ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

8 december 2011 *

In zaak C-272/09 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie, ingesteld op 15 juli 2009,

KME Germany AG, voorheen KM Europa Metal AG, gevestigd te Osnabrück (Duitsland),

KME France SAS, voorheen Tréfimétaux SA, gevestigd te Courbevoie (Frankrijk),

KME Italy SpA, voorheen Europa Metalli SpA, gevestigd te Firenze (Italië),

vertegenwoordigd door M. Siragusa, avvocato, A. Winckler, avocat, G. C. Rizza, avvocato, T. Graf, advokat, en M. Piergiovanni, avvocato,

rekwirantes,

* Procestaal: Engels.

andere partij bij de procedure:

Europese Commissie, vertegenwoordigd door E. Gippini Fournier en J. Bourke als gemachtigden, bijgestaan door C. Thomas, solicitor, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster in eerste aanleg,

wijst

HET HOF (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: J. N. Cunha Rodrigues, kamerpresident, U. Lõhmus, A. Rosas (rapporteur), A. Ó Caoimh en A. Arabadjiev, rechters,

advocaat-generaal: E. Sharpston,
griffier: K. Malacek, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 6 oktober 2010,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 10 februari 2011,

het navolgende

Arrest

1 KME Germany AG, voorheen KM Europa Metal AG, KME France SAS, voorheen Tréfimétaux SA, en KME Italy SpA, voorheen Europa Metalli SpA (hierna samen: „KME-groep"), verzoeken om vernietiging van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 6 mei 2009, KME Germany e.a./Commissie (T-127/04, Jurispr. blz. II-1167; hierna: „bestreden arrest"), waarbij is verworpen hun beroep tot nietigverklaring of tot vermindering van de geldboeten die hun zijn opgelegd krachtens artikel 2, sub c, d en e, van beschikking C(2003) 4820 def. van de Commissie van 16 december 2003 in een procedure op grond van artikel 81 [EG] en artikel 53 van de EER-overeenkomst (Zaak COMP/E-1/38.240 — Industriële buizen) (hierna: „litigieuze beschikking").

Rechtskader

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

„Wanneer ondernemingen of ondernemersverenigingen opzettelijk of uit onachtzaamheid:

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

b) zich gedragen in strijd met een verplichting opgelegd krachtens artikel 8, lid 1, kan de Commissie bij beschikking aan deze ondernemingen of ondernemersverenigingen geldboeten opleggen van ten minste duizend en ten hoogste één miljoen rekeneenheden, of tot een bedrag van ten hoogste tien procent van de omzet van elk der betrokken ondernemingen in het voorafgaande boekjaar, indien bedoeld bedrag hoger is dan één miljoen rekeneenheden.

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

3 Artikel 17 van verordening nr. 17 bepaalde:

„Het Hof van Justitie heeft volledige rechtsmacht in de zin van artikel [229 EG] ter zake van beroep tegen beschikkingen van de Commissie waarin een geldboete of dwangsom wordt vastgesteld; het kan de opgelegde geldboete of dwangsom intrekken, verlagen of verhogen."

4 Verordening nr. 17 is ingetrokken en vervangen door verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB 2003, L 1, blz. 1), die sinds 1 mei 2004 van toepassing is. Artikel 31 van die verordening is het equivalent van artikel 17 van verordening nr. 17.

5 De mededeling van de Commissie „Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd" (PB 1998, C 9, blz. 3; hierna: „richtsnoeren"), die ten tijde van de vaststelling van de litigieuze beschikking van toepassing was, vermeldt in de considerans:

„De beginselen die de [...] richtsnoeren behelzen, zouden zowel ten aanzien van het bedrijfsleven als van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen de doorzichtigheid en de objectiviteit van de beslissingen van de Commissie moeten kunnen waarborgen, zonder afbreuk te doen aan de door de wetgever aan de Commissie bij de vaststelling van geldboeten beneden het maximum van 10 % van de totale omzet van de betrokken ondernemingen verleende discretionaire bevoegdheid. Deze beoordelingsvrijheid moet echter worden uitgeoefend in het raam van een samenhangend, niet-discriminerend beleid, dat op de bij de bestrijding van inbreuken op de mededingingsregels nagestreefde doelstellingen is afgestemd.

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

6 Volgens punt 1 van de richtsnoeren „[wordt] [d]it basisbedrag [...] naargelang van de zwaarte en de duur van de inbreuk bepaald, de enige criteria die in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 worden genoemd".

7 Met betrekking tot de zwaarte is in punt 1, A, van de richtsnoeren bepaald dat bij de beoordeling van de zwaarte van een inbreuk rekening dient te worden gehouden met de eigen aard van de inbreuk, met de concrete weerslag ervan op de markt wanneer die meetbaar is, en met de omvang van de betrokken geografische markt. De inbreuken worden in drie categorieën ingedeeld: niet te ernstige, zware en zeer zware inbreuken.

8 Volgens de richtsnoeren gaat het bij zeer zware inbreuken in hoofdzaak om horizontale beperkingen van het type prijskartel en marktverdelingsregeling. Het mogelijke basisbedrag van de geldboete is „meer dan 20 miljoen [EUR]". De richtsnoeren zetten uiteen dat dit basisbedrag moet worden gedifferentieerd teneinde rekening te houden

met de aard van de gepleegde inbreuk, met de daadwerkelijke economische macht van de inbreukmakers om andere marktdeelnemers, met name de consumenten, aanzienlijke schade te berokkenen, met de afschrikkende werking van de geldboete en met de juridisch-economische kennis en middelen van ondernemingen waarmee het voor deze mogelijk is zich van het inbreukmakende karakter van hun gedragingen rekenschap te geven. Ook is gepreciseerd dat het in het geval van inbreuken waarbij verscheidene ondernemingen betrokken zijn, wenselijk kan zijn rekening te houden met het specifieke gewicht, en derhalve met de daadwerkelijke invloed van het inbreukmakende gedrag van elke onderneming afzonderlijk op de mededinging, met name wanneer er een aanzienlijk verschil bestaat in de grootte van de ondernemingen die eenzelfde soort inbreuk hebben gepleegd.

9 Met betrekking tot de duur van inbreuken maken de richtsnoeren een onderscheid tussen inbreuken van korte duur (over het algemeen korter dan één jaar), inbreuken van middellange duur (over het algemeen één tot vijf jaar) en inbreuken van lange duur (over het algemeen meer dan vijf jaar). Voor deze laatste inbreuken kan een bijkomend boetebedrag worden vastgesteld dat voor elk jaar op 10 % van het bedrag dat op basis van de zwaarte van de inbreuk wordt opgelegd, kan worden gesteld. De richtsnoeren voorzien ook in sterkere verhogingen voor inbreuken van lange duur, teneinde beperkingen van de concurrentie die de consument op duurzame wijze schade hebben berokkend, daadwerkelijk te bestraffen en ertoe aan te zetten om deze inbreuk aan te geven of de Commissie medewerking te verlenen.

10 Krachtens punt 2 van de richtsnoeren kan het basisbedrag van de geldboete worden verhoogd wegens verzwarende omstandigheden, zoals bijvoorbeeld recidive door dezelfde onderneming(en) voor eenzelfde type inbreuk. Volgens punt 3 van die richtsnoeren kan dat basisbedrag worden verlaagd wegens bijzondere verzachtende omstandigheden, zoals bijvoorbeeld het feit dat de betrokken onderneming een louter passieve rol vervulde of slechts meeloopster was bij de totstandbrenging van de inbreuk, het feit dat de overeenkomsten niet daadwerkelijk zijn toegepast of de daadwerkelijke medewerking van de onderneming in het kader van de procedure, buiten de werkingssfeer van de mededeling van de Commissie betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen (PB 1996, C 207, blz. 4; hierna: „mededeling inzake medewerking").

11 De richtsnoeren zijn vanaf 1 september 2006 vervangen door de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, sub a, van verordening nr. 1/2003 worden opgelegd (PB 2006, C 210, blz. 2).

12 De mededeling inzake medewerking geeft de voorwaarden aan waaronder ondernemingen die met de Commissie samenwerken wanneer deze een onderzoek naar een mededingingsregeling instelt, van geldboeten kunnen worden vrijgesteld of aanspraak kunnen maken op een vermindering van de boete die hun anders zou worden opgelegd. Volgens titel B van die mededeling komt een onderneming die de mededingingsregeling bij de Commissie aanbrengt voordat deze een verificatie heeft verricht en zonder dat de Commissie nog over voldoende gegevens beschikt om het bestaan van de aangebrachte mededingingsregeling te bewijzen, of die als eerste materiaal heeft verstrekt dat van doorslaggevend belang is om het bestaan van deze regeling te bewijzen, in aanmerking voor een vermindering van ten minste 75 % van de geldboete of voor een volledige niet-oplegging van die geldboete. Volgens titel D van die mededeling komt een onderneming met name in aanmerking voor een vermindering van 10 tot 50 % van de geldboete wanneer zij voordat een mededeling van de punten van bezwaar is verzonden, aan de Commissie inlichtingen dan wel schriftelijke of andere bewijsstukken verstrekt die bijdragen tot het bewijs van het bestaan van de inbreuk.

13 De mededeling inzake medewerking is vanaf 14 februari 2002 vervangen door de mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken (PB 2002, C 45, blz. 3). In de onderhavige zaak heeft de Commissie echter de mededeling inzake medewerking toegepast, aangezien de ondernemingen deze mededeling in aanmerking hebben genomen toen zij met haar hebben samengewerkt.

Voorgeschiedenis van het geding

14 Samen met andere ondernemingen, te weten Wieland Werke AG en Outokumpu Oyj en Outokumpu Copper Products Oy (hierna samen: „Outokumpu-groep”),

producenten van halffabrikaten in koper en in koperlegeringen, hebben rekwirantes deelgenomen aan een mededingingsregeling waarbij de prijzen zijn vastgesteld en de markten zijn verdeeld in de sector industriële buizen, meer bepaald koperen buizen uitgegloeid op rol.

15 Na verificaties en onderzoek heeft de Commissie op 16 december 2003 de litigieuze beschikking gegeven. Een samenvatting ervan is bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 28 april 2004 (PB L 125, blz. 50).

16 Voor de onderhavige hogere voorziening zijn de relevante punten van het bestreden arrest waarin het Gerecht het gedeelte van de litigieuze beschikking dat op de berekening van de geldboete betrekking heeft, heeft samengevat, de volgende:

„11 Wat in de eerste plaats de vaststelling van het basisbedrag van de geldboete betreft, heeft de Commissie geoordeeld dat de inbreuk, die in wezen bestond in de vaststelling van de prijzen en de verdeling van de markten, naar haar aard een zeer zware inbreuk was (punt 294 van de [litigieuze] beschikking).

12 Ter bepaling van de zwaarte van de inbreuk heeft de Commissie ook rekening gehouden met de omstandigheid dat het kartel het gehele grondgebied van de Europese Economische Ruimte (EER) had getroffen (punt 316 van de [litigieuze] beschikking). De Commissie heeft bovendien de concrete weerslag van de inbreuk onderzocht en vastgesteld dat de mededingingsregeling ‚globaal gezien een weerslag op de markt' had gehad (punt 314 van de [litigieuze] beschikking).

[...]

14 Nog steeds in het kader van de bepaling van de zwaarte van de inbreuk heeft de Commissie tot slot rekening gehouden met de omstandigheid dat de markt voor koperen industriële buizen een belangrijke sector was, waarvan de waarde op 288 miljoen EUR is geraamd in de EER (punt 318 van de [litigieuze] beschikking).

15 Gelet op al die omstandigheden heeft de Commissie geconcludeerd dat de aan de orde zijnde inbreuk zeer zwaar was (punt 320 van de [litigieuze] beschikking).

[...]

19 In de vierde plaats heeft de Commissie de duur van de inbreuk, die van 3 mei 1988 tot en met 22 maart 2001 plaatsvond, als ‚lang' aangemerkt. De Commissie heeft het dan ook passend geacht het basisbedrag van de aan de betrokken ondernemingen opgelegde geldboete met 10 % te verhogen per jaar van deelneming aan het kartel. [...]

[...]

21 In de zesde plaats heeft de Commissie als verzachtende omstandigheid in aanmerking genomen dat zij zonder de medewerking van Outokumpu slechts had kunnen aantonen dat het inbreukmakende gedrag vier jaar had geduurd. Zij heeft het basisbedrag van de aan deze onderneming opgelegde geldboete derhalve met 22,22 miljoen EUR verminderd, zodat het basisbedrag overeenstemt met de geldboete die haar voor die periode zou zijn opgelegd (punt 386 van de [litigieuze] beschikking).

22 In de zevende en laatste plaats heeft de Commissie op basis van titel D van de mededeling [...] inzake medewerking de geldboeten verlaagd met 50 % voor Outokumpu, met 20 % voor Wieland [Werke AG] en met 30 % voor de KME-groep (punten 402, 408 en 423 van de [litigieuze] beschikking)."

Procesverloop voor het Gerecht en bestreden arrest

17 Rekwirantes hebben vijf middelen aangevoerd, die alle betrekking hadden op het bedrag van de geldboete die hun was opgelegd. Daarbij stelden zij respectievelijk dat de concrete weerslag van het kartel onjuist in aanmerking was genomen bij de

berekening van het uitgangsbedrag van de geldboete, dat de omvang van de betrokken sector onjuist was beoordeeld, dat het uitgangsbedrag van de geldboete onjuist was vermeerderd wegens de duur van de inbreuk, dat bepaalde verzachtende omstandigheden niet in aanmerking waren genomen en dat de geldboete onvoldoende was verminderd op basis van de mededeling inzake medewerking.

18 Het Gerecht heeft alle middelen afgewezen en het beroep in zijn geheel verworpen.

Conclusies van partijen

19 Met haar hogere voorziening verzoekt de KME-groep het Hof:

— het bestreden arrest te vernietigen;

— voor zover dit mogelijk is op basis van de aan het Hof voorgelegde feiten, de litigieuze beschikking gedeeltelijk nietig te verklaren en de haar opgelegde geldboete te verminderen;

— de Commissie te verwijzen in de kosten van de onderhavige procedure en van de procedure voor het Gerecht, of

— subsidiair, het bestreden arrest, met inbegrip van de verwijzing van de KME-groep in de kosten, te vernietigen en de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht.

20 De Commissie verzoekt het Hof:

— de hogere voorziening af te wijzen, en

— de KME-groep te verwijzen in de kosten.

Hogere voorziening

21 De KME-groep voert vijf middelen aan. Daarbij stelt zij dat blijk is gegeven van diverse onjuiste opvattingen van het recht met betrekking tot de weerslag van de inbreuk op de markt, de inaanmerkingneming van de omzet, de duur van de inbreuk en de medewerking van rekwirantes en tot slot dat het recht op een effectief beroep in rechte is geschonden.

Eerste middel: diverse onjuiste opvattingen van het recht met betrekking tot de weerslag van de inbreuk op de markt

Argumenten van partijen

22 Rekwirantes geven te kennen dat hun eerste middel de punten 60 tot en met 74 van het bestreden arrest betreft. Die punten worden voorafgegaan door een samenvatting van de argumenten van partijen en door een stellingname van het Gerecht over de ontvankelijkheid van twee nieuwe economische rapporten die rekwirantes hadden overgelegd om aan te tonen dat de inbreuk geen concrete weerslag op de markt had, waarbij het Gerecht in punt 59 van het bestreden arrest heeft geconcludeerd dat deze rapporten ontvankelijk waren.

23 De punten 60 tot en met 74 van het bestreden arrest luiden:

„60 Wat de gegrondheid van het onderhavige middel betreft, betwisten verzoekster aan de hand daarvan zowel de beoordeling die de Commissie van de zwaarte van de inbreuk heeft gemaakt [...], als de verschillende behandeling die deze heeft toegepast op basis van de marktaandelen van de betrokken ondernemingen [...].

61 Met betrekking tot in de eerste plaats de verschillende behandeling van de betrokken ondernemingen, vermeldt de motivering die de Commissie daarvoor in de [litigieuze] beschikking heeft gegeven met name het streven, rekening te houden met het ‚specifieke gewicht van elke onderneming en dus met de concrete weerslag van haar onrechtmatige gedrag op de mededinging' (punt 322 van de [litigieuze] beschikking). Er moet echter worden benadrukt dat zelfs indien een concrete weerslag van de inbreuk op de markt niet is aangetoond, de Commissie een verschil in behandeling op basis van de aandelen op de betrokken markt mag toepassen zoals dat uiteengezet in de punten 326 tot en met 329 van de [litigieuze] beschikking.

62 Uit de rechtspraak blijkt immers dat het markaandeel van elk van de betrokken ondernemingen waarop een beperkende praktijk betrekking had, een objectief element vormt dat de verantwoordelijkheid van elk van deze ondernemingen ter zake van de mogelijke schadelijkheid van die praktijk voor de goede werking van de mededinging juist weergeeft (zie in die zin arrest Gerecht van 29 april 2004, Tokai Carbon e.a./Commissie, T-236/01, T-239/01, T-244/01–T-246/01, T-251/01 en T-252/01, Jurispr. blz. II-1181, punt 197).

63 Evenzo zou, wat de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk betreft, zelfs indien de Commissie niet had aangetoond dat de mededingingsregeling een concrete weerslag op de markt heeft gehad, dit irrelevant zijn geweest voor de kwalificatie van de inbreuk als ‚zeer zwaar' en dus voor het bedrag van de geldboete.

64 In dit verband blijkt uit het gemeenschapsstelsel van sancties voor schending van de mededingingsregels, zoals opgezet door verordening nr. 17 en uitgelegd door de rechtspraak, dat mededingingsregelingen op grond van de aard ervan de zwaarste geldboeten verdienen. Hun eventuele concrete weerslag op de markt, met name de vraag in hoeverre de mededingingsbeperking tot een hogere marktprijs heeft geleid dan het geval zou zijn geweest indien er geen kartel was, is geen doorslaggevend criterium voor de bepaling van het niveau van de geldboeten (zie in die zin arresten Hof van 7 juni 1983, Musique diffusion française e.a./Commissie, 100/80–103/80, Jurispr. blz. 1825, punten 120 en 129; 17 juli 1997, Ferriere Nord/Commissie, C-219/95 P, Jurispr. blz. I-4411, punt 33; 16 november 2000, Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie, C-286/98 P, Jurispr. blz. I-9925, punten 68-77, en 25 januari 2007, Dalmine/Commissie, C-407/04 P, Jurispr. blz. I-829, punten [129] en 130; arrest Tokai Carbon e.a./Commissie, [reeds aangehaald], punt 225; zie ook conclusie van advocaat-generaal Mischo in zaak C-283/98 P, arrest Hof van 16 november 2000, Mo och Domsjö/Commissie, Jurispr. blz. I-9855, punten 95-101).

65 Voorts volgt uit de richtsnoeren dat overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die er met name toe strekken, zoals in casu, de prijzen vast te leggen en de klanten te verdelen, alleen al naar hun aard als ‚zeer zwaar' kunnen worden aangemerkt, zonder dat dit soort gedragingen door een bepaalde weerslag of geografische omvang hoeft te worden gekenmerkt. Deze conclusie vindt steun in het feit dat, hoewel de beschrijving van ‚zware' inbreuken uitdrukkelijk de weerslag op de markt en de gevolgen voor uitgestrekte gebieden van de gemeenschappelijke markt vermeldt, de beschrijving van ‚zeer zware' inbreuken geen eisen stelt aangaande de concrete weerslag op de markt of de gevolgen voor een bepaald geografisch gebied (arrest Gerecht van 25 oktober 2005, Groupe Danone/Commissie, T-38/02, Jurispr. blz. II-4407, punt 150).

66 Ten overvloede overweegt het Gerecht dat de Commissie rechtens afdoende heeft aangetoond dat de mededingingsregeling een concrete weerslag op de betrokken markt heeft gehad.

67 In deze context dient te worden benadrukt dat verzoeksters' uitgangspunt dat de Commissie, indien zij zich op een concrete weerslag van de mededingingsregeling beroept om de geldboete vast te stellen, wetenschappelijk dient aan te tonen dat er een tastbaar economisch effect op de markt is en een causaal verband bestaat tussen de weerslag en de inbreuk, door de rechtspraak is afgewezen.

68 Het Gerecht heeft immers herhaaldelijk geoordeeld dat de concrete weerslag van een mededingingsregeling op de markt rechtens afdoende bewezen is indien de Commissie in staat is concrete en geloofwaardige aanwijzingen te verstrekken waaruit met redelijke waarschijnlijkheid blijkt dat de mededingingsregeling een weerslag op de markt heeft gehad (zie met name arrest[en Gerecht van 18 juli 2005,] Scandinavian Airlines System/Commissie, [T-241/01, Jurispr. blz. II-2917], punt 122; [...] 27 september 2006, Archer Daniels Midland/Commissie, T-59/02, Jurispr. blz. II-3627, punten 159-161; Jungbunzlauer/Commissie, T-43/02, Jurispr. blz. II-3435, punten 153-155; Archer Daniels Midland/Commissie, T-329/01, Jurispr. blz. II-3255, punten 176-178, en Roquette Frères/Commissie, T-322/01, Jurispr. blz. II-3137, punten 73-75).

69 In dit verband moet worden geconstateerd dat verzoeksters niet de in punt 13 hierboven uiteengezette feiten hebben bestreden waarop de Commissie zich heeft beroepen om te concluderen dat de mededingingsregeling een concrete weerslag op de markt heeft gehad, namelijk de omstandigheid dat de prijzen zijn gedaald in een periode waarin de kartelovereenkomst zwak werd nageleefd en sterk zijn gestegen in andere periodes, de uitvoering van een systeem van gegevensuitwisseling inzake de verkoopvolumes en de prijsniveaus, het aanzienlijke marktaandeel van alle kartelleden en de omstandigheid dat de respectieve marktaandelen van de karteldeelnemers vrij stabiel zijn gebleven tijdens de gehele duur van de inbreuk. Verzoeksters hebben enkel aangevoerd dat uit die feiten niet bleek dat de aan de orde zijnde inbreuk een concrete weerslag op de markt heeft gehad.

70 Uit de rechtspraak volgt dat de Commissie uit de in het voorgaande punt vermelde aanwijzingen kan afleiden dat de inbreuk een concrete weerslag op de markt heeft gehad (zie in die zin [reeds aangehaalde] arresten Jungbunzlauer/Commissie, [...] punt 159, en Roquette Frères/Commissie, [...] punt 78; 27 september 2006, Archer Daniels Midland/Commissie, T-59/02, [...] punt 165; [...] Archer Daniels Midland/Commissie, T-329/01, [...] punt 181; arrest Gerecht van 14 december 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a./Commissie, T-259/02–T-264/02 en T-271/02, Jurispr. blz. II-5169, punten 285-287).

71 Met betrekking tot verzoeksters' argument dat het dossier voorbeelden van niet-nakoming van de kartelovereenkomsten bevat, volstaat de omstandigheid dat de overeenkomsten niet steeds zijn nagekomen, niet om een weerslag op de markt uit te sluiten (zie in die zin arrest Gerecht Groupe Danone/Commissie, [reeds aangehaald], punt 148).

72 De argumenten die verzoeksters aan hun eigen gedrag ontlenen, kunnen evenmin worden aanvaard. De feitelijke houding die een bepaalde onderneming naar eigen zeggen heeft aangenomen, is immers irrelevant voor de beoordeling van de weerslag van een kartel op de markt; enkel de gevolgen van de inbreuk in haar geheel dienen in aanmerking te worden genomen (arrest Gerecht van 9 juli 2003, Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie, T-224/00, Jurispr. blz. II-2597, punt 167). Evenmin kan de Commissie worden verweten dat zij in punt 303 van de [litigieuze] beschikking heeft vastgesteld dat haar conclusies inzake de concrete weerslag van de inbreuk op de markt niet konden worden weerlegd op basis van het aanvankelijke verslag. De daarin opgenomen econometrische analyse heeft immers enkel betrekking op cijfergegevens over verzoeksters.

73 Gelet op al het voorgaande is het onderhavige middel derhalve ongegrond.

74 Bovendien is het Gerecht in het kader van de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht en in het licht van het voorgaande van oordeel dat er geen reden is om de door de Commissie verrichte beoordeling van het op basis van de zwaarte van de inbreuk vastgestelde basisbedrag van de geldboete opnieuw aan de orde te stellen."

24 Rekwirantes betogen dat het Gerecht het bestreden arrest op onlogische en ontoereikende wijze heeft gemotiveerd en blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting van het recht door te oordelen dat de Commissie bij de vaststelling van het uitgangsbedrag van de geldboete wegens de zwaarte van de inbreuk, rekening mocht houden met de weerslag van de mededingingsregeling op de betrokken markt maar daarbij niet hoefde aan te tonen dat de overeenkomsten daadwerkelijk een dergelijke weerslag hadden gehad en deze weerslag hoe dan ook uit loutere aanwijzingen kon afleiden. Bovendien heeft het Gerecht de feiten en het door de KME-groep overgelegde economisch bewijs kennelijk onjuist voorgesteld doordat het heeft geoordeeld dat de Commissie rechtens afdoende had aangetoond dat de overeenkomsten een weerslag op de markt hadden.

25 De Commissie betoogt om te beginnen dat het eerste middel niet slaagt. Rekwirantes hebben immers geen argumenten aangevoerd tegen de punten 60 tot en met 65 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht heeft geoordeeld dat de concrete weerslag van de inbreuk niet hoeft te worden aangetoond, zij het met betrekking tot de gedifferentieerde behandeling van de betrokken ondernemingen of de zwaarte van de inbreuk. Zij vechten slechts een redenering aan die het Gerecht ten overvloede heeft gemaakt en waarbij het in de punten 67 en volgende van het bestreden arrest heeft overwogen dat de Commissie rechtens afdoende had aangetoond dat de mededingingsregeling een concrete weerslag op de betrokken markt had.

26 Volgens de Commissie is het eerste middel hoe dan ook niet-ontvankelijk omdat het de beoordeling van de feiten en het bewijs betreft.

27 Vervolgens stelt zij dat het Gerecht het bewijs juist heeft onderzocht.

28 Tot slot stelt zij dat het Gerecht het bestreden arrest juist heeft gemotiveerd. Dit geldt met name voor punt 72 ervan, waarin het Gerecht de door rekwirantes aangevoerde argumenten en bewijzen heeft afgewezen.

Beoordeling door het Hof

29 Rekwirantes betwisten niet de vaststelling van het Gerecht, dat de inbreuk een „zeer zware inbreuk" in de zin van de richtsnoeren is, en evenmin dat op basis van de aandelen op de betrokken markt is gedifferentieerd tussen de ondernemingen om rekening te houden met het specifieke gewicht van elke onderneming en dus met de daadwerkelijke gevolgen van haar onrechtmatig gedrag op de mededinging. Zij betwisten enkel de vaststelling van het Gerecht betreffende de inaanmerkingneming van de concrete weerslag van de mededingingsregeling bij de bepaling van het basisbedrag van de geldboete.

30 Volgens punt 1, A, van de richtsnoeren dient bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk slechts rekening te worden gehouden met de concrete weerslag ervan op de markt wanneer die meetbaar is.

31 Om de concrete weerslag van een mededingingsregeling op de markt te bepalen, dient namelijk de situatie waarin de markt als gevolg van de mededingingsregeling verkeert, te worden vergeleken met de situatie die bij vrije mededinging zou hebben bestaan. Aangezien een groot aantal variabelen een weerslag op de markt kunnen hebben, moet bij die vergelijking noodzakelijkerwijs van veronderstellingen worden uitgegaan.

32 In punt 300 van de litigieuze beschikking heeft de Commissie benadrukt dat onmogelijk kan worden bepaald hoe de prijzen tijdens de inbreukperiode van meer dan twaalf jaar zouden zijn geëvolueerd indien er geen mededingingsregeling was geweest. Na rekwirantes' argumenten te hebben weerlegd, heeft zij aanwijzingen verstrekt waaruit zij in punt 314 van die beschikking kon afleiden dat de mededingingsbeperkende

regeling in haar geheel gevolgen voor de markt had, ook al konden deze gevolgen niet nauwkeurig in cijfers worden vertaald.

33 Uit de litigieuze beschikking volgt dan ook dat de Commissie het in casu niet mogelijk heeft geacht om bij de berekening van de geldboete met de facultatieve factor „concrete weerslag van de inbreuk op de markt" rekening te houden omdat deze weerslag niet meetbaar was. Dit is niet aan de orde gesteld in het bestreden arrest.

34 Het Gerecht heeft in de punten 68 en 70 van het bestreden arrest herinnerd aan de rechtspraak inzake de bewijsvereisten in verband met de concrete weerslag van een mededingingsregeling op de markt. In de punten 69 en 71 tot en met 73 van dat arrest heeft het overigens onderzocht of de Commissie rechtens afdoende had aangetoond dat de mededingingsregeling een concrete weerslag op de betrokken markt had. Het heeft dit onderzoek echter ten overvloede verricht, zoals het in punt 66 van dat arrest heeft vermeld, en nadat het in punt 64 van dat arrest correct in herinnering had gebracht dat de concrete weerslag van mededingingsregelingen op de markt niet doorslaggevend is bij de bepaling van de hoogte van de geldboeten. Bijgevolg slaagt rekwirantes' middel tegen dit gedeelte van de redenering van het Gerecht niet.

35 Hoe dan ook antwoordt de redenering van het Gerecht betreffende de motivering van de litigieuze beschikking op het in de laatste zin van punt 38 van het bestreden arrest samengevatte argument van rekwirantes dat de redenering en de conclusie in de litigieuze beschikking over de concrete weerslag van de mededingingsregeling op de markt onjuist, onbevestigd en tegenstrijdig zijn. Het Gerecht heeft geconcludeerd dat er gegevens waren die het bestaan van deze weerslag konden aantonen, maar heeft de onmogelijkheid om deze weerslag nauwkeurig te meten niet in twijfel getrokken.

36 Het Gerecht heeft zichzelf dan ook niet tegengesproken toen het herinnerde aan het beginsel dat de concrete weerslag van de inbreuk op de markt niet doorslaggevend is bij de bepaling van het bedrag van geldboeten en tegelijkertijd de motivering van de litigieuze beschikking inzake het bestaan van deze weerslag heeft onderzocht.

37 Bijgevolg leiden rekwirantes ten onrechte uit het door het Gerecht verrichte onderzoek af, zoals uit de bewoordingen van hun eerste middel blijkt, dat de concrete weerslag van de inbreuk op de markt bij de berekening van het uitgangsbedrag van de hun opgelegde geldboete in aanmerking was genomen. Dat argument berust op een onjuist uitgangspunt.

38 Met betrekking tot de stelling dat het Gerecht het door rekwirantes overgelegde economisch bewijs onjuist heeft voorgesteld, wordt niet beweerd dat het Gerecht de economische rapporten heeft gelezen op een wijze die kennelijk in strijd is met de bewoordingen ervan (zie in die zin arrest van 10 februari 2011, Activision Blizzard Germany/Commissie, C-260/09 P, Jurispr. blz. I-419, punt 57), maar veeleer dat het Gerecht de inhoud van deze rapporten onjuist heeft beoordeeld. Hoe dan ook vermelden rekwirantes niet precies van welke gedeelten van die rapporten het Gerecht de duidelijke en nauwkeurige betekenis verkeerd heeft voorgesteld. Dat argument is dan ook niet-ontvankelijk.

39 Het eerste middel moet bijgevolg worden afgewezen.

Tweede middel: diverse onjuiste opvattingen van het recht met betrekking tot de inaanmerkingneming van de omzet

Argumenten van partijen

40 Het tweede middel betreft de punten 85 tot en met 94 van het bestreden arrest. Het heeft in hoofdzaak betrekking op de punten 90 tot en met 94 daarvan, die luiden als volgt:

„90 Verzoeksters beweren in dit verband dat de fabrikanten van industriële buizen geen controle hebben over de koperprijs omdat deze volgens de [London Metal

Exchange] wordt vastgesteld en dat de kopers van industriële buizen zelf beslissen tegen welke prijs het metaal wordt gekocht. Verzoeksters benadrukken ook dat de schommelingen in de prijs van het metaal geen enkele invloed hebben op [hun] winst.

91 Er is echter geen enkele geldige reden om bij de berekening van de omzet op een betrokken markt bepaalde productiekosten uit te sluiten. Zoals de Commissie terecht heeft betoogd, bestaan er in alle industriële sectoren aan het eindproduct inherente kosten die de fabrikant niet kan beheersen, maar die toch een wezenlijk element van het geheel van zijn activiteiten vormen en dus niet van zijn omzet kunnen worden uitgesloten bij de bepaling van het basisbedrag van de geldboete (zie in die zin arrest Gerecht van 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie, T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95, Jurispr. blz. II-491, punten 5030 en 5031). Dat de koperprijs een aanzienlijk deel van de eindprijs van industriële buizen is, of dat het gevaar voor schommelingen in de koperprijs veel groter is dan voor andere grondstoffen, doet niet af aan deze conclusie.

92 Tot slot zijn irrelevant de diverse bezwaren van verzoeksters volgens welke, in plaats van een beroep te doen op het criterium inzake de omzet op de betrokken markt, met het oog op de afschrikkende werking van geldboeten en gelet op het beginsel van gelijkheid van behandeling de geldboeten zouden moeten worden vastgesteld op basis van de rentabiliteit van de getroffen sector of van de desbetreffende toegevoegde waarde. Om te beginnen wordt de zwaarte van de inbreuk bepaald aan de hand van een groot aantal factoren ten aanzien waarvan de Commissie over een beoordelingsmarge beschikt (arrest Gerecht van 12 december 2007, BASF/Commissie, T-101/05 en T-111/05, Jurispr. blz. II-4949, punt 65), zonder dat een dwingende of uitputtende lijst van verplicht in aanmerking te nemen criteria is opgesteld (arrest Dalmine/Commissie, [reeds aangehaald], punt 129), en staat het niet aan de gemeenschapsrechter, maar aan de Commissie om in het kader van haar beoordelingsmarge en overeenkomstig de

grenzen die uit het beginsel van gelijke behandeling en verordening nr. 17 voortvloeien, de factoren en cijfers te kiezen waarmee zij rekening zal houden om een beleid te voeren dat waarborgt dat de in artikel 81 EG bedoelde verboden worden nageleefd.

93 Vervolgens lijdt het geen twijfel dat de omzet van een onderneming of een markt als factor voor de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk noodzakelijkerwijs vaag en gebrekkig is. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen de sectoren met grote toegevoegde waarde en de sectoren met kleine toegevoegde waarde en evenmin tussen de winstgevende ondernemingen en de ondernemingen die minder winstgevend zijn. Ondanks het feit dat het approximatief is, wordt het criterium inzake de omzet thans echter zowel door de gemeenschapswetgever als door de Commissie en door het Hof in het kader van het mededingingsrecht beschouwd als een geschikt criterium om de omvang en de economische macht van de betrokken ondernemingen te beoordelen [zie met name arrest Musique Diffusion française e.a./Commissie, [reeds aangehaald], punt 121; artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, en punt 10 van de considerans en de artikelen 14 en 15 van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 24, blz. 1)].

94 Gelet op al het voorgaande heeft de Commissie dus terecht rekening gehouden met de koperprijs om de omvang van de betrokken markt te bepalen."

41 Volgens rekwirantes heeft het Gerecht het gemeenschapsrecht geschonden en het bestreden arrest ontoereikend gemotiveerd. Het was het namelijk eens met de verwijzing die de Commissie voor de beoordeling van de omvang van de betrokken markt — ter bepaling van de zwaarte van de geldboete — maakte naar een marktwaarde die ten onrechte de verkoopinkomsten op een van de „kartel"markt onderscheiden upstreammarkt omvatte, hoewel de kartelleden niet verticaal geïntegreerd waren in de upstreammarkt.

42 Zij zetten uiteen dat de koperverwerkingsindustrie specifieke kenmerken heeft. In het bijzonder bepaalt de klant wanneer het metaal op de London Metal Exchange wordt gekocht en dus de prijs ervan. Zelfs al factureert de buizenproducent deze prijs met de verwerkingsmarge aan de klant, zou, indien deze prijs in aanmerking werd genomen bij de berekening van de omzet van de onderneming, geen rekening worden gehouden met de economische realiteit van de markt, die met name wordt gekenmerkt door het aanzienlijke aandeel van de grondstof in de kostprijs van het product en de zeer aanzienlijke schommelingen van de prijs van deze grondstof. Het Gerecht zou die feiten hebben vastgesteld.

43 Volgens rekwirantes heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste opvatting van het recht doordat het niet heeft geoordeeld dat de Commissie rekening diende te houden met de rechtspraak van het Gerecht en met haar eigen beschikkingspraktijk volgens welke zij bij de berekening van het uitgangsbedrag van de geldboete en/of bij de toepassing van de bovengrens van 10 % van de omzet de kenmerken van de betrokken markt in aanmerking moet nemen.

44 Zij betogen voorts dat het Gerecht het non-discriminatiebeginsel, volgens hetwelk verschillende situaties verschillend moeten worden behandeld, heeft geschonden omdat het geen onderscheid heeft gemaakt tussen rekwirantes en andere ondernemingen waarvan de omzet niet dermate wordt beïnvloed door de prijs van de grondstof.

45 Rekwirantes betwisten tot slot de rechtspraak waarop het Gerecht zich heeft gebaseerd, die op de beoordelingsmarge van de Commissie berust. Het Gerecht heeft niet onderzocht of de criteria die de Commissie heeft gebruikt om de zwaarte van het kartel te bepalen, relevant en geschikt waren.

46 De Commissie betoogt dat het middel niet-ontvankelijk is voor zover rekwirantes het Hof verzoeken om de vraag of de sector industriële buizen al dan niet uniek is, anders te beoordelen dan het Gerecht. Voor het overige betwist zij de feiten zoals die door de KME-groep zijn beschreven, te weten dat de buizenproducenten vaak als

tussenpersoon van de klant optreden bij de aankoop van koper, en dat het Gerecht zich daarover heeft uitgesproken.

47 Hoe dan ook heeft het Gerecht in punt 91 van het bestreden arrest terecht te kennen gegeven dat er in alle industriële sectoren aan het eindproduct inherente kosten bestaan die de fabrikant niet kan beheersen, maar die toch een wezenlijk element van het geheel van zijn activiteiten vormen en dus niet van zijn omzet kunnen worden uitgesloten bij de bepaling van het uitgangsbedrag van de geldboete.

48 Evenzo heeft het Gerecht in punt 93 van het bestreden arrest terecht geoordeeld dat het criterium inzake de omzet, ondanks het feit dat het approximatief is, thans zowel door de gemeenschapswetgever als door de Commissie en door het Hof in het kader van het mededingingsrecht wordt beschouwd als een geschikt criterium om de omvang en de economische macht van de betrokken ondernemingen te beoordelen.

Beoordeling door het Hof

49 Volgens vaste rechtspraak moet bij de vaststelling van de zwaarte van een inbreuk rekening worden gehouden met een groot aantal factoren die naar aard en belang kunnen verschillen naargelang van de soort inbreuk waarom het gaat, en de bijzondere omstandigheden waaronder zij is begaan. Afhankelijk van de omstandigheden kunnen deze factoren zijn: de hoeveelheid en de waarde van de goederen waarop de inbreuk betrekking had, alsmede de omvang en de economische macht van de onderneming en derhalve de invloed die deze op de markt kon uitoefenen (zie in die zin arrest Musique Diffusion française e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 120).

50 Het Hof heeft hieruit weliswaar afgeleid dat bij de vaststelling van de geldboete rekening mag worden gehouden met zowel de totale omzet van de onderneming, die een aanwijzing vormt voor de omvang en de economische macht van de onderneming, als het gedeelte van deze omzet dat betrekking heeft op de goederen in verband waarmee de inbreuk is gepleegd, en dat dus een aanwijzing vormt voor de omvang van de inbreuk, maar het heeft toegegeven dat de totale omzet van een onderneming slechts een benaderende en onvolkomen aanwijzing vormt voor de omvang van deze onderneming (arrest Musique Diffusion française e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 121; arresten van 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie, C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punt 139; 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punt 243; 18 mei 2006, Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie, C-397/03 P, Jurispr. blz. I-4429, punt 100, en 19 maart 2009, Archer Daniels Midland/Commissie, C-510/06 P, Jurispr. blz. I-1843, punt 74).

51 Het heeft overigens meermaals benadrukt dat aan geen van deze cijfers een belang dient te worden toegekend dat onevenredig is aan dat van de andere factoren bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk (reeds aangehaalde arresten Musique Diffusion française e.a./Commissie, punt 121; Dansk Rørindustri e.a./Commissie, punt 243; 18 mei 2006, Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie, punt 100, en 19 maart 2009, Archer Daniels Midland/Commissie, punt 74).

52 Het Gerecht heeft dus geen blijk gegeven van een onjuiste opvatting van het recht toen het in punt 93 van het bestreden arrest in herinnering bracht dat het criterium inzake de omzet, hoewel het vaag en gebrekkig is, geschikt is om de omvang en de economische macht van de betrokken ondernemingen te beoordelen.

53 Voorts heeft het Gerecht evenmin van een onjuiste opvatting van het recht blijk gegeven toen het in punt 91 van het bestreden arrest oordeelde dat er geen enkele geldige reden bestaat om bij de berekening van de omzet op een betrokken markt bepaalde productiekosten uit te sluiten. Zoals de advocaat-generaal in punt 141 van haar conclusie heeft opgemerkt, zou, indien het bruto-omzetcijfer in bepaalde gevallen wel en in andere gevallen niet in aanmerking werd genomen, een drempel moeten worden

bepaald, in de vorm van een verhouding tussen het netto- en het bruto-omzetcijfer, die moeilijk toepasbaar zou zijn en aanleiding zou geven tot eindeloze en onoplosbare geschillen, onder meer over vermeende discriminatie.

54 Tot slot heeft het Gerecht het bestreden arrest juist gemotiveerd en het van hem vereiste toezicht uitgeoefend. Aangezien rekwirantes het gebruik van de omzet als criterium voor de beoordeling van de omvang van de betrokken markt hadden betwist, heeft het Gerecht in punt 88 van het bestreden arrest de stelling van de Commissie afgewezen dat het uitgangsbedrag van de aan rekwirantes opgelegde geldboete niet noodzakelijkerwijs lager zou zijn geweest dan 35 miljoen EUR indien de koperprijs van de omzet op de markt was afgetrokken. Vervolgens heeft het in de punten 90 en 91 van het bestreden arrest onderzocht of de Commissie ten onrechte de koperprijs in aanmerking heeft genomen bij de beoordeling van de omvang van de markt.

55 Daaruit volgt dat het Gerecht het van hem vereiste toezicht heeft uitgeoefend, dat het op het door rekwirantes aangevoerde middel heeft geantwoord en dat het geen blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting van het recht toen het in punt 94 van het bestreden arrest concludeerde dat de Commissie terecht rekening heeft gehouden met de koperprijs om de omvang van de betrokken markt te bepalen.

56 Met betrekking tot het verwijt dat het Gerecht niet heeft onderzocht of de criteria die de Commissie heeft gebruikt om de zwaarte van het kartel te bepalen, relevant en geschikt waren, dient in herinnering te worden gebracht dat het bij een beroep tegen een beslissing in mededingingszaken aan de verzoeker staat daarover middelen te formuleren, en niet aan het Gerecht om ambtshalve toezicht te houden op de weging van de factoren die de Commissie in aanmerking heeft genomen om het bedrag van de geldboete te bepalen.

57 Het tweede middel is bijgevolg ongegrond.

Derde middel: diverse onjuiste opvattingen van het recht met betrekking tot de inaanmerkingneming van de duur van de inbreuk

Argumenten van partijen

58 Rekwirantes geven te kennen dat hun derde middel de punten 100 tot en met 105 van het bestreden arrest betreft. Zij betogen dat het Gerecht het gemeenschapsrecht heeft geschonden en het bestreden arrest op verwarrende, onlogische en ontoereikende wijze heeft gemotiveerd door het gedeelte van de litigieuze beschikking waarin de Commissie de richtsnoeren onjuist heeft toegepast, te bevestigen, en het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van gelijke behandeling heeft geschonden door het maximumpercentage voor verhoging van het uitgangsbedrag van de geldboete wegens de duur van de inbreuk te hanteren.

59 Volgens rekwirantes blijkt uit punt 1, B, van de richtsnoeren dat het doel van de verhoging van de geldboete wegens de duur van de inbreuk is, „beperkingen van de concurrentie die de consument op duurzame wijze schade hebben berokkend, daadwerkelijk te bestraffen". Ook uit de rechtspraak blijkt dat er een band moet bestaan tussen de duur van de inbreuk en de schadelijkheid ervan. Het Gerecht heeft niet onderzocht of de Commissie bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk daadwerkelijk het nodige belang heeft gehecht aan de omstandigheid dat de intensiteit en de doeltreffendheid van het kartel in de loop van de jaren zijn gewijzigd. Het Gerecht heeft dan ook in punt 104 van het bestreden arrest ten onrechte geoordeeld dat de verhoging van het uitgangsbedrag van de geldboete met 125 % niet kennelijk onevenredig is.

60 De Commissie merkt op dat het Hof zijn beoordeling van de hoogte van de geldboete niet in de plaats kan stellen van die van het Gerecht. Het middel is dus niet-ontvankelijk.

61 Hoe dan ook heeft het Gerecht een duidelijke en logische verklaring gegeven voor zijn beoordeling, die alle door de KME-groep aangevoerde middelen rechtens beantwoordde.

Beoordeling door het Hof

62 Met hun derde middel betwisten rekwirantes zowel het beginsel dat de geldboete is verhoogd om rekening te houden met de duur van de inbreuk, als het resultaat van de toepassing van dit beginsel in hun geval, te weten de verhoging van het uitgangsbedrag van de geldboete, dat 35 miljoen EUR bedroeg, met 125 % om rekening te houden met een inbreukduur van 12 jaar en 10 maanden, waarbij voor elk jaar van deelneming een verhoging van 10 % is toegepast. Het basisbedrag is aldus op 56,88 miljoen EUR vastgesteld.

63 Zoals de advocaat-generaal in punt 162 van haar conclusie heeft opgemerkt, is de kritiek op het resultaat gebaseerd op het onjuiste uitgangspunt dat het verhogingspercentage 125 % bedroeg. Het was immers slechts 62,51 % (56,88/35 = 1,6251).

64 Met betrekking tot het beginsel dat de geldboete is verhoogd om rekening te houden met de duur van de inbreuk, hoeft niet feitelijk te worden aangetoond dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen deze duur en een grotere aantasting van de door de mededingingsregels nagestreefde gemeenschapsdoelstellingen.

65 Voor de toepassing van artikel 81, lid 1, EG is het namelijk overbodig om met de concrete gevolgen van een overeenkomst rekening te houden wanneer blijkt dat deze overeenkomst tot doel heeft de mededinging te verhinderen, te beperken of

te vervalsen (zie in die zin arrest van 13 juli 1966, Consten en Grundig/Commissie, 56/64 en 58/64, Jurispr. blz. 450). Dit is met name het geval wanneer overeenkomsten, zoals in casu, duidelijke beperkingen van de mededinging bevatten, zoals de vaststelling van prijzen en de verdeling van de markt. Indien een mededingingsregeling de toestand van de markt op het tijdstip waarop zij wordt gesloten bepaalt, kan de lange duur ervan de marktstructuren doen verstarren en ertoe leiden dat de deelnemers aan de mededingingsregeling minder gestimuleerd zijn om te vernieuwen en te ontwikkelen. Hoe langer de mededingingsregeling heeft geduurd, hoe moeilijker het is en hoe meer tijd het vergt om terug te keren naar een toestand van vrije mededinging.

66 Zelfs al wijzigen de intensiteit en het kartel in de loop van de jaren, blijft dit kartel voortbestaan en dus de marktstructuren verder verstarren.

67 Voor het geval dat een overeenkomst helemaal niet is uitgevoerd, bepaalt punt 3 van de richtsnoeren dat het feit dat de inbreukmakende overeenkomsten of gedragsregels niet daadwerkelijk zijn toegepast, een verzachtende omstandigheid kan vormen op basis waarvan het basisbedrag van de geldboete wordt verminderd. Hiervan was echter in casu geen sprake. Rekwirantes hebben immers niet betwist dat zij de mededingingsregeling hebben uitgevoerd, maar enkel dat de wijzigende intensiteit van deze uitvoering en de concrete en objectieve impact van de mededingingsregeling op de consument niet in aanmerking zijn genomen.

68 Voorts kan het moeilijk zijn om de daadwerkelijke schade voor de consument in cijfers te vertalen. Een groot aantal variabelen spelen immers een rol bij met name de prijsvorming voor een fabrikaat.

69 Hoe dan ook vermeldt de gemeenschapswetgever de duur van de inbreuk als een factor die als dusdanig in aanmerking moet worden genomen bij de vaststelling van de geldboeten.

70 Het Gerecht heeft in punt 105 van het bestreden arrest dan ook terecht geoordeeld dat het middel inzake de verhoging van de geldboete wegens de duur van de mededingingsregeling ongegrond was.

71 Het derde middel is bijgevolg ongegrond.

Vierde middel: diverse onjuiste opvattingen van het recht met betrekking tot de inaanmerkingneming van de medewerking van rekwirantes

Argumenten van partijen

72 Rekwirantes geven te kennen dat hun vierde middel de punten 123 tot en met 134 van het bestreden arrest betreft. Zij betogen dat het Gerecht het gemeenschapsrecht heeft geschonden door het gedeelte van de litigieuze beschikking waarin de Commissie hun een vermindering van de geldboete wegens hun medewerking buiten de werkingssfeer van de mededeling inzake medewerking heeft geweigerd, in strijd met punt 3, zesde streepje, van de richtsnoeren en de beginselen van billijkheid en gelijke behandeling te bevestigen.

73 Volgens rekwirantes kwamen alleen zij in aanmerking voor een vermindering van de geldboete, aangezien zij bewijs van de duur van de inbreuk hebben geleverd, wat de Outokumpu-groep, die slechts informatie over de totale duur van het kartel verstrekte, niet heeft gedaan.

74 De Commissie betoogt dat het middel niet-ontvankelijk is voor zover de KME-groep het Hof verzoekt om zijn beoordeling in de plaats te stellen van die van het Gerecht.

75 Het middel is volgens de Commissie bovendien ongegrond. Het Gerecht heeft een duidelijke en logische verklaring gegeven voor zijn beoordeling van de gevallen waarin gedeeltelijke immuniteit kan worden verleend en heeft daarbij geantwoord op alle argumenten rechtens van de KME-groep.

76 Met betrekking tot de vermindering van de geldboete van de Outokumpu-groep merkt de Commissie op dat de door deze groep meegedeelde informatie haar in staat heeft gesteld onderzoek te verrichten en bewijs te vergaren. Rekwirantes hebben de taak vergemakkelijkt door bewijs te leveren, meer dan zestien maanden na de Outokumpu-groep, maar meer niet. Anders dan rekwirantes in hun hogere voorziening laten verstaan, genoten zij evenmin gedeeltelijke immuniteit op basis van de mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken. Die immuniteit heeft immers betrekking op bewijs van „feiten die de Commissie niet eerder bekend waren", hetgeen niet het geval was voor de totale duur van het kartel.

77 De Commissie benadrukt tot slot dat de toepassing van een gedeeltelijke immuniteit in het door rekwirantes vermelde geval, in strijd zou zijn met titel D van de mededeling inzake medewerking, die reeds voorziet in een vermindering van de geldboete wanneer de onderneming aan de Commissie inlichtingen dan wel schriftelijke of andere bewijsstukken verstrekt die bijdragen tot het bewijs van het bestaan van de inbreuk.

Beoordeling door het Hof

78 Volgens de mededeling inzake medewerking komt alleen de onderneming die als eerste doorslaggevende gegevens voor het bewijs van de mededingingsregeling aanvoert, in aanmerking voor vrijstelling of zeer aanzienlijke vermindering van de geldboete.

79 In de punten 144 en 145 van het bestreden arrest heeft het Gerecht de omstandigheden van de medewerking van rekwirantes en die van de Outokumpu-groep onderzocht. Het gaat echter om feitelijke opmerkingen en beoordelingen die het Hof niet kan onderzoeken in een hogere voorziening.

80 Aangezien is vastgesteld dat rekwirantes na de Outokumpu-groep hebben meegewerkt, heeft het Gerecht overigens in punt 147 van het bestreden arrest terecht geconcludeerd dat rekwirantes en de Outokumpu-groep zich niet in een vergelijkbare situatie bevonden en dat rekwirantes dus niet discriminerend waren behandeld.

81 Tot slot vermelden rekwirantes niet waarom het Gerecht in de punten 130 en 131 van het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting van het recht en zetten zij met name niet uiteen waarom er bij de overlegging van bewijs van feiten die de Commissie reeds bekend waren, eerder sprake zou moeten zijn van een vermindering van de geldboete wegens verzachtende omstandigheden dan bij de vroegere overlegging van informatie die nieuw was voor de Commissie. Dat argument is te vaag en dus niet-ontvankelijk.

82 Het vierde middel is bijgevolg gedeeltelijk niet-ontvankelijk en gedeeltelijk ongegrond.

Vijfde middel: schending van het recht op een effectief beroep in rechte

Argumenten van partijen

83 Rekwirantes betogen dat het Gerecht het gemeenschapsrecht en hun fundamenteel recht op een effectief en onbelemmerd beroep in rechte heeft geschonden omdat het hun argumenten niet aandachtig en zorgvuldig heeft onderzocht en zich op buitensporige en onredelijke wijze op de beoordelingsbevoegdheid van de Commissie heeft verlaten.

84 Zij zetten uiteen dat de doctrine van de „beoordelingsmarge" en de „rechterlijke terughoudendheid" thans geen toepassing meer mag vinden. Het gemeenschapsrecht wordt nu immers gekenmerkt door de enorme geldboeten die de Commissie oplegt. Deze ontwikkeling wordt vaak aangeduid als de facto „verstrafrechtelijking" van het Europese mededingingsrecht.

85 Bovendien sluit de rechtstreekse werking van de in artikel 81, lid 3, EG neergelegde uitzondering, die bij verordening nr. 1/2003 is ingevoerd ter vervanging van de vroegere machtigingsregeling, per definitie uit dat de Commissie een beoordelingsmarge heeft bij de toepassing van de mededingingsregels en vereist zij dus slechts een zeer beperkte terughoudendheid van de rechters die toezicht uitoefenen op de wijze waarop de Commissie deze regels in een concreet geval toepast.

86 Rekwirantes betogen bovendien dat de beoordelingsmarge van de Commissie niet kan worden gerechtvaardigd door de vermeende grotere deskundigheid van de Commissie om ingewikkelde feiten of economische vraagstukken te beoordelen. Zij merken in dit verband op dat zowel het Hof als het Gerecht met goed resultaat bijzonder intens rechterlijk toezicht op ingewikkelde gevallen hebben uitgeoefend.

87 Evenzo mag het Gerecht de Commissie, gelet op de volledige rechtsmacht die het Gerecht bij artikel 229 EG en artikel 31 van verordening nr. 1/2003 is verleend, geen beoordelingsmarge toekennen, en dit niet alleen met betrekking tot de passendheid en evenredigheid van de hoogte van een geldboete, maar ook ter zake van de werkwijze die de Commissie hanteert om haar berekeningen te maken. Volgens rekwirantes moet het Gerecht onderzoeken hoe de Commissie in elk concreet geval de zwaarte en de duur van een onrechtmatige handelwijze heeft beoordeeld en kan het dus zijn eigen beoordeling in de plaats stellen van die van de Commissie door de geldboete nietig te verklaren, te verlagen of te verhogen.

88 Rekwirantes herinneren er ook aan dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van oordeel is dat de uitvoering van het bestuursrecht door middel van bestuurlijke beslissingen en geldboeten op zich niet in strijd is met artikel 6, lid 1, van het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM"). Die uitvoering moet echter worden beheerst door voldoende sterke procedurele waarborgen en vergezeld gaan van een regeling inzake effectief rechterlijk toezicht, die volle rechtsmacht voor het toezicht op bestuurlijke beslissingen omvat. Het recht op een „doeltreffende voorziening in rechte" is ook neergelegd in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest").

89 De Commissie betoogt om te beginnen dat het vijfde middel te algemeen en te vaag is om door het Hof te worden onderzocht. Zij merkt vervolgens op dat de KME-groep de fundamentele structuur van het rechterlijk toezicht op de beslissingen van de Commissie niet betwist en niet verklaart waarom de verwijzingen van het Gerecht naar de beoordelingsmarge van de Commissie zouden bewijzen dat het Gerecht de rechtmatigheid van de litigieuze beschikking niet passend heeft onderzocht tegen de achtergrond van het tweede, het derde en het vierde middel dat de KME-groep voor het Gerecht heeft aangevoerd.

90 Tot slot zinspeelt de KME-groep volgens de Commissie enkel op „strafrechtelijke beschuldigingen" en op artikel 6, lid 1, EVRM, maar gaat het niet in op de gevolgen die daaraan moeten worden verbonden.

Beoordeling door het Hof

91 Met hun vijfde middel betwisten rekwirantes zowel de wijze waarop het Gerecht heeft verklaard rekening te moeten houden met de ruime beoordelingsmarge van de Commissie als de wijze waarop het daadwerkelijk toezicht op de litigieuze beschikking heeft uitgeoefend. Zij beroepen zich op artikel 6 EVRM en op het Handvest, maar zetten niet precies uiteen of zij in dit verband de beginselen van het rechterlijk toezicht of de wijze waarop het Gerecht dit toezicht in de onderhavige zaak heeft uitgeoefend betwisten.

92 Het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming vormt een algemeen beginsel van Unierecht, dat thans is neergelegd in artikel 47 van het Handvest (zie arrest van 22 december 2010, DEB, C-279/09, Jurispr. blz. I-13849, punten 30 en 31; beschikking van 1 maart 2011, Chartry, C-457/09, Jurispr. blz. I-819, punt 25, en arrest van 28 juli 2011, Samba Diouf, C-69/10, Jurispr. blz. I-7151, punt 49).

93 Het rechterlijk toezicht op beslissingen van de instellingen is opgezet bij de oprichtingsverdragen. Naast het wettigheidstoezicht, dat thans in artikel 263 VWEU is neergelegd, is een toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht voorzien voor de door verordeningen bepaalde sancties.

94 Met betrekking tot het wettigheidstoezicht heeft het Hof geoordeeld dat de Commissie in economisch ingewikkelde kwesties weliswaar een beoordelingsmarge heeft, maar dat dit niet wegneemt dat de Unierechter de interpretatie van de Commissie van economische gegevens mag toetsen. Met name dient de Unierechter immers niet enkel de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen, en de betrouwbaarheid en samenhang ervan, te onderzoeken, maar moet hij ook nagaan of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe toestand en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen onderbouwen (zie arresten van

15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval, C-12/03 P, Jurispr. blz. I-987, punt 39, en 22 november 2007, Spanje/Lenzing, C-525/04 P, Jurispr. blz. I-9947, punten 56 en 57).

95 Met betrekking tot de sanctie voor inbreuken op het mededingingsrecht bepaalt artikel 15, lid 2, tweede alinea, van verordening nr. 17 dat bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete niet alleen rekening wordt gehouden met de zwaarte, maar ook met de duur van de inbreuk.

96 Het Hof heeft geoordeeld dat voor de vaststelling van de hoogte van de geldboeten rekening moet worden gehouden met de duur van de inbreuken en met alle factoren die van belang kunnen zijn voor de beoordeling van de zwaarte ervan, zoals het gedrag van elk van de ondernemingen, de rol die elk van hen heeft gespeeld om te komen tot de onderling afgestemde feitelijke gedragingen, de winst die zij uit deze gedragingen hebben kunnen behalen, hun omvang, de waarde van de betrokken goederen en het gevaar dat dergelijke inbreuken opleveren voor de Europese Gemeenschap (reeds aangehaalde arresten Musique Diffusion française e.a./Commissie, punt 129, en Dansk Rørindustri e.a./Commissie, punt 242, en arrest van 3 september 2009, Prym en Prym Consumer/Commissie, C-534/07 P, Jurispr. blz. I-7415, punt 96).

97 Het Hof heeft ook te kennen gegeven dat rekening moet worden gehouden met objectieve factoren zoals de inhoud en de duur van de mededingingsverstorende gedragingen, het aantal en de intensiteit daarvan, de grootte van de betrokken markt en de schade die de economische openbare orde heeft geleden. Bij het onderzoek moet ook rekening worden gehouden met de relatieve grootte en het marktaandeel van de verantwoordelijke ondernemingen, en met een eventuele recidive (arrest van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 91).

98 Door dat grote aantal factoren dient de Commissie een grondig onderzoek van de omstandigheden van de inbreuk te verrichten.

99 Met het oog op transparantie heeft de Commissie de richtsnoeren vastgesteld. Daarin geeft zij te kennen op welke basis zij een bepaalde omstandigheid van de inbreuk in aanmerking zal nemen en welke gevolgen daaraan zullen kunnen worden verbonden voor de hoogte van de geldboete.

100 De richtsnoeren, waarvan het Hof heeft geoordeeld dat zij een gedragsregel vormen voor de te volgen praktijk waarvan de administratie in een concreet geval niet mag afwijken zonder redenen te geven die verenigbaar zijn met het beginsel van gelijke behandeling (arrest van 18 mei 2006, Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie, reeds aangehaald, punt 91), beschrijven enkel de wijze waarop de Commissie de inbreuk onderzoekt en de criteria die de Commissie zichzelf verplicht in aanmerking te nemen bij de vaststelling van de geldboete.

101 Gemeenschapshandelingen moeten worden gemotiveerd. In casu is die verplichting van bijzonder belang. Het staat aan de Commissie haar beslissing te motiveren en met name uiteen te zetten hoe zij de in aanmerking genomen factoren heeft gewogen en beoordeeld (zie in die zin arrest Prym en Prym Consumer/Commissie, reeds aangehaald, punt 87). De rechter moet ambtshalve nagaan of een motivering is gegeven.

102 Bovendien staat het aan de Unierechter het hem toevertrouwde wettigheidstoezicht uit te oefenen op basis van de gegevens die de verzoeker ter onderbouwing van de aangevoerde middelen voorlegt. Bij dat toezicht kan de rechter zich niet verlaten op de beoordelingsmarge waarover de Commissie beschikt, noch met betrekking tot de keuze van de factoren die bij de toepassing van de in de richtsnoeren vermelde criteria in aanmerking worden genomen, noch met betrekking tot de beoordeling van deze factoren, om af te zien van een grondige toetsing in rechte en in feite.

103 Het wettigheidstoezicht wordt aangevuld door de toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht die de Unierechter bij artikel 17 van verordening nr. 17 werd verleend en die thans is neergelegd in artikel 31 van verordening nr. 1/2003, overeenkomstig artikel 261 VWEU. Naast het eenvoudige wettigheidstoezicht op de sanctie is de rechter op basis van zijn volledige rechtsmacht bevoegd om zijn beoordeling in de plaats te stellen van die van de Commissie en dus de opgelegde geldboete of dwangsom in te trekken, te verlagen of te verhogen (zie in die zin arrest van 15 oktober 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P en C-254/99 P, Jurispr. blz. I-8375, punt 692).

104 Benadrukt moet echter worden dat de uitoefening van de volledige rechtsmacht niet neerkomt op een ambtshalve toezicht. Voorts zij eraan herinnerd dat de procedure voor de Unierechters op tegenspraak wordt gevoerd. Met uitzondering van de middelen van openbare orde die de rechter ambtshalve moet opwerpen, zoals de omstandigheid dat de betrokken beslissing niet is gemotiveerd, staat het aan de verzoeker middelen tegen deze beslissing aan te voeren en bewijs te leveren ter onderbouwing van deze middelen.

105 Dat procedurevoorschrift is niet in strijd met de regel dat het bij inbreuken op de mededingingsregels aan de Commissie staat de door haar vastgestelde inbreuken te bewijzen en de elementen aan te dragen die rechtens een afdoende bewijs zijn van het bestaan van de feiten die een inbreuk vormen. Aan een verzoeker wordt in het kader van een beroep in rechte namelijk gevraagd de bestreden elementen van de betrokken beslissing te identificeren, grieven daarover te formuleren en bewijs te leveren, dat uit ernstige aanwijzingen kan bestaan, om aan te tonen dat zijn grieven gegrond zijn.

106 Het toezicht waarin de Verdragen voorzien, houdt dus in dat de Unierechter een toetsing in feite en in rechte verricht en dat hij het bewijs kan beoordelen, de betrokken beslissing nietig kan verklaren en de hoogte van de geldboeten kan wijzigen. Het in artikel 263 VWEU neergelegde wettigheidstoezicht, aangevuld met de in artikel 31 van

verordening nr. 1/2003 neergelegde toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht ter zake van de hoogte van de geldboete, is bijgevolg niet in strijd met het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming als bedoeld in artikel 47 van het Handvest.

107 Daaruit volgt dat het vijfde middel, betreffende de regels inzake het rechterlijk toezicht uit het oogpunt van het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming, ongegrond is.

108 Voor zover het betrekking heeft op de wijze waarop het Gerecht het toezicht op de litigieuze beschikking heeft uitgeoefend, valt het vijfde middel samen met het tweede, het derde en het vierde middel van de hogere voorziening en is het dus reeds door het Hof onderzocht.

109 In dit verband heeft het Gerecht weliswaar herhaaldelijk, met name in de punten 35 tot en met 37, 92, 103, 115, 118, 129 en 141 van het bestreden arrest, verwezen naar de „beoordelingsbevoegdheid", de „aanzienlijke beoordelingsmarge" of de „ruime beoordelingsmarge" van de Commissie, maar dit heeft het Gerecht niet belet het volledige toezicht in rechte en in feite uit te oefenen waartoe het gehouden is.

110 Het vijfde middel is bijgevolg ongegrond.

111 Derhalve kan geen van de middelen die de KME-groep ter onderbouwing van haar hogere voorziening heeft aangevoerd, worden aanvaard. De hogere voorziening dient dan ook te worden afgewezen.

Kosten

112 Overeenkomstig artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 118 ervan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd. Aangezien de KME-groep in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie te worden verwezen in de kosten van deze instantie.

Het Hof (Tweede kamer) verklaart:

1) De hogere voorziening wordt afgewezen.

2) KME Germany AG, KME France SAS en KME Italy SpA worden verwezen in de kosten.

ondertekeningen