Heuij, die op 9 oktober 2002 is opgesteld, betreft slechts één vergadering van de VFIG, die „8 jaar" eerder had plaatsgevonden. Gelet op deze enige temporale indicatie en op de tabel waarin een overzicht wordt gegeven van alle VFIG-vergaderingen onder vermelding van de individuele deelnemingen van de leden van de vereniging (punt 106 van de beschikking), dient te worden opgemerkt dat de betrokken verklaring enkel betrekking kan hebben op de vergadering van 14 oktober 1994, aangezien NTG, de onderneming waarvan Van den Heuij de bestuurder is, niet vertegenwoordigd was op de daaraanvolgende vergadering van 18 november 1994.

90 Bovendien en bovenal komt de getuigenis van Van den Heuij niet precies overeen met de uiteenzetting die verzoekster van het verloop van de betrokken vergadering heeft gegeven, daar de getuige het niet heeft over de opeenvolgende aankondigingen door bepaalde ondernemingen van prijsverhogingen van 5 of 6 %, noch met de toen door Nordkamp gedane uitlatingen volgens welke verzoekster „een prijsverhoging van 5 of 6 % voor 1995" zou hebben overwogen of op zich niet gekant was tegen verhogingen, maar in het midden heeft gelaten of een prijsverhoging voor 1995 zou worden doorgevoerd en zo ja, hoe hoog die zou zijn.

91 De getuige vermeldt een verklaring van algemeen verzet na een aankondiging van mededingingsverstorende voorstellen, welke niet als zodanig ter sprake is gebracht door verzoekster, die beweert dat zij door haar reacties tegenover elk van de drie aan de orde zijnde mededingingsverstorende initiatieven haar verzet tegen de onrechtmatige afstemming kenbaar heeft gemaakt.

92 Uit het voorgaande volgt hoe dan ook dat het Gerecht het niet eens kan zijn met verzoeksters stelling dat de getuigenis van „de heer P. van den Heuij, een participant zelf aan die bewuste VFIG-vergaderingen" bevestigt dat zij „zich wel tijdens de twee VFIG-vergaderingen van 14 oktober 1994 en 18 november 1994 fel gekant heeft tegen de voorstellen voor de verboden afspraken", aangezien deze zonder meer onjuist is.

93 Toen het Gerecht daar ter terechtzitting vragen over stelde, heeft verzoekster in dit verband uitdrukkelijk toegegeven dat Van den Heuij niet had deelgenomen aan de VFIG-vergadering van 18 november 1994. Deze vaststelling is bepalend voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van verzoekster.

94 Er zij immers aan herinnerd dat de Commissie zich beroept op verzoeksters deelneming aan zowel de VFIG-vergadering van 14 oktober 1994 als die van 18 november daaraanvolgend om te stellen dat deze laatste heeft deelgenomen aan overeenkomsten inzake de vaststelling van prijsverhogingen en de vaststelling van een moratorium.

95 Verzoekster geeft geen concrete en objectieve aanwijzingen waaruit blijkt dat zij zich publiekelijk heeft gedistantieerd van de kennelijk mededingingsverstorende inhoud van de vergadering van 18 november 1994.

96 De enkele beweringen van verzoekster over de aannemelijkheid van een dergelijke distantiëring omdat zij een recente en dynamische deelnemer op de betrokken markt is, volstaan niet om aan de op haar rustende bewijslast te voldoen.

97 Zoals de Commissie terecht benadrukt, kon verzoekster er ook alle belang bij hebben dat de gasleveranciers zich aan de afspraken hielden en geloofden dat zij dat ook zou doen, terwijl zij, zonder deze ondernemingen daarvan op de hoogte te brengen, prijzen hanteerde die iets lager waren dan die welke waren afgesproken, om zo hogere marges te verkrijgen en haar marktaandeel te vergroten. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat volgens de rechtspraak het feit dat het marktgedrag van de betrokken ondernemingen niet in overeenstemming is met de afgesproken „spelregels", niet afdoet aan hun aansprakelijkheid voor hun deelneming aan een mededingingsverstorende overeenkomst (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 1389).

98 Verzoekster stelt voorts dat het geenszins uitgesloten is dat de opmerking „WF was not informed?? Not accepted??" in de handgeschreven notities van AGA waarop de Commissie zich in de beschikking (punten 138 en 169) beroept, niet alleen betrekking heeft op de huur- en transportkosten, maar op alle onderwerpen die tijdens de heimelijke besprekingen aan bod zijn gekomen.

99 De door de Commissie verstrekte bewijsstukken bevatten inderdaad handgeschreven notities die door AGA zijn aangebracht. Zij bevatten de volgende vermeldingen:

„17.10.94

VFIG

Price increase:

Rent 0,25 transport

WF was not informed?? Not accepted??

Gas price cylinders + 6 % + rent and transport

Bulk contracts + 4,5 %. Index[...]formula?

[...]

Moratorium: 1 december + 3-4 mnd"

100 Afgezien van het feit dat de betrokken vermelding ziet op het eerste punt van de notities, betreffende de huur- en transportkosten, en niet op de verhoging van de prijzen voor cilindergas bedoeld in een later afzonderlijk punt, volstaat het vast te stellen dat op de betrokken handgeschreven notities uitdrukkelijk de datum 17 oktober 1994 vermeld staat, een datum derhalve van slechts enkele dagen na de heimelijke VFIG-vergadering van 14 oktober 1994 waaraan AGA wel heeft deelgenomen. Bijgevolg kunnen de door verzoekster bedoelde handgeschreven notities en vermelding geen betrekking hebben op de tweede heimelijke vergadering, die op 18 november 1994 heeft plaatsgevonden.

101 In die omstandigheden moet worden geconstateerd dat verzoekster, na te hebben deelgenomen aan een eerste vergadering met een kennelijk mededingingsverstorend karakter, waarvan zij de inhoud zou hebben afgekeurd, reeds een goede maand later heeft deelgenomen aan een tweede heimelijke vergadering, waarvan niet vaststaat dat zij zich er publiekelijk van heeft gedistantieerd.

102 Die bewuste deelneming aan een tweede mededingingsverstorende vergadering, welke onmiddellijk is gevolgd op een eerste onrechtmatige afstemming, doet het aanvankelijke protest — aangenomen dat het is aangetoond — op de vergadering van 14 oktober 1994 teniet en volstaat om, in het kader van een globale analyse van verzoeksters gedrag tussen 14 oktober en 18 november 1994, elke stelling van

publieke distantiëring met betrekking tot de heimelijke besprekingen over de vaststelling van prijsverhogingen voor cilindergas en de vaststelling van een moratorium van twee maanden af te wijzen.

103 In dit verband zij eraan herinnerd dat het begrip publieke distantiëring, als voorwaarde om de aansprakelijkheid uit te sluiten, strikt moet worden uitgelegd. Indien verzoekster zich werkelijk van de heimelijke besprekingen had willen distantiëren, had zij na de vergadering van 14 oktober 1994 gemakkelijk haar concurrenten en de secretaris van de VFIG schriftelijk duidelijk kunnen maken dat zij in geen geval als kartellid wenste te worden beschouwd en niet wenste deel te nemen aan vergaderingen van een beroepsvereniging die als geheim kader voor onrechtmatige afstemmingen diende (zie in die zin arrest Gerecht van 11 december 2003, Adriatica di Navigazione/Commissie, T-61/99, Jurispr. blz. II-5349, punt 138).

104 Ten overvloede dient bovendien te worden vastgesteld dat de Commissie zich beroept op bewijsstukken op basis waarvan kan worden geconcludeerd dat verzoekster daadwerkelijk aan bovengenoemde overeenkomsten heeft deelgenomen. Het gaat om handgeschreven notities in de vorm van tabellen die de Commissie als zodanig in de beschikking heeft gedefinieerd.

105 Verzoekster beroept zich in algemene zin op het uiterst beknopte karakter van die notities om daar elke bewijskracht aan te ontzeggen. Behalve dat zij bepaalde bijzondere grieven aanvoert betreffende sommige van de documenten, stelt zij dat de handgeschreven notities in elk geval niet als een volledig verslag van de betrokken vergaderingen kunnen worden beschouwd.

106 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat, daar het verbod op deelneming aan mededingingsverstorende gedragingen en overeenkomsten en de sancties die overtreders riskeren, algemeen bekend zijn, de activiteiten die met die gedragingen

en overeenkomsten verband houden, doorgaans clandestien worden verricht, de bijeenkomsten in het geheim worden gehouden, meestal in een derde land, en de desbetreffende documentatie tot een minimum wordt beperkt. Zelfs wanneer de Commissie stukken ontdekt waaruit met zoveel woorden onrechtmatig overleg tussen marktdeelnemers blijkt, zoals de notulen van een vergadering, zijn die doorgaans slechts fragmentarisch en schaars, zodat vaak bepaalde details via deductie moeten worden gereconstrueerd (arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, punt 76 hierboven, punten 55 en 56).

107 In de meeste gevallen moet het bestaan van een mededingingsverstorende gedraging of overeenkomst worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die in hun totaliteit beschouwd, bij gebreke van een andere coherente verklaring, het bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden (arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, punt 76 hierboven, punt 57).

108 In casu staat vast dat de heimelijke besprekingen hebben plaatsgevonden buiten het rechtstreekse kader van de VFIG-vergaderingen van 14 oktober en 18 november 1994 en dat zij geen aanleiding konden geven en duidelijk geen aanleiding hebben gegeven tot het opstellen van volledige officiële notulen. Bijgevolg kunnen de door de Commissie ingeroepen handgeschreven notities niet buiten beschouwing worden gelaten op de enkele grond dat zij beknopt zijn.

109 Bovendien doorstaan verzoeksters grieven betreffende de onmogelijkheid om de twee tabellen met de ene of de andere VFIG-vergadering in verband te brengen en de vermeende incoherentie ervan niet het concrete onderzoek van de betrokken documenten.

110 In de eerste plaats is op tabel 1, die AGA heeft aangebracht, 21 november 1994 als datum vermeld en bevat deze tabel de afgekorte benaming van zeven ondernemingen, waaronder AGA, die daadwerkelijk hebben deelgenomen aan de VFIG-

vergadering van 18 november 1994 (punt 140 van de beschikking). Tabel 2 is in beslag genomen bij Air Products, die heeft verklaard dat deze de uitkomst kon zijn van voormelde vergadering (punt 141 van de beschikking). Bovendien bevat die tabel 2 dezelfde lijst van ondernemingen als tabel 1 alsmede gelijkaardige vermeldingen betreffende verhogingen van de prijs voor cilindergassen, transport en huur.

111 Er zij voorts aan herinnerd dat de VFIG-vergadering van 18 november 1994 de tweede en laatste mededingingsverstorende vergadering is waaraan verzoekster met de grote marktdeelnemers heeft deelgenomen en dat de heimelijke besprekingen daarna in een ander kader zijn voortgezet.

112 In de tweede plaats bevat tabel 1 de vermelding „WF 5-6 % on all products 1/1-95", terwijl in tabel 2 „W/F 6 %" staat in de kolom met als opschrift „Product". Zoals de Commissie terecht benadrukt, zijn de genoemde cijfers weliswaar niet precies gelijk, maar zijn zij toch volkomen verenigbaar en tonen zij aan dat verzoekster heeft deelgenomen aan een voor januari 1995 voorziene prijsverhoging van 5 à 6 %.

113 Bovendien bevat tabel 1 bovenaan de vermelding „Moratorium: 1.12-31.1.95". Dat deze vermelding er slechts één keer staat, kan enkel worden verklaard door het feit dat zij voor alle in die tabel genoemde ondernemingen geldt. In tabel 2 staat de vermelding „W/F [...] 2 mo", welke naar alle waarschijnlijkheid blijk geeft van het moratorium van twee maanden dat de bij het kartel betrokken ondernemingen zijn overeengekomen. Volledigheidshalve dient te worden opgemerkt dat het moratorium reeds was besproken tijdens de vergadering van 14 oktober 1994, zoals duidelijk blijkt uit de handgeschreven notities van AGA bedoeld in punt 99 hierboven.

114 Daar komt nog bij dat het bijzonder veelzeggend is dat Hydrogas, een kleine marktdeelnemer die in de verklaring van Van den Heuij is vermeld en waarvan vaststaat dat hij heeft deelgenomen aan de VFIG-vergaderingen van 14 oktober en 18 november 1994, in tegenstelling tot verzoekster helemaal niet wordt genoemd in die tabellen.

115 Gelet op het voorgaande heeft verzoekster niet het bewijs geleverd van de door haar gestelde publieke distantiëring en heeft de Commissie rechtens afdoende aangetoond dat verzoekster heeft deelgenomen aan overeenkomsten inzake de vaststelling van prijsverhogingen tussen oktober 1994 en december 1995 en inzake de vaststelling van een moratorium tussen oktober 1994 en januari 1995.

— Vaststelling van minimumprijzen voor de afnemers van kleine hoeveelheden cilindergas

116 Om te beginnen dient te worden opgemerkt dat de Commissie blijkens de beschikking (punt 352) heeft geoordeeld dat het gedrag van de verschillende bij de mededingingsregeling betrokken ondernemingen één voortgezette inbreuk vormde, waaraan geleidelijk gestalte was gegeven door overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

117 Zo bepaalt artikel 1 van de beschikking dat de betrokken ondernemingen, waaronder verzoekster, „inbreuk [hebben] 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 gassen in Nederland".

118 Meer bepaald aangaande verzoekster heeft de Commissie geoordeeld dat zij aan deze inbreuk had deelgenomen door eigen mededingingsverstorende gedragingen, met name door de vaststelling van minimumprijzen voor de afnemers van kleine hoeveelheden cilindergas. De aansprakelijkheid van verzoekster berust in dit verband op haar deelneming aan de vergadering van 14 oktober 1994 alleen, gelet op de rectificatie van de beschikking op 9 april 2003.

119 Na in de mededeling van punten van bezwaar te kennen te hebben gegeven dat „[o]f in 1994 daadwerkelijk een overeenkomst over minimumprijzen werd bereikt, [...] onduidelijk [bleef]", heeft de Commissie in punt 205 van de beschikking gepreciseerd dat tijdens de VFIG-vergaderingen van maart en oktober 1994 op kleine afnemers toe te passen prijsschalen en minimumprijzen voor cilindergassen waren „besproken met het oog op een overeenkomst" tussen op zijn minst verzoekster, Messer, Air Liquide, Hoek Loos en Air Products. Ook is in punt 341 van de beschikking vermeld dat „Hoek Loos, AGA, Air Products, Air Liquide en Messer" voor kleine afnemers minimumprijzen voor cilindergassen zijn overeengekomen voor „1995, 1996 en 1997".

120 Uit het voorgaande blijkt dat de Commissie verzoekster verwijt dat zij heeft deelgenomen aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging betreffende de vaststelling van minimumprijzen voor de afnemers van kleine hoeveelheden cilindergas.

121 In dit stadium dient eraan te worden herinnerd dat het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedraging" bestaat in een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst is gekomen, de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door feitelijke samenwerking (arrest Hof van 14 juli 1972, ICI/Commissie, 48/69, Jurispr. blz. 619, punt 64). De betrokken criteria van coördinatie en samenwerking houden allerminst in dat er een werkelijk „plan" moet zijn opgesteld, en dienen te worden verstaan tegen de achtergrond van de in de mededingingsbepalingen van het Verdrag besloten voorstelling, volgens welke iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de gemeenschappelijke markt zal voeren. Deze eis van zelfstandigheid sluit weliswaar niet uit dat de ondernemer gerechtigd is zijn beleid intelligent aan het vastgestelde of te verwachten marktgedrag van de concurrenten aan te passen, maar staat onverbiddelijk in de weg aan enigerlei tussen zulke ondernemers al dan niet rechtstreeks opgenomen contact dat tot doel of tot gevolg heeft, hetzij beïnvloeding van het marktgedrag van een bestaande of mogelijke concurrent, hetzij onthulling aan zulk een concurrent van het aangenomen of voorgenomen marktgedrag (arrest Hof van 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie, 40/73–48/73, 50/73,

54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punten 173 en 174, en 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 720).

122 Evenals met betrekking tot de verweten mededingingsverstorende gedragingen die de Commissie haar verwijt, betwist verzoekster haar aansprakelijkheid met het betoog dat zij zich publiekelijk heeft gedistantieerd van de heimelijke besprekingen over de vaststelling van minimumprijzen voor de afnemers van kleine hoeveelheden cilindergas.

123 Dienaangaande volgt zowel uit de memories van verzoekster als uit de verklaring van Nordkamp, die verzoekster op de VFIG-vergaderingen heeft vertegenwoordigd, dat Nordkamp zich niet heeft uitgesproken over de vaststelling van minimumprijzen voor de afnemers van kleine hoeveelheden cilindergas toen dit tijdens de vergadering van 14 oktober 1994 is besproken.

124 Wanneer een marktdeelnemer het stilzwijgen bewaart tijdens een vergadering waarin een onrechtmatige afstemming over een specifiek punt van het prijsbeleid plaatsvindt, kan zulks niet worden gelijkgesteld met een uiting van duidelijke en kordate afkeuring. Volgens de rechtspraak heeft de stilzwijgende goedkeuring van een onrechtmatig initiatief, waarvan niet publiekelijk afstand wordt genomen of dat niet bij de administratieve instanties wordt aangegeven, tot gevolg dat het voortbestaan van de inbreuk wordt bevorderd en de ontdekking ervan wordt bemoeilijkt. Deze medeplichtigheid vormt een passieve deelneming aan de inbreuk, waarvoor de onderneming dus aansprakelijk is (zie in die zin arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, punt 76 hierboven, punt 84).

125 De enkele vage herinneringen van Van den Heuij, die zijn opgetekend in een verklaring die vlak vóór de instelling van het onderhavige beroep is gevraagd en opgesteld, en niet precies overeenstemmen met de verklaringen van verzoekster zelf, doen niet af aan de vermelde conclusie. Hooguit zou uit de verklaring van Van den

Heuij kunnen worden afgeleid dat de kleine marktdeelnemers, waaronder verzoekster, bij het vernemen van de onrechtmatige voorstellen van andere ondernemingen hebben geprotesteerd vóór het begin van de specifieke besprekingen over elk van die voorstellen en voordat elke onderneming haar standpunt kenbaar maakte, hetgeen verzoekster onder de in punt 123 hierboven uiteengezette bijzondere omstandigheden heeft gedaan met betrekking tot de vaststelling van minimumprijzen voor de afnemers van kleine hoeveelheden cilindergas.

126 Met dit gedrag heeft verzoekster niet zodanig duidelijk en kordaat te kennen gegeven dat zij niet akkoord ging, dat zij zich publiekelijk zou hebben gedistantieerd in de door de rechtspraak vereiste en — restrictief — uitgelegde zin.

127 Daar komt nog bij dat de Commissie in de beschikking te kennen geeft dat volgens de door AGA gegeven uitleg, die wordt bevestigd door een vermelding in handgeschreven notities die bij AGA in beslag zijn genomen, de prijsschalen voor de kleine afnemers van cilindergas door Hoek Loos zijn voorgelegd buiten het rechtstreekse kader van de VFIG-vergadering van oktober 1994. Bovendien en bovenal is bij verzoekster, in een dossier met de vermelding „VFIG 1995" een van oktober 1994 daterend document met als opschrift „Prijslijst voor kleine cilinderafnemers" aangetroffen, dat daadwerkelijk een geprinte lijst van minimumprijzen bevatte. Ditzelfde document is teruggevonden in de kantoren van Messer en van Air Liquide (punten 207 en 208 van de beschikking).

128 Verzoekster heeft enkel gepreciseerd dat het goed mogelijk was dat zij dit document haar tijdens de vergadering van 14 oktober 1994 is overhandigd, maar dat het bezit ervan niet bewees dat zij aan een overeenkomst inzake minimumprijzen of zelfs aan een bespreking daarover had deelgenomen.

129 Dit doet niet af aan het feit dat verzoekster wel degelijk heeft deelgenomen aan de vergadering van 14 oktober 1994, en het wekt geen verbazing, zoals de Commissie terecht benadrukt, dat, in tegenstelling tot de prijsverhoging en de vaststelling van het moratorium, geen enkele geïndividualiseerde vermelding op papier is gezet over verzoekster of een andere onderneming, aangezien het om een tijdens die vergadering uitgedeelde prijslijst gaat. Dat verzoekster dit document heeft bewaard, is nauwelijks verenigbaar met de stelling dat zij zich publiekelijk heeft gedistantieerd en met de noodzakelijkerwijs daarmee gepaard gaande zelfstandige bepaling van een commercieel beleid op de betrokken markt, zoals de rechtspraak van elke ondernemer verlangt (zie arrest Commissie/Anic Partecipazioni, punt 58 hierboven, punt 116, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

130 Evenzo is de deelneming van verzoekster aan de tweede heimelijke vergadering, van 18 november 1994 — die, evenals voor de eerste twee door de Commissie verweten gedragingen, de door verzoekster gestelde publieke distantiëring niet rechtstreeks kan weerleggen — tekenend voor haar mededingingsverstorende bedoelingen. Zij weerlegt achteraf de gestelde publieke distantiëring van de heimelijke besprekingen op de vergadering van 14 oktober 1994.

131 De enkele vaststelling dat verzoekster de gestelde publieke distantiëring niet heeft bewezen, volstaat evenwel niet om te concluderen dat zij aansprakelijk is.

132 In het op hogere voorziening gewezen arrest Commissie/Anic Partecipazioni, punt 58 hierboven, heeft het Hof gepreciseerd dat het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging, zoals uit de bewoordingen van artikel 81, lid 1, EG blijkt, behalve de afstemming tussen de ondernemingen een op die afstemming volgend marktgedrag en een oorzakelijk verband tussen deze twee elementen vereist (punt 118). Het heeft eveneens geoordeeld dat de ondernemingen die aan de afstemming deelnemen en op de markt actief blijven, worden vermoed — behoudens door de betrokken ondernemers te leveren tegenbewijs — bij de

bepaling van hun gedrag op de markt rekening te houden met de met hun concurrenten uitgewisselde informatie (arrest Commissie/Anic Partecipazioni, punt 58 hierboven, punt 121).

133 In casu dient — bij gebreke van door verzoekster te leveren tegenbewijs — te worden geoordeeld dat deze, nu zij na de vergadering van 14 oktober 1994 actief is gebleven op de betrokken markt, rekening heeft gehouden met de onrechtmatige afstemming, waaraan zij tijdens die vergadering heeft deelgenomen, om haar gedrag op die markt te bepalen (arrest Commissie/Anic Partecipazioni, punt 58 hierboven, punten 119 en 121).

134 Gelet op het voorgaande heeft de Commissie rechtens afdoende aangetoond dat verzoekster heeft deelgenomen aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging betreffende de vaststelling van minimumprijzen voor de afnemers van kleine hoeveelheden cilindergas.

Duur van de inbreuk

135 Om te beginnen dient te worden opgemerkt dat de uiteindelijke beoordeling door de Commissie van de duur van de aan verzoekster toegerekende inbreuk te vinden is in artikel 1 van de beschikking, zoals gerectificeerd bij de beschikking van 9 april 2003, volgens hetwelk de inbreukperiode in oktober 1994 is begonnen en in december 1995 is geëindigd.

136 Gelet op de rectificatie van de beschikking is verzoeksters grief dat het beginpunt van de in artikel 1 van de beschikking vermelde inbreukperiode onjuist was, zonder voorwerp geraakt.

137 Ter terechtzitting heeft verzoekster opgemerkt dat artikel 1 van de beschikking ten onrechte december 1995 vermeldde als eindpunt van de inbreukperiode, daar zij na de VFIG-vergadering van 18 november 1994 aan geen enkele andere heimelijke vergadering meer heeft deelgenomen.

138 Voor zover die nieuwe grief ontvankelijk kan worden geacht, kan deze niet door het Gerecht worden aanvaard. Dienaangaande dient eraan te worden herinnerd dat de Commissie rechtens afdoende heeft aangetoond dat verzoekster met name heeft deelgenomen aan een overeenkomst met een duidelijk mededingingsverstorend doel, te weten de vaststelling van prijsverhogingen voor 1995. Voor de berekening van de duur van een inbreuk met een mededingingsbeperkend doel, moet uitsluitend worden bepaald hoe lang deze overeenkomst heeft bestaan, te weten de periode die is verstreken tussen de datum waarop zij is gesloten en die waarop zij is beëindigd (arrest Gerecht van 27 juli 2005, Brasserie nationale e.a./Commissie, T-49/02–T-51/02, Jurispr. blz. II-3033, punt 185).

139 Verzoekster heeft rechtens niet afdoende aangetoond dat zij haar deelneming aan de mededingingsregeling vervroegd heeft beëindigd, dat wil zeggen vóór december 1995, door een loyaal en zelfstandig mededingingsgedrag op de betrokken markt aan te nemen. Daar komt bij dat verzoekster zich niet uit de mededingingsregeling heeft teruggetrokken om deze bij de Commissie aan de orde te stellen (arrest Gerecht van 29 november 2005, Union Pigments/Commissie, T-62/02, Jurispr. blz. II-5057, punt 42).

Schending van het gelijkheidsbeginsel

140 Volgens verzoekster heeft de Commissie in het kader van haar beoordeling van de deelneming van de kleine marktdeelnemers het gelijkheidsbeginsel geschonden door te oordelen dat enkel verzoekster het kartelverbod heeft geschonden, en niet NTG en Hydrogas, die nochtans zouden hebben deelgenomen aan diverse vergaderingen waarin onrechtmatige overeenkomsten zijn besproken.

141 Dienaangaande volstaat het eraan te herinneren dat wanneer een onderneming door haar gedrag artikel 81, lid 1, EG heeft geschonden, zij niet aan een sanctie kan ontsnappen met het argument dat aan een andere marktdeelnemer geen geldboete is opgelegd, wanneer de situatie van deze laatste zelfs niet het voorwerp van een procedure voor de gemeenschapsrechter is (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 14 juli 1994, Parker Pen/Commissie, T-77/92, Jurispr. blz. II-549, punt 86).

142 Bijgevolg moet verzoeksters betoog dat andere ondernemingen in een vermeend gelijkaardige situatie geen geldboete is opgelegd, worden afgewezen.

Verzoek tot verlaging van de geldboete

Argumenten van partijen

143 Verzoekster geeft in de eerste plaats aan dat de korte duur van de inbreuk tot een matiging van de geldboete moet leiden.

144 Ter terechtzitting heeft verzoekster gesteld dat de verlaging met 20 000 EUR die na de rectificatiebeschikking van 9 april 2003 heeft plaatsgevonden, niet gemotiveerd noch voldoende was.

145 Verzoekster beweert in de tweede plaats dat de Commissie het evenredigheids- en het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden bij het bepalen van de hoogte van de haar opgelegde geldboete.

146 In dit verband noemt zij de verschillen aan de hand waarvan zij van de overige adressaten van de beschikking kan worden onderscheiden, te weten dynamisch gedrag op de betrokken markt, erkend door de Commissie en door een andere marktdeelnemer, late aansluiting bij de VFIG, in juli 1994, hetgeen verklaart waarom zij de dertien vergaderingen van deze vereniging tussen 1989 en september 1994 niet heeft bijgewoond, openlijk verzet tegen de mededingingsverstorende overeenkomsten op de vergaderingen van 14 oktober en 18 november 1994, geen deelneming aan de heimelijke vergaderingen die na november 1994 te Breda en te Barendrecht hebben plaatsgevonden tussen de grote marktdeelnemers, een klein marktaandeel van 1,5 %, terwijl de overige deelnemers minstens dubbel zo groot waren, de korte duur van de betrokkenheid bij de verboden gedragingen en geen deelneming aan de overeenkomsten over andere contractvoorwaarden dan de prijzen.

147 Gelet op die verschillen wordt verzoekster, gemeten naar het percentage van de omzetten in de sector industriële gassen, zwaarder gestraft dan de overige adressaten van de beschikking.

148 Verzoekster stelt dat indien de geldboeten worden afgezet tegen de totale omzet van de ondernemingen uit de sector industriële gassen in Nederland in 1996, het eindresultaat onevenredig is. Zo bedraagt de aan verzoekster opgelegde geldboete 13,6 % van haar omzet, tegenover slechts 2,2 % voor Hoek Loos en 7,5 % voor AGA. Bij afzetting van de geldboeten tegen de omzet in 1996 op de markt van industriële gassen in Nederland, blijkt voorts dat de aan verzoekster opgelegde geldboete naar verhouding vergelijkbaar is met die welke aan de overige ondernemingen is opgelegd, terwijl verzoeksters deelneming aan de mededingingsregeling geenszins kan worden vergeleken met die van de overige ondernemingen. Verzoekster merkt voorts op dat de aan AGA opgelegde geldboete ongeveer negen keer hoger is dan die welke aan haar is opgelegd, terwijl het marktaandeel van AGA (27,4 %) 18 keer groter is dan het hare (1,5 %).

149 Uit deze cijfers blijkt volgens verzoekster dat de marktdeelnemers die de grootste rol spelen in het kartel en de grootste capaciteit hebben om schade aan te brengen aan de mededinging op de betrokken markt, relatief gezien de minst zware geldboete is opgelegd. Verzoekster, die geen dan wel een uiterst beperkte rol heeft gespeeld, en een zeer klein marktaandeel heeft, wordt zwaarder gestraft dan de leiders van het kartel.

150 Na eraan te hebben herinnerd dat zij over een discretionaire bevoegdheid beschikt bij de bepaling van het bedrag van geldboeten in kartelzaken, betoogt de Commissie dat het bedrag van de aan verzoekster opgelegde geldboete volledig passend is en zij betwist dat zij het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden.

Beoordeling door het Gerecht

151 Vooraf dient eraan te worden herinnerd dat de Commissie bij de vaststelling van het bedrag van elke geldboete over een beoordelingsmarge beschikt en niet verplicht is om daartoe een bepaalde wiskundige formule toe te passen (arrest Hof van 16 november 2000, Mo och Domsjö/Commissie, C-283/98 P, Jurispr. blz. I-9855, punt 47; 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). Bij haar beoordeling dient zij evenwel het gemeenschapsrecht in acht te nemen, dat niet alleen de verdragsbepalingen, maar ook de algemene rechtsbeginselen omvat (zie in die zin arrest Hof van 25 juli 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Raad, C-50/00 P, Jurispr. I-6677, punt 38).

152 Dienaangaande is het vaste rechtspraak dat het gelijkheidsbeginsel slechts wordt geschonden wanneer vergelijkbare situaties verschillend of verschillende situaties gelijk worden behandeld, behoudens wanneer 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).

153 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 toetsing met volle rechtsmacht behoort.

154 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.

155 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 preciseert de Commissie in punt 5, sub a, van de richtsnoeren tevens dat „het eindresultaat van de berekening van de boete volgens deze methode (basisbedrag met verhogings- respectievelijk verlagingscoëfficiënt) 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 omlijnd bij laatstgenoemde bepaling (arrest Dansk Rørindustri e.a./Commissie, punt 75 hierboven, punten 250 en 252).

Duur van de inbreuk

156 Aangaande de factor betreffende de duur van de inbreuk maken de richtsnoeren onderscheid tussen inbreuken van korte duur (over het algemeen korter dan één jaar), waarvoor het op basis van de zwaarte van de inbreuk vastgestelde uitgangsbedrag niet zou moeten worden verhoogd; inbreuken van middellange duur (over het algemeen één tot vijf jaar), waarvoor dat bedrag met 50 % kan worden verhoogd, en inbreuken van lange duur (over het algemeen meer dan vijf jaar), waarvoor dat bedrag voor elk jaar met 10 % kan worden verhoogd (punt 1 B, eerste alinea, eerste tot en met derde streepje).

157 Ofschoon het bedrag dus tot 50 % kan worden verhoogd voor inbreuken van middellange duur, voorziet punt 1 B van de richtsnoeren niet in een automatische verhoging met een bepaald percentage per jaar, maar wordt aan de Commissie een beoordelingsmarge gelaten (arrest Gerecht van 9 juli 2003, Cheil Jedang/Commissie, T-220/00, Jurispr. blz. II-2473, punt 134).

158 Zoals hierboven is uiteengezet, was de Commissie aanvankelijk — ten onrechte — van oordeel dat de door verzoekster begane inbreuk van maart 1994 tot en met december 1995 had geduurd, waardoor zij deze inbreuk als een inbreuk van middellange duur had aangemerkt (punt 434 van de beschikking).

159 Door de wijziging van de beschikking op 9 april 2003 kon artikel 1 van deze beschikking ter zake van de duur van de aan verzoekster verweten inbreuk worden gerectificeerd. In haar rectificatiebeschikking zet de Commissie duidelijk uiteen dat het uitgangsbedrag van de geldboete van 0,45 miljoen EUR aanvankelijk met 15 % was verhoogd op basis van de duur van de inbreuk, welke verhoging gelet op de verschuiving van het beginpunt van de inbreuk naar oktober 1994 is teruggebracht tot 10 %.

160 Daar de door verzoekster begane inbreuk thans terecht wordt geacht te hebben geduurd van oktober 1994 tot en met december 1995, dus iets meer dan een jaar, kan deze inbreuk nog steeds als een inbreuk van middellange duur worden aangemerkt, zodat de Commissie krachtens de richtsnoeren een verhoging van 10 % mocht toepassen. Verzoekster heeft geen elementen verstrekt op basis waarvan kan worden geoordeeld dat de Commissie dienaangaande een beoordelingsfout heeft gemaakt en dat de verhoging minder dan 10 % had moeten bedragen.

161 Bijgevolg dient de grief betreffende de gestelde niet-gemotiveerdheid en de ontoereikendheid van de verlaging van de geldboete die de Commissie in haar rectificatiebeschikking heeft doorgevoerd, te worden afgewezen.

Beweerdelijke discriminerende aard en/of onevenredigheid van de aan verzoekster opgelegde geldboete

162 Bij de vaststelling van het uitgangsbedrag van de geldboete, dat op grond van de zwaarte van de inbreuk wordt bepaald, meende de Commissie dat die inbreuk, hoewel de betrokken ondernemingen hadden deelgenomen aan een prijskartel, als een ernstige en niet als een zeer ernstige 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).

163 Teneinde rekening te houden met het specifieke belang en bijgevolg met de reële impact op de mededinging van de ongeoorloofde gedragingen van elk der bij het kartel betrokken ondernemingen, heeft de Commissie de betrokken ondernemingen naar gelang van hun relatieve belang op de betrokken markt in vier categorieën ingedeeld. Daartoe heeft de Commissie het gepast geacht de omzet in 1996 op de betrokken markt als uitgangspunt te nemen voor de vergelijking van het relatieve belang van de ondernemingen op die markt (punten 429-432 van de beschikking).

164 Bijgevolg zijn Hoek Loos en AGA Gas, die als 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. Verzoekster, die op deze markt een uiterst klein aandeel had, is ingedeeld in de vierde categorie (punt 431 van de beschikking).

165 Op basis van het voorgaande heeft de Commissie een gelijk uitgangsbedrag vastgesteld voor Hoek Loos 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 verzoekster.

166 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 Hoek Loos, 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 verzoekster van oktober 1994 tot en met december 1995, na de rectificatie van de beschikking op 9 april 2003. Het voor verzoekster vastgestelde uitgangsbedrag, dat aanvankelijk met 15 % was verhoogd, is uiteindelijk met 10 % verhoogd op basis van de duur van de inbreuk, volgens punt 9 van de beschikking van 9 april 2003.

167 Het basisbedrag van de geldboete, dat naar gelang van de zwaarte en de duur van de inbreuk wordt bepaald, is dus wat Hoek Loos 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 — vervolgens, na rectificatie, 0,49 miljoen EUR — voor verzoekster.

168 De Commissie heeft geoordeeld dat verzoekster slechts een passieve rol had gespeeld bij de inbreuken en dat zij niet had deelgenomen aan alle verschillende aspecten ervan, welke verzachtende omstandigheden volgens haar rechtvaardigden dat het basisbedrag van de opgelegde geldboete met 15 % werd verlaagd. Dat bedrag is dan ook verminderd tot 0,43 miljoen EUR (punt 442 van de beschikking) en vervolgens tot 0,41 miljoen EUR na de rectificatiebeschikking van 9 april 2003.

169 Verzoeksters geldboete is evenwel niet verlaagd uit hoofde van de mededeling inzake medewerking.

170 Gelet op het voorgaande heeft de Commissie geheel en al rekening gehouden met de bijzonderheden van verzoeksters situatie — te weten de duur van de inbreukperiode, de passieve rol van verzoekster en haar kleine marktaandeel — die haar onderscheiden van de overige adressaten van de beschikking en verklaren waarom verzoekster door de Commissie de laagste van de in de beschikking vastgestelde geldboeten is opgelegd.

171 De stelling dat de situatie zou verschillen van die van de overige bij het kartel betrokken ondernemingen omdat sprake zou zijn van openlijk verzet tegen de mededingingsverstorende overeenkomsten met daaraan gekoppeld dynamisch gedrag op de betrokken markt, hoort niet thuis in het debat over de bepaling van het bedrag van de geldboete, maar in dat over het bestaan van de inbreuk.

172 Verzoekster beweert evenwel dat het eindbedrag van de opgelegde geldboete niet evenredig is aan haar kleine marktaandeel en aan haar mondiale omzet en haar omzet op de betrokken markt, zodat zij zwaarder is gestraft dan grotere ondernemingen die het kartel hebben geleid.

173 Om te beginnen dient eraan 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 een zelfde inbreuk betrokken ondernemingen, ervoor te zorgen dat de definitieve bedragen van de 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, punt 75 hierboven, punt 312).

174 Vervolgens moet worden gepreciseerd dat artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 evenmin eist dat, ingeval geldboeten worden opgelegd aan meerdere ondernemingen die bij een zelfde inbreuk betrokken zijn, het bedrag van de geldboete die aan een kleine of middelgrote onderneming wordt opgelegd, niet hoger is, in procenten 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. Voor zover de Commissie aan ondernemingen die bij een zelfde inbreuk betrokken zijn, geldboeten oplegt die voor elk van hen gerechtvaardigd zijn 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 Gerecht van 20 maart 2002, Dansk Rørindustri/Commissie, T-21/99, Jurispr. blz. II-1681, punt 203).

175 In dit verband moet worden opgemerkt dat het eindbedrag van de geldboete in casu slechts het resultaat is van een reeks cijfermatige beoordelingen door de Commissie overeenkomstig de richtsnoeren en, eventueel, de mededeling inzake medewerking.

176 De beoordelingen door de Commissie betreffende de duur van de inbreuk, het bestaan van verzwarende of verzachtende omstandigheden en de mate van medewerking door een bij een kartel betrokken onderneming houden verband met het individuele gedrag van die onderneming en niet met haar marktaandeel of haar omzet.

177 In die omstandigheden is het eindbedrag van de geldboete niet zonder meer een geschikt element om te bepalen of de geldboete, gelet op het belang van de bij de mededingingsregeling betrokken ondernemingen, eventueel onevenredig is.

178 Daarentegen vormt het uitgangsbedrag van de geldboete in casu een relevant gegeven ter beoordeling van de eventuele onevenredigheid van de geldboete gelet op het belang van de deelnemers aan de mededingingsregeling.

179 In de beschikking heeft de Commissie het uitgangsbedrag van de geldboete bepaald op basis van de zwaarte van de inbreuk, op 0,45 miljoen EUR vastgesteld voor verzoekster.

180 Zoals is uiteengezet heeft de Commissie, teneinde rekening te houden met het specifieke belang en bijgevolg met de reële impact op de mededinging van de ongeoorloofde gedragingen van elk der bij het kartel betrokken ondernemingen, deze ondernemingen in de beschikking juist naar gelang van hun relatieve belang op de betrokken markt in vier categorieën ingedeeld. Verzoekster is in de laatste categorie ingedeeld.

181 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 (in EUR)	Omzet voor cilinder- en vloeibaar gas in Nederland (in EUR) en geraamde marktaandelen voor 1996
Hoek Loos [NV]	470 648 000	71 400 000 (39,7 %)
AGA Gas BV [1]	55 479 000 [2]	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 %)

[1] Na de liquidatie van AGA Gas BV in 2000-2001 heeft AGA AB aansprakelijkheid aanvaard voor de daden van haar dochteronderneming en is [zij dus] de adressaat van de beschikking.

[2] 2000 is het laatste bedrijfsjaar waarvoor omzetcijfers beschikbaar zijn voor AGA Gas BV.

182 Het volstaat vast te stellen dat verzoekster voor het referentiejaar de kleinste omzet op de betrokken markt en het kleinste marktaandeel had van alle adressaten van de beschikking, hetgeen haar indeling in de laatste categorie verklaart en rechtvaardigt alsmede het feit dat het uitgangsbedrag het laagste is van alle uitgangsbedragen die de Commissie ten aanzien van die ondernemingen heeft vastgesteld. Het voor verzoekster bepaalde uitgangsbedrag verschilt dus op objectieve gronden van de uitgangsbedragen voor de overige ondernemingen.

183 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 vastgestelde uitgangsbedragen voor de geldboeten, niet dat verzoekster onevenredig is behandeld, aangezien de uitgangsbedragen voor de geldboeten voor verzoekster 17,3 % van de omzet op de betrokken markt vormen, tegenover 14 % voor Hoek Loos, 20,3 % voor AGA Gas, 13,98 % voor Air Products, 20,2 % voor Air Liquide, 14,6 % voor Messer, 17,6 % voor BOC.

184 In haar verzoekschrift stelt verzoekster dat indien de geldboeten worden afgezet tegen de omzet in 1996 op de markt van industriële gassen in Nederland, de haar opgelegde geldboete naar verhouding vergelijkbaar zou zijn met die welke aan de overige ondernemingen is opgelegd, terwijl haar deelneming aan de mededingingsregeling geenszins zou kunnen worden vergeleken met die van de overige ondernemingen. Dienaangaande volstaat het eraan te herinneren dat de Commissie de omstandigheid dat verzoekster een kleinere rol heeft gespeeld bij de inbreuk dan de overige ondernemingen als verzachtende omstandigheid in aanmerking heeft genomen om de aan verzoekster op te leggen geldboete te verlagen.

185 Verzoekster kan dan ook niet met succes concluderen dat het bedrag van de opgelegde geldboete onevenredig is, aangezien het uitgangsbedrag voor haar geldboete zijn rechtvaardiging vindt in het criterium dat de Commissie heeft gehanteerd voor de beoordeling van het belang van elk van de ondernemingen op de relevante markt (zie in die zin arrest LR AF 1998/Commissie, punt 71 hierboven, punt 304).

186 Deze laatste constatering fundeert tevens de afwijzing van het argument dat verzoekster ontleent aan de vergelijking met Hoek Loos en AGA wat het verband

betreft tussen het eindbedrag van de geldboete en de mondiale omzet, daar de Commissie deze omzet niet in aanmerking heeft genomen om de zwaarte van de inbreuk te beoordelen en de uitgangsbedragen voor de berekening van de geldboeten vast te stellen.

187 Gelet op het voorgaande heeft verzoekster niet het bewijs geleverd van de beweerdelijke discriminerende aard en/of onevenredigheid van de opgelegde geldboete en is het eindbedrag daarvan volledig passend.

Verzoek tot het horen van Van den Heuij

188 In repliek verzoekt verzoekster het Gerecht om Van den Heuij onder ede te horen. Ter terechtzitting heeft verzoekster gepreciseerd dat dit verzoek was gebaseerd op artikel 48 van het Reglement voor de procesvoering, dat bewijsaanbiedingen betreft.

189 Krachtens artikel 44, lid 1, sub e, van het Reglement voor de procesvoering en artikel 48, lid 1, van het Reglement moet het verzoekschrift zo nodig de bewijsaanbiedingen bevatten en kunnen partijen nog in repliek en in dupliek aanbieden hun stellingen nader te bewijzen, op voorwaarde dat de vertraging waarmee zodanig bewijsaanbod geschiedt, wordt gemotiveerd. De vervalregel van artikel 48, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering is dus niet van toepassing op het tegenbewijs en nadere bewijsaanbiedingen na tegenbewijs in het verweerschrift van de tegenpartij. Deze bepaling betreft namelijk nieuwe bewijsaanbiedingen en moet worden gezien in het licht van artikel 66, lid 2, van het Reglement, dat uitdrukkelijk bepaalt dat het tegenbewijs vrij staat en nadere bewijsaanbiedingen zijn toegelaten (arrest Baustahlgewebe/Commissie, punt 74 hierboven, punten 71 en 72).

190 In casu volstaat het vast te stellen dat uit het dossier blijkt dat de door de Commissie in haar verweerschrift ingeroepen bewijselementen reeds waren vermeld in de beschikking alsmede in de mededeling van punten van bezwaar of daarbij waren gevoegd.

191 Bijgevolg kan het verzoek tot het horen van Van den Heuij niet worden beschouwd als een aanbod van tegenbewijs waarvoor de vervalregel van artikel 48, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering niet geldt, daar verzoekster dit bewijs heeft kunnen aanbieden in haar verzoekschrift voor het Gerecht. Het in repliek geformuleerde aanbod tot het horen van de getuige moet dus als laattijdig worden beschouwd en derhalve worden geweigerd op de grond dat verzoekster de vertraging waarmee het aanbod is geschiedt, niet heeft gerechtvaardigd.

Kosten

192 Volgens artikel 87, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering kan het Gerecht de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld, en voorts wegens bijzondere redenen.

193 In casu kon door de wijziging van de beschikking op 9 april 2003 artikel 1 hiervan worden gerectificeerd ter zake van de duur van de aan verzoekster verweten inbreuk. Daarmee heeft de Commissie erkend dat de door verzoekster in haar verzoekschrift geformuleerde grief betreffende het beginpunt van de aanvankelijk vastgestelde inbreukperiode, te weten maart 1994, gegrond was.

194 Gelet op deze omstandigheid en aangezien het beroep moet worden verworpen, dient te worden beslist dat verzoekster haar eigen kosten en drie vierde van de door de Commissie gemaakte kosten zal dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) Westfalen Gassen Nederland BV wordt veroordeeld tot het dragen van haar eigen kosten en drie vierde van de door de Commissie gemaakte kosten. De Commissie zal een vierde van haar kosten dragen.

Vilaras Dehousse Šváby

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 5 december 2006.

De griffier

E. Coulon

De president van de Vijfde kamer

M. Vilaras

Inhoud

Voorgeschiedenis van het geding ..... II - 4575

Aan het geding ten grondslag liggende feiten ..... II - 4575

Bestreden beschikking ..... II - 4577

Procesverloop en conclusies van partijen ..... II - 4584

Verzoek tot nietigverklaring van de artikelen 1 en 3 van de beschikking ..... II - 4586

Argumenten van partijen ..... II - 4586

Vaststelling van prijsverhogingen ..... II - 4586

Vaststelling van moratoria ..... II - 4589

Vaststelling van minimumprijzen ..... II - 4590

Duur van de inbreuk ..... II - 4593

Schending van het gelijkheidsbeginsel ..... II - 4593

Beoordeling door het Gerecht ..... II - 4594

Opmerkingen vooraf ..... II - 4594

Gestelde publieke distantiëring door verzoekster ..... II - 4595

— Vaststelling van prijsverhogingen en vaststelling van een moratorium II - 4596

— Vaststelling van minimumprijzen voor de afnemers van kleine hoeveelheden cilindergas ..... II - 4606

Duur van de inbreuk ..... II - 4611

Schending van het gelijkheidsbeginsel ..... II - 4613

Verzoek tot verlaging van de geldboete ..... II - 4614

Argumenten van partijen ..... II - 4614

Beoordeling door het Gerecht ..... II - 4616

Duur van de inbreuk ..... II - 4618

Beweerdelijke discriminerende aard en/of onevenredigheid van de aan verzoekster opgelegde geldboete ..... II - 4619

Verzoek tot het horen van Van den Heuij ..... II - 4626

Kosten ..... II - 4627