RETTENS DOM (Femte Afdeling)

29. november 2005 *

I sag T-64/02,

Dr Hans Heubach GmbH & Co. KG, Langelsheim (Tyskland), ved Rechtsanwälte F. Montag og G. Bauer,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved F. Castillo de la Torre, som befuldmægtiget, bistået af avocat H.-J. Freund, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

angående en påstand om delvis annullation af Kommissionens beslutning 2003/437/EF af 11. december 2001 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/E-1/37.027 — zinkphosphat) (EUT 2003 L 153, s. 1), subsidiært en påstand om nedsættelse af den bøde, der er pålagt sagsøgeren,

* Processprog: tysk.

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Lindh, og dommerne R. García-Valdecasas og J.D. Cooke,

justitssekretær: fuldmægtig J. Plingers,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 1. juli 2004,

afsagt følgende

Dom

Faktiske omstændigheder

1 Dr Hans Heubach GmbH & Co. KG (herefter »sagsøgeren« eller »Heubach«) er et tysk selskab, der fremstiller og distribuerer specielle organiske pigmenter og mineralpigmenter, der primært anvendes som ingredienser ved fremstillingen af trykfarver, plaststoffer og maling. Heubach producerer og sælger zinkphosphat, navnlig modificerede typer. Selskabets omsætning på verdensplan udgjorde 71,02 mio. EUR i 2000.

2 Selv om der kan være en smule forskel på de kemiske formler for zinkorthophosphater, er der tale om ensartet kemisk produkt, som under ét benævnes »zinkphosphat«. Zinkphosphat, der fremstilles af zinkoxid og phosphatsyre, bruges i vid udstrækning som korrosionshindrende mineralpigment i malingindustrien. Det forhandles på markedet enten som standardzinkphosphat eller som modificeret eller »aktiveret« zinkphosphat.

3 I 2001 kontrollerede følgende fem europæiske producenter størstedelen af verdensmarkedet for zinkphosphat: sagsøgeren, James M. Brown Ltd (herefter »James Brown«), Société nouvelle des couleurs zinciques SA (herefter »SNCZ«), Trident Alloys Ltd (herefter »Trident«) (tidligere Britannia Alloys & Chemicals Ltd, herefter »Britannia«) og Union Pigments AS (tidligere Waardals AS, herefter »Union Pigments«). Fra 1994 til 1998 var værdien af markedet for standardzinkphosphat ca. 22 mio. EUR om året på verdensplan og ca. 15-16 mio. EUR om året i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS). I EØS besad sagsøgeren, SNCZ, Trident (tidligere Britannia) og Union Pigments næsten lige store andele af markedet for standardzinkphosphat af en størrelsesorden på 20%. James Brown havde en betydeligt mindre markedsandel. Køberne af zinkphosphat er de store malingproducenter. Markedet for maling domineres af nogle få multinationale kemiske koncerner.

4 Den 13. og 14. maj 1998 gennemførte Kommissionen samtidige og uanmeldte kontrolundersøgelser i sagsøgerens, SNCZ's og Tridents lokaler med hjemmel i artikel 14, stk. 2, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81). På begæring af Kommissionen i medfør af artikel 8, stk. 3, i protokol 23 til aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) gennemførte Den Europæiske Frihandelssammenslutnings (EFTA) Tilsynsmyndighed fra den 13. til den 15. maj 1998 en samtidig og uanmeldt kontrolundersøgelse i Union Pigments lokaler med hjemmel i artikel 14, stk. 2, i kapitel II i protokol 4 til aftalen mellem EFTA-staterne om oprettelse af en tilsynsmyndighed og en domstol.

5 Under den administrative procedure underrettede Union Pigments og Trident Kommissionen om, at de havde til hensigt fuldt ud at samarbejde med denne i henhold til Kommissionens meddelelse af 18. juli 1996 om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (EFT 1996 C 207, s. 4, herefter »samarbejdsmeddelelsen«) og fremsatte hver især erklæringer om kartellet (herefter »Union Pigments' erklæring« og »Tridents erklæring«).

6 Den 2. august 2000 vedtog Kommissionen en meddelelse af klagepunkter mod de virksomheder, der er adressater for den beslutning, som er genstand for nærværende sag (jf. præmis 7 i det følgende), herunder sagsøgeren.

7 Den 11. december 2001 vedtog Kommissionen beslutning 2003/437/EF om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/E-1/37.027 — Zinkphosphat) (EUT 2003 L 153, s. 1). Den beslutning, der tages i betragtning i nærværende dom, er den, der er blevet meddelt de berørte virksomheder, og som er vedlagt stævningen som bilag (herefter den »anfægtede beslutning«). Denne beslutning er i visse henseender forskellig fra den, som er blevet offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende.*

8 I den anfægtede beslutning anfører Kommissionen, at et kartel bestående af Britannia (Trident fra den 15.3.1997), Heubach, James Brown, SNCZ og Union Pigments eksisterede fra den 24. marts 1994 frem til den 13. maj 1998. Kartellet var begrænset til standardzinkphosphat. For det første havde medlemmerne af kartellet truffet aftale om deling af markedet med salgskvoter for producenterne. For det andet havde de fastsat »mindstepriser« eller »vejledende priser« under hvert møde og fulgte dem normalt. For det tredje var der i et vist omfang sket en fordeling af kunder.

9 Den anfægtede beslutnings konklusion lyder således:

»*Artikel 1*

Britannia [...], [...] Heubach [...], James [...] Brown [...], [SNCZ], Trident [...] og [Union Pigments] har overtrådt EF-traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, ved at have deltaget i en vedvarende aftale og/eller samordnet praksis i zinkphosphatsektoren.

Overtrædelsen havde følgende varighed:

a) for så vidt angår [...] Heubach [...], James [...] Brown [...], [SNCZ] og [Union Pigments]: fra den 24. marts 1994 indtil den 13. maj 1998

[...]

Artikel 3

Der pålægges følgende bøder for den i artikel 1 omhandlede overtrædelse:

a) Britannia [...]: 3,37 mio. EUR

b) [...] Heubach [...]: 3,78 mio. EUR

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

d) [SNCZ]: 1,53 mio. EUR

e) Trident [...]: 1,98 mio. EUR

f) [Union Pigments]: 350 000 EUR.

[...]«

10 Ved beregningen af bøderne har Kommissionen anvendt metodikken i retningslinjerne for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, i EKSF-traktaten (EFT 1998 C 9, s. 3, herefter »retningslinjerne«) og samarbejdsmeddelelsen.

11 Kommissionen har således først fastsat et »grundbeløb« i forhold til overtrædelsens grovhed og varighed (jf. betragtning 261-313 til den anfægtede beslutning).

12 Med hensyn til den første faktor fandt Kommissionen, at overtrædelsen måtte betegnes som »meget alvorlig« under hensyn til den pågældende adfærds karakter, denne adfærds faktiske indvirkning på zinkphosphatmarkedet og det forhold, at den dækkede hele fællesmarkedet og efter EØS-aftalens indgåelse hele EØS (betragtning 300 til den anfægtede beslutning). Uafhængigt af overtrædelsens meget alvorlige karakter har Kommissionen forklaret, at den ville tage hensyn til produktmarkedets begrænsede størrelse (betragtning 303 til den anfægtede beslutning).

13 Kommissionen anvendte »differentieret behandling« med hensyn til de pågældende virksomheder, dels for at tage hensyn til deres reelle økonomiske mulighed for at skade konkurrencen i væsentlig grad, dels for at fastsætte bøden på en størrelse, som sikrer, at den har afskrækkende virkning (betragtning 304 til den anfægtede beslutning). Med dette formål inddelte den de berørte virksomheder i to kategorier efter deres »relative betydning på det relevante marked«. Den støttede sig herved på den omsætning, som hver af disse virksomheder opnåede i EØS i det sidste år, overtrædelsen fandt sted, ved salget af det pågældende produkt, og den tog hensyn til, at sagsøgeren, Britannia (Trident fra den 15.3.1997), SNCZ og Union Pigments var »de største producenter af zinkphosphat i EØS med nogenlunde lige store markedsandele på over eller omkring 20%« (betragtning 307 og 308 til den anfægtede beslutning). Sagsøgeren blev ligesom Britannia, SNCZ, Trident og Union Pigments placeret i den første kategori (»udgangspunkt« på 3 mio. EUR). James Brown, hvis markedsandel var »væsentligt mindre«, blev placeret i den anden kategori (»udgangspunkt« på 750 000 EUR) (betragtning 308 og 309 til den anfægtede beslutning).

14 Med hensyn til faktoren vedrørende varigheden antog Kommissionen, at den overtrædelse, der kunne tilregnes sagsøgeren, var af »middellang« varighed, da den havde varet fra den 24. marts 1994 til den 13. maj 1998 (betragtning 310 til den anfægtede beslutning). Den forhøjede derfor sagsøgerens udgangspunkt med 40% og nåede således til et »grundbeløb« på 4,2 mio. EUR (betragtning 310 og 313 til den anfægtede beslutning).

15 Dernæst fandt Kommissionen, at der ikke skulle lægges skærpende eller formildende omstændigheder til grund i det foreliggende tilfælde (betragtning 314-336 til den anfægtede beslutning). Den forkastede desuden argumenterne om den »vanskelige økonomiske situation«, på baggrund af hvilken kartellet fandt sted, og de berørte virksomheders specifikke karakteristika (betragtning 337-343 til den anfægtede beslutning). Kommissionen fastsatte derfor bøden til 4,2 mio. EUR »før eventuel anvendelse af samarbejdsmeddelelsen« for sagsøgerens vedkommende (betragtning 344 til den anfægtede beslutning).

16 I øvrigt har Kommissionen henvist til den grænse, som den bøde, der skal pålægges hver af de berørte virksomheder, ifølge artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 ikke kunne overstige. Sagsøgerens bødebeløb før anvendelse af samarbejdsmeddelelsen blev ikke påvirket af dette loft (betragtning 345 til den anfægtede beslutning).

17 Endelig har Kommissionen indrømmet sagsøgeren en nedsættelse på 10% i henhold til samarbejdsmeddelelsen i betragtning af, at virksomheden i sit svar på meddelelsen af klagepunkter havde anført, at den på ingen væsentlige punkter bestred de faktiske omstændigheder, der var beskrevet i meddelelsen (betragtning 360, 363 og 366 til den anfægtede beslutning). Den endelige størrelse af den bøde, der er pålagt sagsøgeren, var således 3,78 mio. EUR (betragtning 370 til den anfægtede beslutning).

Retsforhandlinger og parternes påstande

18 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 28. februar 2002 har sagsøgeren anlagt nærværende sag.

19 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Femte Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling og som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse anmodet parterne om at fremlægge en række dokumenter og at besvare en række skriftlige spørgsmål. Parterne har efterkommet anmodningerne.

20 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Retten under det retsmøde, der blev afholdt den 1. juli 2004.

21 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Principalt annulleres den anfægtede beslutnings artikel 3, litra b).

— Subsidiært nedsættes den pålagte bøde.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

22 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

A — Ulovlighedsindsigelsen

1. *Parternes argumenter*

23 Sagsøgeren gør gældende, at den anfægtede beslutnings artikel 3, litra b), er en nullitet, idet den heri fastsatte bøde er beregnet på grundlag af retningslinjerne, som er i strid med artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17.

24 Sagsøgeren anfører, at denne ulovlighedsindsigelse kan antages til realitetsbehandling, og at Kommissionens argument, hvorefter det forhold, at retningslinjerne måtte være retsstridige, ikke ville medføre annullation af den anfægtede beslutning, idet denne alene har hjemmel i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, bør forkastes.

25 For så vidt angår realiteten gør sagsøgeren for det første gældende, at artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 skal opfattes således, at bestemmelsen indeholder en generel forpligtelse til at foretage beregning af bøder i forhold til de berørte virksomheders omsætning. Denne er den eneste fremgangsmåde, som tager hensyn til den omhandlede virksomheds økonomiske formåen. Retningslinjerne tager udgangspunkt i overordnede bødekategorier, der er fastsat uafhængigt af omsætning og dermed uafhængigt af den omhandlede virksomheds økonomiske styrke. De indeholder navnlig bestemmelse om et fast beløb på mindst 20 mio. EUR for overtrædelser, der er kvalificeret som »meget alvorlige«, uanset den berørte virksomheds størrelse.

26 Denne overtrædelse foreligger uafhængigt af den omstændighed, at retningslinjerne tillader, at der sondres under hensyn til visse faktorer, herunder den begåede overtrædelses karakter, den overtrædende virksomheds faktiske økonomiske muligheder for at påføre andre erhvervsdrivende alvorlig skade eller det relevante markeds begrænsede betydning. En sådan sondring kan kun foretages inden for de kategorier, der er fastsat i retningslinjerne.

27 For så vidt angår Kommissionens argument, hvorefter en virksomheds økonomiske formåen, navnlig som den kommer til udtryk i form af dens samlede omsætning, blot er et af de kriterier, Kommissionen skal tage i betragtning, indvender sagsøgeren, at virksomheden ikke anfægter, at flere kriterier kan tages i betragtning, men kritiserer, at Kommissionen ikke har gjort dette i sagsøgerens favør. Det følger af retspraksis, at retningslinjerne ikke er til hinder for, at de pågældende virksomheders samlede omsætning eller deres omsætning på markedet for det relevante produkt »tages i betragtning ved fastsættelsen af bødens størrelse med henblik på at overholde fællesskabsrettens almindelige principper, når omstændighederne gør det påkrævet« (Rettens dom af 20.3.2002, sag T-23/99, LR AF 1998 mod Kommissionen, Sml. II, s. 1705, præmis 283).

28 Sagsøgeren fremfører for det andet, at retningslinjerne anvender en beregningsmetode, der ikke tager hensyn til størrelsen på små og mellemstore virksomheder (SMV'er), som sagsøgeren, idet bødernes størrelse beregnes på grundlag af beløb fastsat i absolutte tal. Sagsøgeren bemærker, at selskabets omsætning udgjorde 71 mio. EUR i 2000, og at selskabet på det europæiske marked for standardzinkphosphat kun opnåede en omsætning på 3,48 mio. EUR i 2000, nemlig ca. 4,9% af selskabets samlede omsætning. Sagsøgeren tilføjer, at kun en mindre gruppe på ikke over seks personer, støttet af et antal medarbejdere, var ansvarlige for den på dette marked opnåede omsætning. Sagsøgeren opnåede stort set ingen fortjeneste af dette produkt og led faktisk ofte tab.

29 Grundbeløbene, herunder beløbet på mindst 20 mio. EUR for overtrædelser, der er kvalificeret som »meget alvorlige«, anvendes selv hvis de berørte virksomheder er

SMV'er. Følgen af dette »faste beløb« er i denne sag, at den bøde, der er pålagt sagsøgeren, er væsentligt højere i forhold til den samlede omsætning end dem, der er blevet pålagt i andre sager, der er sammenlignelige for så vidt angår overtrædelsens grovhed. Til støtte for dette argument henviser sagsøgeren til adskillige af Kommissionens beslutninger, i hvilke denne har pålagt bøder, der er forholdsvis lavere (Kommissionens beslutning 98/273/EF af 28.1.1998 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 (IV/35.733 — VW) (EFT L 124, s. 60, herefter »Volkswagen-beslutningen«), Kommissionens beslutning 1999/210/EF af 14.10.1998 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 (sag IV/F-3/33.708 — British Sugar plc, sag IV/F-3/33.709 — Tate & Lyle plc, sag IV/F-3/33.710 — Napier Brown & Company Ltd, sag IV/F-3/33.711 — James Budgett Sugars Ltd) (EFT 1999 L 76, s. 1, herefter »British Sugar-beslutningen«), Kommissionens beslutning 1999/60/EF af 21.10.1998 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 (IV/35.691/E-4 — Præisolerede rør) (EFT 1999 L 24, p. 1, herefter »præisolerede rør-beslutningen«)). Således er den bøde, som er pålagt sagsøgeren, op til 280 gange større, i forhold til sagsøgerens omsætning, end den, som blev fastsat i British Sugar-beslutningen. Retningslinjerne er med andre ord ulovlige, idet de, i sager, der er sammenlignelige for så vidt angår grovheden, fører til bøder, der ikke står i forhold til omsætningen.

30 Som svar på Kommissionens argument, hvorefter denne tog sagsøgerens størrelse i betragtning ved at fastsætte udgangspunktet til 3 mio. EUR (jf. præmis 13 ovenfor) og ikke 20 mio. EUR, gør sagsøgeren gældende, at fremgangsmåden med »faste beløb« ikke desto mindre har en indvirkning på de pålagte bøder og fører til uforholdsmæssige bøder.

31 Sagsøgeren gør for det tredje gældende, at den forhøjelse af grundbeløbet som følge af overtrædelsens varighed, som er hjemlet i retningslinjerne, også er ulovlig. Visse overtrædelser, navnlig kvoteaftaler, strækker sig på grund af deres art over flere år. Denne lange varighed er allerede blevet straffet, når overtrædelsen er blevet kvalificeret som meget alvorlig. Ved at fastsætte forhøjelser for overtrædelser på grund af deres varighed, har retningslinjerne således den virkning, at den omhandlede virksomhed pålægges dobbelt straf.

32 Indledningsvis udtrykker Kommissionen tvivl om, hvorvidt ulovlighedsindsigelsen kan antages til realitetsbehandling, eftersom retningslinjerne ikke udgør den retlige hjemmel for den anfægtede beslutning. Selv om Kommissionen har benyttet den fremgangsmåde, som følger af retningslinjerne, ved beregning af de omhandlede bøder, forholder det sig ikke desto mindre således, at artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 er det eneste retsgrundlag for disse bøder. Selv om retningslinjerne måtte blive fundet ulovlige, ville dette ikke medføre, at den anfægtede beslutning ville være ulovlig.

33 Vedrørende realiteten mener Kommissionen, at det følger af Rettens domme af 20. marts 2002 om kartellet vedrørende præisolerede rør, at retningslinjerne ikke er i strid med artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 (Rettens domme af 20.3.2002, sag T-9/99, HFB m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1487, sag T-15/99, Brugg Rohrsysteme mod Kommissionen, Sml. II, s. 1613, sag T-16/99, Løgstør Rør mod Kommissionen, Sml. II, s. 1633, sag T-17/99, KE KELIT mod Kommissionen, Sml. II, s. 1647, sag T-21/99, Dansk Rørindustri mod Kommissionen, Sml. II, s. 1681, sag T-28/99, Sigma Tecnologie mod Kommissionen, Sml. II, s. 1845, sag T-31/99, ABB Asea Brown Boveri mod Kommissionen, Sml. II, s. 1881, og, navnlig, dommen i sagen LR AF 1998 mod Kommission, præmis 223-232 og 278-291). Derfor må denne ulovlighedsindsigelse afvises som ubegrundet.

34 Kommissionen bestrider navnlig, at sagsøgerens argument — hvorefter Kommissionen burde have taget sagsøgerens beskedne omsætning i betragtning, og at Kommissionen ikke anvendte det forhold mellem den samlede omsætning og bøde, som fremgår af andre beslutninger — skulle være velbegrundet. For så vidt angår sammenligningen med British Sugar-beslutningen bemærker Kommissionen, at sagsøgeren tilsyneladende mener, at Kommissionen enten burde have fastsat udgangspunktet for så vidt angår overtrædelsens grovhed til 18 mio. EUR (udgangspunktet i British Sugar) ganget med 280, dvs. 5,04 mia. EUR, eller at Kommissionen burde have divideret udgangspunktet i sagsøgerens sag på 3 mio. EUR med 280, hvorved man ville være nået til et udgangspunkt på 10 000 EUR. Sagsøgeren glemmer, at Kommissionen i overensstemmelse med retspraksis under alle omstændigheder skal fastsætte et beløb, der har en tilstrækkelig afskrækkende virkning.

2. *Rettens bemærkninger*

35 Det skal indledningsvis bemærkes, at selv om retningslinjerne ikke udgør den retlige hjemmel for den anfægtede beslutning, der er hjemlet i forordning nr. 17, fastlægger de generelt og abstrakt den metode, som Kommissionen har pålagt sig selv at anvende med henblik på fastsættelsen af bødestørrelsen (dommen i sagen LR AF 1998 mod Kommissionen, præmis 274). I betragtning af de retsvirkninger, som vejledende regler såsom retningslinjerne kan fremkalde, og henset til, at disse indeholder bestemmelser af generel rækkevidde, der uomtvisteligt er blevet anvendt af Kommissionen i den anfægtede beslutning, må det fastslås, at der består en direkte forbindelse mellem denne beslutning og retningslinjerne. Det følger heraf, at ulovlighedsindsigelsen kan antages til realitetsbehandling.

36 Sagsøgeren gør gældende, at retningslinjerne er ulovlige, fordi de, i strid med ordlyden af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, der ifølge sagsøgeren bestemmer, at bøder skal beregnes i forhold til de berørte virksomheders omsætning, tager udgangspunkt i overordnede bødekategorier, der er fastsat uafhængigt af omsætningen. Den omstændighed, at sagsøgeren falder under betegnelsen SMV, bliver således ikke taget i betragtning. Endvidere bliver overtrædelsens varighed taget i betragtning to gange af retningslinjerne.

37 I modsætning til, hvad sagsøgeren gør gældende, går retningslinjerne ikke ud over den retlige ramme for sanktioner, der er fastsat i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17. Den almindelige fremgangsmåde for bødeudmålingen, der er angivet i retningslinjerne, hviler på de to kriterier, der nævnes i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, dvs. overtrædelsens grovhed og varighed under hensyntagen til det maksimum, der ved samme bestemmelse er fastsat i forhold til den enkelte virksomheds omsætning (dommen i sagen LR AF 1998 mod Kommissionen, præmis 231 og 232, og Rettens dom af 29.4.2004, forenede sager T-236/01, T-239/01, T-244/01 — T-246/01, T-251/01 og T-252/01, Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1181, præmis 189 og 190).

38 Retningslinjerne udgør en beskrivelse, foretaget af Kommissionen, af den måde, hvorpå den bedømmer elementerne vedrørende grovhed og varighed, og dens fremgangsmåde ved bedømmelse af overtrædelser under henvisning til deres art og de relevante omstændigheder. Artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 kræver ikke, at bødebeløbet skal være proportionalt med den berørte virksomheds omsætning. Det fremgår blot, at såfremt bøden overstiger 1 mio. EUR, må den ikke overstige den øvre grænse på 10% af den omhandlede virksomheds omsætning (jf. dommen i sagen LR AF 1998 mod Kommissionen, præmis 278).

39 I øvrigt tillader retningslinjerne Kommissionen at tage SMV'ers særlige situation, i forhold til virksomheder, der på det relevante marked eller i alt har en større omsætning, i betragtning, når omstændighederne tilsiger det. Retten har i denne forbindelse tidligere fastslået, at der i forbindelse med anvendelsen af retningslinjerne kan tages hensyn til de berørte virksomheders omsætning ved bedømmelsen af de overtrædende virksomheders faktiske økonomiske muligheder for at påføre andre erhvervsdrivende alvorlig skade og med henblik på at give bøden en tilstrækkelig afskrækkende virkning, eller når der tages hensyn til, at store virksomheder for det meste råder over en infrastruktur med en juridisk-økonomisk ekspertise, som sætter dem i stand til bedre at vurdere, om deres adfærd er ulovlig, og de konkurrenceretlige konsekvenser af adfærden. De berørte virksomheders omsætning kan også tages i betragtning ved fastlæggelsen af dens specifikke vægt og dermed de faktiske konkurrencemæssige konsekvenser af den rolle, som hver enkelt virksomhed har spillet som led i overtrædelsen, navnlig når der er tale om betydelige størrelsesforskelle mellem virksomheder, der har begået en overtrædelse af samme art. Virksomhedernes omsætning kan ligeledes give oplysning om de overtrædende virksomheders eventuelle økonomiske eller finansielle fordele af overtrædelsen og om andre særlige kendetegn ved disse virksomheder, som efter omstændighederne bør tages i betragtning (jf. dommen i sagen Løgstør Rør mod Kommissionen, præmis 295 og 296, og i sagen Dansk Rørindustri mod Kommissionen, præmis 203).

40 For så vidt angår sagsøgerens anbringende, hvorefter retningslinjerne er i strid med artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, fordi de indeholder bestemmelse om et fast beløb på mindst 20 mio. EUR for meget alvorlige overtrædelser, selv hvis den berørte

virksomhed falder under betegnelsen SMV, bemærkes det, at de i retningslinjerne fastsatte grundbeløb alene er »påregnelige« (punkt 1 A). Det står således Kommissionen frit for at fastsætte et grundbeløb på mindre end 20 mio. EUR. Selv om sagsøgeren således begik en meget alvorlig overtrædelse i denne sag, har Kommissionen fastsat udgangspunktet for sin bøde til 3 mio. EUR, hvilket er et betydeligt mindre beløb end det beløb på 20 mio. EUR, der i henhold til retningslinjerne er påregneligt for meget alvorlige overtrædelser (betragtning 309 til den anfægtede beslutning).

41 For så vidt angår sagsøgerens argument, hvorefter retningslinjerne fører til pålæggelse af større bøder, i forhold til omsætning, end dem, der er blevet pålagt andre virksomheder i tidligere, sammenlignelige sager, skal det fremhæves, at Kommissionens tidligere beslutningspraksis ikke i sig selv kan bruges som retlig ramme for bøderne på konkurrenceområdet (dommen i sagen LR AF 1998 mod Kommissionen, præmis 234). Den omstændighed, at Kommissionen tidligere har pålagt bøder af en bestemt størrelsesorden i tilfælde af visse typer overtrædelser, kan ikke berøve den muligheden for at forhøje dette niveau inden for de i forordning nr. 17 angivne rammer, hvis det er nødvendigt for at gennemføre Fællesskabets konkurrencepolitik (Domstolens dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825, præmis 109, og Rettens dom af 14.5.1998, sag T-304/94, Europa Carton mod Kommissionen, Sml. II, s. 869, præmis 89).

42 I det omfang Kommissionen pålægger virksomheder, der er indblandet i den samme overtrædelse, bøder, som er berettigede, når henses til overtrædelsens grovhed og varighed, kan den ikke kritiseres for, at bødebeløbet for visse af disse virksomheder er større, i forhold til omsætning, end for andre virksomheder i tidligere sager (jf., tilsvarende, dommen i sagen LR AF 1998 mod Kommissionen, præmis 278).

43 Det skal tilføjes, at overtrædelsernes grovhed skal fastslås på grundlag af en lang række forhold, herunder bl.a. sagens særlige omstændigheder, dens sammenhæng og bødernes afskrækkende virkning, uden at der er opstillet en bindende eller

udtømmende liste over de kriterier, som obligatorisk skal tages i betragtning (Domstolens dom af 17.7.1997, sag C-219/95 P, Ferriere Nord mod Kommissionen, Sml. I, s. 4411, præmis 33, og dommen i sagen LR AF 1998 mod Kommissionen, præmis 236). De relevante omstændigheder, som f.eks. de pågældende markeder, produkter, lande, virksomheder og perioder, er imidlertid forskellige for hver sag. Det følger heraf, at Kommissionen ikke kan være forpligtet til at pålægge bøder, der udgør samme forholdsmæssige del af omsætningen i alle sager, der er sammenlignelige med hensyn til grovheden (Rettens dom af 13.1.2004, sag T-67/01, JCB Service mod Kommissionen, Sml. II, s. 49, præmis 187-189).

44 Det skal under alle omstændigheder bemærkes, at de i retningslinjerne fastsatte »faste« beløb alene er vejledende, og at de således derfor ikke i sig selv kan give anledning til en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet.

45 For så vidt angår sagsøgerens argument, hvorefter retningslinjerne fører til, at spørgsmålet om overtrædelsens varighed tages i betragtning to gange, bemærkes, at der ifølge artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 udtrykkeligt skal tages hensyn til »både overtrædelsens alvorlighed og dens varighed« ved fastsættelsen af bøden. I lyset heraf og selv om det antages, at visse overtrædelser på grund af deres art er beregnet på længere varighed, kan det ikke forbydes Kommissionen at tage hensyn til den reelle varighed i hvert enkelt konkret tilfælde. Således er den skadelige virkning af karteller, som, skønt den omstændighed, at de er tiltænkt længere varighed, opdages af Kommissionen eller angives af en deltager, efter at de kun har fungeret i kort tid, nødvendigvis mindre end i tilfældet, hvor kartellerne faktisk fungerer i lang tid. Det følger heraf, at der i alle tilfælde skal sondres mellem en overtrædelses varighed og grovhed, således som den fremgår af dens art (jf. i denne retning dommen i sagen Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, præmis 259).

46 Som følge heraf bør ulovlighedsindsigelsen forkastes.

B — *Anbringenderne til støtte for annullationspåstanden*

47 Sagsøgeren gør fem anbringender gældende. Det første anbringende vedrører en tilsidesættelse af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og retningslinjerne. Det andet anbringende vedrører en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet. Det tredje anbringende vedrører en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet. Det fjerde anbringende vedrører en tilsidesættelse af artikel 7 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (herefter »EMRK«). Det femte anbringende vedrører en tilsidesættelse af artikel 253 EF.

1. *Det første anbringende om en tilsidesættelse af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og retningslinjerne*

48 Sagsøgeren gør gældende, at såfremt det lægges til grund, at retningslinjerne er retmæssige, må det konkluderes, at Kommissionen har anvendt dem urigtigt. Ifølge sagsøgeren tilsidesætter den anfægtede beslutnings artikel 3, litra b), såvel artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 som retningslinjerne. Dette anbringende består af tre led, ved hvilke sagsøgeren gør gældende, at:

— Kommissionen har foretaget urigtig bedømmelse af overtrædelsens grovhed.

— Kommissionen har undladt at tage den omstændighed i betragtning, at kun en mindre del af sagsøgerens omsætning giver anledning til overtrædelse af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og retningslinjerne.

— Kommissionen har ikke taget sagsøgerens økonomiske formåen i betragtning.

a) Det første led om en urigtig vurdering af overtrædelsens grovhed

49 Ifølge sagsøgeren er det overtrædelsens grovhed, der i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 er bestemmende for beregningen af bøden. I denne sag var Kommissionens kvalificering af overtrædelsen som »meget alvorlig« som følge af dens art og dens virkninger på markedet (betragtning 300 til den anfægtede beslutning) urigtig. Sagsøgeren fremfører, at Kommissionen dels undlod at tage alle relevante omstændigheder, navnlig overtrædelsens begrænsede karakter, i betragtning, dels undlod at foretage en korrekt analyse af de omstændigheder, den tillagde betydning. Hvis Kommissionen havde foretaget en korrekt bedømmelse af overtrædelsen, ville den nødvendigvis have pålagt sagsøgeren en mindre bøde.

50 Dette første led af det første anbringende omfatter fire klagepunkter vedrørende den omstændighed, at Kommissionen har foretaget en urigtig bedømmelse af:

— overtrædelsens art

— overtrædelsens virkning på markedet

— krisen i zinkphosphatsektoren som formildende omstændighed

— den omstændighed, at overtrædelsen adskiller sig fra andre karteller, der er kvalificeret som meget alvorlige.

Overtrædelsens art

— Parternes argumenter

51 Sagsøgeren gør gældende, at overtrædelsen burde have været kvalificeret som moderat af Kommissionen, og at en mindre bøde således burde have været pålagt. Sagsøgeren medgiver, at kartellet udgjorde en alvorlig overtrædelse af konkurrenceretten, men mener dog, at risikoen for konkurrencen var forholdsvis begrænset, når henses til kartellets moderate aspekter. Sagsøgeren anfører, at det følger af fast retspraksis, »at der ved fastsættelsen af bødernes størrelse skal tages hensyn til alle de momenter, der indgår i vurderingen af overtrædelsernes grovhed« (Rettens dom af 15.3.2000, forenede sager 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 og T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 491, præmis 4949, og dommen i sagen Musique diffusion française m.fl. mod Kommission, præmis 120 og 129). Tidligere fulgte Kommissionen denne retspraksis. Derimod har Kommissionen i denne sag, selv om den i meddelelsen af klagepunkter har anerkendt tilstedeværelsen af omstændigheder, der godtgjorde overtrædelsens moderate karakter, efter en åbenbar kursændring i sin bødepolitik, atter skjult disse omstændigheder i den anfægtede beslutning. I øvrigt har Kommissionen i sit svarskrift ændret standpunkt for så vidt angår betydningen af de moderate aspekter. Kommissionen medgav, at disse aspekter havde betydning for dens analyse af overtrædelsens alvor, men at de ikke ændrede noget ved den omstændighed, at overtrædelsen måtte kvalificeres som »meget alvorlig«.

52 Herefter anfører sagsøgeren grundene til, at overtrædelsen ifølge virksomheden ikke burde have været kvalificeret som »meget alvorlig«.

53 Sagsøgeren gør for det første gældende, at overtrædelsen består i en uformel aftale, som ikke var ledsaget af nogen særlig gennemførelsesforanstaltning fra de berørte virksomheder. Selv om Kommissionen anerkendte dette forhold i meddelelsen af

klagepunkter, nedsatte den alligevel ikke bøden i den anfægtede beslutning. I modsætning hertil pålagde Kommissionen i sin polypropylen-beslutning en mindre bøde under hensyn til den omstændighed, at de berørte virksomheder ikke havde vedtaget nogen gennemførelsesforanstaltning (Kommissionens beslutning 86/398/EØF af 23.4.1986 vedrørende en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/31.149 — Polypropylen) (EFT L 230, p. 1, herefter »polypropylen-beslutningen«), betragtning 108). Ifølge sin natur har en overtrædelse mindre skadevirkning på markedet, når der ikke er nogen gennemførelsesforanstaltning. Sagsøgeren afviser, at Kommissionens argument, hvorefter denne sag adskiller fra den, der førte til polypropylen-beslutningen, fordi parterne i nærværende aftaler var underlagt pres, der havde samme funktion og virkning som en formel gennemførelsesforanstaltning, skulle være velbegrundet. Sagsøgeren er af den opfattelse, at den omstændighed, at der hverken i polypropylen-sagen eller i denne sag var fastsat nogen bindende foranstaltning, som kunne sikre efterlevelse af kvoterne, er et afgørende forhold.

54 Som svar på argumentet, hvorefter Kommissionen ikke er forpligtet til at tage sin tidligere praksis i betragtning, gør sagsøgeren gældende, at Kommissionen ifølge retspraksis er forpligtet til at tage alle de momenter, der indgår i vurderingen af overtrædelsernes grovhed, i betragtning (dommen i sagen Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, præmis 4949). Kommissionen måtte således ikke »vilkårligt og uden afgørende grunde« undlade at tage de kriterier, som den i tidligere beslutninger har fundet relevante for bedømmelsen af overtrædelsens grovhed, i betragtning. Kommissionen har i øvrigt foretaget en urigtig gengivelse af Rettens dom af 14. maj 1998, Mayr-Melnhof mod Kommissionen (sag T-347/94, Sml. II, s. 1751). Sagsøgeren anerkender, at Retten i denne dom fastslog, at »det forhold, at Kommissionen i sin tidligere beslutningspraksis har fundet, at visse forhold udgjorde formildende omstændigheder ved fastsættelsen af bødens størrelse, [ikke] medfører [...], at Kommissionen også er forpligtet til at anlægge samme bedømmelse i en senere beslutning« (præmis 368). Det er imidlertid sagsøgerens opfattelse, at dette udsagn ikke har indvirkning på Kommissionens forpligtelse til at tage alle relevante forhold i betragtning. Sagsøgeren bemærker, at fraværet af gennemførelsesforanstaltninger, fraværet af hindringer for konkurrencen mellem staterne (jf. præmis 56 nedenfor) og den sekundære rolle, som priserne spillede (jf. præmis 57 nedenfor), er forhold, som er væsentlige for en korrekt bedømmelse af overtrædelsens grovhed. Sagsøgeren tilføjer, at Kommissionen har set bort fra alle de forhold, der var til fordel for de berørte virksomheder, uanset at de var væsentlige for bedømmelsen af overtrædelsens grovhed. Sagsøgeren bemærker, at i den sag, der

gav anledning til dommen i sagen Mayr-Melnhof mod Kommissionen, var der en krise i sektoren, der blev tillagt særlig betydning som en formildende omstændighed eller som objektivt forhold i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i retningslinjernes punkt 5, og som er mindre væsentlig for bedømmelsen af overtrædelsens grovhed end de af sagsøgeren i denne sag påberåbte forhold. Sagsøgeren anfægter i øvrigt, at dommen i sagen LR AF 1998 mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 27, skulle tillade Kommissionen at se bort fra sin tidligere beslutningspraksis. Rettens konstateringer i nævnte dom var et svar på en påstand fremsat af LR AF 1998, hvorefter en fravigelse af det tidligere bødeniveau, der hidrørte fra retningslinjerne, udgjorde en ændring af den retlige ramme, der fastlægger de bøder, som kan pålægges. Denne dom tillader ikke Kommissionen at se bort fra forhold, der er relevante for bedømmelsen af overtrædelsens grovhed.

55 For så vidt angår Kommissionens argument, hvorefter Retten i sin dom af 14. maj 1998, Enso Española mod Kommissionen (sag T-348/94, Sml. II, s. 1875), har fastslået, at det forhold, at der ikke blev truffet foranstaltninger med henblik på at kontrollere gennemførelsen, ikke i sig selv kan udgøre en formildende omstændighed, bemærker sagsøgeren, at denne retspraksis ikke har betydning for bedømmelsen af overtrædelsens grovhed. Sagsøgeren tilføjer, at Retten i sin dom af 17. december 1991, Enichem Anic mod Kommissionen (sag T-6/89, Sml. II, s. 1623, præmis 269-271), fastslog, at det forhold, at der ikke blev truffet foranstaltninger med henblik på at kontrollere gennemførelsen, udgjorde en formildende omstændighed.

56 Sagsøgeren gør for det andet gældende, at de af kartellet fastsatte kvoter alene blev etableret på europæisk plan. De berørte virksomheder gjorde ikke forsøg på at fastsætte landekvoter, og der blev således ikke foretaget opdeling af de nationale markeder. Risikoen for konkurrencen var således allerede fra begyndelsen begrænset. Sagsøgeren hævder, at Kommissionen, i modsætning til beslutning 94/815/EF af 30. november 1994 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 (sag IV/33.126 og 33.322 — Cement) (EFT L 343, s. 1, herefter »cementbeslutningen«), hvor den tillagde det forhold særlig betydning, at de berørte virksomheder havde fastsat landekvoter og således havde opdelt de nationale markeder, ikke har taget denne omstændighed i betragtning i denne sag ved fastsættelsen af bødens størrelse.

57 For det tredje har prisaftalen i modsætning til andre overtrædelser, der er kvalificeret som »meget alvorlige«, spillet en sekundær rolle. Sagsøgeren indrømmer, at priserne blev nævnt på talrige møder, men bemærker, at drøftelserne vedrørende dette emne, navnlig ved overtrædelsens begyndelse, begrænsede sig til klager over det lave prisniveau og prisforskelle mellem medlemsstaterne. De håndskrevne notater fra møderne i 1994 og 1995 indeholder ingen oplysninger om priser, da der ikke blev foretaget prisfastsættelse ved kartellets begyndelse. Sagsøgeren bemærker, som Kommissionen nævner i punkt 99 i meddelelsen af klagepunkter, at kartellet var baseret på princippet »udelukkende kvantitet, ikke pris«. Mindstepriser blev dog fastsat. Sagsøgeren tilføjer, at de berørte virksomheder alene fastsatte vejledende priser, og at sådanne priser, som anerkendt af Kommissionen, efter deres natur har mindre vidtgående virkninger end faste priser. Sagsøgeren bemærker, at selskabet ikke anfægter de faktiske omstændigheder, men bedømmelsen heraf.

58 Sagsøgeren kritiserer Kommissionens konstatering, hvorefter der ikke er nogen egentlig gradsforskel mellem kartellet i denne sag og andre karteller, hvor der blev indgået specifikke aftaler om prisfastsættelse og kvoter med effektive gennemførelsesforanstaltninger. Sagsøgeren fastholder, at risikoen for begrænsning af konkurrencen og hindring af integration er betydeligt lavere i denne sag.

59 Sagsøgeren gør for det fjerde gældende, at der, med undtagelse af en enkelt kunde, Tekno Winter, og en enkelt lejlighed, hvor James Brown blev tildelt nogle små virksomheder i Det Forenede Kongerige, ikke blev foretaget tildeling af kunder.

60 Kommissionen bemærker, at sagsøgeren ikke gør gældende, at den har overtrådt rammerne for sit skøn, eller at den har begået andre fejl ved sin bedømmelse. Sagsøgeren gør blot gældende, at Kommissionen »vilkårligt og uden afgørende grunde« har fraveget sin tidligere beslutningspraksis.

61 Kommissionen bemærker, at den i overensstemmelse med de i retspraksis fastsatte principper har taget alle relevante forhold i betragtning ved bedømmelsen af overtrædelsens art, og at den på grund af sin art måtte kvalificeres som »meget alvorlig«.

62 Det er Kommissionens opfattelse, at sagsøgeren har misforstået den relevante retspraksis. Kommissionen medgiver, at den er forpligtet til at tage alle relevante forhold i betragtning, men fastslår, at retspraksis ikke kræver, at visse faktiske omstændigheder, navnlig dem, der er blevet påberåbt af sagsøgeren i det foreliggende tilfælde, automatisk skal føre til en nedsættelse af udgangspunktet for bøden. Det følger af retspraksis, at der ikke findes nogen bindende eller udtømmende liste over kriterier, der skal tages i betragtning. I øvrigt afhænger betydningen af hvert kriterium ved bedømmelsen af overtrædelsens grovhed af sagens omstændigheder.

63 Herefter undersøger Kommissionen spørgsmålet om kartellets påståede moderate aspekter, som sagsøgeren har gjort gældende, og konkluderer, at disse ikke gør overtrædelsen mindre grov. Kommissionen fremhæver i denne forbindelse, at den ikke er underlagt nogen forpligtelse til at følge sin tidligere beslutningspraksis.

— Rettens bemærkninger

64 Det skal indledningsvis bemærkes, at sagsøgeren alene søger at få bøden annulleret eller at få nedsat dens størrelse. Sagsøgeren anfægter ikke den anfægtede beslutnings artikel 1 og anerkender således, at Kommissionens konklusioner vedrørende sagsøgerens deltagelse i kartellet og overtrædelsen af artikel 81 EF er velbegrundede. Sagsøgeren har i sit skriftlige svar på meddelelsen af klagepunkter anført, at denne på ingen væsentlige punkter bestrider de faktiske omstændigheder, der er beskrevet i meddelelsen, og blev derfor indrømmet en nedsættelse af bøden på 10% i henhold til meddelelsen om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (betragtning 360 og 363 til den anfægtede beslutning).

65 Herefter må sagsøgerens argument, hvorefter Kommissionen i den anfægtede beslutning har skjult alle de forhold, der kan begrunde overtrædelsens moderate karakter, og som er nævnt i meddelelsen af klagepunkter, afvises. Kommissionen har taget alle sagens omstændigheder i betragtning i den anfægtede beslutning. I modsætning til, hvad sagsøgeren gør gældende, er Kommissionens tilkendegivelse, hvorefter »aftalen om salg og kvoter havde karakter af en uformel aftale, for hvilken medlemmerne ikke anvendte nogen særlig gennemførelsesforanstaltning« (punkt 67 i meddelelsen af klagepunkter), indholdsmæssigt gengivet i betragtning 72 til den anfægtede beslutning. Den tilkendegivelse, som sagsøgeren tilskriver Kommissionen, selv om den faktisk hidrører fra Union Pigments, hvorefter kartellet var baseret på princippet »udelukkende kvantitet, ikke pris« (punkt 99 i meddelelsen om klagepunkter), er gengivet i betragtning 104 til den anfægtede beslutning. Endvidere tog Kommissionen den omstændighed i betragtning, at kvoterne alene anvendtes på europæisk plan, og at de berørte virksomheder ikke opdelte deres respektive nationale markeder (betragtning 267 og 273 til den anfægtede beslutning). Kommissionen har ligeledes taget hensyn til argumentet, hvorefter kun en enkelt kunde blev tildelt blandt kartellets medlemmer (betragtning 270 og 277). I øvrigt har Kommissionen, i modsætning til, hvad sagsøgeren hævder, forholdt sig til virksomhedens argumenter i den anfægtede beslutning (betragtning 104, 274 og 290-298).

66 Det bemærkes endvidere, at det følger af fast retspraksis, at der ved bedømmelsen af overtrædelsens grovhed skal tages hensyn til arten af konkurrencebegrænsningerne (jf. Rettens dom af 9.7.2003, sag T-224/00, Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen, Sml. II, s. 2597, præmis 117 og den deri nævnte retspraksis).

67 Sagsøgeren bestrider ikke, at kartellet fastsatte priser og indførte kvoter på europæisk plan, og at det foretog tildeling af mindst en kunde. Det bemærkes i denne forbindelse, at de første eksempler på karteller, som nævnes i artikel 81, stk. 1, litra a), b) og c), EF, som udtrykkeligt erklæres uforenelige med fællesmarkedet, netop er karteller, som består i:

»a) direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser eller af andre forretningsbetingelser

b) begrænsning af eller kontrol med produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investeringer

c) opdeling af markeder eller forsyningskilder

[...]«

68 Derfor er overtrædelser af denne type, navnlig sådanne, som vedrører horisontale aftaler, af retspraksis kvalificeret som »særlig alvorlige« (Rettens dom af 11.3.1999, sag T-141/94, Thyssen Stahl mod Kommissionen, Sml. II, s. 347, præmis 675), eller »åbenbare overtrædelser af Fællesskabets konkurrenceregler« (Rettens dom af 6.4.1995, sag T-148/89, Tréfilunion mod Kommissionen, Sml. II, s. 1063, præmis 109, og af 14.5.1998, sag T-311/94, BPB de Eendracht mod Kommissionen, Sml. II, s. 1129, præmis 303 og 338).

69 Det skal endvidere bemærkes, at »meget alvorlige« overtrædelser i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i retningslinjerne, hovedsageligt består i »horisontale begrænsninger såsom priskarteller og markedsopdelende karteller samt andre former for praksis, der er til skade for det indre marked, såsom begrænsninger, der tager sigte på at isolere nationale markeder eller klare tilfælde af misbrug af en dominerende stilling begået af virksomheder, der har en monopollignende stilling« (punkt 1 A, andet afsnit, tredje led).

70 Det følger heraf, at Kommissionen med rette kvalificerede den omhandlede overtrædelse som meget alvorlig under hensyn til dens art. Det er imidlertid nødvendigt at undersøge de moderate aspekter, som sagsøgeren gør gældende.

71 Hvad for det første angår sagsøgerens argument, hvorefter overtrædelsen består i en uformel aftale, for hvilken medlemmerne ikke anvendte nogen særlig gennemførelsesforanstaltning, skal det bemærkes, at det ikke er et krav, for at en aftale mellem virksomheder svarer til en aftale, der er forbudt, at der er tale om en bindende kontrakt. Det er tilstrækkeligt, at de pågældende virksomheder har givet udtryk for en fælles vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde (jf. Rettens dom af 11.12.2003, sag T-59/99, Ventouris mod Kommissionen, Sml. II, s. 2519, præmis 52). Fraværet af formelle foranstaltninger til kontrol af gennemførelsen påvirker ikke nødvendigvis overtrædelsens grovhed. Den omstændighed, at et ulovligt kartel gennemføres på uformel vis, udelukker ikke, at det er effektivt.

72 Selv om Kommissionen nedsatte bøden i polypropylen-beslutningen, som nævnt ovenfor i præmis 41, udgør dens tidligere beslutningspraksis ikke i sig selv den juridiske ramme for bøder på konkurrenceområdet.

73 For så vidt angår aftalen om salg og kvoter i denne sag skal det bemærkes, at Kommissionen i den anfægtede beslutning har medgivet, at denne aftale var »en form for gentlemanaftale, eftersom medlemmerne ikke indførte særlige regler om dens håndhævelse« (betragtning 72). Kommissionen fandt dog, at »overholdelsen af salgskvoterne var sikret gennem det pres, der blev lagt på medlemmerne under kartelmøderne« (betragtning 72 og 276 til den anfægtede beslutning). Sagsøgeren anfægter ikke, at der i perioden fra marts 1994 til maj 1998 blev afholdt 16 møder mellem kartellets medlemmer (betragtning 70 til den anfægtede beslutning), og at de berørte virksomheder under disse møder udvekslede oplysninger om salg og drøftede deres respektive markedsandele. Virksomhederne udvekslede deres oplysninger om salg af zinkphosphat ved zinkproducenternes organisationers mellemkomst, og de kunne på denne måde kontrollere, at de alle hver især overholdt deres markedsandel (betragtning 69 og 284). Union Pigments oplyste endvidere, at kartellets medlemmer ofte diskuterede med hinanden under møderne og fremsatte anklager om overtrædelse af de fastsatte kvoter, og at håndhævelsen af disse kvoter således blev sikret gennem pres, som blev udøvet under disse møder

(punkt 67 i Union Pigments' erklæring). Selv om Trident fremhæver, at der ikke var noget kompensationssystem, bekræfter selskabet, at deltagerne fremsatte beskyldninger mod hinanden under kartelmøderne og beklagede sig, hvis deres markedsandele var faldet (punkt 2.4.19 i Tridents erklæring).

74 Det fremgår i øvrigt af den anfægtede beslutning, at »[f]ordelingen af kunderne blev brugt som en form for kompensation i tilfælde af, at en virksomhed ikke var nået op på sin tildelte kvote« (betragtning 72). Denne udtalelse støttes af Union Pigments' erklæring, ifølge hvilken kunden Tekno Winter (herefter »Teknos«) i 1995 blev tildelt SNCZ for at sikre, at sidstnævnte opnåede sin kvote på 24% (punkt 67). Union Pigments erklærer endvidere, at selskabet på et bestemt tidspunkt undlod at forsøge at skaffe nye kunder, da dette ville have medført gengældelseshandlinger fra de øvrige berørte virksomheder (punkt 77 i Union Pigments' erklæring).

75 Sagsøgeren bestrider i øvrigt ikke, at de berørte virksomheders faktiske markedsandele på årsbasis lå meget tæt på de tildelte andele (betragtning 72 til den anfægtede beslutning). Denne omstændighed viser, at salgsaftalens gennemførelsesordning var effektiv, uanset den ikke var ledsaget af en formel sanktionsordning.

76 For så vidt angår aftalerne om priser og tildeling af kunder er det korrekt, at Kommissionen hverken i den anfægtede beslutning (jf. f.eks. betragtning 285 og 286) eller i sine processkrifter henviser til en bestemt gennemførelsesforanstaltning. Det bemærkes imidlertid, at det følger af retspraksis, at Kommissionen har et vist skøn ved udmålingen af bøderne, således at virksomhederne tilskyndes til at overholde konkurrencereglerne (Rettens dom af 6.4.1995, sag T-150/89, Martinelli mod Kommissionen, Sml. II, s. 1165, præmis 59, og dommen i sagen Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen, præmis 56). Under hensyn til den omhandlede overtrædelses art og den ovenfor i præmis 68 og 71 nævnte retspraksis, såvel som dennes konsekvenser og virkninger (jf. præmis 111-118 og 129 nedenfor), finder Retten, at Kommissionen i denne sag ikke overskred denne skønsmargen.

77 Hvad for det andet angår sagsøgerens argument, hvorefter risikoen for konkurrencen var begrænset, fordi de af kartellet fastsatte kvoter alene blev etableret på europæisk plan, bemærkes det, at retningslinjernes henvisning til overtrædelser, der har til formål at opdele de nationale markeder, alene er vejledende som eksempler på overtrædelser, der kan kvalificeres som meget alvorlige (punkt 1 A, andet afsnit, tredje led). Endvidere fastslog Retten i dommen i sagen Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 66, at et kartel, som bl.a. omfattede fastsættelsen af prismålsætninger, ikke kunne undgå at blive karakteriseret som en meget alvorlig overtrædelse alene af den grund, at det drejede sig om et verdensomspændende kartel, som ikke medførte en afskærmning af nationale markeder inden for fællesmarkedet (præmis 123-125). Det samme ræsonnement gør sig gældende i denne sag.

78 For så vidt angår den af sagsøgeren påberåbte Cement-beslutning er den omstændighed, at Kommissionen i den beslutning kvalificerede opdelingen af nationale markeder som meget alvorlig, ikke relevant for det foreliggende tilfælde. Hvis det i denne sag berørte kartel havde resulteret i opdeling af nationale markeder, kunne Kommissionen have pålagt en endnu højere bøde. Det bemærkes i denne forbindelse, at det fremgår af retningslinjerne, at »[i]nden for hver af disse kategorier, og navnlig inden for de to sidste, gør bødeskalaen det muligt at variere behandlingen af virksomhederne alt efter overtrædelsens art« (punkt 1 A, tredje afsnit).

79 Det skal endvidere holdes for øje, at det ifølge Union Pigments på kartellets første møde den 24. marts 1994 blev vedtaget, at »priserne ikke skulle afvige for meget fra land til land, så produkterne ikke ville krydse grænserne« (punkt 51 og 74 i Union Pigments' erklæring). Det fremgår således, at de i denne sag omhandlede virksomheder i et vist omfang havde til hensigt at opdele de nationale markeder.

80 Hvad for det tredje angår argumentet, hvorefter overtrædelsen ikke burde have været kvalificeret som meget alvorlig, fordi aftalen om priser alene spillede en sekundær rolle og alene vedrørte vejledende priser, der ifølge deres natur har mere

begrænset virkning end bindende priser, skal det bemærkes, at Kommissionen i den anfægtede beslutning konkluderede, at kartellets medlemmer havde fastsat »mindstepriser« og/eller »vejledende priser« for zinkphosphat (betragtning 65).

81 Fastsættelsen af en pris, selv når den blot er vejledende, påvirker markedskræfternes frie spil ved at gøre det muligt for samtlige karteldeltagere med en rimelig grad af sikkerhed at forudsige, hvilken prispolitik deres konkurrenter vil følge (Domstolens dom af 17.10.1972, sag 8/72, Vereeniging van Cementhandelaren mod Kommissionen, Sml. 1972, s. 251, org.ref.: Rec. s. 977, præmis 21). Mere generelt indebærer et sådant kartel et direkte indgreb i de væsentlige konkurrenceparametre på det pågældende marked (dommen i sagen Thyssen Stahl mod Kommissionen, præmis 675). Ved at give udtryk for en fælles vilje til konsekvent at anvende et bestemt prisniveau på deres produkter tager de berørte producenter ikke længere uafhængigt stilling til deres politik på markedet, hvilket er i strid med den grundtanke, der ligger bag traktatens konkurrencebestemmelser (dommen i sagen BPB de Eendracht mod Kommissionen, præmis 192).

82 Af disse grunde kan det omhandlede kartel ikke undgå at blive karakteriseret som en meget alvorlig overtrædelse alene af den grund, at det har fastsat vejledende priser (jf. i denne retning dommen i sagen Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen, præmis 118-120).

83 For så vidt angår sagsøgerens argument, hvorefter aftalen om priser kun spillede en »sekundær« rolle, finder Retten, at den omstændighed, at Kommissionen har erklæret, at fastsættelsen af kvoter for salg var aftalens »hjørnesten« (betragtning 66 til den anfægtede beslutning), ikke har til følge, at aftalen om priser skal betragtes som sekundær. Aftalen om kvoter, aftalen om kunderne og aftalen om fastsættelse af priser udgør tre dele af det samme kartel. Kartellets alvor må dog vurderes samlet. Når henses til overtrædelsens art i denne sag, var Kommissionen berettiget til at kvalificere den som meget alvorlig.

84 Retten finder under alle omstændigheder, at aftalen om priser udgjorde en væsentlig del af kartellet. Kommissionen har endvidere samlet skriftlige beviser, der påviser, at de vejledende priser havde været drøftet på adskillige møder (betragtning 134, 139, 140, 162, 178 og 186 til den anfægtede beslutning). Endvidere var aftalen om priser, i modsætning til, hvad sagsøgeren gør gældende, en del af kartellet siden 1994. Blandt de berørte virksomheder hævdede kun sagsøgeren under den administrative procedure, at denne aftale først havde virkning fra 1996 (betragtning 268 til den anfægtede beslutning). Som angivet ovenfor, vedtog de omhandlede virksomheder ifølge Union Pigments under det første møde den 24. marts 1994, at priserne ikke skulle afvige for meget fra land til land (punkt 51 i Union Pigments' erklæring). Det fremgår ligeledes af Tridents erklæring (punkt 2.4.24), at kartellet fastsatte priserne under hvert møde. Dokumentbeviserne vedrørende de første møder er ikke så omfangsrige som dokumentbeviserne for de efterfølgende møder. Dagsordenen for mødet den 27. marts 1995 viser dog hensigten til at drøfte prisudviklingen i Tyskland, i Frankrig, i Benelux, i Det Forenede Kongerige, i de nordiske lande, i De Forenede Stater og i resten af verden (betragtning 121 til den anfægtede beslutning).

85 For det fjerde følger det ikke af den omstændighed, at der med undtagelse af en enkelt kunde, Teknos, og ved en enkelt lejlighed, hvor James Brown blev tildelt nogle små virksomheder i Det Forenede Kongerige, ikke blev foretaget tildeling af kunder, at Kommissionen ikke var berettiget til at kvalificere denne overtrædelse som meget alvorlig.

86 Sagsøgeren anfægter ikke, at virksomheden blev tildelt Teknos, som var blandt de otte største malingproducenter i Vesteuropa (betragtning 52 til den anfægtede beslutning).

87 De omhandlede virksomheder havde jævnligt drøftelser om tildelingen af denne kunde, og de sikrede, at leverancerne til denne skete efter tur (betragtning 68, 96 og 97 til den anfægtede beslutning, punkt 63 og 67 i Union Pigments' erklæring). De havde et fleksibelt tildelingssystem med henblik på at sikre, at Teknos »ikke fik mistanke om ordningen« (betragtning 99 og 100 til den anfægtede beslutning).

Retten konstaterer, at den pris, som skulle faktureres til Teknos, var genstand for denne aftale, og at ingen andre end den bestemte producent, hvis »tur« det var, måtte tilbyde en lavere pris end den vedtagne (betragtning 96 til den anfægtede beslutning og punkt 2.4.22 i Tridents erklæring).

88 I øvrigt bestrider sagsøgeren heller ikke, at James Brown blev tildelt nogle små virksomheder (betragtning 180 og 277 til den anfægtede beslutning). James Brown selv anfægter heller ikke disse tildelinger.

89 Det bemærkes i øvrigt, at Kommissionen på grundlag af Union Pigments' notat af 30. marts 1995 udtaler, at tildelingen af Jotun blev drøftet (betragtning 277 til den anfægtede beslutning). Selv om dette notat ikke direkte henviser til tildelingen af Jotun, anfægter sagsøgeren ikke direkte denne udtalelse. Jotun er ligeledes blandt de otte største malingproducenter i Vesteuropa (betragtning 52 til den anfægtede beslutning).

90 Det følger heraf, at det var med rette, at Kommissionen konstaterede, at der var foretaget tildeling af forskellige kunder. Den omstændighed, at denne tildeling alene vedrørte visse kunder og ikke alle de på markedet tilstedeværende kunder, kan ikke ændre på den konklusion, at det omhandlede kartel var af meget alvorlig karakter.

91 I lyset af disse betragtninger bør sagsøgerens klagepunkt om, at den omhandlede overtrædelse ikke pr. definition var en meget alvorlig overtrædelse, forkastes.

Overtrædelsens virkninger

— Parternes argumenter

92 Sagsøgeren bemærker indledningsvis, at Kommissionen navnlig støttede sin konklusion vedrørende overtrædelsens meget alvorlige karakter på dennes virkninger på markedet. Sagsøgeren gør gældende, at Kommissionen har foretaget et urigtigt skøn i denne forbindelse. Ifølge retspraksis skal Kommissionen ved bedømmelsen af overtrædelsens grovhed tage alle de momenter i betragtning, som har betydning for virkningen på markedet (dommen i sagen Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, præmis 4949). Kommissionen har i overensstemmelse med denne retspraksis i sin tidligere beslutningspraksis udtalt, at den begrænsede påvirkning af markedet og manglende gennemførelse af den fulde aftale var momenter, der skulle tages i betragtning ved bedømmelsen af overtrædelsens alvor (polypropylen-beslutningen, punkt 108, og Kommissionens beslutning 1999/271/EF af 9.12.1998 vedrørende en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 (IV/34.466 — Græske færger) (EFT L 109, s. 24, herefter »græske færger-beslutningen«), punkt 162). I græske færger-beslutningen vurderede Kommissionen, at den omstændighed, at parterne ikke foretog en samlet anvendelse af prisaftalerne, og at de i praksis konkurrerede på prisen, idet de anvendte forskellige rabatter, udgjorde begrundelse for kun at kvalificere overtrædelsen som alvorlig og ikke meget alvorlig. I modsætning hertil har Kommissionen i denne sag ikke taget hverken den omstændighed, at de omhandlede aftaler ikke blev håndhævet strengt, eller den omstændighed, at de alene havde begrænset virkning på markedet, i betragtning.

93 For det første gør sagsøgeren angående overtrædelsens gennemførelse gældende, at Kommissionen urigtigt har konstateret, at aftalen om priser blev nøje gennemført af de omhandlede virksomheder. Kommissionen har for det første støttet sin konklusion om gennemførslen af aftalerne om priser på Tridents erklæring, hvorefter virksomhedens interne prisliste nøje fulgte den pris, der var vedtaget (betragtning 285 til den anfægtede beslutning). Hermed har Kommissionen foretaget en urigtig gengivelse af erklæringen. Trident erklærede nemlig også, at

det var denne virksomheds erfaring, at »de på møderne drøftede priser ikke blev efterlevet, og generelt foretoges salg under de aftalte vejledende priser« (punkt 2.4.25 i Tridents erklæring). Denne udtalelse blev bekræftet af Union Pigments' erklæring, hvorefter det dels var nærmest umuligt at fastsætte priserne, og de vejledende priser dels ikke blev respekteret i de skandinaviske lande (punkt 60). Den blotte omstændighed, at Trident gengav de vejledende priser i sin interne prisliste, berettiger, når henses til omstændighederne, ikke den konklusion, at de omhandlede aftaler blev nøje gennemført.

94 For det andet solgte de berørte virksomheder standardzinkphosphat under de aftalte priser, og der blev jævnligt ydet rabatter. Navnlig var de priser, sagsøgeren krævede, betydeligt lavere end de vejledende priser, som var fastsat af kartellet. Priserne på zinkoxid og dermed zink havde bestemmende indflydelse på priserne på zinkphosphat, da de udgjorde den væsentligste del af produktionsomkostningerne. Prisen på zink var underlagt betydelige udsving i perioden fra 1990 til 2000. Sagsøgeren gør gældende, at stigningen i priserne i 1997 var forbundet med den kraftige stigning i prisen på zink og ikke med efterlevelse af vejledende priser. I øvrigt overdrog Trident Kommissionen dokumenter, der godtgør, at de berørte virksomheder jævnligt foretog salg under de aftalte priser. For det tredje var de berørte virksomheder forpligtede til at fastholde priserne på et lavt niveau, navnlig under hensyn til risikoen for indførsel fra tredjelande. Kort sagt efterlevede de berørte virksomheder, i modsætning til Kommissionens konklusioner, ikke aftalerne om priser. Sagsøgeren bemærker, at Kommissionen ikke udtalte sig vedrørende de ovennævnte argumenter i sit svarskrift.

95 I græske færger-beslutningen besluttede Kommissionen at nedsætte bøden og kvalificere overtrædelsen som alvorlig og ikke meget alvorlig, idet aftalerne ikke fuldt ud var blevet håndhævet. Kommissionen burde have fulgt denne fremgangsmåde i denne sag. Som svar på argumentet, hvorefter Kommissionen ikke er bundet af sin tidligere beslutningspraksis, udtaler sagsøgeren, at Kommissionen skal tage alle de momenter, der indgår i vurderingen af overtrædelsernes grovhed, i betragtning, herunder de elementer, som den i tidligere beslutninger har fundet relevante. Rettens praksis bekræfter, at en overtrædelses faktiske indvirkning på markedet skal tages i betragtning ved beregning af bøden (Rettens dom af 14.5.1998, sag T-308/94,

Cascades mod Kommissionen, Sml. II, s. 925, præmis 172 ff.). For så vidt angår Kommissionens argument, hvorefter en bøde kun skal nedsættes, hvis ingen del af aftalen er blevet anvendt, gør sagsøgeren gældende, at selv hvis blot en del af en aftale ikke er blevet gennemført, skal denne omstændighed tages i betragtning. I denne sag skulle den omstændighed, at aftalen om priser ikke blev anvendt, have været taget i betragtning ved en nedsættelse af bødebeløbet.

96 For det andet har Kommissionen ligeledes foretaget fejlskøn for så vidt angår kartellets virkning på markedet. For det første anfægter sagsøgeren Kommissionens konstatering, hvorefter overtrædelsen har haft faktisk virkning som følge af, at de berørte virksomheder var aktive på 90% af markedet i EØS. Selv om de implicerede virksomheder dækkede en betydelig del af markedet, vedrørte overtrædelsen aldrig modificeret zinkphosphat, men udelukkende standardzinkphosphat, hvilket kun udgør 55% af det europæiske marked for zinkphosphat. Overtrædelsen havde således kun virkning på en del af det europæiske marked for zinkphosphat. For så vidt angår Kommissionens argument, hvorefter omdirigeringen af købere mod modificeret zinkphosphat må betragtes som en faktisk virkning på markedet, svarer sagsøgeren for det første, at dette argument ikke blev fremsat i den anfægtede beslutning, og, for det andet, at denne konstatering ikke ændrer noget ved den omstændighed, at overtrædelsen alene vedrørte en del af markedet, og at virkningerne derfor var så meget desto mere begrænsede. For det andet opnåede de berørte virksomheder ikke deres grundlæggende mål. Sagsøgeren anfører i denne forbindelse først, at eftersom markedet aldrig var blevet opdelt efter lande, herskede der i de forskellige medlemsstater »en stærk konkurrence om kunderne og derfor om markedsandelene«. Sagsøgeren har fremlagt grafiske fremstillinger med henblik på at godtgøre væsentlige variationer i dennes salg i de forskellige medlemsstater og således den stærke konkurrence, som var til stede på det omhandlede marked. For det andet var deling af kunder en undtagelse inden for kartellet. Endelig blev de vejledende priser aldrig opnået, hvilket viser, at der var en stærk konkurrence.

97 Sagsøgeren gør gældende, at kartellets virkninger af flere grunde var begrænsede. For det første er købere af zinkphosphat store virksomheder, der er i besiddelse af en betydelig styrke for så vidt angår forhandling af priser, og metodisk søger efter de

bedste tilbud. Som svar på Kommissionens argument, hvorefter denne købekraft ikke udligner kartellets virkninger, fremfører sagsøgeren, at overtrædelserne har betydeligt mere begrænsede virkninger på markedet, når modparten på markedet er stærk, end når køberne er svagere. For det andet har tilstedeværelsen af konkurrerende tredjemænd på markedet og eksistensen af substitutionsprodukter, herunder calciumphosphat, indført fra tredjelande, udøvet et betydeligt pres på prisen for standardzinkphosphat. For det tredje gentager sagsøgeren, at prisen på zinkphosphat under hele overtrædelsens varighed i det væsentlige var afhængig af prisen på zink, og væsentlige udsving i prisen på zink påvirkede prisen på zinkphosphat. En aftale om prisen på zinkphosphat kunne således ikke have nogen egentlig virkning. For det fjerde repræsenterer zinkphosphat kun en mindre del af omkostningerne ved det færdige produkt, nemlig 0,08%. De mindre ændringer, som aftalerne medførte, havde derfor i praksis ingen negative virkninger på prisen på maling i forhold til kunderne. I denne forbindelse bemærker sagsøgeren, at Kommissionen i modsætning til sin tidligere praksis ikke i denne sag har undersøgt, om forbrugerne har lidt et tab.

98 Som svar på Kommissionens udtalelse, hvorefter begrænsede virkninger udgør et væsentligt element ved vurderingen af overtrædelsens grovhed, gør sagsøgeren gældende, at dette på ingen måde ændrer på det forhold, at Kommissionen ved vurderingen af overtrædelsens grovhed skal tage dennes faktiske virkning på markedet i betragtning. Jo mere begrænset virkningen på markedet er, desto mindre bør overtrædelsen kvalificeres som alvorlig (jf. dommen i sagen Cascades mod Kommissionen, præmis 172 ff.).

99 Endelig fremfører sagsøgeren, at det »frem for alt« er nødvendigt at tage den omstændighed, at selskabet reelt ikke har fulgt aftalerne, i betragtning som en formildende omstændighed, der kan begrunde en nedsættelse af bøden i henhold til retningslinjernes punkt 3. På den anden side gør sagsøgeren i sin replik gældende, at de til støtte for dette led af det første anbringende fremførte argumenter vedrører »spørgsmålet om, hvorvidt den omstændighed, at aftalerne ikke i det hele gennemføres, samt den begrænsede karakter af en overtrædelses virkninger, skal tages i betragtning ved vurderingen af en overtrædelses grovhed«, og ikke hvorvidt det udgør en formildende omstændighed, at selskabet reelt ikke har fulgt aftalerne.

100 Kommissionen udtaler, at den ikke er forpligtet til at nedsætte bødens grundbeløb, når alle en aftales dele ikke er blevet gennemført, og de ønskede resultater ikke fuldt ud er blevet opnået på markedet. Kommissionen tilføjer, at der ikke findes en udtømmende liste over kriterier for bedømmelse af en overtrædelses grovhed.

101 Endelig henstiller Kommissionen, at dens konklusioner er fejlbehæftede. Kommissionen bemærker for det første, at dens konklusion om overtrædelsens gennemførelse ikke er begrænset til fastsættelsen af priser, men ligeledes omfatter opdelingen af visse dele af markedet og tildeling af mindst en kunde (betragtning 72, 284, 286 og 287 til den anfægtede beslutning), hvilke er forhold, som sagsøgeren ikke anfægter. Den faktiske gennemførelse af vejledende priser er påvist ikke bare af Tridents erklæring, hvorefter dens interne prisliste gengav de aftalte priser (betragtning 285 til den anfægtede beslutning), men også af den omstændighed, at sagsøgerens gennemsnitspriser med en vis forsinkelse fulgte de anbefalede priser for Tyskland. Det forholder sig under alle omstændigheder således, at selv hvis de vejledende priser ikke blev opnået fuldt ud, var dette ikke ensbetydende med, at sagsøgeren ikke bidrog til at gennemføre aftalerne. Ved at blive enige om markedskvoter og målpriser fik de berørte virksomheder et spillerum, som kunne bruges til at udnytte deres kunder. Det fremgår af retspraksis, at en virksomhed, der ikke opfører sig på en måde, som stemmer overens med, hvad der er blevet aftalt inden for kartellet, helt enkelt kan udnytte dette til sin fordel (jf. dommen i sagen Cascades mod Kommissionen, præmis 230). I denne sag er det således ikke tilfældet, »at selskabet reelt ikke har fulgt de ulovlige aftaler« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i retningslinjerne.

102 For det andet bestrider Kommissionen, at den skulle have foretaget fejlskøn angående kartellets virkning på markedet. For det første, selv om overtrædelsen alene vedrører standardzinkphosphat og ikke dens modificerede variant, forholder det sig ikke desto mindre således, at kartellet i praksis kontrollerede verdensproduktionen af zinkphosphat. Selv hvis overtrædelsen opmuntrede kunderne til at lade sig nøje med modificeret zinkphosphat, må dette også betragtes som en faktisk virkning af overtrædelsen. Kommissionen bemærker for det andet, at den i den anfægtede beslutning medgav, at de berørte virksomheders tilsigtede mål ikke fuldt ud blev nået (betragtning 297). Imidlertid var overtrædelsens virkninger på

markedet betydelige. Disse virkninger viste sig dels ved den omstændighed, at de af de berørte virksomheder faktisk opnåede markedsandele nærmest var identiske med de andele, som de var blevet tildelt inden for rammerne af deres aftale om mængder (betragtning 72 til den anfægtede beslutning), dels ved den omstændighed, at sagsøgerens gennemsnitspriser med en vis forsinkelse loyalt fulgte de vejledende priser. Denne udvikling i gennemsnitspriserne viste også, at selv om udsvingene i prisen på zink påvirkede prisen på zinkphosphat, ændrede dette ikke noget ved virkningerne af de foranstaltninger, som medlemmerne af kartellet havde aftalt. Under alle omstændigheder gælder det, at hvis prisen på zinkphosphat alene blev bestemt af prisen på zink, forklarer sagsøgeren ikke, hvorfor kartellet fastsatte vejledende priser i en periode på fire år (betragtning 92-94, 104, 274 og 285 til den anfægtede beslutning).

103 For så vidt angår årsagerne til overtrædelsens begrænsede virkninger, som gøres gældende af sagsøgeren, gør Kommissionen gældende, at selv begrænsede virkninger — såsom dem, sagsøgeren medgiver forekom — har betydning ved vurderingen af overtrædelsens grovhed. Kommissionen anfægter dog alligevel de argumenter, som sagsøgeren gør gældende i denne forbindelse.

— Rettens bemærkninger

104 Ved punkt 1 A i retningslinjerne har Kommissionen udtrykkeligt forpligtet sig til ved vurderingen af overtrædelsens grovhed ikke blot at tage dennes karakter og størrelsen af det relevante geografiske marked i betragtning, men også overtrædelsens faktiske indvirkning på markedet, hvor denne kan måles. I denne sag er alle disse kriterier nævnt i betragtning 300 til den anfægtede beslutning.

105 I modsætning til, hvad sagsøgeren gør gældende, har Kommissionen ikke »hovedsageligt« støttet sin konklusion om overtrædelsens grovhed på dennes

virkninger. Den har ikke tillagt overtrædelsens virkninger større betydning end andre momenter. Den har tillagt den faktiske virkning betydning dels ved at bemærke, at det er »særdeles vanskeligt« at drage konklusioner om denne type kartels virkninger (betragtning 279), dels ved at tage den omstændighed i betragtning, at de berørte virksomheder ikke nåede alle deres mål (betragtning 297).

106 Det bemærkes, at det fremgår af retspraksis, at for at kunne vurdere en overtrædelses konkrete virkning på markedet skal Kommissionen henholde sig til de konkurrenceforhold, der normalt ville have eksisteret i fravær af en overtrædelse (jf. dommen i sagen Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommission, præmis 150 og den deri nævnte retspraksis).

107 For så vidt angår aftalen om salgskvoter finder Retten, at Kommissionen med rette konkluderede, at disse blev »håndhævet strengt« (jf. præmis 73 og 74 og betragtning 72, 284 og 287 til den anfægtede beslutning). Som nævnt ovenfor i præmis 75, er det ubestridt, at »de fem producenters faktiske markedsandele [på årsbasis lå] meget tæt på de tildelte andele« (betragtning 72 til den anfægtede beslutning). Heraf følger, at Kommissionen med rette har konkluderet, at aftalen om salgskvoter har haft virkning på markedet. Det skal tilføjes, at sagsøgeren under retsmødet medgav, at denne aftale havde påvirket markedskræfternes frie spil, idet den havde ledt til en højere grad af prisstabilitet (jf. ligeledes betragtning 114 til den anfægtede beslutning). Således havde markedsandelenes stabilitet den virkning, at det ikke var nødvendigt at anvende den aggressive politik vedrørende prisnedsættelser, der havde hersket under priskrigen i årene før kartellet (jf. betragtning 74, 75, 114 og 115 til den anfægtede beslutning).

108 Sagsøgeren gør gældende, at forskellene på salg på de nationale markeder viser, at aftalen ikke har haft virkning. Det bemærkes i denne forbindelse, at kvoterne blev indført på europæisk plan. Selv hvis de nationale salg således varierede, ændrer dette ikke på, at de europæiske kvoter blev respekteret.

109 Under disse omstændigheder kan den faktiske virkning af aftalen om kvoterne, »kartellets hjørnesten« (betragtning 66 til den anfægtede beslutning), anses for tilstrækkeligt godtgjort.

110 For så vidt angår aftalen om priser udtaler Kommissionen i den anfægtede beslutning, at den ligeledes blev håndhævet strengt (betragtning 283 og 285). Sagsøgeren anfægter denne udtalelse.

111 Det bemærkes, som Kommissionen med rette gør gældende, at den omhandlede aftale vedrørte prismålsætninger (jf. præmis 80). Imidlertid medfører anvendelsen af en aftale, der omhandler prismålsætninger — men ikke faste priser — ikke, at der fastsættes priser, som svarer til den aftalte prismålsætning, men snarere, at parterne søger at tilnærme sig deres prismålsætninger (jf. dommen i sagen Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen, præmis 271).

112 Retten finder i denne sag, at parterne bestræbte sig på at nå deres prismålsætninger. Prisniveauet blev drøftet under hvert møde, og vejledende priser blev fastsat (jf. præmis 84). En sådan fastsættelse har nødvendigvis påvirket den frie konkurrence på markedet. Køberne har således set deres prisforhandlingsrum begrænset (jf. i denne retning Rettens dom af 20.4.1999, forenede sager T-305/94 — T-307/94, T-313/94 — T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 og T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 931, præmis 745). Endvidere, som anført i præmis 81, påvirker fastsættelsen af en pris, selv når den blot er vejledende, den frie konkurrence ved at gøre det muligt for samtlige karteldeltagere med en rimelig grad af sikkerhed at forudsige, hvilken prispolitik deres konkurrenter vil følge (jf. dommen i sagen Vereeniging van Cementhandelaren mod Kommissionen, præmis 21).

113 I øvrigt henviste Kommissionen med rette til de instruktioner, som Britannia og Trident gav vedrørende deres interne satser, til støtte for konklusionen, hvorefter prisaftalen var blevet gennemført. Disse instruktioner følger således næsten præcis de under møderne fastsatte mindstepriser (jf. ligeledes punkt 2.4.25 i Tridents erklæring og betragtning 92 og 285 til den anfægtede beslutning). Trident har medgivet, at disse instruktioner udgjorde grundlaget for prisforhandlinger med kunderne (punkt 2.4.26 i Tridents erklæring). Det fremgår af disse satser, at de i instruktionerne indeholdte priser svarer til de »minimale prisniveauer«, og at de ikke »må sænkes uden forudgående drøftelse med [navnet på en medarbejder]«, som var den person, der deltog i kartellets møder på vegne af Trident (tidligere Britannia). Selv om Kommissionen ikke har påvist, at samtlige berørte virksomheder har givet sådanne instruktioner, finder Retten, at Tridents og Britannias instruktioner udgør et væsentligt bevis (jf. i denne retning Rettens dom af 17.12.1991, sag T-7/89, Hercules Chemicals mod Kommissionen, Sml. II, s. 1711, præmis 340-342, og dommen i sagen Cascades mod Kommissionen, præmis 194).

114 Det skal tilføjes, at Trident udtaler, at de berørte virksomheder under møderne ofte beklagede sig over salgsprisernes niveau. De benyttede i denne forbindelse de vejledende priser som sammenligningsgrundlag (punkt 2.4.27 og 3.1.2 i Tridents erklæring).

115 Heraf følger, at selv om Kommissionen ikke detaljeret har godtgjort, at aftalen om priser blev håndhævet »strengt«, og selv om den ikke har henvist til en bestemt gennemførelsesmekanisme (jf. præmis 76), var det med rette, at den konkluderede, at aftalen var blevet gennemført.

116 Med hensyn til virkningerne af aftalen om priser fremhæver Retten, at Union Pigments og Trident, der er de berørte virksomheder, der har samarbejdet mest med Kommissionen (betragtning 366 til den anfægtede beslutning), flere gange har konstateret, at denne aftale enten havde forbedret »sammenhængen« i priserne, eller havde ført til en stigning i de på markedet anvendte priser. Disse virksomheder har medgivet, at en af fordelene ved kartellet havde været ophøret af priskrigen

(punkt 49 i Union Pigments' erklæring og punkt 3.1.1(c) i Tridents erklæring, jf. ligeledes betragtning 84 og 103 til den anfægtede beslutning). Heraf følger, at kartellet havde den virkning, at priserne på markedet steg. Det bemærkes ligeledes, at det fremgår af Union Pigments' notat af 30. marts 1995, der således hidrører fra perioden før de omhandlede faktiske omstændigheder, at prisinitiativerne førte til en stigning i de priser, der blev anvendt på markedet. I samme notat nævner Union Pigments blandt kartellets fordele den omstændighed, at virksomheden havde kunnet opnå »højere priser i første kvartal 1995«. Union Pigments har i øvrigt udtalt i sin erklæring, at resultatet af kartellet år for år var en bedre »sammenhæng« i priser med undtagelse af de nordiske lande (punkt 73 i Union Pigments' erklæring). Sagsøgeren udtaler, at det ifølge Union Pigments var »nærmest umuligt« at fastsætte priser, og at de vejledende priser ikke blev efterlevet i de skandinaviske lande. Det bemærkes i denne forbindelse, at Union Pigments i sin erklæring har angivet, at det var »vanskeligt« og altså ikke »nærmest umuligt« at sikre, at priserne ikke varierede fra et land til det næste som følge af udsving i valutakurserne (punkt 60 i Union Pigments' erklæring).

117 Som sagsøgeren har angivet, konstaterede Trident, at de under møderne drøftede priser ikke blev efterlevet fuldt ud, og at det generelt var accepteret, at der blev foretaget salg under de vejledende priser, der var blevet aftalt (punkt 2.4.25 i Tridents erklæring). Kommissionen tog i den anfægtede beslutning det argument i betragtning, hvorefter salgspriserne ikke nøje fulgte de vejledende priser (betragtning 275, 291 og 297). Retten fremhæver i denne forbindelse, at kartellet alene fastsatte prismålsætninger og ikke faste priser. Det følger ikke af den omstændighed, at virksomhederne har solgt under de vejledende priser, at kartellet ikke har haft nogen virkning. Den for medlemmerne af kartellet afledte fordel fulgte af den gensidige viden om den fremgangsmåde, som lå til grund for deres respektive forhandlinger med deres kunder. Det bemærkes i øvrigt, at Trident medgiver, at de erklæringen vedlagte tabeller viser, at virksomhedens gennemsnitspriser siden starten af 1995 var højere end tidligere. Det kan ifølge Trident konkluderes, at prisstabiliteten på et højere niveau var en følge af kartellets møder (punkt 3.2.7 i Tridents erklæring). Trident udtaler ligeledes, at udsvingene i denne virksomheds salgspriser fulgte de af kartellet anbefalede priser (punkt 2.4.26 og 3.2.5 i Tridents erklæring).

118 Det fremgår således af de objektive konstateringer, som er formuleret af de virksomheder, som samarbejdede mest med Kommissionen, at prisinitiativerne påvirkede markedsprisernes niveau (jf. i denne retning dommen i sagen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, præmis 746 og 747).

119 Sagsøgeren gør i øvrigt gældende, at kartellets virkninger af forskellige andre grunde var begrænsede.

120 Hvad for det første angår sagsøgerens argument, hvorefter købere af zinkphosphat er store virksomheder, der er i besiddelse af en betydelig styrke for så vidt angår forhandling af priser, og metodisk søger efter de bedste tilbud, skal det konstateres, at Kommissionen ikke har hævdet det modsatte i den anfægtede beslutning (betragtning 51, 52 og 339). Uagtet købernes styrke var det med rette, at Kommissionen konkluderede, at konkurrencevilkårene blev fordrejet af det omhandlede kartel.

121 For det andet udtaler sagsøgeren, at tilstedeværelsen af konkurrerende tredjemænd på markedet og eksistensen af substitutionsprodukter, herunder calciumphosphat, indført fra tredjelande, har udøvet et betydeligt pres på prisen for standardzinkphosphat. Sagsøgeren gør gældende, at standardzinkphosphat kun udgør 55% af det europæiske zinkphosphatmarked, og at overtrædelsen således kun har haft virkning på en del af markedet. I sit svar på et af Retten stillet spørgsmål medgiver Kommissionen, at den ikke har foretaget en dybtgående analyse af det relevante marked, og udtaler, at beslutningen alene vedrører markedet for standardzinkphosphat. Selv om Kommissionen i den anfægtede beslutning henviser til delvise substitutionsprodukter, herunder calciumphosphat og modificerede zinkphosphater (betragtning 45 og 46 til den anfægtede beslutning), undersøger den ikke betydningen af disse substitutionsprodukter og afklarer navnlig ikke, hvorvidt standardzinkphosphat udgør en del af det samme marked som disse substitutionsprodukter.

122 Det bemærkes indledningsvis, at Kommissionen skal foretage en afgrænsning af markedet i en beslutning vedtaget i henhold til artikel 81, EF, når det uden en sådan afgrænsning ikke er muligt at afgøre, om aftalen, vedtagelsen inden for en virksomhedssammenslutning eller den pågældende samordnede praksis kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater og har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet (Rettens dom af 15.9.1998, forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, European Night Services m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3141, præmis 93-95 og 105, og af 6.7.2000, sag T-62/98, Volkswagen mod Kommissionen, Sml. II, s. 2707, præmis 230). Det skal tilføjes, at omsætningen af de produkter, som har været genstand for en restriktiv praksis, udgør et objektivt kriterium, som giver et rimeligt udtryk af denne praksis' skadelige virkning for den normale konkurrence (jf. Rettens dom af 11.3.1999, sag T-151/94, British Steel mod Kommissionen, Sml. II, s. 629, præmis 643, og af 9.7.2003, sag T-220/00, Cheil Jedang mod Kommissionen, Sml. II, s. 2473, præmis 91).

123 I denne sag anfægter sagsøgeren kun den nærmere rækkevidde af overtrædelsens virkninger (jf. præmis 94). Sagsøgeren har i såvel sine processkrifter som under retsmødet (jf. præmis 107) medgivet, at overtrædelsen har haft virkninger.

124 Det er endvidere ubestridt, at de berørte virksomheder kontrollerede 90% af produktionen af standardzinkphosphat. Selv hvis det lægges til grund, at det relevante produktmarked også omfatter andre produkter, havde en stor del af dette marked været under de berørte virksomheders kontrol. Da Kommissionen har fremlagt konkrete beviser for overtrædelsens virkninger (præmis 107-118), navnlig objektive konstateringer fra den periode, hvor de faktiske omstændigheder forelå, hidrørende fra producenterne selv, finder Retten, at Kommissionen har ført tilstrækkeligt bevis for overtrædelsens virkninger. Det bemærkes i denne forbindelse, at Kommissionen nedtonede betydningen af overtrædelsens virkninger i den anfægtede beslutning (jf. præmis 105).

125 I øvrigt udtaler Kommissionen i den anfægtede beslutning som svar på et argument fra SNCZ, hvorefter den potentielle substituerbarhed af zinkphosphat med andre

produkter viser, at overtrædelsen ikke har haft nogen faktisk virkning, dels at den nævnte substituerbarhed ikke er blevet påvist, dels at SNCZ medgiver, at calciumphosphat ikke altid anvendes i relativt små mængder (betragtning 297 til den anfægtede beslutning). I denne sag har sagsøgeren ikke ført bevis for, at de hævdede substitutionsprodukter »har udøvet et betydeligt pres på prisen for standardzinkphosphat«. Derimod har Union Pigents klart konstateret, at sagsøgeren har villet opnå højere priser for zinkphosphat for at gøre prisen for modificeret zinkphosphat mere konkurrencedygtig (punkt 59 i Union Pigments' erklæring og Union Pigments' notat af 25.3.1995). Sagsøgerens argument, hvorefter risikoen for substitution begrænsede kartellets virkninger, kan således ikke lægges til grund. Det bemærkes i øvrigt, at det fremgår af Union Pigments' erklæring, at indførsel fra tredjelande forblev begrænset (punkt 33 og 34 i Union Pigments' erklæring).

126 For det tredje med hensyn til sagsøgerens udtalelse, hvorefter stigningen i priserne i 1997 var forbundet med den kraftige stigning i prisen på zink og ikke med efterlevelse af vejledende priser, skal det bemærkes, at Kommissionen udtrykkeligt udtaler i den anfægtede beslutning, at en række faktorer kan påvirke prisudviklingen for det omhandlede produkt (betragtning 279 til den anfægtede beslutning). Kommissionen medgiver navnlig, at zinkphosphat var stærkt afhængig af prisen på zinkmetal (betragtning 339). Kommissionen konkluderede med rette, at denne faktor ikke burde overvurderes. Der fandt kun en væsentlig stigning sted i prisen på zinkmetal i 1997, selv om kartellet var virksomt fra 1994 (betragtning 340 til den anfægtede beslutning). Selv om der i øvrigt fandt en kraftig stigning sted i prisen på zink i 1997, følger det af bilag 6 til stævningen, at der også skete et kraftigt fald i denne pris ved udgangen af 1997, uden at den pris, sagsøgeren anvendte for zinkphosphat, samtidig blev formindsket (jf. ligeledes betragtning 340 til den anfægtede beslutning).

127 Under alle omstændigheder er de virkninger, der skal tages hensyn til ved fastsættelsen af det generelle bødeniveau, ikke virkninger af den faktiske adfærd, som en bestemt virksomhed hævder at have udvist, men derimod virkningerne af den samlede overtrædelse, den deltog i (Domstolens dom af 8.7.1999, sag C-49/92 P,

Kommissionen mod Anic Partecipazioni, Sml. I, s. 4125, præmis 152, og dommen i sagen Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen, præmis 160 og 167).

128 Sagsøgeren fremfører for det fjerde, at zinkphosphat kun repræsenterer en mindre del af omkostningerne ved det færdige produkt, nemlig 0,08%, og at de mindre ændringer, som aftalerne medførte, derfor i praksis ikke havde nogen negative virkninger på prisen på maling eller i forhold til forbrugerne. Selv om Kommissionen ikke har bestridt, at zinkphosphat kun repræsenterer en mindre del af omkostningerne ved det færdige produkt (betragtning 48 og 53 til den anfægtede beslutning), fremgår det ikke af den anfægtede beslutning, at den har taget denne faktor i betragtning ved fastsættelsen af bødernes størrelse. Ifølge retspraksis kan produktets værdi alt efter omstændighederne være blandt de faktorer, der skal tages hensyn til ved bedømmelsen af en overtrædelses grovhed (dommen i sagen Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen, præmis 120 og 121). I denne sag finder Retten ikke, at Kommissionen var forpligtet til at tage denne faktor i betragtning ved fastlæggelsen af overtrædelsens grovhed og navnlig ved bedømmelsen af overtrædelsens virkninger. Den omstændighed, at zinkphosphat kun repræsenterer en mindre del af omkostningerne ved det færdige produkt, er uden betydning for overtrædelsens grovhed og, som Kommissionen bemærker, ændrer intet ved den omstændighed, at markedsvilkårene er blevet fordrejet for kunderne. Hvis zinkphosphat havde været en mere væsentlig omkostningsfaktor, ville overtrædelsen have haft virkninger, som var endnu mere vidtrækkende. I øvrigt er Kommissionen ikke forpligtet til at påvise, at et kartel påfører forbrugerne skade, for med rette at kunne kvalificere overtrædelsen som meget alvorlig.

129 For så vidt angår aftalen om kunderne finder Retten, uagtet at Kommissionen ikke henviser til en bestemt gennemførelsesforanstaltning (jf. præmis 76), at denne aftale i det mindste til en hvis grad er blevet gennemført. Navnlig var den pris, som skulle faktureres til Teknos, genstand for denne aftale, og det var aftalt, at ingen andre end den bestemte producent, hvis »tur« det var, måtte tilbyde en lavere pris end den vedtagne (jf. præmis 87). Den omstændighed, at salg til en kunde under en aftalt pris forbydes, fordi denne kunde er blevet tildelt en anden virksomhed, påvirker åbenbart den frie konkurrence, som ellers ville herske.

130 For så vidt angår aftalerne i deres helhed har de anfægtede fremgangsmåder været anvendt i mere end fire år, som Kommissionen har fremhævet i den anfægtede beslutning (betragtning 298). Det er således lidet sandsynligt, at producenterne på daværende tidspunkt fandt ordningerne fuldstændig virkningsløse (jf. i denne retning dommen i sagen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, præmis 748). Det skal i denne forbindelse tilføjes, at det er ubestridt, at kartellet fandt sin begyndelse i en priskrig og bl.a. havde dennes afslutning til formål. Som nævnt ovenfor i præmis 116, var en af fordelene for de berørte virksomheder ved deltagelse i kartellet afslutningen på denne priskrig (punkt 49 i Union Pigments' erklæring og punkt 3.1.1(c) i Tridents erklæring, jf. ligeledes betragtning 84 og 103 til den anfægtede beslutning). Retten finder, at deltagelsen i kartellet i mere end fire år ligeledes viser, at det i det væsentlige lykkedes de berørte virksomheder at afslutte denne priskrig. Heraf følger, at de berørte virksomheder tilpassede deres priser for at opnå et højere niveau for transaktionspriserne end det, der havde været gældende, hvis kartellet ikke havde eksisteret.

131 Endelig gør sagsøgeren gældende, at det er en formildende omstændighed, at selskabet ikke reelt har fulgt de ulovlige aftaler.

132 Som det fremgår af retspraksis, skal der, når en overtrædelse er begået af flere virksomheder, foretages en undersøgelse af, hvor intensiv den enkelte virksomheds deltagelse i overtrædelsen har været (jf. dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663, præmis 623, og dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, præmis 150), for at fastslå, om der for deres vedkommende foreligger skærpende eller formildende omstændigheder.

133 Under punkt 3 (»formildende omstændigheder«) i retningslinjerne er anført en ikke udtømmende liste over omstændigheder, der kan medføre en nedsættelse af bødens grundbeløb, herunder at aftalerne ikke reelt har været fulgt (punkt 3, andet led). Det skal i denne forbindelse undersøges, om de omstændigheder, som sagsøgeren har fremført, er af en karakter, der beviser, at selskabet i den periode, hvor det deltog i de

ulovlige aftaler, i praksis afholdt sig fra at anvende dem ved at handle konkurrencebetonet på markedet (jf. i denne retning dommen i sagen Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, præmis 4872-4874, og i sagen Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen, præmis 268).

134 Sagsøgeren har imidlertid ikke påvist, at virksomheden i praksis afholdt sig fra at anvende kartellet ved at handle konkurrencebetonet på markedet. Sagsøgeren nægter hverken at have deltaget i kartellets møder eller at have udvekslet oplysninger om sine salg med de andre berørte virksomheder. Sagsøgeren har deltaget i aftalen om salg og i aftalen om tildeling af kunder. Retten har allerede forkastet sagsøgerens udtalelse, hvorefter virksomheden ikke havde gennemført aftalen om priser. Det følger heraf, at dette argument bør forkastes.

135 Det følger af alle de ovenstående betragtninger, at det var med rette, at Kommissionen fandt, at kartellet havde haft faktiske virkninger.

Undladelsen af at tage krisen i sektoren i betragtning som formildende omstændighed

— Parternes argumenter

136 Sagsøgeren bebrejder Kommissionen, at den ikke har taget krisen i den europæiske zinkphosphatsektor i betragtning som formildende omstændighed. Tidligere har Kommissionen fundet, at tilstedeværelsen af strukturelle kriser udgjorde en formildende omstændighed ved fastsættelsen af bødens størrelse (Kommissionens beslutning 2003/382/EF af 8.12.1999 om en procedure i henhold til EF-traktatens

artikel 85 (sag IV/E-1/35.860-B — Sømløse stålrør) (EUT 2003 L 140, s. 1, herefter »sømløse stålrør-beslutningen«), og Kommissionens beslutning 98/247/EKSF af 21.1.1998 om en procedure i henhold til EKSF-traktatens artikel 65 (sag IV/35.814 — Legeringstillæg) (EFT L 100, s. 55, herefter »legeringstillæg-beslutningen«), punkt 83). Zinkphosphatindustriens økonomiske situation var direkte sammenlignelig med den krisesituation, der er beskrevet i legeringstillæg-beslutningen, hvor den omstændighed, at man tog den vanskelige økonomiske situation i sektoren i betragtning, førte til en nedsættelse af bøderne på 10-30%. Krisen på markedet for zinkphosphat var større og varede ved under hele overtrædelsens forløb. Prisen på zink, der kendes på verdensplan, idet den er registreret på børsen for råvarer, svinger hele tiden. Sagsøgeren gør gældende, at det som følge af den økonomiske styrke, som køberne af zinkphosphat er i besiddelse af, var vanskeligt at overvælte de hyppige stigninger i zinkprisen på køberne samtidig med, at disse sidstnævnte lagde et betydeligt pres på zinkphosphatproducenterne for at sikre, at prisfaldene på zink slog igennem over for køberne. Sagsøgeren hævder, at krisen blev forværret af visse af de ovenfor beskrevne faktorer, herunder risikoen for indførsler til lave priser fra tredjelande uden for EØS, og den omstændighed, at calciumphosphat mere og mere hyppigt substituerede standardzinkphosphat. Som følge heraf faldt den del af sagsøgerens omsætning, der hidrørte fra salg af standardzinkphosphat, ca. 20% i løbet af 1990'erne.

137 Sagsøgeren bemærker, at flertallet af de aktive zinkphosphatproducenter har bekræftet, at sektoren var ramt af en økonomisk krise (betragtning 337 til den anfægtede beslutning). Det fremgik af den anfægtede beslutning, at Kommissionen selv medgiver, at den økonomiske situation på markedet var vanskelig (betragtning 339 til den anfægtede beslutning). Den nægtede imidlertid at anerkende, at denne krise udgjorde en formildende omstændighed, der kunne berettige en nedsættelse af bøden. Hermed tilsidesatte Kommissionen både den fællesskabsretlige retspraksis (Rettens dom af 10.3.1992, sag T-12/89, Solvay mod Kommission, Sml. II, s. 907, præmis 340) og sin egen tidligere beslutningspraksis.

138 Kommissionen anfægter dette anbringende ved at bemærke, at den ikke har medgivet, at markedet for zinkphosphat gennemlevede en strukturel krise (betragtning 339 og 340 til den anfægtede beslutning). Den gør endvidere gældende, at dens analyse af en eventuel krise på markedet er en kompliceret økonomisk vurdering, og at den kontrol, som udøves af Fællesskabets retsinstanser, nødvendigvis må begrænses til en efterprøvelse af, om formforskrifterne er overholdt, om begrundelsen er tilstrækkelig, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, samt om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn eller magtfordrejning (Domstolens dom af 28.5.1998, sag C-7/95 P, Deere mod Kommissionen, Sml. I, s. 3111, præmis 34) Sagsøgeren har imidlertid ikke fremsat sådanne anbringender eller indvendinger.

— Rettens bemærkninger

139 Retten finder, at sagsøgeren ikke kan finde støtte i argumentet om den påståede krise, hvori sektoren for zinkphosphat befandt sig. Det bemærkes i denne forbindelse, at Retten i dommen i sagen Løgstør Rør mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 33 (præmis 319 og 320), vedrørende beslutningen om præisolerede rør, fastslog, at Kommissionen ikke havde pligt til at anse den dårlige økonomiske situation i den pågældende sektor for en formildende omstændighed. Endvidere fastslog Retten, at blot fordi Kommissionen i tidligere beslutninger havde anset den økonomiske situation i sektoren for en formildende omstændighed, skulle den ikke nødvendigvis fortsætte denne praksis (Rettens dom af 10.3.1992, sag T-13/89, ICI mod Kommissionen, Sml. II, s. 1021, præmis 372). Kommissionen har korrekt anført, at karteller som hovedregel opstår, når der er problemer i en sektor (dommen i sagen Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, præmis 345).

140 Under alle omstændigheder har Kommissionen, i modsætning til, hvad sagsøgeren gør gældende, ikke medgivet, at der forelå en krise i sektoren for zinkphosphat. Kommissionen har blot bemærket, at der forelå en vanskelig økonomisk situation som følge af markedets modenhed, den stærke afhængighed af prisen på zinkmetal og kundernes økonomiske styrke (betragtning 339 til den anfægtede beslutning).

Den har derimod ikke fundet, at der var strukturelle problemer på markedet. Som anført i betragtning 340 til beslutningen, indtraf den kraftige prisstigning på zinkmetal i øvrigt først i 1997, mens kartellet virkede siden 1994. Det skal tilføjes, at det ikke fremgår af sagsakterne, at det relevante marked var ramt af meget store vanskeligheder.

Sammenligningen med andre karteller

— Parternes argumenter

141 Sagsøgeren bemærker, at det fremgår af en undersøgelse af nyere sager, hvor overtrædelserne af Kommissionen blev kvalificeret som meget alvorlige, at den i denne sag omhandlede overtrædelse ikke henhører under denne kategori. Disse nyere sager adskiller sig fra denne sag ved en højere grad af organisation, ved brug af mærkbart mere effektive midler og ved mere væsentlige virkninger på markedet (cement-beslutningen, nævnt ovenfor i præmis 56, præmis 65, præisolerede rør-beslutningen, nævnt ovenfor i præmis 29, præmis 63, og Kommissionens beslutning 2003/2/EF af 21.11.2001 om en procedure i henhold til traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (sag nr. COMP/E — 1/37.512 — Vitaminer) (EFT 2003 L 6, s. 1, herefter »vitamin-beslutningen«)).

142 Kommissionen skulle ikke have placeret denne sag i samme kategori som de ovennævnte sager. For det første fastsatte de i denne sag berørte virksomheder aldrig kvoter for de forskellige lande, og de beskyttede aldrig deres nationale marked. For det andet vedrørte den omhandlede overtrædelse ikke en hel række produkter, men kun standardzinkphosphat. For det tredje, når henses til, at zinkphosphat kun repræsenterer en mindre del af omkostningerne ved maling, som er det eneste produkt, hvortil zinkphosphat kan anvendes, er dets betydning på markedet for maling begrænset, og ingen forbruger har lidt noget tab. For det fjerde har priserne kun spillet en sekundær rolle, og der var ikke fastsat nogen sanktioner. Sagsøgeren hævder, at Kommissionen anerkender,at overtrædelserne i de ovenfor i præmis 141

nævnte sager var mere alvorlige end den i denne sag omhandlede. Sagsøgeren forstår således ikke, hvorfor Kommissionen har pålagt virksomheden en meget højere bøde end dem, som blev pålagt virksomhederne i de citerede sager. Sagsøgeren nævner som eksempel, at den bøde, virksomheden er blevet pålagt, i forhold til dens samlede omsætning er 21 gange højere end den, som blev pålagt kartellets »hovedmand« i præisolerede rør-beslutningen.

143 Kommissionen tilbageviser dette anbringende ved at bemærke, at den omhandlede overtrædelse allerede er kvalificeret som meget alvorlig på grund af sit formål om tildeling af kvoter for markedsandele og fastsættelse af priser, der vedrørte hele EØS. Kommissionen udtaler, at den inden for rammerne af kategorien af meget alvorlige overtrædelser og i overensstemmelse med retningslinjerne var berettiget til at tage den omstændighed i betragtning, at de karteller, som sagsøgeren henviser til, havde yderligere karakteristika, der bidrog til grovheden af de begåede overtrædelser, uden samtidig hermed at skulle placere den af sagsøgeren begåede overtrædelse i kategorien meget alvorlige overtrædelser. Kommissionen bemærker, at det for sagsøgeren fastsatte udgangspunkt var i den lavere ende af den i retningslinjerne fastsatte beløbsskala for alvorlige overtrædelser. For så vidt angår sagsøgerens anbringende, hvorefter virksomheden er blevet pålagt en højere bøde end virksomhederne i de andre sager, hvortil der er henvist, svarer Kommissionen, at fastsættelsen af bøden ikke er resultatet af en simpel matematisk beregning på basis af omsætningen, og henviser i denne forbindelse til de ovenfor anførte argumenter.

— Rettens bemærkninger

144 Det bemærkes, at den horisontale aftale, som sagsøgeren deltog i, indeholdt begrænsninger, der bestod i fastsættelse af salgskvoter, fastsættelse af prismålsætninger og tildeling af kunder. Som nævnt ovenfor i præmis 67-70, er en overtrædelse, der omfatter kvoter og fastsættelse af — selv vejledende — priser, af særlig alvorlig art. I øvrigt har denne overtrædelse haft virkninger på markedet (jf. betragtning 107-130) og har dækket hele fællesmarkedet og, efter dettes oprettelse, hele EØS. Det er således Rettens vurdering, at det var berettiget, at Kommissionen kvalificerede overtrædelsen som meget alvorlig.

145 Det kan på baggrund af andre sager, der omhandler endnu mere alvorlige overtrædelser af konkurrenceretten, ikke udledes, at den i denne sag begåede overtrædelse ikke er meget alvorlig. Det skal bemærkes, at retningslinjerne bestemmer, at inden for kategorierne lidet alvorlige, alvorlige og meget alvorlige overtrædelser gør bødeskalaen det muligt at variere behandlingen af virksomhederne alt efter overtrædelsens art (punkt 1 A, tredje afsnit). I øvrigt er de i denne sag pålagte bøder betydeligt mindre end det for meget alvorlige overtrædelser tiltænkte minimumsbeløb (jf. præmis 40). Selv om Kommissionen har valgt at kvalificere denne overtrædelse som meget alvorlig, har den reelt adskilt denne sag fra andre meget alvorlige sager, hvori meget højere bøder var blevet pålagt.

146 For så vidt angår argumentet om, at den sagsøgeren pålagte bøde var større end dem, der er blevet pålagt andre virksomheder i tidligere sager, bemærkes alene, at Kommissionen, såfremt den overholder begrænsningerne i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, ikke er forpligtet til at fortsætte en eksisterende praksis vedrørende fastsættelsen af bødeniveauet. Som anført ovenfor i præmis 41, kan den omstændighed, at Kommissionen tidligere har pålagt bøder af en bestemt størrelsesorden i tilfælde af visse typer overtrædelser, ikke berøve den muligheden for at forhøje dette niveau inden for de i forordning nr. 17 angivne rammer, hvis det er nødvendigt for at gennemføre Fællesskabets konkurrencepolitik (dommen i sagen Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen, præmis 109, og dommen i sagen Europa Carton mod Kommissionen, præmis 89).

147 I øvrigt påhviler det ikke Kommissionen, når den udmåler bøderne under hensyn til den pågældende overtrædelses grovhed og varighed, at foretage bødeberegningen på grundlag af beløb, der er baseret på de berørte virksomheders omsætning (jf. dommen i sagen LR AF 1998 mod Kommissionen, præmis 278).

148 Det skal tilføjes, at overtrædelsernes grovhed skal fastslås på grundlag af en lang række forhold, herunder bl.a.sagens særlige omstændigheder, dens sammenhæng og

bødernes afskrækkende virkning, uden at der er opstillet en bindende eller udtømmende liste over de kriterier, som obligatorisk skal tages i betragtning (dommen i sagen Ferriere Nord mod Kommissionen, præmis 33, og dommen i sagen LR AF 1998 mod Kommissionen, præmis 236). Kommissionen er ikke forpligtet til at anvende en bestemt matematisk formel, hverken når der er tale bødens samlede beløb eller opsplitningen heraf i forskellige dele (Rettens dom af 14.5.1998, sag T-354/94, Stora Kopparbergs Bergslags mod Kommissionen, Sml. II, s. 2111, præmis 119).

149 Det første anbringendes første led må herefter forkastes.

b) Det andet led om undladelsen af at tage den omstændighed i betragtning, at kun en mindre del af sagsøgerens omsætning er berørt

Parternes argumenter

150 Sagsøgeren gør gældende, at Kommissionen i henhold til fast retspraksis ved fastsættelsen af bødens størrelse skal tage de tilfælde i betragtning, hvor den omsætning, den pågældende virksomhed havde haft med hensyn til de produkter, der var berørt af overtrædelsen, kun udgjorde en lille del af virksomhedens samlede omsætning (jf. dommen i sagn Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, præmis 121, og generaladvokat Slynns forslag til afgørelse i samme sag, Sml. s. 1950, Rettens dom af 14.7.1994, sag T-77/92, Parker Pen mod Kommissionen, Sml. II, s. 549, præmis 94, og dommen i sagen Cimenteries CBR m.fl. mod Kommission, præmis 5026). Sagsøgeren bemærker, at virksomhedens omsætning vedrørende standardzinkphosphat på europæisk plan i 2000 kun udgjorde 4,9% af den samlede omsætning, nemlig 3,48 mio. EUR. Kommissionen har dog ikke taget denne omstændighed i betragtning, da den fastsatte bødebeløbet, og den har således tilsidesat artikel 15, stk. 2, i forordning 17 og retningslinjerne.

151 Det er ikke tilstrækkeligt, at Kommissionen i forbindelse med, at den fastlagde hver af de enkelte virksomheders betydning, tog hensyn til omsætningen af det relevante produkt inden for EØS, idet den i henhold til retspraksis ved fastlæggelsen af bødens absolutte beløb for hver af de berørte virksomheder skulle tage hensyn til omsætningen i sektoren, sammenholdt med den samlede omsætning. I øvrigt blev dette problem ikke løst som følge af den omstændighed, at Kommissionen i den anfægtede beslutning udtrykte, at den havde til hensigt at tage den reducerede betydning af markedet for zinkphosphat i betragtning.

152 Sagsøgeren anfægter Kommissionens argument, hvorefter den tog hensyn til diversificeringen i den anfægtede beslutning, og gør gældende, at dette forhold slet ikke er nævnt. For så vidt angår Kommissionens fortolkning af generaladvokat Slynns forslag til afgørelse vedrørende dommen i sagen Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 150, hvorefter den kun er forpligtet til at tage diversificeringen i betragtning, når den fastsætter bøden på grundlag af den samlede omsætning, fremfører sagsøgeren, at Kommissionen implicit har medgivet det modsatte i sit svarskrift. Kommissionen har udtalt dels, at den også i denne sag har taget diversificeringen i betragtning, dels at selv om diversificeringen kun havde »ringe betydning«, havde den dog stadig betydning.

153 Kommissionen anfægter sagsøgerens argumentation. Kommissionen gør navnlig gældende, at den tog den omstændighed i betragtning, at kun en ringe del af sagsøgerens omsætning hidrørte fra standardzinkphosphat, selv om den ikke udtrykkeligt nævnte dette i den anfægtede beslutning. Den del af omsætningen, der vedrører de af overtrædelsen berørte produkter, giver et indtryk af overtrædelsens omfang. Imidlertid har Kommissionen i overensstemmelse med retspraksis ikke tillagt omsætningen vedrørende de produkter, der var genstand for overtrædelsen, en uforholdsmæssig betydning i forhold til de øvrige forhold, der indgår i vurderingen (dommen i sagen Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen, præmis 121, og dommen i sagen Parker Pen mod Kommissionen, præmis 89 og 94).

Rettens bemærkninger

154 Det bemærkes for det første, at fast retspraksis er til hinder for, at der tillægges det ene eller det andet af de forskellige omsætningstal en urimelig betydning i forhold til de andre skønsfaktorer, og en passende bøde kan derfor kun fastsættes på grundlag af en enkelt beregning med udgangspunkt i den samlede omsætning, især når de pågældende varer kun udgør en ringe del af omsætningen (dommen i sagen Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen, præmis 120 og 121, og dommen i sagen Parker Pen mod Kommissionen, præmis 94). Således har Retten i dommen i sagen Parker Pen mod Kommissionen tiltrådt anbringendet om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet, fordi Kommissionen ikke havde taget hensyn til, at omsætningen vedrørende de af overtrædelsen omfattede produkter var forholdsvis beskeden i forhold til den pågældende virksomheds samlede salg.

155 Da Kommissionen i det foreliggende tilfælde ikke har baseret sin beregning af størrelsen af den bøde, der skal pålægges sagsøgeren, på dennes samlede omsætning, kan denne ikke med rette påberåbe sig dommen i sagen Parker Pen mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 150 (dommen i sagen ABB Asea Brown Boveri mod Kommissionen, præmis 156).

156 Det fremgår af den anfægtede beslutning, at Kommissionen i overensstemmelse med retspraksis har taget hensyn til en hel række andre forhold end den samlede omsætning ved fastsættelsen af bøden, herunder overtrædelsens art, dens reelle virkninger, de berørte virksomheders betydning på markedet, bødernes afskrækkende virkning og det relevante markeds begrænsede størrelse (jf. betragtning 262-309, jf. i denne retning Rettens domme i sagerne ABB Asea Brown Boveri mod Kommissionen, præmis 157, og Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, præmis 202, og Rettens dom af 9.7.2003, sag T-230/00, Daesang og Sewon Europe mod Kommissionen, Sml. II, s. 2733, præmis 60).

157 Af disse grunde bør det første anbringendes andet led forkastes.

c) Det tredje led om urigtig retsopfattelse ved undladelsen af at tage sagsøgerens økonomiske formåen i betragtning

Parternes argumenter

158 Sagsøgeren gør gældende, at Kommissionen i strid med retningslinjerne undlod at tage sagsøgerens økonomiske formåen i betragtning, da den beregnede bøden. Sagsøgeren oplyser, at virksomheden ved skrivelse af 15. november 2001 anmodede Kommissionen om at tage de økonomiske vanskeligheder i den berørte sektor i betragtning, herunder den omstændighed, at den var udsat for betydelige tab og et fald i omsætning på omkring 20% i 2000 og 2001. Sagsøgerens balance pr. 31. december 2000 viser, at denne udgjorde 40 mio. EUR, hvoraf 21 mio. er gæld som følge af banklån. Egenkapitalen udgør kun 5% af balancesummen, hvilket er en usikker situation. Imidlertid nægtede Kommissionen at tage disse vanskeligheder i betragtning i den anfægtede beslutning, hvilket var en tilsidesættelse af retningslinjerne, hvoraf fremgår, at de pågældende virksomheders særlige kendetegn og »deres reelle betalingsevne i en given social kontekst« [punkt 5, litra b)] skal tages i betragtning ved fastsættelsen af bødebeløbet, hvorfor den lagde en urigtig retsopfattelse til grund. Sagsøgeren tilføjer, at såfremt virksomheden var nødt til at betale bøden, ville dens overlevelse være i fare.

159 Kommissionen bestrider, at den skulle have lagt en urigtig retsopfattelse til grund ved vurderingen af sagsøgerens økonomiske situation. Sidstnævnte har ikke fremlagt tilstrækkelige oplysninger om dette spørgsmål under den administrative procedure. Endvidere oplyste sagsøgeren ikke sin skrivelse af 15. november 2001, at virksomheden ikke ville være i stand til at betale en bøde på et bestemt niveau, ligesom den ikke henviste til den »givne sociale kontekst«, som der henvises til i retningslinjerne. Under disse omstændigheder er det Kommissionens opfattelse, at der på tidspunktet, hvor den vedtog den anfægtede beslutning, ikke forelå nogen grund til, at den skulle anmode om yderligere oplysninger om sagsøgerens økonomiske situation, sådan som den gjorde i Tridents tilfælde (betragtning 367 og 368 til den anfægtede beslutning).

160 Selv hvis de oplysninger, sagsøgeren har fremlagt i sin stævning, tages i betragtning, er der ikke grundlag for en nedsættelse af bøden, hvilket Retten har kompetence til inden for sin fulde prøvelsesret. Sagsøgeren har ikke godtgjort, at overlevelsen af dennes virksomhed ville være alvorligt truet af den omhandlede bøde.

Rettens bemærkninger

161 Det skal indledningsvis bemærkes, at Kommissionen efter fast retspraksis ikke ved bødeudmålingen er forpligtet til at tage hensyn til, at en virksomhed befinder sig i en økonomisk underskudssituation, da anerkendelsen af en sådan forpligtelse ville medføre en uberettiget konkurrencemæssig fordel for virksomheder, der er mindre tilpasset til markedsvilkårene (jf. Rettens dom i sagen LR AF 1998 mod Kommissionen, præmis 308, og i sagen HFB m.fl. mod Kommissionen, præmis 596, samt Rettens dom af 19.3.2003, sag T-213/00, CMA CGM m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 913, herefter »FETTCSA-dommen«, præmis 351 og den deri nævnte retspraksis).

162 Retningslinjernes punkt 5, litra b), hvorefter en virksomheds reelle betalingsevne skal tages i betragtning, kan ikke rejse tvivl om denne retspraksis. Betalingsevnen har nemlig kun betydning i »en given social kontekst«, som består i de konsekvenser, som bødebetalingen vil have bl.a. på arbejdsløshedsniveauet eller en negativ påvirkning af markederne opad eller nedad i forhold til den pågældende virksomhed (dommen i sagen Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, præmis 371). Det må konstateres, at sagsøgeren ikke har fremført nogen omstændighed, som kan give mulighed for at vurdere den nævnte »givne sociale kontekst«.

163 I øvrigt er den omstændighed, at en foranstaltning truffet af en fællesskabsmyndighed fremkalder en given virksomheds konkurs eller likvidation, ikke i sig selv forbudt ved fællesskabsretten (jf. i denne retning Domstolens dom af 15.1.1986, sag 52/84, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 89, præmis 14, og af 2.7.2002, sag

C-499/99, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 6031, præmis 38). Opløsningen af en virksomhed i dens bestående juridiske form kan nemlig ganske vist være til skade for ejernes, aktionærernes eller andelshavernes økonomiske interesser, men betyder ikke, at virksomhedens menneskelige, materielle og immaterielle værdier går tabt (dommen i sagen Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, præmis 372).

164 Endvidere gav sagsøgeren kun Kommissionen begrænsede oplysninger om virksomhedens økonomiske situation før vedtagelsen af den anfægtede beslutning. Sagsøgeren har ikke gjort noget forhold gældende for så vidt angår virksomhedens faktiske betalingsevne eller nogen »given social kontekst«. Selv i sine processkrifter i denne sag har virksomheden ikke fremlagt noget bevis, der kan godtgøre, at den ikke er i stand til at betale den omhandlede bøde, der kun udgør 5,3% af dens samlede omsætning.

165 Det kan således konkluderes, at Kommissionen inden for rammerne af sit skøn var berettiget til at finde, at den ikke skulle tage sagsøgerens økonomiske vanskeligheder i betragtning.

166 Det følger heraf, at det første anbringende bør forkastes.

2. *Det andet anbringende om en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet*

a) Parternes argumenter

167 Sagsøgeren gør gældende, at hvis det lægges til grund, at den anfægtede beslutning ikke er i strid med artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og retningslinjerne, står den pålagte bøde ikke i forhold til den begåede overtrædelse, når henses til det relevante markeds størrelse og betydning.

168 Sagsøgeren udtaler for det første, at Kommissionen ikke har taget hensyn til formålet med artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og således har tilsidesat proportionalitetsprincippet og princippet om rimelighed. Ved fastsættelsen af bøderne skulle Kommissionen have forfulgt såvel repressive som afskrækkende formål (Domstolens dom af 15.7.1970, sag 41/69, ACF Chemiepharma mod Kommissionen, Sml. 1970, s. 107, org.ref.: Rec. s. 661, på s. 703). Afskrækkelse omfatter det generelt afskrækkende, såvel som det specialpræventive, der tilsigter at motivere den berørte virksomhed til at udvise en adfærd, der er i overensstemmelse med lovgivningen. Denne specialprævention vil ikke kunne opnås, hvis den berørte virksomhed ikke har den økonomiske formåen til at betale. I denne sag tog Kommissionen hverken specialpræventive hensyn eller sagsøgerens økonomiske formåen, der som følge af krisen på markedet er væsentligt begrænset, i betragtning. Som svar på Kommissionens anbringende om, at den har taget markedets størrelse og sagsøgerens økonomiske formåen i betragtning, anfører sidstnævnte, at Kommissionen kun har taget hensyn til størrelsen på markedet for zinkphosphat i snæver forstand og ikke har vurderet sagsøgerens særlige situation.

169 For det andet har Kommissionen i den anfægtede beslutning ikke taget den omstændighed i betragtning, at sagsøgeren næsten ikke har opnået nogen fortjeneste på standardzinkphosphat, men at virksomheden faktisk har lidt tab i visse år. Denne undladelse er i strid med retningslinjernes punkt 5, litra b), hvor Kommissionen udtaler, at den ved fastsættelsen af bødens størrelse har til hensigt at tage det forhold, at virksomhederne bag en overtrædelse ikke har opnået en fortjeneste, i betragtning.

170 Sagsøgeren bemærker endvidere, at Kommissionen konsekvent udtaler, at den ikke er forpligtet til at tage faktorer, der er til fordel for sagsøgeren, i betragtning, selv om de er relevante. Den systematiske undladelse af at tage disse faktorer i betragtning førte til en bøde på et ukorrekt og uforholdsmæssigt beløb.

171 Sagsøgeren gør for det tredje gældende, at det følger af en undersøgelse af tidligere beslutninger, vedtaget af Kommissionen, at der foreligger et misforhold mellem den pålagte bøde på den ene side og den omhandlede overtrædelse og sagsøgerens økonomiske formåen på den anden side. I legeringstillæg-beslutningen fastsatte

Kommissionen udgangspunktet til 4 mio. EUR, selv om de berørte virksomheder havde opnået en omsætning, der var betydeligt større end sagsøgerens (betragtning 76 til legeringstillæg-beslutningen). I Volkswagen-beslutningen konstaterede Kommissionen, at Volkswagen havde deltaget i en meget alvorlig overtrædelse og havde tilsidesat et traktatfæstet princip, nemlig oprettelsen af et fælles marked (betragtning 213). Som følge heraf pålagde Kommissionen Volkswagen en bøde på 102 mio. EUR, hvilket beløb kun udgjorde ca. 0,146% af Volkswagen-koncernens samlede omsætning. Den bøde, som blev pålagt sagsøgeren, er i forhold til dennes omsætning 60 gange højere end den, der blev pålagt Volkswagen. Den sagsøgeren pålagte bødes åbenbart uforholdsmæssige karakter fremgår endnu tydeligere, hvis man tager i betragtning, at den Volkswagen pålagte bøde var den største bøde, der nogensinde var blevet pålagt en enkelt virksomhed. Ydermere blev sidstnævnte bøde endelig nedsat til 90 mio. EUR af Retten (dommen i sagen Volkswagen mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 122). I øvrigt måtte British Sugar, der var hovedmand i et kartel vedrørende prisfastsættelse, og som var i besiddelse af særligt vigtige dele af markedet, se sig pålagt et udgangspunkt på 18 mio. EUR, nemlig 0,015% af sin samlede omsætning. Det udgangspunkt, der blev anvendt i forhold til sagsøgeren, er i forhold til virksomhedens omsætning i 2000 ca. 280 gange højere end det beløb, som blev pålagt British Sugar. Intet kan retfærdiggøre et sådant misforhold. Sagsøgeren gør andre af Kommissionens beslutninger gældende for at fremhæve, at bøden, som er blevet pålagt virksomheden, strider mod proportionalitetsprincippet (præisolerede rør-beslutningen, nævnt ovenfor i præmis 29, og sømløse stålrør-beslutningen, nævnt ovenfor i præmis 136). Sammenfattende har Kommissionen ikke i denne sag i tilstrækkelig grad taget sagsøgerens samlede størrelse i betragtning, hvorved den har tilsidesat proportionalitetsprincippet. Selv om Kommissionen har en vis skønsmargen, inden for hvilken den kan hæve bødernes niveau, må den kun gøre dette med respekt af proportionalitetsprincippet og rimelighedsprincippet.

172 For så vidt angår Kommissionens argument, hvorefter sammenligningen med dens tidligere beslutningspraksis er behæftet med fejl, idet den er begrænset til omsætningen, indvender sagsøgeren, at de sager, den gør gældende, vedrører overtrædelser, der materielt er grovere end den i denne sag omhandlede. I øvrigt var omstændighederne i disse sager ikke som i denne sag af moderat karakter. Bøden er imidlertid meget højere i denne sag end i de andre sager. Endvidere afviser sagsøgeren Kommissionens argument, hvorefter disse sager ikke er vejledende, da de

stammer fra 1998, idet sagsøgeren bemærker, at alle de beslutninger, Kommissionen har påberåbt sig, er vedtaget efter vedtagelsen af retningslinjerne, der er blevet fulgt af en betydelig stigning i bødeniveauet.

173 Endelig anfægter sagsøgeren Kommissionens udtalelse, hvorefter sagsøgeren sammenligner »pærer med æbler«. Sagsøgeren bemærker, at Kommissionen hævder, at sagsøgeren har beregnet bøden dels i henhold til sit nedenfor anførte femte anbringende om begrundelsesmangel, som en procentdel af den relevante omsætning, som er opnået med det berørte produkt i EØS (præmis 213 nedenfor), dels i henhold til nærværende led, som en procentdel af den samlede globale omsætning. Det er sagsøgerens opfattelse, at begge sammenligninger er gyldige og bekræfter, at bødens størrelse ikke er rimelig. Sagsøgeren har ikke sammenblandet de to sammenligninger. Sagsøgeren har i sin replik i forbindelse med sammenligningen med Kommissionens tidligere beslutningspraksis påpeget sammenhængen mellem på den ene side den Volkswagen pålagte bøde og den med det berørte produkt i EØS opnåede omsætning og på den anden side den sagsøgeren pålagte bøde og den med det berørte produkt opnåede omsætning. I forhold til den af Volkswagen med det berørte produkt i EØS opnåede omsætning er den sagsøgeren pålagte bøde næsten 450 gange højere end den, som blev pålagt Volkswagen, hvilket udgør et klart bevis på, at Kommissionen har lagt en urigtig retsopfattelse til grund ved at undlade at tage sagsøgerens diversificering i betragtning.

174 Kommissionen bestrider, at den skulle have tilsidesat proportionalitetsprincippet og foretaget et urigtigt skøn. Den udtaler for det første for så vidt angår formålene med bøden, at afskrækkelse er et lovligt hensyn både i forhold til den berørte virksomhed og tredjemænd (Domstolens dom i sagen Chemiepharma mod Kommissionen, præmis 172-176, Domstolens dom af 14.7.1972, sag 49/69, BASF mod Kommissionen, Sml. 1972, s. 217, org.ref.: Rec. s. 713, præmis 38, og dommen i sagen Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen, præmis 106 og 109). Det står ifølge Kommissionen klart, at hvis så åbenlyse og væsentlige overtrædelser af konkurrencereglerne, som er tilfældet i denne sag, endnu i dag finder sted på trods af Kommissionens righoldige beslutningspraksis, er bødens afskrækkende virkning særligt vigtig (Rettens dom af 12.7.2001, forenede sager T-202/98, T-204/98 og T-207/98, Tate & Lyle m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2035, præmis 144 og 145). Kommissionen gør i øvrigt gældende, at den ved fastsættelsen af udgangs-

punktet til 3 mio. EUR tog sagsøgerens økonomiske formåen i betragtning, idet dette niveau er betydeligt lavere end de i henhold til retningslinjerne påregnelige beløb i tilfælde af meget alvorlige overtrædelser.

175 Kommissionen gør for det andet gældende, at hvis den kan anse opnået fortjeneste for en skærpende omstændighed, betyder dette ikke, at den forpligtet til at tage fraværet af fortjeneste i betragtning som en formildende omstændighed, der medfører en nedsættelse af bøden (dommen i sagen Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, præmis 4881 og 4882, og i sagen LR AF 1998 mod Kommissionen, præmis 307).

176 For det tredje fremgår det ikke af en sammenligning med Kommissionens tidligere beslutningspraksis, at bøden i denne sag er i strid med proportionalitetsprincippet og rimelighedsprincippet. Sagsøgeren sammenligner blot den procentdel, som bøderne udgør i forhold til de berørte virksomheders omsætning, uagtet det forhold, at bødens forholdsmæssighed skal bedømmes ud fra en samlet betragtning af alle overtrædelsens omstændigheder (dommen i sagen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, præmis 1215). I øvrigt vedrører alle de kommissionsbeslutninger, som sagsøgeren har gjort gældende, bøder, der er pålagt store virksomheder. Det er Kommissionens opfattelse, at den ikke kan pålægge store virksomheder astronomiske bøder alene med henblik på at bevare den af sagsøgeren påberåbte forholdsmæssighed i forhold til omsætningen. Kommissionen kan ligeledes ikke pålægge bøder, der er lavere end minimumsgrænsen, hvilket heller ikke ville have nogen afskrækkende virkning for mindre virksomheder som sagsøgeren.

177 Idet Kommissionen henviser til sine argumenter til svar på de øvrige ovennævnte anbringender, bemærker den, at de sammenligninger, som sagsøgeren har gjort med tidligere beslutninger om bødepålæg, allerede fra begyndelsen var uden betydning. Kommissionen gør gældende, at det netop er fordi den i modsætning til, hvad sagsøgeren har udtalt, tog forskellen i størrelse på de berørte virksomheder i betragtning, da den beregnede bøden, at sagsøgeren ikke alvorligt kan mene, at

Kommissionen burde have divideret bøden på 3 780 000 EUR med 450 for at nå en bøde på 8 400 EUR med henblik på at bevare forholdsmæssigheden med den Volkswagen pålagte bøde i forhold til den i EØS opnåede relevante omsætning.

b) Rettens bemærkninger

178 Sagsøgeren kritiserer med det første led i sin argumentation vedrørende tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet og rimelighedsprincippet Kommissionen for at have handlet i strid med disse principper, idet den hverken tog hensynet til specialprævention eller sagsøgerens økonomiske formåen i betragtning.

179 Det følger af retspraksis, at Kommissionens kompetence til at pålægge de virksomheder bøder, som forsætligt eller uagtsomt overtræder artikel 81, stk. 1, EF eller artikel 82 EF, er et af de midler, som Kommissionen har fået tildelt, for at den kan udføre sin tilsynsopgave ifølge fællesskabsretten. Dette omfatter klart den opgave at efterforske og straffe de enkelte overtrædelser, men det dækker ligeledes pligten til at forfølge en generel politik med henblik på at anvende de i traktaten fastsatte principper på konkurrenceområdet og til at påvirke virksomhedernes adfærd i denne retning (dommen i sagen Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen, præmis 105).

180 Kommissionen har følgelig kompetence til at fastsætte bødernes størrelse således, at deres afskrækkende virkning forstærkes, når en bestemt form for overtrædelse på grund af den fortjeneste, som visse virksomheder kan opnå herved, stadig er forholdsvis hyppig, skønt ulovligheden heraf har været fastslået siden begyndelsen af Fællesskabets fælles konkurrencepolitik (dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, præmis 108).

181 Således fremgår det af ovennævnte retspraksis, at den afskrækkende virkning, som er et formål, Kommissionen har ret til at forfølge ved fastsættelsen af bødebeløbet, tilsigter at sikre, at virksomhederne respekterer konkurrencereglerne i traktaten ved udøvelsen af deres aktiviteter i Fællesskabet eller EØS. Det følger heraf, at det kun kan afgøres på baggrund af den dømte virksomheds konkrete situation, om en bøde pålagt for overtrædelse af Fællesskabets konkurrenceregler har afskrækkende karakter (dommen i sagen Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen, præmis 110).

182 Endvidere bestemmer retningslinjernes punkt 1 A, fjerde afsnit, bl.a. at det ved bedømmelsen af en overtrædelses grovhed er nødvendigt »at tage hensyn til de overtrædende virksomheders faktiske økonomiske muligheder for at påføre andre økonomiske beslutningstagere, herunder forbrugerne, alvorlig skade, og at fastsætte bødens størrelse på et niveau, der har en tilstrækkelig afskrækkende virkning«.

183 Det fremgår af den anfægtede beslutning, at Kommissionen har taget hensyn til såvel sagsøgerens reelle økonomiske mulighed for at skade konkurrencen i væsentlig grad som nødvendigheden af at fastsætte bøden på et niveau, som sikrer, at den har en afskrækkende virkning (betragtning 304-309). Retten finder, at den pålagte bøde ikke står i et misforhold til størrelsen på den berørte virksomhed. Sagsøgeren har opnået en samlet omsætning på 71,018 mio. EUR i 2000. Den pålagte bøde, nemlig 3,78 mio. EUR, udgør ikke mere end 5,3% af virksomhedens samlede omsætning. Det er i øvrigt ikke godtgjort, at sagsøgeren ikke er i stand til at betale en sådan bøde (jf. præmis 164). Retten finder under alle omstændigheder inden for rammerne af sin fulde prøvelsesret, at bødens størrelse er passende, når henses til overtrædelsens grovhed og varighed.

184 For så vidt angår dette anbringendes andet led om, at Kommissionen har tilsidesat proportionalitetsprincippet, idet den ikke har taget hensyn til, at sagsøgeren nærmest ikke har haft nogen fordel af det pågældende produkt, og at virksomheden i visse år har lidt tab på denne del af markedet, bemærkes, at skønt størrelsen af den

pålagte bøde skal stå i rimeligt forhold til overtrædelsens varighed og de øvrige faktorer, der indgår i vurderingen af dennes grovhed, såsom den fortjeneste, den berørte virksomhed har kunnet opnå ved sin praksis (Rettens dom af 21.10.1997, sag T-229/94, Deutsche Bahn mod Kommissionen, Sml. II, s. 1689, præmis 127), kan det forhold, at en virksomhed ikke har opnået nogen fortjeneste ved en overtrædelse, ikke være til hinder for, at der pålægges en betydelig bøde, idet bøderne ellers ville miste deres afskrækkende virkning (dommen i sagen Ferriere Nord mod Kommissionen, præmis 53, og FETTCSA-dommen, præmis 340).

185 Det følger heraf, at Kommissionen ikke ved fastsættelsen af bøderne er forpligtet til at tage i betragtning, at der ikke blev opnået nogen vinding ved den pågældende overtrædelse (dommen i sagen Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, præmis 4881, og FETTCSA-dommen, præmis 341).

186 Skønt Kommissionen i henhold til sine retningslinjer (punkt 2, første afsnit, femte led) kan forhøje bøden på grundlag af skærpende omstændigheder for at overskride fortjenesten som følge af denne ulovlige praksis, bevirker dette ikke, at Kommissionen har forpligtet sig til for fremtiden i alle tilfælde med henblik på bødeudmålingen at fastslå den økonomiske fordel ved den pågældende overtrædelse (FETTCSA-dommen, præmis 342 og 343). Med andre ord kan den omstændighed, at der ikke er tale om en sådan fordel, ikke anses for en formildende omstændighed.

187 Under disse omstændigheder må sagsøgerens anbringende om, at den ved overtrædelsen opnåede fordel ikke er blevet taget i betragtning, forkastes.

188 Hvad for det tredje endelig angår argumentet om sammenligning med Kommissionens tidligere beslutningspraksis, bør dette forkastes af de i præmis 41-43 anførte grunde.

189 Det følger af alle de ovenstående betragtninger, at det andet anbringende bør forkastes.

3. *Det tredje anbringende om en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet*

a) Parternes argumenter

190 For det første hævder sagsøgeren, at Kommissionen har tilsidesat ligebehandlingsprincippet, idet den ikke har taget sagsøgerens omsætning vedrørende det omhandlede produkt i forhold til dennes samlede omsætning i betragtning i forbindelse med anvendelsen af det i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 nævnte loft på 10%. Sagsøgeren bemærker, at størrelsen af den SNCZ pålagte bøde blev nedsat fra 4,2 mio. EUR til 1,7 mio. EUR i overensstemmelse med dette loft, idet dette selskab havde en samlet omsætning på kun 17,08 mio. EUR i 2000. I modsætning hertil har sagsøgeren ikke haft fordel af en sådan nedsættelse på grund af sin samlede omsætning på 71,018 mio. EUR. Sagsøgeren gør gældende, at denne forskelsbehandling er en følge af strukturforskellene mellem de to virksomheder. Sagsøgeren lider under den ulempe, at denne som familievirksomhed driver størstedelen af sine aktiviteter i et kommanditaktieselskab (GmbH & Co. KG), hvilket medfører en forholdsvis høj totalomsætning. Ved fastsættelsen af den sagsøgeren pålagte bøde støttede Kommissionen sig udelukkende på dette høje samlede omsætningstal, selv om størstedelen af sagsøgerens aktiviteter ikke har nogen forbindelse med de produkter, der er berørt af overtrædelsen. I modsætning hertil havde den koncern, hvortil SNCZ hører, en omsætning på 278,8 mio. EUR, men denne koncern havde opdelt sine øvrige aktiviteter i forskellige selskaber, og SNCZ havde således kun en omsætning på 17,08 mio. EUR. Den af SNCZ med det omhandlede produkt opnåede omsætning udgør omkring 22,9% af virksomhedens samlede omsætning. Således er den sagsøgeren pålagte bøde »i forhold til den med det berørte produkt opnåede omsætning« mere end to gange større end den, som blev pålagt SNCZ. Ifølge sagsøgeren er det i henhold til retspraksis et krav, at forholdet mellem omsætningen hidrørende fra det berørte produkt, sammenlignet med den samlede omsætning, skal tages i betragtning af Kommissionen for at undgå sådanne uligheder.

191 Sagsøgeren bestrider, at de domme, Kommissionen har gjort gældende til støtte for, at der ikke er sket ulige behandling, har betydning i denne sag. I de sager, der har givet anledning til disse domme, har sagsøgerne bestridt, at grundbeløbet for visse af de berørte virksomheder med urette var blevet fastsat over det loft på 10% af omsætningen, der fremgår af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, selv om dette ikke var tilfældet for de øvrige (dommen i sagen Brugg Rohrsysteme mod Kommissionen, præmis 155, og dommen i sagen ABB Asea Brown Boveri mod Kommissionen, præmis 185). Derimod er der i denne sag sket ulige behandling som følge af undladelsen af at tage de berørte virksomheders forskellige grader af diversificering i betragtning ved beregning af bøden.

192 For det andet har Kommissionen fastsat helt forskellige grundbeløb for hver af de berørte virksomheder, selv om fire af de seks berørte virksomheder var i besiddelse af ens markedsandele. Grundbeløbene før anvendelsen af samarbejdsmeddelelsen varierede mellem 700 000 og 4 200 000 EUR. Sagsøgerens høje grad af diversificering burde have været taget i betragtning for at undgå denne ulige behandling.

193 Kommissionen har bestridt rigtigheden af dette anbringende. Den anfægter navnlig sagsøgerens forsøg på i sin replik at sondre mellem de sager, der gav anledning til dommen i sagen Brugg Rohrsysteme mod Kommissionen og i sagen ABB Asea Brown Boveri mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 33, og denne sag. Den af Kommissionen vedtagne beslutning i den sag, der gav anledning til disse domme, var ligesom i denne sag rettet mod en større og mere diversificeret virksomhed, i forhold til hvilken loftet på 10% ikke blev anvendt, og en mindre og knapt så diversificeret virksomhed, for hvilken bøden blev nedsat til 10% af omsætningen (dommen i sagen Brugg Rohrsysteme mod Kommission, præmis 155 og 156).

194 Kommissionen afviser endvidere sagsøgerens argument, hvorefter den har pålagt fem ud af de seks berørte virksomheder, som havde ens markedsandele, forskellige bøder uden at tage disse virksomheders diversificering i betragtning. Hvis en sådan argumentation skulle blive accepteret, ville dette reelt betyde, at forskelle i overtrædelsens varighed og loftet på 10% af omsætningen ikke skulle tages i betragtning.

b) Rettens bemærkninger

195 Det følger af fast retspraksis, at ligebehandlingsprincippet kun er tilsidesat, såfremt ensartede situationer behandles forskelligt, eller forskellige situationer behandles ens, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet (dommen i sagen Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen, præmis 69 og den deri nævnte retspraksis).

196 Det følger af retspraksis, at den i artikel 15, stk. 2, i forordning 17 fastsatte overgrænse har til formål at undgå, at bøderne er urimelige i forhold til denne. Eftersom kun den samlede omsætning reelt kan give en tilnærmelsesvis angivelse i denne henseende, skal denne grænse opfattes som gældende for den samlede omsætning (dommen i sagen Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen, præmis 119, og i sagen HFB m.fl. mod Kommissionen, præmis 541).

197 Sagsøgerens argument om en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet kan ikke godtages. Kommissionen har anvendt artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 med henvisning til den samlede omsætning både i sagsøgerens og SNCZ's sag. Den omstændighed, at SNCZ har draget fordel af en nedsættelse af grundbeløbet, er objektivt berettiget som en direkte anvendelse af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 (jf. i denne retning dommen i sagen ABB Asea Brown Boveri mod Kommissionen, præmis 185).

198 Det skal tilføjes, at sagsøgeren, hvis man måler den samlede omsætning, er mere end tre gange større end SNCZ. Således kan den omstændighed, at Kommissionen har pålagt sidstnævnte en bøde på 1,53 mio. og sagsøgeren en bøde på 3,78 mio. EUR, ikke anses for en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet.

199 I øvrigt kan sagsøgeren heller ikke hævde at have været udsat for ulige behandling som følge af, at Kommissionen ved fastlæggelsen af grænsen for bøden undlod at tage sagsøgerens omsætning vedrørende det omhandlede produkt i forhold til dennes samlede omsætning i betragtning. For så vidt angår sammenligningen med SNCZ fremgår det af den anfægtede beslutning, at Kommissionen har holdt SNZC ansvarlig for overtrædelsen og ikke den koncern, som denne virksomhed tilhørte (betragtning 240 til den anfægtede beslutning). I mangel af bevis for, at den koncern, som SNCZ tilhører, var involveret, kan det ikke hævdes, at Kommissionen gjorde sig skyldig i forskelsbehandling ved i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 at anvende loftet på 10% af virksomhedens omsætning. (jf. i denne retning dommen i sagen ABB Asea Brown Boveri mod Kommission, præmis 181).

200 Endelig må sagsøgerens argument, hvorefter Kommissionen skulle have pålagt forskellige grundbeløb for fem af de seks berørte virksomheder, uagtet den omstændighed, at de havde ens markedsandele, forkastes. Kommissionen pålagde sagsøgeren, Britannia, SNCZ og Trident det samme grundbeløb, nemlig 3 mio. EUR (betragtning 309 til den anfægtede beslutning). Når henses til forskellen for så vidt angår varigheden af deres deltagelse i overtrædelsen og anvendelsen af den øvre grænse på 10% af omsætningen, varierede disse grundbeløb før anvendelse af samarbejdsmeddelelsen. Disse variationer er en direkte følge af anvendelsen af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og kan således ikke anses for en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet.

4. *Det fjerde anbringende om en tilsidesættelse af artikel 7 i EMRK*

a) Parternes argumenter

201 Sagsøgeren gør gældende, at Kommissionen har overtrådt artikel 7 i EMRK ved at anvende væsentlige forhøjelser af bøderne, der ikke fandtes på tidspunktet, hvor

overtrædelsen blev begået. Ifølge artikel 7, stk. 1, må der ikke pålægges »en strengere straf end den, der var anvendelig på det tidspunkt, da den strafbare lovovertrædelse blev begået«. Princippet i artikel 7 er omfattet af beskyttelsen af Fællesskabets grundrettigheder, som Den Europæiske Unions udtrykkeligt anerkender, og som ligeledes skal iagttages af Fællesskabets institutioner i konkurrencesager (Rettens dom af 20.2.2001, sag T-112/98, Mannesmannröhren-Werke mod Kommissionen, Sml. II, s. 729, præmis 60 og 77). I denne sag hævede Kommissionen bødeniveauet betydeligt i forbindelse med vedtagelsen af retningslinjerne i 1998. Derefter hævede Kommissionen i efteråret 2001, uden nogen hjemmel og uden nogen ændring af retningslinjerne, bødeniveauet til et hidtil uset niveau. Kommissionen anvendte disse to forhøjelser i den anfægtede beslutning, selv om størstedelen af de omhandlede handlinger blev begået før vedtagelsen af retningslinjerne i 1998. Disse forhøjelser udgør ændringer af strafferammen, og det er i strid med artikel 7 i EMRK at anvende dem på den omhandlede overtrædelse.

202 Sagsøgeren tilføjer, at Kommissionen ikke kan hævde, at de omhandlede bøder ikke overstiger det loft på 10% af den samlede omsætning, der er fastsat ved artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17. Det er alene Kommissionens beslutningspraksis, der udgør den »virkelige strafferamme«. Det i denne bestemmelse fastsatte loft for sanktionerne må konkretiseres nærmere gennem beslutningspraksis for at kunne bringes i overensstemmelse med princippet om straffesanktioners forudsigelighed. For så vidt angår Kommissionens argument, hvorefter den råder over en vis skønsmargen med hensyn til forhøjelse af bødeniveauet, fastholder sagsøgeren, at forhøjelsens størrelse må være begrænset af proportionalitetsprincippet og rimelighedsprincippet.

203 Sagsøgeren bemærker endvidere, at Kommissionen ikke vedtog den anfægtede beslutning før den 11. december 2001, dvs. tre og et halvt år efter overtrædelsens ophør (den 13.5.1998). Hvis Kommissionen havde truffet sin beslutning nogle måneder tidligere, ville den pålagte bøde have været knapt så høj. Denne vilkårlige forsinkelse bør ikke komme sagsøgeren til skade gennem anvendelse af Kommissionens nye politik på området for bødeniveauer med tilbagevirkende kraft.

204 Kommissionen gør gældende, at anvendelsen af retningslinjerne i denne sag ikke strider mod forbuddet mod straffebestemmelsers tilbagevirkende kraft. Det følger for det første af retspraksis, at Kommissionens indførelse af en ny metode for beregning af bøderne, som i visse tilfælde kan føre til en forhøjelse af bødebeløbene, dog uden dermed at overstige det i denne forordning fastsatte maksimum, ikke kan anses for en skærpelse med tilbagevirkende kraft af bøderne — således som de retligt er fastlagt i artikel 15 i forordning nr. 17 — der er i strid med legalitets- og retssikkerhedsprincippet (dommen i sagen LR AF 1998 mod Kommissionen, præmis 217-224 og 233-235). For det andet afviser Kommissionen sagsøgerens argument, hvorefter artikel 15 i forordning nr. 17 ikke opfylder kravet om konkretisering og betingelsen om forudsigelighed, medmindre denne konkretiseres i administrativ praksis.

b) Rettens bemærkninger

205 Det bemærkes, at princippet om, at straf febestemmelser ikke kan have tilbagevirkende kraft, er et fælles princip for alle medlemsstaternes retsordener, der ligeledes er fastslået i EMRK's artikel 7, og er en integrerende del af de almindelige retsprincipper, som Fællesskabets retsinstanser sikrer overholdelsen af (Domstolens dom af 10.7.1984, sag 63/83, Kirk, Sml. s. 2689, præmis 22, og dommen i sagen LR AF 1998 mod Kommissionen, præmis 219).

206 Selv om det fremgår af artikel 15, stk. 4, i forordning nr. 17, at Kommissionens beslutninger om pålæggelse af bøder for overtrædelse af konkurrencereglerne ikke er sanktioner i strafferetlig forstand (jf. Rettens dom af 6.10.1994, sag T-83/91, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. II, s. 755, præmis 235), skal Kommissionen respektere fællesskabsrettens almindelige principper, og bl.a. princippet om forbud mod tilbagevirkende kraft, under enhver administrativ procedure, der kan føre til pålæggelse af sanktioner i henhold til traktatens konkurrenceregler (jf. analogt for så vidt angår ret til kontradiktion Domstolens dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 7, og dommen i sagen LR AF 1998 mod Kommissionen, præmis 220).

207 Retten finder, at Kommissionen ikke har tilsidesat principperne i artikel 7 i EMRK. Virksomheder, der er indblandet i en administrativ procedure, der kan give anledning til en bøde, må tage den mulighed i betragtning, at Kommissionen på et hvilket som helst tidspunkt kan beslutte at hæve niveauet for bøder i forhold til det niveau, den tidligere har anvendt (jf. præmis 42).

208 Det forholder sig således, ikke blot når Kommissionen hæver bødeniveauet i enkelte beslutninger, men ligeledes når en sådan forhøjelse er resultatet af anvendelsen af generelle adfærdsbestemmelser, såsom retningslinjerne.

209 Det må konkluderes, at den nye metode til beregning af bøder, der følger af retningslinjerne, uanset at den måtte have haft en skærpende virkning for så vidt angår niveauet for pålagte bøder, med rimelighed kunne forudses for virksomheder som sagsøgeren på det tidspunkt, hvor overtrædelsen fandt sted.

210 Det er uden betydning, at beregningen af bøders størrelse efter den i retningslinjerne tilkendegivne metode kan medføre, at Kommissionen pålægger højere bøder end i sin tidligere beslutningspraksis, fordi den har et vist skøn ved udmålingen af bøderne, således at virksomhederne tilskyndes til at overholde konkurrencereglerne (dommen i sagen LR AF 1998 mod Kommissionen, præmis 237, og i sagen HFB m.fl. mod Kommissionen, præmis 494).

211 Af disse grunde må anbringendet om tilsidesættelse af forbuddet mod tilbagevirkende kraft forkastes.

5. *Det femte anbringende om en tilsidesættelse af artikel 253 EF*

a) Parternes argumenter

212 Sagsøgeren gør gældende, at Kommissionen har tilsidesat den i artikel 253 EF hjemlede begrundelsespligt, idet den ikke har forklaret hvorfor den har pålagt en bøde, der er så meget højere end dem, den har pålagt i sin tidligere beslutningspraksis.

213 Det følger af retspraksis, at begrundelsen skal tilpasses karakteren af den pågældende retsakt og på klar og utvetydig måde skal angive de betragtninger, som den institution, der har udstedt den anfægtede retsakt, har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret (dommen i sagen Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, præmis 4725). Det ville være ønskeligt, at virksomhederne kunne få et detaljeret indblik i, hvorledes den bøde, der pålægges dem, er beregnet (dommen i sagen Tréfilunion mod Kommissionen, præmis 142, og i sagen Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, præmis 4734), og begrundelsen bør være særlig detaljeret, hvis den går ud over, hvad der følger af tidligere beslutningspraksis (Domstolens dom af 17.11.1987, forenede sager 142/84 og 156/84, BAT og Reynolds mod Kommissionen, Sml. s. 4487, præmis 71). I denne sag har Kommissionen pålagt en bøde på 4,2 mio. EUR før eventuel anvendelse af samarbejdsmeddelelsen, dvs. 111% af den omsætning, vedrørende det omhandlede produkt, som sagsøgeren opnåede inden for EØS i 1998. Summen af de for de berørte virksomheder fastlagte grundbeløb udgjorde 129-138% af den samlede værdi af det europæiske marked for det berørte produkt, dvs. 15-16 mio. EUR. Disse beløb er betydeligt højere end de bøder, Kommissionen tidligere har pålagt i lignende sager. Når henses til, at den har fraveget sin tidligere praksis, på trods af en række gunstige omstændigheder i denne sag, burde Kommissionen have givet en mere detaljeret begrundelse for bøderne.

214 I øvrigt bemærker sagsøgeren, at den anfægtede beslutning ikke præciserer den metode og det grundlag, Kommissionen har benyttet til at beregne grundbeløbene. Kommissionen henviser til den omsætning, som er opnået med det berørte produkt inden for EØS (betragtning 307 til den anfægtede beslutning), men kun med henblik på at fastlægge den relative vægt af de forskellige virksomheder på markedet. For så vidt angår udgangspunktets absolutte betydning tilkendegiver Kommissionen ikke klart, hvorvidt den benyttede omsætningen af det berørte produkt inden for EØS eller på verdensplan eller sagsøgerens samlede omsætning.

215 Kommissionen, der henviser til sine argumenter vedrørende de øvrige anbringender, gør for det første gældende, at sagsøgerens argument, hvorefter beregningen af bøden er baseret på et unormalt højt bødeniveau, er meget forvirrende, fordi sagsøgeren har sammenlignet to helt forskellige referenceværdier, der begge benyttes til at vurdere niveauet for bøder. Selv hvis det imidlertid blev lagt til grund, at den anfægtede beslutning indebærer en mærkbar forhøjelse af bødeniveauet, har Kommissionen ikke tilsidesat sin begrundelsespligt.

216 For så vidt angår sagsøgerens argument, hvorefter den anfægtede beslutning ikke klart angiver, hvilken omsætning der er lagt til grund ved fastlæggelsen af udgangspunktets absolutte niveau, gør Kommissionen gældende, at den ikke fastsatte dette beløb på grundlag af dette eller hint omsætningsbeløb, men under hensyn til overtrædelsens grovhed, som den vurderede på baggrund af dens art, dens virkninger på markedet, størrelsen på det relevante geografiske marked og det begrænsede marked for det berørte produkt.

b) Rettens bemærkninger

217 Ifølge fast retspraksis skal den begrundelse, der kræves i henhold til artikel 253 EF, tilpasses karakteren af den pågældende retsakt og på en klar og utvetydig måde

angive de betragtninger, som den institution, der har udstedt den anfægtede retsakt, har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret. Det kræves ikke, at begrundelsen angiver alle de forskellige relevante faktiske og retlige momenter, da spørgsmålet, om en beslutnings begrundelse opfylder kravene efter artikel 253 EF, ikke blot skal vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område (jf. Domstolens dom af 2.4.1998, sag C-367/95 P, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, Sml. I, s. 1719, præmis 63 og den deri nævnte retspraksis).

218 For så vidt angår en beslutning, hvorved flere virksomheder pålægges bøder for en overtrædelse af de fællesskabsretlige konkurrenceregler, skal begrundelsespligtens omfang afgøres under hensyn til, at overtrædelsernes grovhed skal fastslås på grundlag af en lang række forhold, herunder bl.a. sagens særlige omstændigheder, dens sammenhæng og bødernes afskrækkende virkning, uden at der er opstillet en bindende eller udtømmende liste over de kriterier, som obligatorisk skal tages i betragtning (Domstolens kendelse af 25.3.1996, sag C-137/95 P, SPO m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1611, præmis 54, og dommen i sagen LR AF 1998 mod Kommissionen, præmis 378).

219 Inden for rammerne af de konklusioner, der er draget i denne sag, der begrænser sig til bødens lovlighed, dens størrelse og metoden for dens beregning, er dette anbringende åbenbart ubegrundet. Den anfægtede beslutning indeholder 370 betragtninger, hvoraf 118 (betragtning 252-370) er helliget bøderne. I betragtning 262-303 redegør Kommissionen for sin vurdering af overtrædelsens grovhed. Den angiver endvidere, hvorledes den har konkluderet, at to kategorier af virksomheder skal behandles forskelligt (betragtning 304-309), og den fremlægger sin bedømmelse af overtrædelsens varighed (betragtning 310-312), inden den når til grundbeløbene (betragtning 313). Den undersøger, hvorvidt der foreligger skærpende eller formildende omstændigheder (betragtning 314-336), og den udtaler sig om anvendelsen af samarbejdsmeddelelsen (betragtning 346-366). Det må konstateres, at den anfægtede beslutning indeholder en tilstrækkelig og relevant tilkendegivelse af de faktorer, som er blevet taget i betragtning ved bedømmelsen af overtrædelsens

grovhed og varighed. Det må konstateres, at den argumentation, som sagsøgeren har fremført inden for rammerne af de første fire af sagens anbringender, viser, at denne fuldt ud har forstået den til grund for den anfægtede beslutning liggende argumentation.

220 Den kritik, sagsøgeren har rejst inden for rammerne af dette anbringende, angiver ikke nogen vanskelighed med hensyn til at forstå Kommissionens argumentation eller redegørelsen for de faktorer, der blev taget i betragtning. Den retter først og fremmest kritik mod bødens størrelse i forhold til de bøder, der er blevet pålagt i lignende sager. Imidlertid indebærer denne sammenligning ikke, at der skulle foreligge begrundelsesmangel. I det omfang, den er relevant, vedrører den Kommissionens velbegrundede vurdering.

221 Selv om det lægges til grund, at beslutningen indebærer en mærkbar forhøjelse af bødeniveauet i forhold til tidligere beslutninger, skal det konstateres, at Kommissionen på fuldt tilstrækkelig vis har redegjort for begrundelsen for fastsættelsen af sagsøgerens bøde på et sådant niveau (jf. i denne retning Domstolens dom af 26.11.1975, sag 73/74, Fabricants de papiers peints mod Kommissionen, Sml. s. 1491, præmis 31).

222 Sagsøgeren gør med rette gældende, at den anfægtede beslutning ikke angiver hverken den fremgangsmåde eller den beregning, som ligger til grund for, at Kommissionen ved bedømmelsen af overtrædelsens grovhed har fastsat udgangspunktet til 3 mio. EUR for de »største producenter« (betragtning 308 og 309). Imidlertid betyder kravene i henhold til den væsentlige formforskrift, som begrundelsespligten udgør, ikke en forpligtelse for Kommissionen til i sin beslutning at give oplysning om de talmæssige elementer vedrørende metoden for bødeberegning, men alene de elementer, der har givet den grundlag for at bedømme overtrædelsens grovhed og varighed (Domstolens dom af 16.11.2000, sag C-291/98 P, Sarrió mod Kommissionen Sml. I, s. 9991, præmis 73 og 76, og Rettens dom af 30.9.2003, forenede sager T-191/98 og T-212/98 — T-214/98, Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3275, præmis 1558).

223 Det femte anbringende bør derfor ligeledes forkastes som ubegrundet.

224 Kommissionen bør herefter frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

225 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Kommissionens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Femte Afdeling)

1) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.

2) **Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.**

Lindh García-Valdecasas Cooke

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 29. november 2005.

E. Coulon

Justitssekretær

P. Lindh

Afdelingsformand

Indhold

Faktiske omstændigheder ..... II - 5147

Retsforhandlinger og parternes påstande ..... II - 5153

Retlige bemærkninger ..... II - 5155

A — Ulovlighedsindsigelsen ..... II - 5155

1. Parternes argumenter ..... II - 5155

2. Rettens bemærkninger ..... II - 5159

B — Anbringenderne til støtte for annullationspåstanden ..... II - 5163

1. Det første anbringende om en tilsidesættelse af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og retningslinjerne ..... II - 5163

a) Det første led om en urigtig vurdering af overtrædelsens grovhed .... II - 5164

Overtrædelsens art ..... II - 5165

— Parternes argumenter ..... II - 5165

— Rettens bemærkninger ..... II - 5169

Overtrædelsens virkninger ..... II - 5178

— Parternes argumenters ..... II - 5178

— Appréciation du Tribunal ..... II - 5183

Undladelsen af at tage krisen i sektoren i betragtning som formildende omstændighed ..... II - 5193

— Parternes argumenter ..... II - 5193

— Rettens bemærkninger ..... II - 5195

Sammenligningen med andre karteller ..... II - 5196

— Parternes argumenter ..... II - 5196

— Rettens bemærkninger ..... II - 5197

b) Sur la deuxième branche, tirée de l'absence de prise en considération du fait que seule une faible proportion du chiffre d'affaires de la requérante était concernée ..... II - 5199

Parternes argumenter ..... II - 5199

Rettens bemærkninger ..... II - 5201

c) Sur la troisième branche, tirée de l'erreur de droit résultant de l'absence de prise en considération de la capacité économique de la requérante. II - 5202

Parternes argumenter ..... II - 5202

Rettens bemærkninger ..... II - 5203

2. Det andet anbringende om en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet II - 5204

a) Parternes argumenter ..... II - 5204

b) Rettens bemærkninger ..... II - 5209

3. Det tredje anbringende om en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet . II - 5212

a) Parternes argumenter ..... II - 5212

b) Rettens bemærkninger ..... II - 5214

4. Det fjerde anbringende om en tilsidesættelse af artikel 7 i EMRK ..... II - 5215

a) Parternes argumenter ..... II - 5215

b) Rettens bemærkninger ..... II - 5217

5. Det femte anbringende om en tilsidesættelse af artikel 253 EF ..... II - 5219

a) Parternes argumenter ..... II - 5219

b) Rettens bemærkninger ..... II - 5220

Sagens omkostninger ..... II - 5223