RETTENS-DOM (Femte Afdeling)

29. november 2005 *

I sag T-52/02,

Société nouvelle des couleurs zinciques SA (SNCZ), Bouchain (Frankrig), ved avocats R. Saint-Esteben og H. Calvet, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, først ved F. Castillo de la Torre og F. Lelievre, derefter ved F. Castillo de la Torre og O. Beynet, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

angående en påstand om delvis annullation af artikel 3 i Kommissionens beslutning 2003/437/EF af 11. december 2001 om en procedure i henhold til EF-traktatens

* Processprog: fransk.

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,

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: ekspeditionssekretær J. Plingers,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 2. juli 2004,

afsagt følgende

Dom

Faktiske omstændigheder

1 Société nouvelle des couleurs zinciques SA (herefter »sagsøgeren« eller »SNCZ«) er en fransk virksomhed, som fremstiller zinkphosphat og zink, strontium og bariumkromater. Alle disse produkter er korrosionshindrende mineralpigmenter, der anvendes i maling- og overfladebelægningsindustrien. I 2000 var SNCZ's omsætning på verdensplan 17,08 mio. EUR.

2 Selv om der kan være en smule forskel på de kemiske formler for zinkorthophosphater, er der tale om et ensartet kemisk produkt, som under ét benævnes »zinkphosphat«. Zinkphosphat, der fremstilles af zinkoxid og phosphorsyre, 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: Dr. Hans Heubach GmbH & Co. KG (herefter »Heubach«), James M. Brown Ltd (herefter »James Brown«), 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 Heubach, 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 Heubachs, 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 EØS-aftalen 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 klagepunktsmeddelelse mod de virksomheder, der er adressater for den beslutning, som er genstand for nærværende sag (jf. præmis 7 nedenfor), herunder sagsøgeren. I sit svar af 1. december 2000 på klagepunktsmeddelelsen erklærede sagsøgeren, at selskabet i det væsentlige ikke bestred de heri anførte faktiske omstændigheder.

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 anført, 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), Heubach 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, Heubach, 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. Således blev sagsøgerens bødebeløb før anvendelse af samarbejdsmeddelelsen nedsat til 1,7 mio. EUR, og Union Pigments' bødebeløb til 700 000 EUR. De øvrige virksomheders 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 selskabet havde erklæret i sit svar på klagepunktsmeddelelsen, at det i det væsentlige ikke bestred de heri anførte faktiske omstændigheder (betragtning 360, 363 og 366 til den anfægtede beslutning). Den endelige størrelse af den bøde, der er pålagt sagsøgeren, var således 1,53 mio. EUR (betragtning 370 til den anfægtede beslutning).

Retsforhandlinger og parternes påstande

18 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 27. 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 Kommissionen om at fremlægge en række dokumenter og at besvare en række skriftlige spørgsmål. Kommissionen har efterkommet anmodningerne.

20 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Retten under det retsmøde, der blev afholdt den 2. juli 2004.

21 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Principalt, den anfægtede beslutnings artikel 3 annulleres.

— Subsidiært, bødebeløbet nedsættes.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

22 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

23 Sagsøgeren har påberåbt sig tre anbringender til støtte for søgsmålet. Det første er tilsidesættelse af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, det andet tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet og det tredje tilsidesættelse af forbuddet mod forskelsbehandling.

Det første anbringende om tilsidesættelse af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17

Parternes argumenter

24 Ifølge sagsøgeren har Kommissionen ved at fastsætte udgangspunktet for sagsøgerens bøde på 3 mio. EUR, svarende til 17% af dennes omsætning på verdensplan, tilsidesat artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17. Denne bøde overskrider den maksimumsgrænse for bøder, der er fastsat i denne bestemmelse.

25 For det første har sagsøgeren anført, at en sådan vilkårlig fastsættelse af udgangspunktet er i strid med den udtrykkelige ordlyd af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17. Denne bestemmelse giver Kommissionen mulighed for at overskride den første tærskel på 1 mio. og gå op til 10% af omsætningen, men tillader ikke en metode, der består i straks at fastsætte udgangspunktet over maksimumsgrænsen på 10% og dernæst nedsætte bødebeløbet for at overholde bestemmelsen. Den her anvendte beregningsmetode, som består i at fastsætte sagsøgerens udgangspunkt til 3 mio. EUR, svarende til 17% af dennes omsætning på verdensplan, er følgelig ikke lovlig.

26 Sagsøgeren har anført, at Kommissionen har foretaget en urigtig gengivelse af ordlyden af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 ved at hævde, at denne bestemmelse kræver, at den bøde, som til sidst pålægges en virksomhed, skal »nedsættes«, såfremt bødebeløbet »overstiger« grænsen på 10% af omsætningen. Den nævnte bestemmelse foreskriver nemlig ikke en nedsættelse til denne grænse på 10%, men omhandler udtrykkeligt kun det tilfælde, at bøden, som oprindelig er fastsat under grænsen på 10%, dvs. mellem 1 000 og 1 mio. EUR, forhøjes for at blive »bragt op på 10%«.

27 Sagsøgeren har bestridt, at Rettens dom af 20. marts 2002, HFB m.fl. mod Kommissionen (sag T-9/99, Sml. II, s. 1487), støtter Kommissionens opfattelse, hvorefter udgangspunktet kan fastsættes over grænsen på 10% af den pågældende virksomheds omsætning. I denne dom har Retten lagt vægt på, at Kommissionen har taget et »mellembeløb« i betragtning, som var over grænsen på 10%, »under sin beregning«, og ikke som »udgangspunkt« for denne. Følgelig har Retten ikke antaget, at udgangspunktet kunne fastsættes over loftet på 10%. Denne fortolkning bekræftes af, at Retten har udtalt, at alene »visse faktorer, der er taget i betragtning ved dens beregning, ikke har indvirkning på det endelige bødebeløb« (dommen i sagen HFB m.fl. mod Kommissionen, præmis 452). I den metode, som Kommissionen har fulgt, er det derimod samtlige »faktorer«, som i princippet ikke har indvirkning på det endelige beløb, alene med undtagelse af nedsættelsen for »samarbejde«, fordi Kommissionen først har foretaget denne efter at have nedsat mellembeløbet for at bringe det ned på loftet på 10%. I øvrigt har sagsøgeren anført, at dommen i sagen HFB m.fl. mod Kommissionen, ligesom alle de øvrige domme, som Kommissionen har henvist til som led i dette anbringende, kun er delvist offentliggjort i Samling af Afgørelser, idet Fællesskabets retsinstanser utvivlsomt har fundet, at de ikke offentliggjorte passager i de pågældende domme ikke indeholder principielle spørgsmål.

28 For det andet har sagsøgeren gjort gældende, at den måde, hvorpå udgangspunktet er blevet fastsat her, er en tilsidesættelse af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, fordi den udelukker, at der tages hensyn til faktoren vedrørende overtrædelsens varighed i den pålagte bødes størrelse. Sagsøgeren har henvist til, at denne bestemmelse pålægger Kommissionen at fastsætte bøden under hensyntagen til »både overtrædelsens grovhed og dens varighed«. I dette tilfælde har Kommissionen, efter at

have fastsat udgangspunktet til 3 mio. EUR, hvilket er langt over loftet på 10%, forhøjet dette beløb med 40% for at tage hensyn til overtrædelsens »gennemsnitlige« varighed, og har således forhøjet det til 4,2 mio. EUR. Når det udgangspunkt, der fastsættes under hensyn til overtrædelsens grovhed, langt overskrider loftet på 10% af omsætningen, vil en senere ændring afhængigt af varigheden være helt umulig og vil blot være en rent teoretisk øvelse, som udelukkende vil føre til, at man foregiver at overholde artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17.

29 Da Kommissionen fandt, at den overtrædelse, der tilregnes sagsøgeren, var af mellemlang varighed, skulle den ifølge sagsøgeren have taget hensyn til denne forholdsvis modererende faktor, fordi der normalt skulle have været pålagt sagsøgeren en større bøde, hvis denne havde begået en overtrædelse, der ikke blot var »meget alvorlig«, men også af »lang« eller »meget lang« varighed. At der pålægges en sanktion, uden at der tages hensyn til overtrædelsens varighed, er »dybt skadeligt« for konkurrencepolitikken, fordi virksomhederne, især de små og mellemstore virksomheder, ikke har nogen tilskyndelse til at begrænse varigheden af deres deltagelse i kartellet.

30 Med hensyn til betydningen af dommen i sagen HFB m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 27 ovenfor, for spørgsmålet om, i hvilket omfang der skal tages hensyn til en overtrædelses varighed, har sagsøgeren for det første anført, at Retten i denne dom traf afgørelse om en indsigelse om retningslinjernes ulovlighed og således tog stilling til kritik af generel karakter, der blev fremført mod disse. I det foreliggende tilfælde skal det derimod undersøges, om den konkrete beregning, der specielt er foretaget i sagsøgerens tilfælde, er i overensstemmelse med artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17. Dernæst har sagsøgeren henvist til, at Retten i samme dom kun har taget stilling til den hypotese, at »visse faktorer«, som blev taget i betragtning, ikke fik indflydelse på den endelige bøde (præmis 453). Den har ikke udtalt sig om faktoren vedrørende varigheden. Da denne faktor er en af de to faktorer, der nævnes i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, skal den obligatorisk tages i betragtning og komme til udtryk i det endelige bødebeløb, da man ellers helt ville benægte, at forordning nr. 17 er bindende, og fratage den enhver tilsigtet virkning (Rettens dom af 20.3.2002, sag T-21/99, Dansk Rørindustri mod Kommissionen, Sml. II, s. 1681, præmis 203).

31 Endelig har sagsøgeren kritiseret, at Kommissionen har taget faktoren vedrørende samarbejde i betragtning efter anvendelse af loftet på 10%, mens den har forhøjet grundbeløbet i betragtning af overtrædelsens varighed før anvendelse af dette loft. Denne fremgangsmåde har til følge, at faktoren vedrørende samarbejde, som er omhandlet i retningslinjerne, har en direkte indflydelse på den faktiske bøde og således tilskynder virksomhederne til at samarbejde med Kommissionen. Derimod har virksomhederne kun en teoretisk fordel af faktoren vedrørende varigheden, som er omhandlet i en rådsforordning, og er følgelig ikke tilskyndet til at bringe overtrædelsen til ophør tidligst muligt.

32 For det tredje har sagsøgeren anført, at den måde, hvorpå udgangspunktet er blevet fastsat, nemlig langt over loftet på 10%, er i strid med artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, da denne måde udelukker, at der tages hensyn til skærpende og formildende omstændigheder i den pålagte bødes størrelse. I betragtning af retspraksis og Kommissionens egne retningslinjer kunne Kommissionen ikke anvende en metode, der gør det umuligt at tage noget faktisk hensyn til sådanne omstændigheder, fordi disse henhører under vurderingen af overtrædelsens grovhed, et kriterium, der er omhandlet i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 (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 109).

33 For det fjerde giver den metode, som Kommissionen har anvendt for at bestemme bødernes størrelse, intet fingerpeg om, hvilke faktorer denne har lagt til grund ved fastsættelsen af udgangspunktet. Skønt retningslinjerne nævner et »påregneligt« beløb på 20 mio. EUR for meget alvorlige overtrædelser, ville Kommissionen have indset, at sådanne beløb er upassende, når dette »minimum«, som i dette tilfælde, for alle de pågældende virksomheder, som er små eller mellemstore, allerede var langt over grænsen på 10% af deres omsætning. Sagsøgeren har fremhævet, at »denne ubestemthed, som mildest talt er ejendommelig som led i et skridt, der skal sikre »beslutningernes gennemsigtighed og objektive karakter«, ville blive til fuldstændig vilkårlighed, hvis den ydermere gjorde det muligt for Kommissionen at se bort fra de kriterier, som artikel 15, stk. 2, pålægger den«.

34 Kommissionen har anført — bl.a. under henvisning til Rettens praksis i sagerne om »præisolerede rør« (dommen i sagen HFB m.fl. mod Kommissionen, og i sagen Dansk Rørindustri mod Kommissionen; Rettens domme af 20.3.2002, sag T-15/99, Brugg Rohrsysteme mod Kommissionen, Sml. II, s. 1613, præmis 150, og sag T-16/99, Løgstør Rør mod Kommissionen, Sml. II, s. 1633, præmis 292) — at sagsøgeren har fortolket bestemmelserne i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 urigtigt, og at det første anbringende derfor må forkastes.

35 Med hensyn til det argument, som sagsøgeren har gjort gældende i replikken, og hvorefter der ikke er noget generelt holdepunkt i retningslinjerne, der gør det muligt at forudse det niveau, som udgangspunktet normalt bør ligge på, finder Kommissionen, at det må afvises, fordi det er et nyt anbringende. Dette argument har nemlig intet at gøre med en eventuel tilsidesættelse af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, som er det første anbringende, og kan følgelig ikke anses for en udvikling af dette anbringende. Under alle omstændigheder er dette argument ifølge Kommissionen ikke relevant, da retningslinjerne giver holdepunkter for udgangspunktet.

Rettens bemærkninger

36 Sagsøgeren har anført, at Kommissionen har tilsidesat artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, da det udgangspunkt, der er anvendt for beregningen af bødebeløbet, nemlig 3 mio. EUR, som udgør 17% af sagsøgerens omsætning, overstiger det i denne bestemmelse fastsatte loft på 10%. Dette argument kan ikke lægges til grund.

37 I henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 »kan Kommissionen [ved beslutning] pålægge virksomheder og sammenslutninger af virksomheder bøder på mindst 1 000 og højst 1 mio. regningsenheder, idet sidstnævnte beløb dog kan forhøjes til 10% af omsætningen i det sidste regnskabsår i hver af de virksomheder,

som har medvirket ved overtrædelsen, såfremt de forsætligt eller uagtsomt [...] overtræder bestemmelserne i traktatens artikel [81], stk. 1, [...]« I samme bestemmelse hedder det, at »ved fastsættelsen af bødens størrelse skal der tages hensyn til både overtrædelsens grovhed og dens varighed«.

38 Ved at bestemme, at Kommissionen kan pålægge bøder på et beløb, der kan forhøjes til 10% af omsætningen i det sidste regnskabsår, kræver artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, at den bøde, som endeligt pålægges en virksomhed, nedsættes, såfremt bødebeløbet overstiger 10% af dens omsætning, uafhængigt af mellemkommende beregninger, der har til formål at tage overtrædelsens varighed og grovhed i betragtning. Det følger heraf, at den ved denne bestemmelse fastsatte maksimumsgrænse på 10% kun gælder for det bødebeløb, der endeligt pålægges af Kommissionen (dommen i sagen HFB m.fl. mod Kommissionen, præmis 451; 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 367 og 368).

39 I modsætning til hvad sagsøgeren har anført, omfatter de »mellemkommende beregninger«, der er omhandlet i den i præmis 38 ovenfor nævnte retspraksis, udgangspunktet (jf. i denne retning dommen i sagen HFB m.fl. mod Kommissionen, præmis 450, og i sagen Dansk Rørindustri mod Kommissionen, præmis 183, 184 og 205; jf. analogt Rettens dom af 9.7.2003, sag T-230/00, Daesang og Sewon Europe mod Kommissionen, Sml. II, s. 2733, præmis 56).

40 I øvrigt bemærkes, at selv hvis Kommissionen i sin beregning lader et mellemresultat indgå, herunder et udgangspunkt, som overstiger maksimumsgrænsen på 10% af den pågældende virksomheds omsætning, kan det ikke kritiseres, at nogle

faktorer, der tages i betragtning ved denne beregning, ikke får indvirkning på det endelige bødebeløb. Dette er nemlig følgen af forbuddet i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 mod at overskride maksimumsgrænsen på 10% af den pågældende virksomheds omsætning (dommen i sagen HFB m.fl. mod Kommissionen, præmis 453). Blandt de »faktorer«, som eventuelt får indvirkning på det endelige bødebeløb, er varigheden (dommen i sagen HFB m.fl. mod Kommissionen, præmis 450-453, og i sagen Dansk Rørindustri mod Kommissionen, præmis 251).

41 Med hensyn til sagsøgerens argumentation om, at faktoren vedrørende samarbejde er taget i betragtning efter anvendelse af loftet på 10% og således har direkte indflydelse på bødebeløbet, bemærkes blot, at denne fremgangsmåde sikrer, at samarbejdsmeddelelsen kan få sin fulde effektivitet: Ligger grundbeløbet inden anvendelsen af denne meddelelse betydeligt over grænsen på 10%, uden at det er muligt umiddelbart at anvende denne grænse, er den berørte virksomheds incitament til at samarbejde med Kommissionen betydeligt mindre, idet den endelige bøde under alle omstændigheder med eller uden samarbejde nedsættes til 10% (dommen i sagen Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, præmis 352-354).

42 Med hensyn til sagsøgerens argument om, at der ikke i retningslinjerne er noget generelt holdepunkt, der gør det muligt at forudse det niveau, som udgangspunktet normalt skal have, må det forkastes, uden at det er nødvendigt at tage stilling til, om det kan antages til realitetsbehandling (jf. præmis 35 ovenfor). Retten finder, at det er tilstrækkeligt at fastslå, at retningslinjerne fastsætter, at den »påregnelige« beløbsramme for bøder for meget alvorlige overtrædelser er 20 mio. EUR (punkt 1 A, tredje led, andet afsnit). Det er ikke muligt at give præcise angivelser om udgangspunkterne for alle tænkelige overtrædelser. Desuden fremgår det klart af punkt 1 A, tredje led, andet afsnit, at bødebeløbet kan være under 20 mio. EUR, således at sagsøgerens argument om, at disse retningslinjer ikke er udformet med henblik på små og mellemstore virksomheder, må forkastes. I øvrigt giver de samme retningslinjer Kommissionen mulighed for, når omstændighederne kræver det, at tage hensyn til den særlige situation, som de små og mellemstore virksomheder befinder sig i (dommen i sagen Løgstør Rør mod Kommissionen, præmis 295).

43 Det fremgår klart af retningslinjerne, at de bøder, der pålægges små og mellemstore virksomheder, som har deltaget i meget alvorlige overtrædelser, ikke blot kan være lavere end 20 mio. EUR, men også kan forhøjes til det loft på 10%, der fastsættes i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17. Sagsøgerens klagepunkt om, at der ikke er noget generelt holdepunkt herfor, må således forkastes.

44 Det følger heraf, at det første anbringende bør forkastes i det hele.

Det andet anbringende om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet

45 Indledningsvis har sagsøgeren anført, at den bøde, som er pålagt sagsøgeren, i betragtning af nedsættelsen på 10% i henhold til samarbejdsmeddelelsen er den højeste sanktion, som lovligt kunne pålægges sagsøgeren, fordi den udgør 9% af selskabets omsætning på verdensplan. Så vidt det er sagsøgeren bekendt, har Kommissionen i 40 år aldrig truffet en så streng beslutning. Sagsøgeren har anført, at Kommissionen således har tilsidesat proportionalitetsprincippet.

46 Det andet anbringende består af tre led, hvormed sagsøgeren successivt gør gældende, at proportionalitetsprincippet er blevet tilsidesat:

— idet den bøde, som er pålagt sagsøgeren, er totalt uforholdsmæssig, navnlig i forhold til den, der er pålagt de øvrige virksomheder, såvel i nærværende sag som i andre nyere sager

— idet Kommissionen har taget sagsøgerens omsætning på verdensplan i betragtning ved fastsættelsen af loftet for sagsøgerens bøde

— idet Kommissionen ikke har taget hensyn til forholdet mellem sagsøgerens samlede omsætning og omsætningen ved salget af det pågældende produkt.

Det første led, som støttes på, at den bøde, der er pålagt sagsøgeren, er totalt uforholdsmæssig

— Parternes argumenter

47 Sagsøgeren har anført, at den omstændighed, at udgangspunktet i dette tilfælde vilkårligt er fastsat på et niveau, der ligger langt over loftet på 10%, har ført til en åbenbart uforholdsmæssig sanktion. Sagsøgeren har forklaret, at da udgangspunktet i selskabets tilfælde udgjorde 17% af dets omsætning på verdensplan, eller 170% af det lovlige maksimum, var det »sikret«, at det ville blive pålagt en bøde af maksimal størrelse, skønt intet berettigede en sådan strenghed. Navnlig har det anført, at der ikke er nogen forbindelse mellem bødebeløbet på den ene side og overtrædelsens grovhed, selskabets størrelse og dets eget ansvar på den anden side. Den pålagte sanktion er baseret på en fremgangsmåde, hvor der overhovedet ikke er taget hensyn til selskabets konkrete situation. Det har anført, at Kommissionen selv har erkendt, at varigheden af den overtrædelse, som det har begået, er »mellemlang« og under ingen omstændigheder »lang«.

48 Ifølge sagsøgeren er det i strid med de i retspraksis fastslåede principper og med Kommissionens retningslinjer at pålægge en lille eller mellemstor virksomhed en maksimal bøde. Retten har ifølge sagsøgeren bekræftet disse principper ved at udtale, at det kunne være passende at vægte de pågældende beløb, »navnlig når der er tale om betydelige størrelsesforskelle mellem virksomheder, der har begået en

overtrædelse af samme art, og følgelig vedtage et generelt udgangspunkt efter de specifikke forhold i hver af virksomhederne« (Rettens dom af 31.12.2001, sag T-48/98, Acerinox mod Kommissionen, Sml. II, s. 3859, præmis 80). I dommen i sagen Acerinox mod Kommissionen har Retten også forkastet en af sagsøgernes argument om dette selskabs ringe markedsandele med den begrundelse, at der grundlæggende skulle tages hensyn til dets »størrelse« og dets »økonomiske betydning« (præmis 89 og 90). Retten har således fremhævet, at det var nødvendigt at tage hensyn til virksomhedens størrelse, uafhængigt af dens markedsandele. I det foreliggende tilfælde har Kommissionen helt undladt at tage i betragtning, at sagsøgeren er en helt særlig ubetydelig lille eller mellemstor virksomhed, og at der var en »betydelig spredning« mellem de forskellige berørte virksomheders størrelser.

49 Efter sagsøgerens opfattelse er retningslinjerne på ingen måde udformet for små og mellemstore virksomheder. I tilfælde af meget alvorlige overtrædelser bestemmer de således, at der skal pålægges en »påregnelig« bøde på over 20 mio. EUR. En bøde af en sådan størrelse ville imidlertid mindst forudsætte en omsætning på 200 mio. EUR, dvs. en omsætning, der er 11 gange større end sagsøgerens.

50 Sagsøgeren har anført, at en af konsekvenserne af den vilkårlige metode for fastsættelse af bøder, som Kommissionen har anvendt, er, at de store virksomheder pålægges mindre sanktioner end de små og mellemstore virksomheder. Efter sagsøgerens opfattelse er det for det første med hensyn til det foreliggende tilfælde åbenbart uforholdsmæssigt, at de store virksomheder bliver pålagt bøder på under halvdelen af de små og mellemstore virksomheders bøder for helt identiske overtrædelser. Sagsøgeren har i denne forbindelse henvist til en tabel i stævningen, som viser det bødebeløb, der er pålagt hver af de forfulgte virksomheder. Sagsøgeren har anført, at den bøde, som er pålagt selskabet, er den maksimale bøde, og at den praktisk talt er dobbelt så stor som den, der er pålagt Heubach, skønt de overtrædelser, som tilregnes dem, var af en helt identisk grovhed og varighed. Sagsøgeren har i denne forbindelse præciseret, at selskabets argumentation er baseret på procentdele af omsætningen og ikke på absolutte beløb. For det andet er

uforholdsmæssigheden lige så åbenbar, når man sammenligner den bøde, der er pålagt sagsøgeren, med den, der er pålagt de andre virksomheder i lignende sager. I Kommissionens beslutning 2001/716/EF af 18. juli 2001 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og artikel 53 i EØS-aftalen (sag COMP.D.2 37.444 — SAS mod Maersk Air og sag COMP.D.2 37.386 — Sun-Air mod SAS og Maersk Air) (EFT L 265, s. 15, herefter »SAS-beslutningen«) blev selskabet SAS således idømt en bøde svarende til 0,79% af dets omsætning på verdensplan efter at have fået en nedsættelse på 10% i henhold til samarbejdsmeddelelsen, altså en bøde, der var 11 gange lavere set i forhold til omsætningen end den, der er pålagt sagsøgeren. Sidstnævnte har understreget, at for en virksomhed, der har en omsætning på verdensplan på næsten 5 mia. EUR, er en bøde svarende til 0,79% af denne omsætning ubetydelig, mens en bøde på 1,53 mio. EUR for sagsøgeren selv, der har en omsætning på 17 mio. EUR, er en kolossal sanktion (Rettens dom af 6.7.2000, sag T-62/98, Volkswagen mod Kommissionen, Sml. II, s. 2707, præmis 336 og 347).

51 Med hensyn til det af Kommissionen anførte om, at der er taget hensyn til sagsøgerens størrelse, fordi udgangspunktet er blevet fastsat til 3 mio. EUR og ikke til 20 mio. EUR, som retningslinjerne bestemmer, har sagsøgeren heroverfor anført i replikken, at Kommissionen lader hånt om vurderingen af bødens størrelse i forhold til virksomhedens størrelse. Kommissionen argumenterer nemlig kun ud fra absolutte tal og benægter derved, at en henvisning til omsætningen har nogen betydning for vurderingen af en bødes størrelse for en bestemt virksomhed. Imidlertid er retningslinjerne »ikke til hinder for, at sådanne omsætninger tages i betragtning ved fastsættelsen af bødebeløbet for at overholde fællesskabsrettens almindelige principper, og når omstændighederne kræver det« (dommen i sagen HFB m.fl. mod Kommissionen, præmis 447). I det foreliggende tilfælde skulle Kommissionen have taget omsætningen i betragtning ved fastsættelsen af bødebeløbet for at undgå at tilsidesætte proportionalitetsprincippet. En række væsentlige retsakter, herunder Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 395, s. 1, og berigtigelse i EFT 1990 L 257, s. 13, som ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 1310/97 af 30.6.1997, EFT L 180, s. 1), og retsakterne vedrørende små og mellemstore virksomheder, viser, at kriteriet om omsætningen er væsentligt.

52 Med hensyn til Kommissionens argument om, at det ikke kan bebrejdes den, at det bødebeløb, der er pålagt nogle virksomheder, er højere set i forhold til omsætningen end det bødebeløb, der er pålagt andre virksomheder, der er impliceret i samme

overtrædelse, har sagsøgeren anført, at den pågældende retspraksis kun gælder for virksomheder, som befinder sig i en forskellig situation med hensyn til faktorerne om »grovhed« og »varighed«. Derimod giver retspraksis intet svar på det spørgsmål, der er rejst i nærværende sag, hvor den sanktion, der er pålagt sagsøgeren, i forhold til selskabets omsætning er næsten dobbelt så stor som den, der er pålagt Heubach, skønt de to virksomheder befandt sig i identiske situationer.

53 Sagsøgeren har anført, at tilsidesættelsen af proportionalitetsprincippet er så meget desto mere åbenbar i dette tilfælde, som Kommissionen har begået fejlskøn ved fastsættelsen af bødebeløbet. Navnlig har den hverken taget hensyn til principper, som den formulerer i retningslinjerne, eller til sin tidligere praksis. For det første er den omstændighed, at sagsøgeren, der hører til de små og mellemstore virksomheder, end ikke havde en juridisk tjeneste, ikke blevet taget i betragtning i nærværende sag. Sagsøgeren har i denne forbindelse henvist til, at Kommissionen i nogle tilfælde har givet afkald på at pålægge små virksomheder, som ikke havde tilstrækkeligt kendskab til fællesskabsretten og national ret, bøder (Kommissionens beslutning 82/897/EØF af 15.12.1982 vedrørende en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/C-30.128 Toltecs-Dorcet) (EFT L 379, s. 19)). Sagsøgeren har tilføjet, under henvisning til, at de pågældende virksomheder har efterladt oplysninger om alle møder i deres kalendere, at Kommissionen ikke tilstrækkeligt har godtgjort, at disse virksomheder virkelig var klar over, at den pågældende praksis var ulovlig.

54 For det andet har sagsøgeren fremført, at Kommissionen generelt pålægger mildere bøder, når den for første gang anvender konkurrencereglerne i en ny sammenhæng (Kommissionens beslutning 92/521/EØF af 27.10.1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/33.384 og 33.378 — Salg af pakkerejser i forbindelse med verdensmesterskabet i fodbold i 1990) (EFT L 326, s. 31, punkt 125)). Sagsøgeren har anført, at Kommissionens pressemeddelelse i nærværende sag lader forstå, at det er første gang, at denne griber så strengt ind mod ulovlig praksis, som små og mellemstore virksomheder havde deltaget i, og konkluderer deraf, at den maksimale bøde ikke skulle have været pålagt sagsøgeren.

55 For det tredje har sagsøgeren anført, at Kommissionen ikke har kunnet redegøre for, at der skulle være tale om et usædvanligt tab for forbrugerne. I denne forbindelse har sagsøgeren henvist til størrelsen af markedet for zinkphosphat, som Kommissionen selv bedømmer som »begrænset« (betragtning 303 til den anfægtede beslutning), til, at der findes erstatningsprodukter (betragtning 45 til den anfægtede beslutning), og til købernes størrelse (betragtning 51 til den anfægtede beslutning).

56 Endelig har sagsøgeren henvist til, at »virksomhedernes eventuelle økonomiske eller finansielle fordele af overtrædelsen« ifølge retningslinjerne er et væsentligt forhold, når der skal tages stilling til bødebeløbet. Kommissionen har imidlertid aldrig hævdet, at sagsøgeren havde haft nogen fordel af overtrædelsen.

57 Kommissionen har bestridt sagsøgerens argumentation. Den har anført, at den bøde, som er pålagt sagsøgeren, udgør 9% af den omsætning, som sagsøgeren havde i det sidste regnskabsår. Sagsøgerens udtalelse om, at denne bøde er »den højeste bøde, som lovligt kunne pålægges selskabet«, er derfor fejlagtig, fordi den udgjorde under 10% af sagsøgerens omsætning. Desuden har Kommissionen præciseret, i modsætning til hvad sagsøgeren hævder, at den ikke alene har pålagt strengere sanktioner end den, der er pålagt sagsøgeren, men at den desuden gentagne gange har nedsat den bøde, der er pålagt en virksomhed, for at overholde loftet på 10% (Kommissionens beslutning 1999/60/EF af 21.10.1998 om en procedure efter EF-traktatens artikel 85 (IV/35.691/E-4 — Rørkartel (præisolerede rør) (EFT 1999 L 24, s. 1, herefter »beslutningen om præisolerede rør«), betragtning 176 (om virksomheden Løgstør Rør) og Kommissionens beslutning 2002/271/EF af 12.7.2001 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (COMP/E-1/36.490 — Grafitelektroder) (EFT 2002 L 100, s. 1), betragtning 199 (om virksomheden UCAR)). I øvrigt har Kommissionen gjort gældende, at sagsøgerens argumenter om, at bøden er uforholdsmæssig, savner grundlag.

— Rettens bemærkninger

58 I henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 skal der ved fastsættelsen af bødens størrelse tages hensyn til både overtrædelsens grovhed og dens varighed. Dvs. at bødens forholdsmæssighed skal vurderes på baggrund af samtlige omstændigheder ved overtrædelsen (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 1215).

59 Med hensyn til nærværende sag bemærkes, at sagsøgeren ikke har bestridt, at selskabet har deltaget i en meget alvorlig overtrædelse i retningslinjernes forstand fra den 24. marts 1994 til den 13. maj 1998, altså i over fire år.

60 Desuden må det fastslås, at det udgangspunkt på 3 mio. EUR, som Kommissionen har fastsat, er langt under den mindstetærskel på 20 mio. EUR, som normalt er fastsat af retningslinjerne for overtrædelser af denne type (jf. punkt 1 A, andet afsnit, tredje led). Den bøde, der til sidst blev pålagt sagsøgeren, andrager kun 1,53 mio. EUR. Retten finder, dels i betragtning af overtrædelsens grovhed, dens varighed og den rolle, som sagsøgeren har spillet ved dens udførelse, dels de forhold, som sagsøgeren har berettet om i nærværende sag, at det bødebeløb, som er pålagt sagsøgeren, ikke er uforholdsmæssigt.

61 I øvrigt må sagsøgerens opfattelse, hvorefter den bøde, der er pålagt selskabet, står i misforhold til sagsøgerens størrelse, forkastes. For det første kan sagsøgerens udtalelse om, at selskabet var »sikret«, at det ville blive pålagt den maksimale bøde,

når udgangspunktet svarede til 17% af dets omsætning på verdensplan, ikke lægges til grund. Hvis sagsøgerens adfærd havde været berettiget, ville bøden nemlig kunne være blevet betydeligt nedsat på grundlag af formildende omstændigheder og samarbejdsmeddelelsen. I det foreliggende tilfælde udgør den pålagte bøde ikke den maksimale bøde, som Kommissionen kunne have pålagt, fordi den er blevet nedsat med 10% i henhold til samarbejdsmeddelelsen.

62 Dernæst bemærkes, dels at den eneste udtrykkelige henvisning til omsætningen i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 vedrører den øvre grænse, som en bødes størrelse ikke kan overskride, dels at denne grænse skal forstås således, at den vedrører den samlede omsætning (Domstolens dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825, præmis 119). Under iagttagelse af denne grænse kan Kommissionen i princippet fastsætte bøden ud fra en omsætning opgjort efter dens nærmere bestemmelse med hensyn til det geografiske grundlag og de berørte produkter (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 5023), uden at være forpligtet til at gå ud fra den præcise samlede omsætning, på det relevante geografiske marked eller produktmarked. Endelig bemærkes, at selv om retningslinjerne ikke forudsætter en bødeberegning ud fra en bestemt omsætning, er de dog ikke til hinder for, at en sådan omsætning tages i betragtning, såfremt det af Kommissionen trufne valg ikke udgør et åbenbart urigtig skøn (dommen i sagen Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, præmis 195).

63 I det foreliggende tilfælde bemærkes, at det fremgår af den anfægtede beslutning, at Kommissionen har fundet det passende at give virksomhederne en differentieret behandling for dels at tage hensyn til »deres reelle økonomiske mulighed for at skade konkurrencen i væsentlig grad, dels at fastsætte bøden på et niveau, som sikrer, at den har en afskrækkende virkning« (betragtning 304 til den anfægtede beslutning). Den har tilføjet, at det var nødvendigt at »tage hensyn til hver enkelt virksomheds størrelse og følgelig til hver virksomheds ulovlige adfærds reelle indvirkning på konkurrencen«. Ved vurderingen af disse omstændigheder har Kommissionen valgt at lægge omsætningen ved salg af standardzinkphosphat i EØS

i det sidste år, overtrædelsen fandt sted, til grund. Den har henvist til, at sagsøgeren var en af de største producenter af zinkphosphat i EØS, idet selskabet havde en markedsandel på omkring 20%, og placerede det derfor i den første kategori (betragtning 308 til den anfægtede beslutning). Udgangspunktet for bøden blev for alle virksomheder i den første kategori fastsat til 3 mio. EUR. Udgangspunktet for James Brown, der havde en markedsandel på omkring 5%, blev fastsat til 750 000 EUR.

64 Skønt Kommissionen har sammenlignet de berørte virksomheders forholdsmæssige størrelse på grundlag af omsætningen ved salg af zinkphosphat i EØS, har den også henvist til markedsandelene for virksomhederne på det relevante marked som grundlag for at inddele dem i to forskellige kategorier. Kommissionen har nemlig beregnet de berørte virksomheders markedsandele, dels på grundlag af omsætningen på det relevante marked, som er anført i tabellen i betragtning 50 til den anfægtede beslutning, dels på grundlag af oplysninger i sagens akter. Sagsøgeren har ikke bestridt, at denne fremgangsmåde er berettiget.

65 Ved vurderingen af »virksomhedernes reelle økonomiske mulighed for at skade konkurrencen i væsentlig grad«, som indebærer en bedømmelse af disse virksomheders reelle betydning på det relevante marked, dvs. deres indflydelse på dette, er den samlede omsætning kun et ufuldstændigt billede af forholdene. Det kan nemlig ikke udelukkes, at en magtfuld virksomhed, der har en mængde forskellige aktiviteter, kun accessorisk er til stede på et specifikt produktmarked. Ligeledes kan det ikke udelukkes, at en virksomhed med en stærk stilling på et geografisk marked uden for Fællesskabet kun har en svag stilling på Fællesskabets marked eller EØS' marked. I sådanne tilfælde betyder den blotte omstændighed, at den pågældende virksomhed opnår en betydelig samlet omsætning, ikke nødvendigvis, at den udøver en afgørende indflydelse på det relevante marked. Derfor har Domstolen fremhævet i dommen af 17. december 1998 i sagen Baustahlgewebe mod Kommissionen (sag C-185/95 P, Sml. I, s. 8417, præmis 139), at selv om en virksomheds markedsandele ikke kan være afgørende ved vurderingen af, om en virksomhed tilhører en betydelig økonomisk enhed, er markedsandelene imidlertid relevante ved vurderingen af, hvilken indflydelse virksomheden har haft på markedet (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 193). I det foreliggende tilfælde har

Kommissionen taget hensyn til såvel de pågældende virksomheders markedsandel som deres omsætning på det relevante marked, hvilket har gjort det muligt at bestemme hver virksomheds forholdsmæssige betydning på det relevante marked.

66 Det følger heraf, at Kommissionen ikke har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved sin vurdering af »de overtrædende virksomheders faktiske økonomiske muligheder« som omhandlet i retningslinjernes punkt 1 A, fjerde afsnit.

67 Desuden bemærkes, at det fremgår af en sammenligning af den omsætning, som er opnået på markedet af de virksomheder, der hører til den første kategori, og som nævnes i tabellen i betragtning 50 til den anfægtede beslutning, at det er med rette, at disse virksomheder er blevet placeret i samme gruppe, og at de har fået pålagt et identisk særligt udgangspunkt. Sagsøgeren opnåede således i 1998 en omsætning på det relevante marked i EØS på 3,9 mio. EUR. Heubach, Trident og Union Pigments havde opnået en omsætning på henholdsvis 3,7, 3,69 og 3,2 mio. EUR. Britannia, som havde indstillet al økonomisk virksomhed i 1998, havde i 1996 opnået en omsætning på det relevante marked i EØS på 2,78 mio. EUR.

68 Ligeledes bemærkes, som sagsøgeren med rette har anført, at retningslinjerne i henhold til punkt 1 A, sjette afsnit, bestemmer, at en »betydelig« størrelsesforskel mellem virksomheder, der har begået en overtrædelse af samme art, bl.a. kan berettige en differentiering ved vurderingen af overtrædelsens grovhed (jf. i denne retning dommen i sagen Acerinox mod Kommissionen, præmis 90). I øvrigt bemærkes, at selv om Kommissionen ifølge retspraksis har et vist skøn ved udmålingen af bøderne, og skønt beregningen af bøden ikke skal ske efter en blot matematisk formel (Rettens dom af 6.4.1995, sag T-150/89, Martinelli mod Kommissionen, Sml. II, s. 1165, præmis 59), skal bødernes størrelse mindst stå i rimeligt forhold til de faktorer, der indgår i vurderingen af overtrædelsens grovhed (dommen i sagen Tate & Lyle m.fl. mod Kommissionen, præmis 106). Følgelig bemærkes, at når Kommissionen inddeler de berørte virksomheder i kategorier med

henblik på bødeudmålingen, skal fastlæggelsen af tærsklerne for hver af de således fastlagte kategorier være sammenhængende og objektivt begrundet (jf. i denne retning Rettens dom af 20.3.2002, sag T-23/99, LR af 1998 mod Kommissionen, Sml. II, s. 1705, præmis 298, og af 19.3.2003, sag T-213/00, CMA CGM m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 913, herefter »FETTCSA-dommen«, præmis 416).

69 Ganske vist er sagsøgeren i det foreliggende tilfælde, skønt selskabet kun opnåede en samlet omsætning på 17 mio. EUR i 2000, blevet henført til samme gruppe som Britannia, Heubach, Trident og Union Pigments, der havde en samlet omsætning på henholdsvis ca. 55,7, 71, 76 og 7 mio. EUR. Det kan imidlertid ikke heraf udledes, at der foreligger en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet. Som det er forklaret i præmis 63 og 64 ovenfor, er disse forskellige virksomheder blevet placeret i samme gruppe, fordi de havde en omsætning på det relevante marked og markedsandele, som var meget ensartede. Det var sammenhængende og objektivt begrundet at gruppere virksomhederne på dette grundlag. I øvrigt finder Retten, at størrelsesforskellen mellem sagsøgeren og de øvrige berørte virksomheder ikke var så betydelig, at sagsøgeren skulle have været henført til en anden gruppe (jf. i denne retning dommen i sagen Daesang og Sewon Europe mod Kommissionen, præmis 69-77).

70 Desuden og yderligere bemærkes, at under omstændighederne i nærværende sag er der taget tilstrækkeligt hensyn til sagsøgerens samlede omsætning ved anvendelsen af det loft på 10%, der er fastsat i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17. Som det er anført i præmis 16 og 17, er sagsøgerens bøde blevet nedsat til 1,7 mio. EUR for at overholde dette loft, før den yderligere blev nedsat til 1,53 mio. EUR for samarbejde. Loftet på 10% har til formål at undgå, at bøderne er urimelige i forhold til virksomhedens størrelse (dommen i sagen Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen, præmis 119). Anvendelsen af denne overgrænse i det foreliggende tilfælde har sikret, at den bøde, der er pålagt sagsøgeren, står i rimeligt forhold til sagsøgerens størrelse. I betragtning af overtrædelsens meget alvorlige karakter og af den omstændighed, at den har varet i mere end fire år, kunne bødebeløbet have været langt højere, såfremt sagsøgeren ikke havde været en lille virksomhed og ikke havde været omfattet af loftet på 10%.

71 Sagsøgeren har gjort gældende, at det er åbenbart uforholdsmæssigt, at de store virksomheder får pålagt bøder, der er halvt så store som dem, der pålægges små og mellemstore virksomheder for identiske overtrædelser. Selskabet har påberåbt sig, at det med en omsætning på 17,08 mio. EUR er blevet pålagt en bøde, der svarer til ca. 9% af dets omsætning, mens den bøde, der er pålagt Heubach, som havde en omsætning på 71,018 mio. EUR, kun svarede til 5,3% af denne omsætning.

72 Til disse udtalelser skal det først bemærkes, at Kommissionen har pålagt Heubach en bøde på 3,78 mio. EUR og sagsøgeren en bøde på 1,53 mio. EUR. På trods af, at disse to virksomheder havde deltaget i en meget alvorlig overtrædelse i mere end fire år, og at de havde en sammenlignelig betydning på markedet (jf. præmis 67 ovenfor), udgør Heubachs bøde følgelig mere end det dobbelte af sagsøgerens.

73 Da Kommissionen ikke er forpligtet til at foretage beregningen af bødebeløbet med udgangspunkt i beløb baseret på de berørte virksomheders omsætning, er den heller ikke forpligtet til, når flere virksomheder, der er impliceret i samme overtrædelse, pålægges bøder, at sikre, at de endelige bødebeløb, som dens beregning fører til for de berørte virksomheder, udtrykker enhver differentiering mellem disse med hensyn til deres samlede omsætning eller deres omsætning på det pågældende produktmarked (dommen i sagen Dansk Rørindustri mod Kommissionen, præmis 202).

74 I denne forbindelse skal det præciseres, at artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 heller ikke kræver, såfremt flere virksomheder, der er impliceret i samme overtrædelse, pålægges bøder, at det bødebeløb, der pålægges en lille eller mellemstor virksomhed, ikke må være større — udtrykt som en procentsats af omsætningen — end de bødebeløb, der pålægges større virksomheder. Det fremgår nemlig af denne bestemmelse, at der såvel for små eller mellemstore virksomheder som for større virksomheder ved bødeudmålingen skal tages hensyn til overtrædelsens grovhed og varighed. I det omfang Kommissionen pålægger virksomheder, der er impliceret i samme overtrædelse, bøder, som for hver af dem er berettiget i forhold til overtrædelsens grovhed og varighed, kan det ikke bebrejdes den, at bødebeløbet for

nogle af dem er større, set i forhold til omsætningen, end for andre virksomheder (dommen i sagen Dansk Rørindustri mod Kommissionen, præmis 203).

75 Sagsøgeren har anført, at de principper, som Retten har opstillet i dommen i sagen Dansk Rørindustri mod Kommissionen, nævnt i præmis 30 ovenfor, kun finder anvendelse på virksomheder, som befinder sig i en forskellig situation med hensyn til faktorerne vedrørende overtrædelsens grovhed og varighed. Det siger imidlertid sig selv, at hvis de pågældende virksomheder befinder sig i en forskellig situation, er Kommissionen ikke forpligtet til at sikre, at bødebeløbene udtrykker enhver differentiering mellem dem med hensyn til deres samlede omsætning eller deres omsætning på det pågældende produktmarked. De nævnte principper finder anvendelse, selv hvis de pågældende virksomheder befinder sig i en identisk situation.

76 Sagsøgerens argument om, at det er åbenbart, at den pålagte bøde er uforholdsmæssig, når denne bøde sammenlignes med den, der er pålagt andre virksomheder i lignende sager, må også forkastes. Kommissionen kan nemlig ikke være forpligtet til at fastsætte bøder, der er afpasset efter omsætningen, og med en fuldstændig sammenhæng med dem, der er fastsat i andre tidligere sager.

77 Det skal i denne forbindelse understreges, at Kommissionens tidligere beslutningspraksis ikke i sig selv tjener som retlig ramme for bøder i konkurrencesager. 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 (dommen i sagen Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen, præmis 109, og dommen i sagen Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, præmis 243).

78 Desuden bemærkes, at når Kommissionen pålægger virksomheder, der er impliceret i samme overtrædelse, bøder, der for hver af dem er berettiget i forhold til overtrædelsens grovhed og varighed, kan det ikke bebrejdes den, at bødebeløbet for nogle af disse virksomheder er højere i forhold til omsætningen end for andre virksomheder i tidligere sager (jf. i denne retning dommen i sagen LR AF 1988 mod Kommissionen, præmis 278).

79 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).

80 Det skal desuden bemærkes, at selv om den bøde, som Kommissionen pålagde i SAS-beslutningen, som sagsøgeren har påberåbt sig (jf. præmis 50 ovenfor), ikke udgjorde en særlig stor forholdsmæssig del af den pågældende virksomheds omsætning, var den dog meget betydelig, da den androg næsten 40 mio. EUR. Hvis Kommissionen derimod havde været forpligtet til at pålægge sagsøgeren en bøde svarende til 0,79% af selskabets omsætning, som den har gjort i SAS-beslutningen, ville en sådan bøde, som ville have andraget 134 939 EUR, klart ikke have været afskrækkende.

81 De angivelige fejlskøn, som sagsøgeren har anført, kan heller ikke lægges til grund.

82 For det første var Kommissionen berettiget til ikke at lægge vægt på den omstændighed, at sagsøgeren ikke rådede over en juridisk tjeneste. Ifølge retningslinjerne vil der »generelt [...] også kunne tages hensyn til den omstændighed, at store virksomheder for det meste råder over juridisk-økonomisk ekspertise og infrastruktur, som sætter dem i stand til bedre at vurdere, om deres adfærd er ulovlig, og de konkurrenceretlige konsekvenser af adfærden« (punkt 1 A, femte afsnit). Som Kommissionen med rette har anført, giver dette afsnit den mulighed for at forhøje bøderne for store virksomheder, men pålægger den ikke at nedsætte de bøder, der er fastsat for virksomheder af ringe størrelse. Desuden bemærkes, at da det udtrykkeligt er fastslået i artikel 81, stk. 1, litra a)-c), EF, at den pågældende aftale er uforenelig med konkurrencereglerne, og da dette bekræftes af en fast retspraksis, kan sagsøgeren ikke hævde, at selskabet ikke havde tilstrækkeligt kendskab til de relevante retsregler. I øvrigt fremgår det af den anfægtede beslutning, at de tiltalte virksomheder meget vel var klar over, at en aftale, som angik fastsættelse af vejledende priser, fordeling af markedet og tildeling af klienter, var ulovlig (betragtning 99, 100, 125 og 253).

83 Under alle omstændigheder bemærkes, at for at en tilsidesættelse af traktatens konkurrenceregler kan anses for forsætlig, er det ikke nødvendigt, at virksomheden har været vidende om, at den overtrådte reglerne, men det er tilstrækkeligt, at den ikke kunne være uvidende om, at dens adfærd havde til formål at begrænse konkurrencen (Rettens dom af 6.4.1995, sag T-143/89, Ferriere Nord mod Kommissionen, Sml. II, s. 917, præmis 41, og af 16.12.2003, forenede sager T-5/00 og T-6/00, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen, Sml. II, s. 5761, præmis 396 og 397).

84 For det andet må sagsøgerens argument om, at Kommissionen skulle have pålagt mildere bøder, fordi det er første gang den så strengt har sanktioneret en ulovlig

praksis, som små og mellemstore virksomheder deltog i, forkastes. Kommissionen er nemlig ikke forpligtet til at nedsætte bøderne, når den griber ind for første gang i en bestemt sektor. Desuden er der intet, der forpligter Kommissionen til at nedsætte bøder, når de berørte virksomheder er små og mellemstore virksomheder. Virksomhedens størrelse er nemlig taget i betragtning med det loft, der er fastsat i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og i retningslinjernes bestemmelser. Bortset fra disse betragtninger vedrørende størrelsen er der ingen grund til at behandle små og mellemstore virksomheder anderledes end andre virksomheder. Den omstændighed, at virksomhederne er små og mellemstore virksomheder, fritager dem ikke for forpligtelsen til at overholde konkurrencereglerne, som Kommissionen med rette har gjort gældende (jf. betragtning 343 til den anfægtede beslutning).

85 I øvrigt kan det ikke hævdes, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde har handlet i en ny kontekst i denne henseende. I beslutningen om præisolerede rør havde den nemlig allerede pålagt små og mellemstore virksomheder, som havde deltaget i ulovlig praksis, store bøder.

86 For det tredje har sagsøgeren anført, at Kommissionen ikke har påberåbt sig, at der er påført forbrugerne et usædvanligt tab. Det er herved tilstrækkeligt at fastslå, at der ikke af den omstændighed, at der ikke foreligger et sådant usædvanligt tab, kan konkluderes, at den pågældende bøde var uforholdsmæssig. Desuden har Kommissionen indirekte taget i betragtning, at overtrædelsen ikke har forårsaget et sådant usædvanligt tab. Dels har den i betragtning af produktmarkedets begrænsede størrelse fastsat udgangspunktet til 3 mio. EUR (betragtning 303 til den anfægtede beslutning). Dels har den erkendt, at overtrædelsen fandt sted i en vanskelig økonomisk situation, bl.a. fordi de berørte virksomheders kunder havde en meget stor købekraft (betragtning 339 til den anfægtede beslutning).

87 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen ikke har kunnet påberåbe sig, at der forelå et usædvanligt tab for forbrugerne, da der »findes erstatningsprodukter«. Dette argument kan ikke rejse tvivl om det i præmis 86 nævnte resultat. I øvrigt har

sagsøgeren under retsmødet forklaret, da selskabet henviste til, at der findes erstatningsprodukter, at det var sagsøgerens opfattelse, at Kommissionen ikke havde foretaget en tilstrækkelig dybtgående undersøgelse af markedet, og at overtrædelsen ikke havde haft reel virkning. Hertil må det nødvendigvis konstateres, at sagsøgeren i sine skriftlige indlæg summarisk har nævnt erstatningsprodukter som led i et subsidiært argument om bødens forholdsmæssighed og navnlig om, at forbrugerne ikke er påført et usædvanligt tab. Det er klart, at sagsøgeren ikke generelt har rejst tvivl om overtrædelsens virkninger og ikke har bestridt afgrænsningen af markedet.

88 Under alle omstændigheder bemærkes, som det er fastslået i Rettens dom af dags dato, Heubach mod Kommissionen (sag T-64/02, trykt i nærværende Samling af Afgørelser, s. 5137), at Kommissionen var berettiget til at konkludere, at den pågældende overtrædelse har haft reelle virkninger. Navnlig har Kommissionen tilstrækkeligt godtgjort, at aftalen om salgskvoter, »det væsentligste element« i kartellet (betragtning 66 til den anfægtede beslutning), var blevet iværksat omhyggeligt, og at »de fem producenters faktiske markedsandele [lå] meget tæt på de tildelte andele« på årsbasis (betragtning 72 til den anfægtede beslutning). Endvidere har Kommissionen ført bevis for, at prisaftalen har haft en konkret indvirkning på markedet. Det skal i denne forbindelse understreges, at ifølge de objektive konstateringer, der er formuleret af Union Pigments og Trident, de vigtigste virksomheder, der har samarbejdet med Kommissionen, har initiativerne med hensyn til priser haft virkning på prisniveauet på markedet. I betragtning af, at kartellet bl.a. havde til formål at bringe en priskrig til ophør, og at de kritiserede former for praksis blev udøvet i mere end fire år, finder Retten mere generelt, at de pågældende virksomheder i det væsentlige har haft held til at bringe denne priskrig til ophør, og at de således har justeret deres priser for at nå til et niveau for handelspriser, der var højere end det, som ville have været gældende uden kartellet.

89 Endelig bemærkes med hensyn til sagsøgerens argument om, at Kommissionen ikke har taget hensyn til, at sagsøgeren praktisk talt ikke har haft nogen fordel af salget af det pågældende produkt, 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 den omstændighed, at en virksomhed ikke har opnået nogen fortjeneste ved en overtrædelse, ikke være til hinder for, at der pålægges en bøde, idet bøderne ellers ville miste deres afskrækkende virkning (dommen i sagen Ferriere Nord mod Kommissionen, præmis 53, og FETTCSA-dommen, præmis 340).

90 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).

91 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 denne mulighed 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.

92 I det foreliggende tilfælde har Kommissionen ikke baseret den anfægtede beslutning på de fortjenester, som overtrædelsens ophavsmænd havde haft af denne. I betragtning af den retspraksis, der nævnes i præmis 89-91 ovenfor, har den ikke begået et åbenbart fejlskøn i denne henseende.

93 Det følger af de foregående i sin helhed, at det andet anbringendes første led ikke kan lægges til grund.

Det andet led, hvorefter Kommissionen har taget sagsøgerens omsætning på verdensplan i betragtning ved fastsættelsen af loftet på 10%

— Parternes argumenter

94 Sagsøgeren gør gældende, at proportionalitetsprincippet er tilsidesat, idet Kommissionen har taget virksomhedernes omsætning på verdensplan i betragtning ved fastsættelsen af det i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 omhandlede loft på 10%. Selskabet har henvist til, at Kommissionen ifølge retspraksis skal undgå at tillægge den omsætning, der finder anvendelse ved fastsættelsen af bødebeløbet, en »urimelig betydning i forhold til de andre skønsfaktorer« (dommen i sagen Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen, præmis 121). Ifølge teorien indeholder denne passus »en advarsel mod en rent matematisk anvendelse af 10%'s-reglen, som ville risikere at komme i konflikt med [...] »proportionalitetsprincippet««« (I. Van Bael og J.F. Bellis, *Droit de la concurrence de la Communauté économique européenne*, Bruylant, Bruxelles 1991, s. 648). Kommissionen har ifølge sagsøgeren erkendt i den anfægtede beslutning, at det ved fastsættelsen af bødens grundbeløb vil være nødvendigt at tage hensyn til den ulovlige adfærds reelle indvirkning på konkurrencen (betragtning 305 til den anfægtede beslutning). Den har herved fundet det passende at anvende produktomsætningen i EØS som grundlag for en sammenligning af virksomhedernes relative betydning på det relevante marked (betragtning 307 til den anfægtede beslutning). Følgelig skulle Kommissionen have ført sin argumentation til ende og beregnet loftet på 10% for sagsøgeren i forhold til dennes europæiske omsætning, som udgør mindre end en fjerdedel af selskabets omsætning på verdensplan.

95 Kommissionen har anført, at den har taget hensyn til kartellets medlemmers respektive markedsandele i EØS ved fastsættelsen af udgangspunktet for bøderne. Denne metode har ingen forbindelse med den omstændighed, at det bødebeløb, som kan pålægges en virksomhed i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, ikke kan overstige 10% af dens omsætning på verdensplan.

— Rettens bemærkninger

96 Det andet anbringendes andet led kan ikke tiltrædes. Dels fremgår det nemlig klart af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 samt af retspraksis, at overgrænsen på 10% har til formål at undgå, at bøderne er urimelige i forhold til virksomhedens størrelse (jf. præmis 70 ovenfor). Følgelig skal den samlede omsætning anvendes ved fastsættelsen af denne øvre grænse (dommen i sagen Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen, præmis 119, og i sagen HFB m.fl. mod Kommissionen, præmis 541). Dels bemærkes, at når der tages hensyn til den omsætning, der opnås ved salget af det produkt, der er genstand for overtrædelsen, på det relevante geografiske marked ved vurderingen af overtrædelsens grovhed, sigtes der herved til omfanget at hver af virksomhedernes adfærd på dette marked. I modsætning til hvad sagsøgeren har anført, er der intet til hinder for, at der anvendes forskellige omsætninger til forskellige formål. Følgelig må det andet anbringendes andet led forkastes.

Det tredje led, hvorefter Kommissionen ikke har taget hensyn til forholdet mellem sagsøgerens samlede omsætning og den omsætning, som selskabet har opnået ved salg af det pågældende produkt

— Parternes argumenter

97 Sagsøgeren har anført, at Kommissionen ved vurderingens af overtrædelsens grovhed skulle tage i betragtning, at den omsætning, som sagsøgeren opnåede ved salg af det pågældende produkt, var ringe i forhold til sagsøgerens samlede salg (Rettens dom af 14.7.1994, sag T-77/92, Parker Pen mod Kommissionen, Sml. II, s. 549, præmis 94).

98 Kommissionen har anført, at dommen i sagen Parker Pen mod Kommissionen, nævnt i præmis 97 ovenfor, blev afsagt på et tidspunkt, da bødernes grundbeløb blev fastsat i forhold til virksomhedernes omsætning. Nu figurerer den samlede omsætning blandt de talrige faktorer, som Kommissionen kan tage hensyn til, under retsinstansernes kontrol, men der er ikke tale om en faktor, som den nødvendigvis skal tage i betragtning. Den har nærmere anført, at den — som Retten har udtalt i dommen af 14. maj 1998, SCA Holding mod Kommissionen (sag T-327/94, Sml. II, s. 1373, præmis 184) — »ikke ved sin bedømmelse af overtrædelsens grovhed [...] er forpligtet til at tage hensyn til forholdet mellem en virksomheds samlede omsætning og den del af omsætningen, som hidrører fra de varer, der er genstand for overtrædelsen«.

— Rettens bemærkninger

99 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 ikke fastsættes på grundlag af en enkel 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 i sagen Parker Pen mod Kommissionen, præmis 94). Således har Retten i dommen i sagen Parker Pen mod Kommissionen, nævnt i præmis 97 ovenfor, 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.

100 Da Kommissionen i det foreliggende tilfælde ikke har baseret sin beregning af størrelsen af den bøde, der skal pålægges sagsøgeren, på selskabets samlede omsætning, kan dette ikke med rette påberåbe sig dommen i sagen Parker Pen mod Kommissionen, nævnt i præmis 97 ovenfor (Rettens dom af 20.3.2002, sag T-31/99, ABB Asea Brown Boveri mod Kommissionen, Sml. II, s. 1881, præmis 156).

101 Det fremgår af den anfægtede beslutning (jf. betragtning 262-309), 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. i denne retning dommen i sagen ABB Asea Brown Boveri mod Kommissionen, præmis 157, i sagen Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, præmis 202, og i sagen Daesang og Sewon Europe mod Kommissionen, præmis 60).

102 Under alle omstændigheder må det fastslås, som Kommissionen med rette har anført, at den omsætning, som sagsøgeren har opnået ved salg af zinkphosphat, udgør en forholdsvis betydelig del af selskabets samlede omsætning, nemlig over 22,83%. Følgelig kan det ikke hævdes, at sagsøgeren kun har opnået en ringe del af sin samlede omsætning på det relevante marked.

103 Af disse grunde må det andet anbringendes tredje led forkastes. Det andet anbringende må derfor forkastes i det hele.

Det tredje anbringende om tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling

Parternes argumenter

104 Sagsøgeren gør gældende, at den metode til fastsættelse af bøderne, der er anvendt i dette tilfælde, er diskriminerende, fordi Kommissionen for nogle virksomheder har fastsat et udgangspunkt over det lovbestemte loft.

105 For det første har sagsøgeren gentaget, at Kommissionen ved denne fremgangsmåde ex officio pålagde sagsøgeren en bøde, som nåede det lovbestemte maksimum. Derimod var de virksomheder, som havde større omsætninger end sagsøgeren, men som befandt sig i en helt identisk situation med hensyn til overtrædelsens grovhed og varighed, sikret, at de ville blive pålagt en bøde, der var lavere end det lovbestemte maksimum, da udgangspunktet i deres tilfælde var lavere end det lovbestemte maksimum. Efter sagsøgerens opfattelse er tilsidesættelsen af princippet om forbud mod forskelsbehandling særligt åbenbar, når sagsøgerens situation sammenlignes med Heubachs. På trods af, at Kommissionen ikke har omtalt nogen forskel mellem de to virksomheder ved fastsættelsen af bødebeløbene, udgjorde den bøde, der blev pålagt Heubach, 5,3% af dette selskabs omsætning, og den, der blev pålagt sagsøgeren, 9% af selskabets omsætning. Sagsøgeren blev således pålagt en bøde, der udgjorde en procentdel af omsætningen, som var lig med 170% af Heubachs bøde. En så forskellig og fuldstændig uberettiget behandling af de to virksomheder er en kvalificeret forskelsbehandling. Denne tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling skyldes Kommissionens afslag på at tage noget som helst hensyn til omsætningen ved fastsættelsen af den pålagte bøde.

106 Sagsøgeren har i replikken bestridt Kommissionens fortolkning af dommen i sagen Dansk Rørindustri mod Kommissionen, nævnt i præmis 30 ovenfor.

107 For det andet har sagsøgeren anført, at den metode, som Kommissionen har anvendt, har den følge, at den fører til samme sanktion, altså det lovbestemte maksimum, for to virksomheder, hvis deltagelse i overtrædelsen imidlertid har været af forskellig varighed. Sagsøgeren har anført, at to virksomheder med samme udgangspunkt, som overstiger loftet på 10%, men hvoraf den ene kun har deltaget i overtrædelsen i et år og den anden i fem år, i sidste ende begge er blevet pålagt samme bøde svarende til 10% af omsætningen på verdensplan. Dette er en særligt klar illustration af tilsidesættelsen af princippet om ligebehandling i dette tilfælde.

108 Kommissionen har bestridt, at sagsøgeren har været genstand for forskelsbehandling. Mens sagsøgerens evne til at skade konkurrencen var den samme som Heubachs, blev den bøde, der blev pålagt sagsøgeren, nemlig nedsat fra 4,2 til 1,53 mio. EUR, netop i henhold til den maksimumsgrænse på 10% af den samlede omsætning, der er fastsat ved artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17. Kommissionen finder, at den forskellige behandling til fordel for sagsøgeren ikke kan anses for en forskelsbehandling, men at den ifølge Rettens praksis (dommen i sagen Brugg Rohrsysteme mod Kommissionen, præmis 155, og i sagen LR AF 1998 mod Kommissionen, præmis 300) er en direkte følge af den maksimumsgrænse, der er sat for bøder ved forordning nr. 17.

Rettens bemærkninger

109 Ifølge fast retspraksis er ligebehandlingsprincippet kun 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 Rettens dom af 14.5.1998, sag T-311/94, BPB de Eendracht mod Kommissionen, Sml. II, s. 1129, præmis 309).

110 I modsætning til hvad sagsøgeren har anført, har den omstændighed, at udgangspunktet i sagsøgerens tilfælde var højere end loftet på 10%, ikke bevirket, at den maksimale bøde er blevet pålagt sagsøgeren ex officio (jf. præmis 61 ovenfor).

111 Det bemærkes, at for at tage hensyn til de berørte virksomheders økonomiske kapacitet og for at fastsætte bøderne på en størrelse, som sikrer, at den har afskrækkende virkning, har Kommissionen placeret sagsøgeren samt Heubach, Trident og Britannia og Union Pigments i den første kategori (betragtning 304 til den anfægtede beslutning). Det kan ikke udledes af den omstændighed, at sagsøgerens samlede omsætning var lavere end Heubachs, Tridents og Britannias, at ligebehandlingsprincippet er blevet tilsidesat.

112 Som anført i præmis 69 ovenfor, viser en sammenligning af den omsætning, der er opnået ved salg af det pågældende produkt i EØS, at det er med rette, at disse virksomheder er blevet samlet i samme gruppe, og at de er blevet pålagt et identisk udgangspunkt.

113 Desuden bemærkes, at skønt sagsøgeren og Heubach begge har deltaget i en meget alvorlig overtrædelse i mere end fire år, udgør den endelige bøde, der er pålagt sagsøgeren, nemlig 1,53 mio. EUR, under halvdelen af den, der er pålagt Heubach, nemlig 3,78 mio. EUR. Denne forskellige behandling til fordel for sagsøgeren er objektivt begrundet i betragtning af størrelsesforskellen mellem de to virksomheder, der har bevirket, at sagsøgeren har haft fordel af den ved forordning nr. 17 fastsatte maksimumsgrænse.

114 Da Kommissionen desuden ikke er forpligtet til at sikre, at de endelige bødebeløb, som dens beregning fører til for de berørte virksomheder, udtrykker enhver forskel mellem disse med hensyn til deres omsætning (jf. præmis 74 ovenfor), kan sagsøgeren ikke kritisere Kommissionen for at have pålagt sagsøgeren en bøde, der er højere — udtrykt som en procentdel af den samlede omsætning — end den, der er pålagt Heubach (dommen i sagen Dansk Rørindustri mod Kommissionen, præmis 210).

115 Med hensyn til sagsøgerens argument om, at den metode, der er lagt til grund af Kommissionen, har den følge, at den fører til samme sanktion for to virksomheder, hvis deltagelse i overtrædelsen imidlertid havde forskellig varighed, bemærkes blot, at det ikke er udledt af de foreliggende faktiske omstændigheder, og at det følgelig er rent hypotetisk.

116 Endelig bemærkes med hensyn til ligebehandlingsprincippet på baggrund af det foregående, at anvendelsen af retningslinjerne i det foreliggende tilfælde har gjort det muligt at sikre, at begge led i dette princip er blevet overholdt. Dels havde alle de berørte virksomheder et fælles og sammenligneligt ansvar, da de alle deltog i en meget alvorlig overtrædelse. Således er dette ansvar for det første blevet vurderet på grundlag af faktorer, der var særlige for overtrædelsen, herunder dens art og indvirkning på markedet. Dels har Kommissionen dernæst modereret denne vurdering på grundlag af omstændigheder, der var særlige for hver berørt virksomhed, herunder dens størrelse og dens kapacitet, varigheden af dens deltagelse og dens samarbejde.

117 Det tredje anbringende bør følgelig forkastes, da det savner grundlag.

118 Det følger heraf, at Kommissionen bør frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

119 I henhold til artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostning, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgeren har tabt sagen, bør det pålægges selskabet at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Kommissionens påstand.

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 P. Lindh

Justitssekretær Afdelingsformand