FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT E. SHARPSTON
fremsat den 10. februar 2011 [1]

1. Tre forbundne virksomheder deltog sammen med andre virksomheder i aftaler og samordnet praksis vedrørende fastsættelse af priser og opdeling af markeder i sektoren for kobberindustrirør, i strid med artikel 81 EF (nu artikel 101 TEUF), og blev pålagt en bøde af Kommissionen.

2. Kommissionen tog under fastsættelsen af bødernes størrelser hensyn til kriterierne anført i dens egne gældende retningslinjer samt forskellige formildende og skærpende omstændigheder.

3. De tre pågældende virksomheder anlagde sag ved Retten [2] med påstand om en betydelig nedsættelse af de pålagte bøder, under påberåbelse af fem specifikke fejl i bødefastsættelsen.

4. De fik ikke medhold i deres søgsmål [3], og de har nu appelleret til Domstolen med fem anbringender, af hvilke de første fire svarer til deres første fire anbringender i første instans. Det femte anbringende rejser imidlertid spørgsmål vedrørende omfanget og karakteren af den prøvelse, som Retten skal gennemføre, når den udøver sin fulde prøvelsesret med hensyn til finansielle sanktioner.

Retsgrundlag

Menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder

5. Artikel 6, stk. 1, i den europæiske menneskerettighedskonvention (herefter »EMRK«) foreskriver, for så vidt det er relevant for sagen, følgende:

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Ikke relevant for den danske oversættelse (o.a.).

3 — Dom af 6.5.2009, sag T-127/04, KME Germany AG m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1167 (»den appellerede dom«). De andre kartelmedlemmer, der blev pålagt en bøde i samme beslutning, har ligeledes anfægtet denne beslutning, og deres påstande blev også afvist samme dag — jf. dom af 6.5.2009, sag T-116/04, Wieland-Werke AG mod Kommissionen, Sml. II, s. 1087, og dom af 6.5.2009, sag T-122/04, Outokumpu Oyj og Luvata Oy mod Kommissionen, Sml. II, s. 1135.

»Enhver skal, når der skal træffes afgørelse enten i en strid om hans borgerlige rettigheder og forpligtelser eller angående en mod ham rettet anklage for en forbrydelse, være berettiget til en retfærdig og offentlig rettergang inden en rimelig tid for en ved lov oprettet uafhængig og upartisk domstol […]«

6. Artikel 6, stk. 2 og 3, fastsætter særlige supplerende garantier for dem, der er »anklaget for en lovovertrædelse«, herunder uskyldsformodningen og adgangen til midler, der kan sikre deres forsvar.

7. Artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (»charteret«) [4] med titlen »Retten til effektive retsmidler og til en upartisk domstol« foreskriver navnlig følgende:

»Enhver, hvis rettigheder og friheder som sikret af EU-retten er blevet krænket, skal have adgang til effektive retsmidler for en domstol under overholdelse af de betingelser, der er fastsat i denne artikel.

Enhver har ret til en retfærdig og offentlig rettergang inden en rimelig frist for en uafhængig og upartisk domstol, der forudgående er oprettet ved lov. […]«

8. Artiklens forklarende note fastslår bl.a., at stk. 2 svarer til EMRK's artikel 6, stk. 1, med følgende forbehold:

»I EU-retten finder retten til en domstol ikke kun anvendelse på tvister om borgerlige rettigheder og pligter. Det er en af følgerne af, at EU er et retsfællesskab, som Domstolen fastslog i sag 294/83, Miljøpartiet «Les Verts» mod Europa-Parlamentet (dom af 23.4.1986, Sml. s. 1339). Bortset fra deres anvendelsesområde finder garantierne i EMRK dog anvendelse på lignende måde i EU.«

9. Charterets artikel 49 har overskriften »Legalitetsprincippet og princippet om proportionalitet mellem lovovertrædelse og straf«. Med hensyn til straf fastsætter artikel 49, stk. 3, at »[s]traffens omfang skal stå i rimeligt forhold til overtrædelsen«, i overensstemmelse med den forklarende note, som fastslår »det almindelige princip om, at straffen skal stå i rimeligt forhold til overtrædelsen, der er stadfæstet i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner og Domstolens retspraksis […]«.

4 — Proklameret den 7.12.2000 i Nice (EFT 2000 C 364, s. 1). En opdateret udgave blev godkendt af Europa-Parlamentet den 29.11.2007 efter fjernelse af henvisninger til den europæiske forfatning (EUT 2007 C 303, s. 1); den seneste — post-Lissabon — konsoliderede udgave er offentliggjort i EUT 2010 C 83, s. 389.

10. I artikel 51 defineres charterets anvendelsesområde. Artikel 51, stk. 1, har følgende ordlyd:

»Bestemmelserne i dette charter er rettet til Unionens institutioner og organer under iagttagelse af nærhedsprincippet samt til medlemsstaterne, dog kun når de gennemfører EU-retten. De respekterer derfor rettighederne, overholder principperne og fremmer anvendelsen heraf i overensstemmelse med deres respektive beføjelser« [5].

Traktatbestemmelser

11. Artikel 81, stk. 1, EF (efter ændring nu artikel 101, stk. 1, TEUF) bestemmer:

»Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, er uforenelige med fællesmarkedet og forbudt, navnlig sådanne, som består i:

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

[…]

c) opdeling af markeder eller forsyningskilder

[…]«

12. Artikel 229 EF (efter ændring nu artikel 261 TEUF) bestemmer:

»Forordninger udstedt af Europa-Parlamentet og Rådet i fællesskab eller af Rådet i henhold til denne traktats bestemmelser, kan tillægge Domstolen fuld prøvelsesret vedrørende de i disse forordninger omhandlede sanktioner.«

13. Mere generelt giver artikel 230 EF (efter ændring nu artikel 263 TEUF) Domstolen kompetence til at prøve lovligheden af retsakter vedtaget af institutionerne, herunder Kommissionen, »under påberåbelse af inkompetence, væsentlige formelle mangler, overtrædelse af denne traktat eller af retsregler vedrørende dens gennemførelse samt af magtfordrejning«.

5 — Den originale (2000) version. Den anden sætning lyder nu: »De respekterer derfor rettighederne, overholder principperne og fremmer anvendelsen heraf i overensstemmelse med deres respektive kompetencer og under overholdelse af grænserne for de kompetencer, der er tildelt Unionen i traktaterne.«

14. I henhold til artikel 225, stk. 1, EF (efter ændring nu artikel 256, stk. 1, TEUF) har Retten i princippet kompetence til at behandle og træffe afgørelse i sådanne sager i første instans, idet der dog skal være mulighed for appel til Domstolen, begrænset til retsspørgsmål.

Håndhævelse af konkurrenceretten

15. Artikel 15 i Rådets forordning nr. 17 [6], der var gældende på tidspunktet for sagens faktiske omstændigheder, bestemmer:

»2. Ved beslutning kan Kommissionen pålægge virksomheder og sammenslutninger af virksomheder bøder på mindst 1 000 og højst 1 000 000 regningsenheder [7], 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:

a) overtræder bestemmelserne i artikel [81, stk. 1, EF / 101, stk. 1, TEUF], eller

[…]

Ved fastsættelsen af bødens størrelse skal der tages hensyn til både overtrædelsens grovhed og dens varighed.

[…]

4. Beslutninger, der træffes i overensstemmelse med stk. 2, må ikke være af strafferetlig art« [8].

16. Artikel 17 i forordning nr. 17 bestemte:

»Ved klager over beslutninger, hvorved Kommissionen har fastsat en bøde eller en tvangsbøde, har Domstolen i overensstemmelse med bestemmelsen i [artikel 229 EF / 261 TEUF] fuld prøvelsesret; den kan ophæve, nedsætte eller forhøje den pålagte bøde eller tvangsbøde« [9].

6 — Forordning af 6.2.1962, første forordning om anvendelse af artikel 81 [EF] og 82 [EF] (EFT 1959-1962, s. 81). Med virkning fra den 1.5.2004 blev forordning nr. 17 ophævet og erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 EFT L 1, s. 1), hvilket bevirkede, at en stor del af ansvaret for at anvende EU's konkurrenceret blev flyttet over på medlemsstaternes domstole og myndigheder.

7 — Regningsenheden er euroens forgænger.

8 — De samme bestemmelser er nu i det væsentlige indeholdt i artikel 23, stk. 2, 3, og 5, i forordning nr. 1/2003.

9 — Den samme bestemmelse er nu i det væsentlige indeholdt i artikel 31 i forordning nr. 1/2003.

17. Ligeledes gældende på tidspunktet for sagens faktiske omstændigheder var Kommissionens retningslinjer for beregningen af bøder af 1998 (»retningslinjerne«).[10] Præamblen til disse retningslinjer fastslår bl. a.:

»Formålet med de principper, der fastlægges i disse retningslinjer, er at sikre gennemsigtighed og objektivitet i forbindelse med Kommissionens beslutninger, både i forhold til virksomhederne og i forhold til Domstolen, og samtidig fastholde den skønsbeføjelse, som de pågældende retsforskrifter giver Kommissionen til at fastsætte bøder på indtil 10% af virksomhedernes samlede omsætning. Denne beføjelse bør imidlertid udøves som led i en sammenhængende og ikke-diskriminerende politik, der er tilpasset de mål, der forfølges ved bekæmpelsen af overtrædelser af konkurrencereglerne.

Den nye metode til beregning af en bødes størrelse vil fremover følge følgende model, der bygger på fastsættelsen af et grundbeløb, som kan forhøjes i tilfælde af skærpende omstændigheder og nedsættes i tilfælde af formildende [11] omstændigheder.«

18. Ifølge retningslinjernes punkt 1 fastsættes grundbeløbet på grundlag af overtrædelsens grovhed og varighed, som er de eneste kriterier anført i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17.

19. I henhold til retningslinjernes punkt 1 A skal der vedrørende grovhed tages hensyn til overtrædelsens art, overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet — når den kan måles — og det berørte markeds udstrækning. Overtrædelserne falder i tre kategorier, idet der skelnes mellem lidet alvorlige, alvorlige og meget alvorlige overtrædelser, idet de sidstnævnte omfatter horisontale begrænsninger såsom priskarteller og markedsopdelende karteller, med en »påregnelig beløbsramme« på 20 mio. EUR og derover. Det vil også være muligt at »variere behandlingen af virksomhederne alt efter overtrædelsens art« og nødvendigt, at »tage hensyn til de overtrædende virksomheders faktiske økonomiske

10 — Retningslinjer for beregning 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). Retningslinjerne af 1998 blev erstattet fra den 1.9.2006 af Retningslinjer for beregning af bøder efter artikel 23, stk. 2, litra a), i forordning nr. 1/2003 (EUT 2006 C 210, s. 2). Retningslinjerne af 2006 indfører en anderledes fremgangsmåde, hovedsagelig ved at fastsætte et grundbeløb, der generelt beregnes som 30% af den årlige værdi af den omsætning, som overtrædelsen omfatter (om nødvendigt justeret i overensstemmelse med alle de relevante omstændigheder), ganget med antallet af års deltagelse og yderligere justeret i lyset af skærpende omstændigheder, formildende omstændigheder, og et afskrækkende element, alt inden for det lovlige maksimum på 10% af den årlige omsætning og underlagt anvendelsen af reglerne om bødefritagelse og bødenedsættelse (jf. punkt 22 og fodnote 13 nedenfor) med en ekstraordinær mulighed for nedsættelse af en bøde, der ellers ville være fatal for en virksomhed.

11 — På engelsk bruges også ordet »mitigating«.

muligheder for at påføre andre økonomiske beslutningstagere, herunder forbrugerne, alvorlig skade, og at fastsætte bødens størrelse på et niveau, der har en tilstrækkelig afskrækkende virkning«.

20. Hvad angår varighed skal der i henhold til punkt 1 B skelnes mellem overtrædelser af kort varighed (almindeligvis under et år) — intet tillæg til det beløb, der fastlægges for overtrædelsens grovhed; overtrædelser af mellemlang varighed (almindeligvis mellem et og fem år), hvor beløbet kan andrage op til 50 % af det beløb, der fastlægges for overtrædelsens grovhed, og overtrædelser af lang varighed (almindeligvis over fem år), hvor beløbet »for hvert år [kan] andrage 10 %« [12]. Beløbet fastsat for grovhed plus beløbet fastsat for varighed udgør tilsammen den pålagte bøde.

21. Punkt 2 fastslår, at grundbeløbet kan forhøjes i tilfælde af skærpende omstændigheder, såsom når samme virksomhed eller samme virksomheder gentager overtrædelser af samme art.

22. Punkt 3 anfører, at grundbeløbet nedsættes i tilfælde af særlige formildende omstændigheder, herunder bl.a. hvis en virksomhed reelt ikke har fulgt de ulovlige aftaler eller ulovlige former for praksis (andet led), hvis en virksomhed har bragt overtrædelsen til ophør straks efter Kommissionens indgreb (typisk en kontrolundersøgelse) (tredje led), og hvis en virksomhed har samarbejdet effektivt i forbindelse med proceduren, uden for anvendelsesområdet for Kommissionens »samarbejdsmeddelelse« af 1996 (sjette led) [13].

23. Samarbejdsmeddelelsen angiver betingelserne for, hvornår virksomheder, der samarbejder med Kommissionen i forbindelse med dennes undersøgelser af en kartelsag, kan fritages for bøder eller få nedsat den bøde, de ellers ville være blevet pålagt.

24. Afsnit A, punkt 4, i samarbejdsmeddelelsen fastslår: »Kommissionen mener, at det er i Fællesskabets interesse at give virksomheder, der under de i det følgende beskrevne omstændigheder samarbejder med Kommissionen, en favorabel behandling. Den interesse, som forbrugerne og borgerne har i, at

12 — Som det vil blive tydeliggjort i forbindelse med det tredje og fjerde appelanbringende, kan det være nyttigt at anføre, at dette betyder (og dette er en fortolkning, der, så vidt jeg ved, aldrig er blevet anfægtet) en forøgelse af hele beløbet på (≤10 x n)%, hvor n = overtrædelsens varigheds antal år. Jf. præmis 19 i den appellerede dom, i punkt 26 ovenfor, og fodnote 16 nedenfor.

13 — Meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager af 1996 (EFT 1996 C 207, s. 4), der fandt anvendelse på tidspunktet for de faktiske omstændigheder. Denne meddelelse blev erstattet fra den 14.2.2002 af meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (EFT 2002 C 45, s. 3), der atter blev erstattet i 2006 af Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (EFT 2006 C 298, s. 17).

karteller afsløres og forbydes, vejer tungere end interessen i at pålægge virksomheder, der samarbejder med Kommissionen, bøder, idet disse virksomheder gennem deres samarbejde gør det muligt for Kommissionen at afsløre og forbyde et kartel eller hjælper den hermed.« Afsnit B, C og D klarlægger detaljeret den adfærd, som vil gøre det muligt for en virksomhed, til trods for at den har deltaget i konkurrenceskadelige aktiviteter, at blive behandlet efter reglerne i samarbejdsmeddelelsen. De lyder således:

»B. INTET BØDEPÅLÆG ELLER MEGET BETYDELIG NEDSÆTTELSE AF BØDEN

En virksomhed, der:

a) gør Kommissionen opmærksom på et hemmeligt kartel, før Kommissionen ved beslutning har gennemført en kontrolundersøgelse hos de virksomheder, der deltager i kartellet, og på et tidspunkt, hvor Kommissionen ikke allerede er i besiddelse af tilstrækkelige oplysninger til at kunne bevise det pågældende kartels eksistens

b) er den første til at forelægge afgørende elementer med henblik på at bevise kartellets eksistens

c) har bragt sin deltagelse i den uretmæssige aktivitet til ophør senest på det tidspunkt, hvor den indberetter den til Kommissionen

d) forsyner Kommissionen med alle relevante oplysninger samt al dokumentation og alt bevismateriale, som den råder over med hensyn til kartellet, og som stadfæster et permanent og fuldstændigt samarbejde under hele undersøgelsen

e) ikke har tvunget en anden virksomhed til at deltage i kartellet, og som ikke har været initiativtager til eller spillet en afgørende rolle i den ulovlige aktivitet,

indrømmes en nedsættelse på mindst 75 % af den bøde, som den ellers ville være blevet pålagt, hvis den ikke havde valgt at samarbejde med Kommissionen, eller fritages endog helt for denne bøde.

C. BETYDELIG BØDENEDSÆTTELSE

En virksomhed, der opfylder betingelserne i afsnit B, litra b)-e), og som afslører et hemmeligt kartel, efter at Kommissionen ved beslutning har gennemført en kontrolundersøgelse hos de i kartellet deltagende virksomheder, som imidlertid ikke har givet tilstrækkeligt grundlag for at indlede proceduren med henblik på vedtagelse af en beslutning, indrømmes en bødenedsættelse på mellem 50 % og 75 %.

D. VÆSENTLIG BØDENEDSÆTTELSE

1. Hvis en virksomhed samarbejder, uden at alle betingelserne i afsnit B eller C er opfyldt, indrømmes den en nedsættelse på mellem 10 % og 50 % af den bøde, som den ville være blevet pålagt, hvis den ikke havde samarbejdet.

2. Dette kan navnlig være tilfældet, hvis:

— en virksomhed, inden udsendelsen af en klagepunktsmeddelelse, forsyner Kommissionen med oplysninger, dokumenter eller andet bevismateriale, som bidrager til at fastslå overtrædelsens eksistens

— en virksomhed, efter at have modtaget klagepunktsmeddelelsen, meddeler Kommissionen, at den ikke bestrider de faktiske omstændigheder, som Kommissionen bygger sine indvendinger på.«

Pålæggelse og fastsættelse af bøderne i den foreliggende sag

25. Den 16. december 2003 vedtog Kommissionen, efter at have foretaget en række undersøgelser, en beslutning [14] om, at seks virksomheder — Wieland Werke AG (herefter »Wieland«), Outokumpu Oyj, Outokumpu Copper Products OY (herefter under ét »Outokumpu«), KM Europa Metal AG (herefter »KME Germany«), Europa Metalli SpA (herefter »KME Italy«) og Tréfimétaux SA (herefter »KME France«) — havde overtrådt bestemmelserne i artikel 81, stk. 1, EF og — fra den 1. januar 1994 — artikel 53, stk. 1, i EØS-aftalen, ved mellem den 3. maj 1988 og 22. marts 2001 at have deltaget i aftaler og samordnet praksis vedrørende prisfastsættelse og opdeling af markeder i sektoren for industrirør. KME Germany, KME France og KME Italy (hvilke siden 1995 har udgjort en del af KME-koncernen; herefter under ét »KME«) var sagsøgere i første instans og er appellanter i den foreliggende sag.

26. Bøder, der tilsammen udgjorde 39,81 mio. EUR blev pålagt KME. [15] Den procedure, ved hvilken Kommissionen fastlagde

14 — K(2003) 4820 endelig (sag COMP/E-1/38.240 — Industrirør) (herefter »den anfægtede beslutning« eller »den omtvistede beslutning«). Et sammendrag er offentliggjort i EUT 2004 L 125, s. 50.

15 — Bestående af 10,41 mio. EUR til KME Germany, 10,41 mio. EUR. in solidum til KME France og KME Italy, begge beløb vedrørende perioden fra den 3.5.1988 til den 19.6.1995, og 18,99 mio. EUR til alle tre virksomheder in solidum vedrørende perioden fra den 20.6.1995 til den 22.3.2001.

de pågældende beløb, er sammenfattet som følger i den appellerede doms præmis 11-22:

»11 Hvad for det første angår fastsættelsen af udgangsbeløbet for bøden fastslog Kommissionen, at overtrædelsen, der i det væsentlige bestod i at fastsætte priser og opdele markeder, ved sin beskaffenhed var en meget alvorlig overtrædelse (294. betragtning til den anfægtede beslutning).

12 For at fastsætte overtrædelsens grovhed tog Kommissionen endvidere hensyn til, at kartellet havde påvirket hele Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) (316. betragtning til den anfægtede beslutning). Kommissionen undersøgte desuden overtrædelsens reelle indvirkning og fastslog, at kartellet »ud fra en helhedsbetragtning [havde] haft en indvirkning på markedet«) (314. betragtning til den anfægtede beslutning).

13 Kommissionen lagde bl.a. følgende indicier til grund for denne sidstnævnte konstatering. For det første henviste den, angående gennemførelsen af kartellet, til den omstændighed, at deltagerne havde udvekslet oplysninger om salgsmængder og prisniveauer (300. betragtning til den anfægtede beslutning). For det andet fremgik det af elementer i sagsakterne, at priserne var faldet i perioder med en svag grad af overholdelse af den svigagtige aftale, og væsentligt forhøjet i andre perioder (310. betragtning til den anfægtede aftale). For det tredje henviste Kommissionen til kartelmedlemmernes samlede markedsandel på 75-85 % (310. betragtning til den anfægtede beslutning). For det fjerde fastslog Kommissionen, at karteldeltagernes respektive markedsandele forblev relativt stabile i løbet af hele overtrædelsesperioden, selv om deltagernes kundekreds indimellem havde ændret sig (312. betragtning til den anfægtede beslutning).

14 Endelig tog Kommissionen i forbindelse med fastlæggelsen af overtrædelsens grovhed hensyn til, at markedet for industrirør af kobber udgjorde en væsentlig sektor, til en værdi vurderet til 288 mio. EUR i EØS (318. betragtning til den anfægtede beslutning).

15 På baggrund af disse omstændigheder konkluderede Kommissionen, at den omhandlede overtrædelse skulle anses for meget alvorlig (320. betragtning til den anfægtede beslutning).

16 For det andet behandlede Kommissionen de berørte virksomheder forskelligt for at

tage hensyn til deres faktiske, økonomiske muligheder for at påføre konkurrenterne alvorlig skade. I denne forbindelse bemærkede Kommissionen, at der var en forskel på markedsandelene på markedet for industrirør i EØS, som markedslederen i EØS, KME-koncernen, besad med [fortroligt]% af markedsandelene på den ene side, og dem, som Outokumpu og Wieland besad med henholdsvis [fortroligt] og 13,4 % af markedsandelene på den anden side. På baggrund af denne forskel blev udgangsbeløbet for den bøde, som blev pålagt Outokumpu og Wieland, fastsat til 33 % af den bøde, som blev pålagt KME-koncernen, dvs. 11,55 mio. EUR til Outokumpu og Wieland og 35 mio. EUR til KME-koncernen (327. og 328. betragtning til den anfægtede beslutning).

17 Eftersom KME-koncernen blev stiftet i 1995, delte Kommissionen udgangsbeløbet for den bøde, koncernen blev pålagt, dvs. 35 mio. EUR, i to. Den første del for perioden 1988-1995 (ved at adskille KME Germany fra KME France og KME Italy) og den anden for perioden 1995-2001 (ved at anse de tre enheder for en koncern). Dette udgangsbeløb blev dernæst fordelt som følger: 8,75 mio. EUR til KME Germany (1988-1995), 8,75 mio. EUR til KME Italy og KME France in solidum (1988-1995) og 17,50 mio. EUR til KME-koncernen, dvs. til KME Germany, KME France og KME Italy in solidum (1995-2001) (329. betragtning til den anfægtede beslutning).

18 For det tredje forhøjede Kommissionen, for at hense til behovet for, at bøden fik afskrækkende virkning, udgangsbeløbet for den bøde, der var pålagt Outokumpu, med 50 %, således at bøden blev på 17,33 mio. EUR, eftersom dette selskabs globale omsætning var større end 5 mia. EUR, hvilket var et tegn på, at det var af en sådan størrelse og havde en sådan økonomisk styrke, at en sådan forhøjelse var mulig (334. betragtning til den anfægtede beslutning).

19 For det fjerde kvalificerede Kommissionen varigheden af overtrædelsen, der forløb fra den 3. maj 1988 til den 22. marts 2001, som »lang«. Følgelig fandt Kommissionen det passende at forhøje udgangsbeløbet for den bøde, som blev pålagt de berørte virksomheder, med 10 % for hvert år, de deltog i kartellet. Således forhøjede Kommissionen udgangsbeløbet for den bøde, som blev pålagt KME-koncernen for perioden 1995-2001, med 55 %, og udgangsbeløbet for den bøde, som blev pålagt KME Germany på den ene side, og KME Italy og KME France på den anden side, med 70 % for perioden 1988-1995. Bødens grundbeløb blev

følgelig fastsat til 56,88 mio. EUR for hele KME-koncernen (338., 342. og 347. betragtning til den anfægtede beslutning) [16].

20 For det femte blev grundbeløbet af den bøde, der var pålagt Outokumpu, på grund af skærpede omstændigheder forhøjet med 50 % med den begrundelse, at selskabet var skyld i gentagne overtrædelser, eftersom det var genstand for Kommissionens beslutning 90/417/EKSF af 18. juli 1990 om en procedure i henhold til artikel 65 [EKSF] vedrørende en aftale og samordnet praksis mellem europæiske producenter af koldvalsede flade produkter af rustfrit stål (EFT L 220, s. 28) (354. betragtning til den anfægtede beslutning).

21 For det sjette har Kommissionen i forbindelse med de formildende omstændigheder bemærket, at den uden samarbejdet med Outokumpu kun kunne have godtgjort, at der forelå ulovlig adfærd i en periode på fire år, hvorfor den nedsatte grundbeløbet for dette selskabs bøde med 22,22 mio. EUR, således at bødens grundbeløb svarer til den bøde, som selskabet ville være blevet pålagt for en sådan periode (386. betragtning til den anfægtede beslutning).

22 For det syvende og sidste har Kommissionen i henhold til afsnit D i samarbejdsmeddelelsen af 1996 nedsat bøden med 50 % for Outokumpu, med 20 % for Wieland og med 30 % for KME-koncernen (402., 408. og 423. betragtning til den anfægtede beslutning).«

Sammenfatning af den appellerede dom

27. KME's stævning i første instans havde overskriften: »Stævning i henhold til artikel 225 EF og 230 EF«. KME nedlagde følgende påstande:

— Bøden nedsættes væsentligt.

— Kommissionen tilpligtes at betale KME's retlige gebyrer og udgifter til tilvejebringelse af en bankgaranti i stedet for betaling af bøden, under afventning af Rettens dom.

16 — Selv om det ikke fremgår af den appellerede dom, forhøjede den anfægtede beslutning udgangsbeløbet med 125 % for både Outokumpu og Wieland, henholdsvis fra 17,33 mio. EUR til 38,98 mio. EUR og fra 11,55 mio. EUR til 25,99 mio. EUR (328., 334. og 347. betragtning i den anfægtede beslutning).

— Der anordnes de øvrige foranstaltninger, Retten måtte finde hensigtsmæssige.

28. Til støtte for disse påstande har KME fremsat fem anbringender, der alle vedrører fastsættelsen af den pålagte bøde: a) en utilstrækkelig hensyntagen til kartellets konkrete indvirkning i forbindelse med beregningen af udgangsbeløbet for bøden, b) en utilstrækkelig vurdering af det relevante markeds størrelse, c) en fejlagtig forhøjelse af bøden på grund af overtrædelsens varighed, d) manglende hensyntagen til formildende omstændigheder og e) en fejlagtig anvendelse af samarbejdsmeddelelsen af 1996. Retten forkastede alle fem anbringender og frifandt følgelig sagsøgte.

29. Hvad angår det første anbringende (utilstrækkelig hensyntagen til kartellets konkrete indvirkning), konkluderede Retten, at Kommissionen var berettiget til at behandle deltagerne forskelligt i forhold til deres respektive markedsandele; at kartelvirksomhed, i særdeleshed prisfastsættelse og kundefordeling, alene på grund af deres egen beskaffenhed er så alvorlige, at de fortjener de højeste bøder, uanset indvirkningen på markedet, og for »fuldstændighedens skyld« at Kommissionen havde fremlagt tilstrækkelig dokumentation for kartellets konkrete indvirkning på det berørte marked.

30. I det andet anbringende gjorde KME gældende, at Kommissionen fejlagtigt vurderede størrelsen af markedet for fabrikation af kobberrør ud fra omsætning, herunder omkostningerne til råmaterialer (navnlig kobber), mens omkostningerne blev fastsat, og lejlighedsvis direkte båret, af køberen. En korrekt vurdering ville have været baseret på den af fabrikanten tilførte merværdi. Retten konkluderede, at der ikke var nogen rimelig grund til, at omsætningen på det relevante marked beregnedes ved at udelukke bestemte produktionsomkostninger, og at på trods af den omtrentlige karakter anså Kommissionen og Domstolen omsætningen for et passende kriterium med henblik på at bedømme de berørte virksomheders størrelse og økonomiske styrke.

31. Hvad angår det tredje anbringende (fejlagtig forhøjelse af bøden — 10 % pr. år — på grund af overtrædelsens varighed), konkluderede Retten, at Kommissionen, uden at sammenblande overtrædelsens grovhed og dens varighed, havde udøvet sit tilladte skøn inden for rammerne af de regler, den havde pålagt sig selv i retningslinjerne, og at en forhøjelse på 125 % for deltagelse i overtrædelsen i en varighed af 12 år og ti måneder ikke var uforholdsmæssig.

32. I sit fjerde anbringende gjorde KME gældende, at Kommissionen i strid med sine egne retningslinjer ikke har taget hensyn til visse formildende omstændigheder: i) selv om KME ikke systematisk afholdt sig fra at gennemføre de anfægtede aftaler, gennemførte de dem i begrænset omfang, ii) KME bragte

overtrædelsen til ophør umiddelbart og frivilligt efter Kommissionens kontrolundersøgelser, iii) den vanskelige økonomiske situation for industrirørssektoren, og iv) at KME leverede afgørende oplysninger eller oplysninger, som supplerede Kommissionens bevismateriale. Retten konkluderede at: i) KME ikke havde udvist en konkurrencemæssig adfærd, og at den begrænsede gennemførelse ikke var en tilstrækkelig formildende omstændighed, ii) en nedsættelse af bøden på grund af ophør af især en forsætlig overtrædelse straks efter Kommissionens første indgreb afhænger af Kommissionens vurdering af sagens omstændigheder inden for rammerne af dens skønsbeføjelse, iii) Kommissionen ikke er forpligtet til at anse den dårlige økonomiske situation i den pågældende sektor for en formildende omstændighed, og iv) Kommissionen besidder skønsbeføjelse med hensyn til anvendelsen af formildende omstændigheder, og Kommissionen anvendte ikke denne beføjelse ukorrekt ved at fastslå, at det var Outokumpu og ikke KME, der leverede de afgørende oplysninger.

33. I sit femte anbringende (utilstrækkelig bødenedsættelse i henhold til samarbejdsmeddelelsen) gjorde KME gældende, at: i) tredjeparter i tidligere sager har fået en gunstigere behandling, ii) de af KME leverede oplysninger skulle have ført til en nedsættelse på mere end 30 %, og iii) Kommissionen har tilsidesat princippet om ligebehandling, da den indrømmede en nedsættelse på 50 % i den bøde, der var pålagt Outokumpu. Retten konkluderede at: i) den omstændighed, at Kommissionen tidligere havde indrømmet en nedsættelse med en bestemt sats for en bestemt adfærd, ikke indebar, at den har pligt til at indrømme den samme sats for lignende adfærd under en senere procedure, ii) kun et åbenbart urigtigt skøn kunne anfægtes, eftersom Kommissionen har et vidt skøn for at vurdere kvaliteten og brugbarheden af en virksomheds samarbejde, navnlig i forhold til andre virksomheders bidrag, og i dette tilfælde var der ikke foretaget et sådant åbenbart urigtigt skøn, og iii) der forelå ikke forskelsbehandling, da KME og Outokumpu ikke befandt sig i sammenlignelige situationer.

Appelanbringender

34. KME har fremført fem appelanbringender, der kan sammenfattes som følger.

35. Med det første appelanbringende gøres det gældende, at Retten ved at fastslå, at Kommissionen retligt fyldestgørende havde godtgjort, at kartellet havde en indvirkning på det pågældende marked, hvilket forhold der skulle tages hensyn til ved fastsættelsen af grundbeløbet for KME's bødepålæg, tilsidesatte EU-retten og gav en ulogisk og

utilstrækkelig begrundelse for at forkaste det første anbringende. Ved endvidere at stadfæste Kommissionens konstatering af, at KME's økonometriske bevismateriale ikke viste, at overtrædelsen i sin helhed ikke havde en indvirkning på markedet, foretog Retten en åbenbar urigtig gengivelse af de omstændigheder og de beviser, der blev fremlagt for den.

36. Med det andet anbringende gøres det gældende, at Retten ved at godkende Kommissionens fastsættelse af størrelsen af det marked, der blev påvirket af kartellet (industrirør) ved at medregne omsætningen på et særskilt marked i det foregående omsætningsled (kobber) på trods af, at kartelmedlemmerne ikke var vertikalt integreret i dette foregående marked, tilsidesatte EU-retten og gav en utilstrækkelig begrundelse for afvisningen af KME's andet anbringende.

37. Med det tredje anbringende tilsidesatte Retten EU-retten og gav en uklar, ulogisk og utilstrækkelig begrundelse for at stadfæste den relevante del af den omstridte beslutning og forkaste KME's tredje anbringende, nemlig at Kommissionen havde anvendt retningslinjerne urigtigt og tilsidesat principperne om proportionalitet og ligebehandling ved at forhøje grundbeløbet for KME's bøde med den maksimale procentsats på grund af varigheden.

38. Med det fjerde anbringende hævdede KME, at Retten tilsidesatte EU-retten ved at forkaste det fjerde led af KME's fjerde anbringende og ved at stadfæste den pågældende del af beslutningen, i hvilken Kommissionen — i strid med 1998-retningslinjerne for bødeberegningen såvel som med principperne om billighed og ligebehandling — nægtede KME en nedsættelse af bøden for samarbejde uden for rammerne af samarbejdsmeddelelsen af 1996.

39. Med det femte anbringende hævdede KME, at Retten tilsidesatte EU-retten og den grundlæggende ret til fuld og effektiv domstolsprøvelse ved ikke grundigt og nøje at undersøge KME's argumenter og ved at udvise et tendentiøst hensyn til Kommissionens skønsbeføjelse.

40. Jeg mener, at det femte og sidste appelanbringende skal undersøges først, da Domstolens holdning til det generelle spørgsmål om omfanget, graden og karakteren af den prøvelse, som Retten skal udføre i denne slags sager, vil farve tilgangen til de første fire anbringender, der hver især kritiserer forskellige, specifikke anvendelser af prøvelsen.

Femte appelanbringende: effektiv domstolsprøvelse

Relevante passager af den appellerede dom

41. KME nævner de følgende passager i den appellerede dom til støtte for sit argument om, at Retten »udviste et overdrevet og urimeligt hensyn til Kommissionens skønsbeføjelse«:

»92 [...] overtrædelsens grovhed skal bestemmes på grundlag af flere faktorer, med hensyn til hvilke der tilkommer Kommissionen et skøn […]«

»103 […] Det tilkommer nemlig Kommissionen inden for rammerne af dens skønsbeføjelse […] at vælge satsen for den forhøjelse, den ønsker at anvende på baggrund af overtrædelsens varighed.«

»115 Vedtagelsen af retningslinjerne har nemlig ikke frataget den tidligere retspraksis sin relevans, ifølge hvilken Kommissionen har en skønsbeføjelse, som gør det muligt for den at tage hensyn til, eller ikke tage hensyn til, bestemte elementer, når den fastsætter størrelsen af den bøde, den ønsker at pålægge, bl.a. på baggrund af de faktiske omstændigheder. Således må det, i mangel af bindende bestemmelser i retningslinjerne for så vidt angår de formildende omstændigheder, som kan tages i betragtning, fastslås, at Kommissionen har bibeholdt en vis skønsmargen med henblik på en samlet vurdering af omfanget af en eventuel nedsættelse af bøden, når der foreligger formildende omstændigheder.«

»129 […][Kommissionen bibeholder en skønsmargen] med hensyn til anvendelsen af formildende omstændigheder […]«

42. Disse passager kan læses i lyset af Rettens »indledende bemærkning« i præmis 32-37 i den appellerede dom, selv om KME ikke udtrykkeligt henviser til disse passager:

»32 Der skal indledningsvis lægges vægt på, dels at det fremgår af 290.-387. betragtning til den anfægtede beslutning, at de bøder, Kommissionen har pålagt på grund af overtrædelsen, blev pålagt i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, dels at det — selv om Kommissionen ikke udtrykkeligt i den anfægtede beslutning har henvist til [retningslinjerne] — er ubestridt, at den har fastsat

bødens størrelse under anvendelse af den i disse retningslinjer fastlagte metode.

33 Selv om retningslinjerne ikke kan anses for retsregler, fastsætter de dog vejledende regler for den praksis, der skal følges, og som Kommissionen ikke kan fravige i konkrete tilfælde uden at angive grunde, som er i overensstemmelse med princippet om ligebehandling (jf. Domstolens dom af 18.5.2006, sag C-397/03 P, Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen, Sml. I, s. 4429, præmis 91 og den deri nævnte retspraksis).

34 Det tilkommer således Retten inden for rammerne af legalitetskontrollen af bøder pålagt ved den anfægtede beslutning at efterprøve, om Kommissionen har udøvet sin skønsbeføjelse i henhold til den i retningslinjerne fastsatte metode, og, i det omfang den skulle fastslå, at Kommissionen har overskredet denne beføjelse, at efterprøve, om overskridelsen er berettiget og tilstrækkeligt retligt begrundet. I den forbindelse må det bemærkes, at Domstolen har bekræftet gyldigheden dels af selve princippet med retningslinjer, dels af den metode, der er angivet heri (Domstolens dom af 28.6.2005, forenede sager C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P — C-208/02 P og C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5425, præmis 252-255, 266, 267, 312 og 313).

35 Kommissionens begrænsning af sin egen skønsbeføjelse som følge af vedtagelsen af retningslinjer er nemlig ikke uforenelig med stadfæstelsen af en væsentlig skønsmargen til Kommissionen. Retningslinjerne er på flere punkter fleksible, hvilket giver Kommissionen mulighed for at udøve sit skøn i overensstemmelse med bestemmelserne i forordning nr. 17, således som disse er fortolket af Domstolen (dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 33 ovenfor, præmis 267).

36 På de områder, hvor Kommissionen har bibeholdt en skønsmargen, er legalitetskontrollen af disse bedømmelser derfor begrænset til, om der er tale om et åbenbart urigtigt skøn (jf. i denne retning Rettens dom af 18.7.2005, sag T-241/01, Scandinavian Airlines System mod Kommissionen, Sml. II, s. 2917, præmis 64 og 79).

37 Kommissionens skønsmargin og de grænser, den har fastsat herfor, er desuden i princippet ikke til hinder for, at Fællesskabets retsinstanser udøver deres fulde prøvelsesret (Rettens dom af 8.7.2004, forenede sager T-67/00, T-68/00, T-71/00 og T-78/00, JFE Engineering m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2501, præmis 538), og de kan ophæve, nedsætte eller forhøje den af Kommissionen pålagte bøde (jf. i denne retning Domstolens dom af 8.2.2007, sag C-3/06 P, Groupe Danone mod

Kommissionen, Sml. I, s. 1331, præmis 60-62, og Rettens dom af 21.10.2003, sag T-368/00, General Motors Nederland og Opel Nederland mod Kommissionen, Sml. II, s. 4491, præmis 181).«

Sammenfatning af parternes argumenter

KME's appel

43. KME kritiserer Retten for ikke at have foretaget en grundig og nøje undersøgelse af dens argumenter i første instans og for »overdrevet hensyn« til Kommissionens skønsbeføjelse ved stadfæstelsen af et uforholdsmæssigt bødepålæg. Denne undladelse er efter KME's mening i strid med den grundlæggende ret til fuld, effektiv og retfærdig domstolsprøvelse af den anfægtede beslutning ved en upartisk og uafhængig ret.

44. EU-konkurrenceret er udformet af samspillet mellem Kommissionen som undersøger, efterforsker og beslutningstager, og retsinstanserne, der yder eksterne kontrolforanstaltninger. Betydningen, rækkevidden og baggrunden for Kommissionens skønsbeføjelse med hensyn til den institutionelle balance er imidlertid aldrig blevet præcist afklaret i retspraksis.

45. Samspillets tilstand er blevet påvirket af udviklingen af Kommissionens rolle i håndhævelsen af konkurrencepolitikken, efter at forordning nr. 17 blev vedtaget. I 1962 bestod EØF af seks medlemsstater, og der var ringe erfaring med eller accept af europæisk konkurrenceret. Anmeldelser var nyttige oplysningskilder, der tillod Kommissionen at udøve forudgående kontrol og forme sin håndhævelsespolitik. Dens rolle var primært at oplyse og skabe retssikkerhed ved at udstede formelle fritagelsesbeslutninger, henlæggelsesbeslutninger eller godkendelsesbeslutninger. Selv om Kommissionen allerede kombinerede undersøgelses-, efterforsknings- og beslutningsbeføjelser, var undersøgelser og retsforfølgelser forholdsvis sjældne, og bøder typisk små. I den forbindelse var det fornuftigt, logisk og rimeligt for Domstolen at fastslå i dommen i sagen Consten og Grundig mod Kommissionen [17] at, eftersom udøvelsen af Kommissionens beføjelser nødvendigvis indebar komplicerede vurderinger af økonomiske spørgsmål, skulle domstolsprøvelsen af disse vurderinger tage hensyn til deres karakter ved at begrænse sig til en undersøgelse af rigtigheden af de faktiske omstændigheder og Kommissionens henførelse af disse under gældende ret. Ydermere gjorde

17 — Dom af den 13.6.1966, forenede sager 56/64 og 58/64, Consten og Grundig mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 245, org.ref.: Rec. s. 299.

Kommissionens tilbageholdenhed spørgsmålet om at definere klare grænser for udøvelsen af dens bødebeføjelser mindre afgørende.

46. Det er imidlertid vilkårligt, farligt og urimeligt at anvende det samme »retlige hensyn« på Kommissionens skønsbeføjelse i forbindelse med den nuværende EU-konkurrencerets håndhævelsesordning, der er kendetegnet ved stadigt større bødepålæg, der har uundgåelige økonomiske og finansielle virkninger for virksomheder, aktionærer og ansatte, og fører til konkurrencerettens de facto »kriminalisering«. EU-konkurrencereglerne er direkte anvendelige bestemmelser, der ikke giver plads til politikbaserede skøn i forbindelse med fortolkning og anvendelse af dem, således at der kun er mulighed for et meget begrænset hensyn fra domstolenes side, når de undersøger Kommissionens anvendelse af konkurrencebestemmelserne i et bestemt tilfælde.

47. Under den nuværende ordning, der blev indført med forordning nr. 1/2003, anvendes artikel 101 TEUF i sin helhed ikke kun af Kommissionen, men også af nationale konkurrencemyndigheder og domstole. Det er aldrig blevet foreslået, at en national domstol, ved anvendelse af artikel 101 TEUF i enkeltstående sager, har en vid skønsmargen, som en højere appeldomstol skal tage hensyn til.

48. Kommissionens ekspertise med hensyn til vurdering af komplicerede faktiske og/eller økonomiske spørgsmål kan ikke begrunde tildelingen af en vid skønsmargen i forbindelse med anvendelsen af EU-konkurrenceretten. Øget kontrol i komplicerede sager er snarere en del af Rettens mandat, der blev fastsat som en reaktion på kritikken af, at den domstolskontrol, der blev udøvet på daværende tidspunkt, ikke længere levede op til de standarder, der kræves af et retssystem, der var begyndt at gribe betydeligt ind i de individuelle rettigheder ved en streng håndhævelse af konkurrencereglerne. Ydermere har både Retten og Domstolen ofte på tilfredsstillende vis foretaget særdeles intensive prøvelser af komplicerede sager. Intensiteten af Rettens kontrol aftager ikke i takt med kompleksiteten af de pågældende faktiske omstændigheder, men afhænger af dens vurdering af, hvilken slags undersøgelse der kræves og er passende under de særlige omstændigheder i den enkelte sag.

49. Ydermere har Retten ubegrænset kompetence med hensyn til pålæggelse af sanktioner i konkurrencesager. Ved udøvelse af denne kompetence skal den ikke indrømme Kommissionen en skønsmargen hvad angår den passende og forholdsmæssige karakter af en bøde eller den metode, der benyttes til beregningen — så meget desto mere på grund af sådanne bøders de facto strafferetlige karakter

og EMRK's krav om effektiv domstolsprøvelse af alle administrative afgørelser, der pålægger en strafferetlig sanktion. Retten skal således undersøge, hvordan Kommissionen har vurderet grovheden og varigheden af den ulovlige adfærd i hvert enkelt tilfælde, og kan sætte sin egen vurdering i stedet ved at ophæve, nedsætte eller forhøje bøden. Fuld udøvelse af denne fulde prøvelsesret indebærer kontrol af ikke kun bødens formelle lovlighed, men også af dens hensigtsmæssighed, gennem en selvstændig vurdering af grovheden af den adfærd, der skal straffes, og af sanktionens rimelighed i lyset af alle de individuelle omstændigheder i det enkelte tilfælde.

50. Rækkevidden af Kommissionens skønsmargen (hvis nogen) i sager som den foreliggende skal defineres snævert, og graden af retligt hensyn (hvis noget) til den skønsmæssige bedømmelse skal være tilsvarende begrænset. Den tekniske karakter af en sag må ikke få Retten til at opgive sin pligt til at sikre, at loven bliver overholdt.

51. Et andet spørgsmål er, hvorvidt den domstolsprøvelse, der er fastsat i EU's retssystem, er bred og intensiv nok til at sikre den grad af beskyttelse, der kræves i EMRK's artikel 6, stk. 1. Debatten om dette emne er blevet mere akut i lyset af ikke kun Kommissionens kombination af undersøgelses-, efterforsknings- og beslutningsbeføjelser, men også EU-konkurrencerettens løbende »kriminalisering«. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har længe anerkendt, at administrativ retshåndhævelse, herunder pålæggelse af bøder, ikke er uforenelig med EMRK's artikel 6, stk. 1. Selv om en sådan håndhævelse ikke behøver at være fuldt »retliggjort« (judicialised) for at opfylde kravene i nævnte artikel, skal der dog være tilstrækkeligt stærke processuelle garantier og effektiv domstolsprøvelse med fuld kompetence til at prøve den administrative afgørelse. De krav, som et system for domstolsprøvelse skal opfylde for at være i overensstemmelse med artikel 6, stk. 1, EMRK, er endnu ikke fuldt afklarede, men det er usikkert, om det eksisterende system for håndhævelse af EU konkurrenceretten, herunder domstolsprøvelse, opfylder disse krav.

52. Retten til effektive retsmidler ved en domstol er også anført i charterets artikel 47. Retspraksis bekræfter, at adressaterne for Kommissionens beslutninger, der pålægger bøder i konkurrencesager, har ret til en retfærdig rettergang, og at deres ret til en upartisk domstol tilsidesættes, hvis det ikke er muligt at appellere til en domstol med fuld kompetence som omhandlet i EMRK.

Kommissionens svar

53. Kommissionen har for det første gjort gældende, at appelanbringendet er for generelt og upræcist til at blive bedømt af Domstolen (og opfylder således ikke kravene i procesreglementets artikel 112, stk. 1, litra c)) og derfor må afvises; for det andet, at Rettens afgørelse var baseret på dens egne positive konstateringer, og anbringendet dermed er ubegrundet.

54. Med hensyn til den manglende præcision har KME fremført en række argumenter om, at Retten skal foretage en intens prøvelse af Kommissionens beslutning, men anerkender, at et system med administrativ retshåndhævelse kombineret med domstolsprøvelse med fuld kompetence er forenelig med EMRK's artikel 6, stk. 1. KME erkender også, at Retten og Domstolen i princippet er i stand til at gennemføre passende domstolsprøvelser og har gjort det i praksis. Den anfægter således ikke den grundlæggende struktur for domstolsprøvelse af Kommissionens beslutninger.

55. Derfor burde KME have a) præciseret, i hvilke dele af dommen Retten har undladt at tage stilling til dens argumenter, b) præciseret den kvalitetsstandard, med hvilken kvaliteten af Rettens undersøgelse skulle vurderes, og c) påvist hvordan, med henvisning til den pågældende standard, Retten undlod at tage stilling til KME's argumenter. Den har i stedet citeret fire passager fra dommen, der henviser til Kommissionens skønsbeføjelse, uden at forklare, hvordan disse passager godtgør, at Retten ikke har foretaget en passende undersøgelse af Kommissionens beslutning i lyset af KME's argumenter.

56. Den standard, som Rettens prøvelse skulle vurderes med i overensstemmelse med EMRK's artikel 6, stk. 1, er ganske vist uklar, selv hvis man anerkender KME's påstand om, at EU-konkurrenceretsbøder er »strafferetlige«. KME undgår diskussionen om, hvad dette kan indebære for en passende prøvelsesstandard.

57. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har gjort det klart, at kravene i EMRK's artikel 6, stk. 1, varierer endog inden for den overordnede kategori »anklager for en lovovertrædelse«. Da EU-retten udtrykkeligt karakteriserer bøder på konkurrenceområdet som ikke-strafferetlige, vil de falde uden for strafferettens »hårde kerne«, som er identificeret af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, og de garantier, der finder anvendelse i straffesager, vil ikke nødvendigvis gælde med fuld strenghed.

58. I alle tilfælde er det klart, at Retten har »fuld prøvelsesret« i henhold til EMRK's artikel 6, stk. 1 (der ikke må forveksles med EU-begrebet fuld prøvelsesret i forbindelse med finansielle sanktioner). Ifølge Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol er det utilstrækkeligt med et retsmiddel til prøvelse af forvaltningsakter, der er begrænset til at undersøge retlige fejl, men som ikke tillader retten at korrigere faktiske fejl. Mens retten imidlertid også kan have behov for at prøve proportionalitet, er en begrænset undersøgelse af visse aspekter ikke i sig selv uforenelig med begrebet »fuld prøvelsesret« i henhold til EMRK's artikel 6, stk. 1.

59. Hvad angår udtalelsen om, at Rettens dom var baseret på dens egne positive konstateringer, har Kommissionen gjort gældende, at uanset henvisningerne til Kommissionens skøn foretog Retten en grundig og effektiv prøvelse af bødefastsættelsen og nåede til sin egen positive konklusion, og at KME's andet, tredje og fjerde anbringende var ubegrundede [18]. Retten behandlede og afviste KME's argumenter i realiteten og tilsluttede sig Kommissionens opfattelse, men tog ikke »hensyn til dens skønsbeføjelse«. Uanset hvilken undersøgelsesstandard EMRK's artikel 6, stk. 1, indebærer, opfyldte Retten denne standard.

Bedømmelse

60. KME's argument er i det væsentlige, at ved at acceptere de forskellige bedømmelser i forbindelse med Kommissionens bødefastsættelse, der henhører under Kommissionens skøn, og ved derfor ikke at foretage sin egen bedømmelse i denne henseende undlod Retten at underkaste den omstridte beslutning den undersøgelse, som EMRK og charteret kræver.

61. Det er derfor vigtigt at fastslå, hvilket undersøgelseskrav, der påhviler disse instrumenter, og den mest relevante rettesnor findes i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis.

62. KME hævder, at konkurrencerettens håndhævelsesprocedurer — såsom den anfægtede — der indeholder en konstatering af, at en virksomhed har deltaget i ulovlig adfærd og fået pålagt en bøde for den pågældende adfærd, er tydeligvis af strafferetlig karakter i henhold til EMRK. Kommissionen har bemærket, at det udtrykkeligt fremgår, at beslutninger som den omtvistede *ikke* er »af

18 — Kommissionen synes her kun at henvise til det andet, tredje og fjerde anbringende, fordi de passager af dommen, der citeres af KME (jf. punkt 41 ovenfor), kun vedrører disse anbringender.

en strafferetlig karakter«, men godtager, at i henhold til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis, er dette ikke et afgørende kriterium; såfremt de pågældende beslutninger blev anset for at være af strafferetlig karakter i henhold til denne retspraksis, ville de under alle omstændigheder falde uden for strafferettens »hårde kerne«, som Menneskerettighedsdomstolen har identificeret. Dette spørgsmål er vigtigt, da Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har krævet strengere processuelle garantier og højere undersøgelseskrav i straffesager end for civile retssager og inden for strafferettens rammer strengere krav for den »hårde kerne« end for andre procedurer.

63. I en beslutning om, hvorvidt en sag om ulovlig adfærd skal kvalificeres som »strafferetlig«, tager Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol hensyn til tre »*Engel*-kriterier«, opkaldt efter den dom, hvori de først blev formuleret. [19] For det første den formelle kvalificering i den pågældende retsorden, men dette betragtes udtrykkeligt som »blot et udgangspunkt«. I Engel-dommen, ligesom i efterfølgende domme, har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol lagt betydelig mere vægt — i en sådan grad, at den har tilsidesat national retskvalificering — på sit andet og tredje kriterium, nemlig arten af overtrædelsen og strengheden af den sanktion, som den berørte person risikerer at blive pålagt. I denne henseende har den fundet det relevant, om sanktionen er pålagt i henhold til en almindeligt gældende regel for alle borgere, og ikke for en gruppe, der besidder særlig status, og om den hovedsagelig er tilsigtet som en straf for at afskrække fra en gentagelse af overtrædelsen, snarere end en økonomisk erstatning [20].

64. I lyset af disse kriterier ser jeg ingen problemer i at konkludere, at en procedure, hvorved en bøde pålægges for overtrædelse af forbuddet mod aftaler vedrørende prisfastsættelser og opdeling af markeder i henhold til artikel 81, stk. 1, EF, hører under det »strafferetlige led« af EMRK's artikel 6, som det gradvist er defineret af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. [21] Forbuddet og muligheden for at pålægge en bøde er indarbejdet i primære og sekundære almengyldige retsakter, og overtrædelsen indebærer adfærd, der almindeligvis betragtes som lyssky, til skade for den brede offentlighed, hvilket er et kendetegn, som den deler med strafbare handlinger i almindelighed, og som

19 — Dom af 8.6.1976, Engel m.fl. mod Nederlandene, præmis 82, Serie A nr. 22.

20 — Jf. f.eks. sagen Jussila mod Finland [GC], nr. 73053/01, EMRK 2006-XIII.

21 — Jf. punkt 48-52 i generaladvokat Bots forslag til afgørelse af 26.10.2010 i sag C-352/09 P, ThyssenKrupp Nirosta mod Kommissionen, der verserer for Domstolen, som jeg fuldt ud tilslutter mig sammen med den deri nævnte retspraksis.

indebærer en klar stigmatisering [22]. En bøde på op til [23] 10 % af den årlige omsætning er utvivlsomt streng og kan endog føre til virksomhedens konkurs, og formålet er udtrykkeligt at straffe og afskrække [24] uden noget element af erstatning.

65. Det er korrekt, som Kommissionen har påpeget, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i Neste-dommen [25] fandt, at visse aspekter af den russiske konkurrencelovgivning ikke henhørte under det strafferetlige område. Jeg mener imidlertid, at de faktorer, som den tog hensyn til i den pågældende situation, er forskellige fra de forhold, vi beskæftiger os med her. Menneskerettighedsdomstolen understregede, at de relevante antimonopolregler udelukkende gjaldt forhold, der havde indvirkning på konkurrencen på råvaremarkedet, og således var begrænset i anvendelsen, at de havde til formål at beskytte og genoprette konkurrence, og at de foranstaltninger, der kunne træffes, ikke var »sanktioner som sådan«, men påbud, der, sammen med beslaglæggelse af ulovlig profit, havde til formål at yde økonomisk erstatning snarere end at fungere som en straf, der havde til formål at afskrække fra gentagelse af overtrædelsen.

66. I ovennævnte afgørelse påpegede Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ganske vist også, at særlige former for monopolagtig adfærd kan tillades, hvis det kan bevises, at den tjener det fælles gode (en mulighed, der er til rådighed i henhold til artikel 81, stk. 3, EF, i hvert fald i teorien, selv for forbudte aftaler om prisfastsættelse og opdeling af markeder), hvorimod egentlig kriminel adfærd ikke er underlagt sådanne utilitaristiske begrundelser. Menneskerettighedsdomstolen påpegede endvidere, at den frie konkurrence på markedet er en relativ, situationsbestemt værdi, som det ikke i sig selv er forkert at gribe ind i. Hvad angår den første af disse betragtninger, vil jeg dog påpege — med al respekt for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol — at det ikke er vanskeligt at finde en ubestrideligt kriminel adfærd, der ikke desto mindre kan tillades under særlige omstændigheder. Besiddelse af skydevåben kan være en strafbar handling i almindelighed, men tilladt under visse omstændigheder til beskyttelse af offentligheden, salg af visse

22 — Det er ikke nødvendigt at afgøre — hvad der blev rejst tvivl om under retsmødet — om denne stigmatisering er større end den stigmatisering, der forbindes med skatteunddragelse, selv om det forhold, at spørgsmålet er blevet rejst, ikke er en flatterende afspejling af opfattet forretningsmoral.

23 — Jeg mener ikke, at det er nødvendigt at behandle KME's påstande vedrørende den væsentlige stigning i niveauet af de bøder, der er pålagt af Kommissionen i de seneste år; det er ikke strengheden af den sanktion, der *faktisk* pålægges, der definerer en overtrædelses beskaffenhed, men derimod rækken af sanktioner, der *kan* pålægges.

24 — Retningslinjerne taler om »de mål, der forfølges ved bekæmpelsen af overtrædelser« og henviser til fastsættelse af bøden »på et niveau, der har en tilstrækkelig afskrækkende virkning«.

25 — Afgørelse afsagt af tredje afdeling den 3.6.2004 vedrørende formaliteten med hensyn til stævning 69042/01, 69050/01, 69054/01, 69055/01, 69056/01 og 69058/01, OOO Neste St Petersburg m.fl. mod Rusland.

medikamenter kan være en strafbar handling i almindelighed, men tilladt til påviste medicinske formål osv. Og hvad angår den anden betragtning har prisfastsættelse og opdeling af markeder konsekvenser for forbrugeren og således for befolkningen i almindelighed, som går langt ud over det »indgreb i den frie konkurrence«, der påvirker erhvervslivet.

67. Selv om bødefastsættelsesproceduren i den foreliggende sag dermed henhører under det strafferetlige område hvad angår EMRK (og charteret), er jeg ikke desto mindre enig i, at det, som det blev formuleret i Jussila-dommen [26], »afviger fra strafferettens hårde kerne, således at de garantier, som gælder for den strafferetlige del af EMRK's artikel 6, ikke nødvendigvis strengt finder anvendelse«. Dette indebærer navnlig, at det kan være i overensstemmelse med EMRK's artikel 6, stk. 1, at strafferetlige sanktioner ikke pålægges i første instans af en »ved lov oprettet uafhængig og upartisk domstol«, men af et administrativt eller ikke-retligt organ, som ikke selv opfylder kravene i nævnte bestemmelse, forudsat at dette organs beslutning er underlagt efterfølgende kontrol af en retsinstans med fuld prøvelsesret, og som opfylder de nævnte krav [27]. Sagt på en anden måde må det være klart, at de tilgængelige former for appel gør det muligt at afhjælpe eventuelle mangler i sagen i første instans [28].

68. Der er blevet rettet en del kritik mod Kommissionens trefoldige rolle som undersøger, efterforsker og beslutningstager i konkurrencerettens gennemførelsesprocedure, og KME har henvist til noget af denne kritik i appelskriftet [29]. Mens der kan være tungtvejende argumenter for den opfattelse, at Kommissionen ikke i denne henseende er en »ved lov oprettet uafhængig og upartisk domstol«, mener jeg, at sådanne betragtninger i virkeligheden er den foreliggende appel uvedkommende. KME's påstand er faktisk ikke begrundet i utilstrækkeligheden af proceduren ved Kommissionen, men i hvad den betragter som utilstrækkeligheden af Rettens prøvelse af resultatet af proceduren. Den omstændighed, at Kommissionen er et administrativt organ og eventuelt ikke fuldstændigt kan adskille sine tre funktioner i proceduren, [30] er et faktum i forbindelse med denne appel. Spørgsmålet er, hvorvidt Retten udøvede »fuld prøvelsesret« som omhandlet

26 — Nævnt i fodnote 20 ovenfor, dommens præmis 43, der nævner dom af 27.2.1992, Société Stenuit mod Frankrig, Serie A nr. 232-A, i særdeleshed med hensyn til konkurrenceret.

27 — Jf. dom af 10.2.1983, Albert og Le Compte mod Belgien, præmis 29, Serie A nr. 58.

28 — Jf. dom af 29.4.1988, Belilos mod Schweiz, præmis 68, Serie A nr. 132.

29 — KME nævner bl.a. D. Slater m.fl.: *Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?*, GCLC Working Paper 04/08, og S. Wisking: *Does the European Commission Provide Parties with a Proper Opportunity to be Heard on the Level of Fines?*, GCP — The Online Magazine for Global Competition Policy (udgivet juni 2009(2)).

30 — Selv om det må anerkendes, at der på forskellige tidspunkter er blevet taget skridt til at forbedre adskillelsen af disse funktioner. Det mest bemærkelsesværdige eksempel er måske afgørelsen om at udnævne en selvstændig høringskonsulent til at præsidere over høringen, i stedet for direktøren for det direktorat, der udfører efterforskningen, som det hidtil havde været tilfældet (jf. Kommissionens *11. beretning om konkurrencepolitikken* (1981), punkt 26).

i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis. [31]

69. Menneskerettighedsdomstolen har beskrevet »fuld prøvelsesret» i denne forstand som indebærende «beføjelse til i alle henseender vedrørende faktiske og retlige spørgsmål at omstøde en afgørelse truffet af den underliggende instans. En retsinstans, der er ansvarlig for prøvelse, »skal i særdeleshed have kompetence til at undersøge alle faktiske og retlige spørgsmål, der er relevante for at afgøre tvisten ved den« [32]. Samme domstol har endvidere antaget, at for at bestemme, om en højere ret har »fuld prøvelsesret« eller udøver »tilstrækkelig prøvelse« for at afhjælpe en mangel på uafhængighed i første instans, er det nødvendigt at tage hensyn til sådanne faktorer som »genstanden for den appellerede afgørelse, måden hvorpå afgørelsen var opnået og indholdet af tvisten, herunder de ønskede og faktiske appelanbringender« [33].

70. Efter min opfattelse er det utvivlsomt, at den »fulde prøvelsesret«, der er tillagt Retten ved artikel 229 EF og artikel 17 i forordning nr. 17, opfylder kravene vedrørende appeller til prøvelse af bødepålæg, selv om det, som Kommissionen har gjort gældende, er et andet begreb end Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols kriterium om »fuld prøvelsesret«, der skal forstås således, at det også omfatter appeller til prøvelse af f.eks. konstateringen af en overtrædelse (som Retten også kan behandle og faktisk behandler — om end i et begrænset omfang — hvis det er grundlaget for den konkrete sag). Her beskæftiger vi os imidlertid udelukkende med en appel til prøvelse af bødens størrelse, og jeg agter ikke at gå videre med min analyse. I denne sammenhæng må fuld kompetence til at ophæve, nedsætte eller forhøje beløbet, uden begrænsning med hensyn til typen af begrundelse (faktuel eller retlig) for udøvelsen af kompetencen, nødvendigvis yde den garanti, der kræves i EMRK's artikel 6 — i hvert fald i teorien.

71. Spørgsmålet om, hvorvidt Retten i en konkret sag faktisk har udøvet denne kompetence tilfredsstillende, kan ikke desto mindre opstå, og det er et sådant spørgsmål, KME stiller her.

72. Det er et legitimt spørgsmål, men behandlingen af det bør efter min mening underlægges et antal forbehold, både generelle og specifikke, og den måde, hvorpå det er blevet rejst, skal undersøges i lyset af visse af Kommissionens kritikpunkter.

31 — Det samme ville gælde, hvis proceduren vedrørte en rent »civil« tvist (jf. for eksempel, dom af 28.6.1990 *Obermeier mod Østrig*, præmis 67 og 70, Serie A nr. 179), som omfatter administrative retstvister.

32 — Jf. Valico S.r.l. mod Italien (dec.), nr. 70074/01, s. 20, EMRK 2006-III, og den deri nævnte retspraksis.

33 — Jf. dom af 27.10.2009, Crompton mod Det Forenede Kongerige. nr. 42509/05, præmis 71 og den deri nævnte retspraksis.

73. For det første mener jeg, at det mest betydningsfulde er den måde, hvorpå Retten gennemførte sin undersøgelse, idet den måde, hvorpå den har beskrevet undersøgelsen, er mindre relevant. Dermed kan det ikke nødvendigvis udledes af henvisningerne til Kommissionens grad af skønsbeføjelse, valg eller råderum, at Retten tilsidesatte sin pligt til som svar på KME's argumenter at vurdere den måde, hvorpå bøden blev fastsat. Omvendt kan det heller ikke udledes af anvendelsen af ordlyden »ved udøvelse af dens fulde prøvelsesret«, at Retten rent faktisk har udøvet sin vurderingsbeføjelse tilfredsstillende. Hvert tilfælde skal undersøges på grundlag af sit faktiske indhold.

74. Det følger deraf, at uanset rækkevidden af Rettens kompetence er sager, der forelægges den, af en kontradiktorisk karakter. Intet i EMRK's artikel 6 eller i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis kræver, at den »uafhængige og upartiske domstol« ex officio undersøger sager, der ikke er forelagt den. Menneskerettighedsdomstolens egen retspraksis kræver naturligvis, at visse spørgsmål vedrørende den offentlige orden (hovedsagelig vedrørende processuelle garantier) stilles på denne måde, men i andre henseender skal Rettens udøvelse af sin fulde kompetence opvejes mod indholdet af de argumenter i den sag, som den er blevet anmodet om at afgøre.

75. Jeg bemærker ikke desto mindre, at Retten anmodede Kommissionen om at fremlægge en række dokumenter fra dens administrative sagsakter, og at Kommissionen fremlagde noget mere end 500 sider som svar. Det tyder i det mindste på en *grundighed* i undersøgelsen, der opfylder kravene i EMRK og charteret. Det står imidlertid tilbage at blive efterprøvet ud fra selve dommen, om undersøgelsen var *af den nødvendige slags*. Var den med andre ord begrænset til at bekræfte, at Kommissionen ikke havde overskredet rammerne for sin skønsbeføjelse, eller blev også den vurdering, der blev foretaget inden for disse rammer, inddraget (når det krævedes af KME)?

76. Jeg vender nu min opmærksomhed mod to af Kommissionens specifikke kritikpunkter mod KME's påstande.

77. Et formelt punkt, som Kommissionen kun har rejst under retsmødet, er, at KME's påstand i første instans udtrykkeligt var fremsat i henhold til artikel 230 EF, og ikke artikel 229 EF. Det så følgelig ud til, at KME ikke engang anmodede Retten om at udøve sin fulde prøvelsesret og derfor ikke var i stand til at kritisere den påståede undladelse af dette.

78. Som sådan finder jeg det ikke et seriøst forslag. Henvisningen til artikel 230 EF findes kun i stævningens overskrift. Den omstændighed, at KME søgte om en nedsættelse af

bøden, er tilstrækkeligt til at gøre det klart, at det var baseret på Rettens fulde prøvelsesret med hensyn til sanktioner, snarere end en legalitetskontrol alene. En sådan undersøgelse kan, hvis den giver sagsøgeren medhold, kun føre til annullering af bøden, hvorefter Kommissionen skal pålægge en ny bøde i overensstemmelse med dommens begrundelser. Stævningen insisterer imidlertid hele vejen igennem på en nedsættelse af bøden, som Retten kun kunne tage stilling til på grundlag af artikel 229 EF og artikel 17 i forordning nr. 17.

79. På den anden side bemærkes, at KME ikke anmodede Retten om specifikt at foretage en ny vurdering af bøden, men derimod om at justere beløbet i lyset af de påståede fejl i den anfægtede beslutning.

80. Kommissionens andet kritikpunkt synes mere seriøst. Den påpeger hovedsagelig, at uanset hvor godt KME har fremstillet, hvad der generelt kræves med hensyn til en ihærdig udøvelse af Rettens fulde prøvelsesret i sager som den foreliggende, har den hverken identificeret en bestemt prøvelsesstandard, der skulle have været overholdt, eller de passager i den appellerede dom, i hvilke den pågældende standard ikke var overholdt.

81. Her er jeg enig med Kommissionen. KME's femte anbringende er i langt højere grad præsenteret som en generel kritik af hele EU's system for håndhævelse af konkurrenceretten og den rolle, som Retten spiller i det system, end som en udpegning af bestemte fejl i den appellerede dom begået af Retten. Ifølge fast retspraksis skal et appelskrift imidlertid præcist angive, hvilke elementer der anfægtes i den appellerede dom samt de retlige argumenter, der særligt støtter påstanden. [34]

82. Normalt ville en konstatering af sådan en mangel i et appelanbringende simpelthen føre til, at det blev afvist. Jeg mener imidlertid ikke, at en sådan fremgangsmåde er helt passende i den foreliggende sag. Det er korrekt, at som et selvstændigt indlæg forsyner KME's femte appelanbringende ikke Domstolen med tilstrækkeligt præcise angivelser til at afgøre, hvorvidt og i hvilket omfang Retten kan have undladt at gennemføre en passende prøvelse. Ikke desto mindre er det et argument, der kan give en yderligere målestok for vurdering af de resterende appelanbringender — sådan som Kommissionen faktisk har behandlet det i sit svar, ved at undersøge det i forbindelse med andet, tredje og fjerde appelanbringende.

83. Jeg foreslår derfor at se bort fra den femte appelanbringende som et særskilt indlæg,

34 — Jf, for et nyere eksempel, dom af 14.10.2010, sag C-280/08 P, Deutsche Telekom mod Kommissionen, Sml. I, s. 9555, præmis 24.

men at tage de pågældende argumenter i betragtning, når jeg undersøger de første fire appelanbringender. Ved at gøre således vil jeg ikke desto mindre begrænse mig selv — som jeg har angivet ovenstående — til den måde, hvorpå Retten faktisk har undersøgt de anbringender, der var forelagt den, idet dens beskrivelse af undersøgelsen kun er ét holdepunkt i den forbindelse.

Første appelanbringende: faktisk indvirkning på markedet

Relevante passager i den appellerede dom

84. I sin vurdering af KME's første anbringende (manglende hensyntagen til kartellets reelle indvirkning på markedet) godtog Retten først som bevismateriale tre økonometriske rapporter fremlagt af KME og konstaterede derefter følgende:

»60 […] sagsøgerne […] har gjort indsigelser mod både Kommissionens vurdering af overtrædelsens grovhed (jf. præmis 12 og 13 ovenfor) og dens forskellige behandling på grundlag af de berørte virksomheders markedsandele (jf. præmis 16 ovenfor).

61 Hvad for det første angår den forskellige behandling af de berørte virksomheder giver Kommissionens begrundelse i den anfægtede beslutning i denne henseende bl.a. udtryk for et hensyn til »hver enkelt virksomheds specifikke vægt, og således den reelle virkning, som dens ulovlige adfærd havde for konkurrencen« (322. betragtning til den anfægtede beslutning). Imidlertid må det understreges, at selv hvor der mangler bevis for overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet, kan Kommissionen foretage en forskellig behandling ud fra de pågældende markedsandele, såsom den i 326.-329. betragtning til den anfægtede beslutning anførte.

62 Det følger nemlig af retspraksis, at hver af de berørte virksomheders markedsandele på det marked, som er genstand for en konkurrencebegrænsende praksis, er et objektivt element, som udgør en korrekt målestok for hver virksomheds ansvar for så vidt angår denne praksis' potentielle skadelighed for de normale konkurrencevilkår (jf. i denne retning 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 197).

63 Endvidere bemærkes det for så vidt angår bedømmelsen af overtrædelsens grovhed, at selv om Kommissionen ikke havde godtgjort, at kartellet havde en konkret indvirkning på markedet, ville

dette ikke påvirke kvalificeringen af overtrædelsen som »meget alvorlig«, og således bødens størrelse.

64 I denne forbindelse må det fastslås, at det følger af fællesskabsordningen om sanktioner for tilsidesættelser af konkurrencereglerne som indført ved forordning nr. 17 og fortolket i retspraksis, at karteller, på grund af deres særlige art, fortjener de største bøder. Deres eventuelle konkrete påvirkning af markedet, bl.a. i hvilket omfang konkurrencebegrænsningen har medført en markedspris, der er højere end den pris, som ville have været anvendt, såfremt der ikke forelå et kartel, er ikke et afgørende kriterium for fastsættelsen af bødens størrelse (jf. i denne retning Domstolens dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825, præmis 120 og 129, af 17.7.1997, sag C-219/95 P, Ferriere Nord mod Kommissionen, Sml. I, s. 4411, præmis 33, af 16.11.2000, sag C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags mod Kommissionen, Sml. I, s. 9925, præmis 68-77, og af 25.1.2007, sag C-407/04 P, Dalmine mod Kommissionen, Sml. I, s. 829, præmis 129 og 130, samt dommen i sagen Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1181, præmis 225. Jf. endvidere generaladvokat Mischos forslag til afgørelse til Domstolens dom af 16.11.2000, sag C-283/98, Mo och Domsjö mod Kommissionen, Sml. I, s. 9855, præmis 95-101).

65 Det følger tillige af retningslinjerne, at aftaler eller samordnet praksis, der bl.a., som i det foreliggende tilfælde, har til formål at fastsætte priser og fordele kunder, alene på grund af deres egen beskaffenhed kan føre til en kvalifikation som »meget alvorlige«, uden at det er fornødent at beskrive den pågældende adfærd nærmere ved at angive dens særlige virkning eller geografiske udstrækning. Denne konklusion er underbygget af den omstændighed, at selv om beskrivelsen af »alvorlige« overtrædelser udtrykkeligt nævner indflydelsen på markedet og virkningen på store dele af fællesmarkedet, opstiller beskrivelsen af »meget alvorlige« overtrædelser derimod ikke noget krav om, at de har en konkret indvirkning, eller gør sig gældende inden for et bestemt geografisk område (Rettens dom af 25.10.2005, sag T-38/02, Groupe Danone mod Kommissionen, Sml. II, s. 4407, præmis 150).

66 Retten er for fuldstændighedens skyld af den opfattelse, at Kommissionen har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for kartellets konkrete indvirkning på det berørte marked.

67 I denne sammenhæng må det understreges, at sagsøgernes første krav om, at Kommissionen i en situation, hvor den i forbindelse med fastsættelsen af bødens størrelse hævder, at kartellet har en konkret indvirkning på markedet, skal fremlægge videnskabelige beviser for, at der foreligger en mærkbar økonomisk indvirkning på markedet og en årsagssammenhæng mellem denne indvirkning

og overtrædelsen, er blevet forkastet i retspraksis.

68 Retten har nemlig flere gange fastslået, at et kartels konkrete indvirkning på markedet skal anses for tilstrækkeligt godtgjort, hvis Kommissionen kan fremlægge konkrete og troværdige indicier, der med rimelig sandsynlighed viser, at kartellet har haft følger for markedet (jf. bl.a. Rettens dom i sagen Scandinavian Airlines System mod Kommissionen, nævnt i præmis 36 ovenfor, præmis 122, samt dom af 27.9.2006, sag T-59/02, Archer Daniels Midland mod Kommissionen, Sml. II, s. 3627, præmis 159-161, dom af 27.9.2006, sag T-43/02, Jungbunzlauer mod Kommissionen, Sml. II, s. 3435, præmis 153-155, dom af 27.9.2006, sag T-329/01, Archer Daniels Midland mod Kommissionen, Sml. II, s. 3255, præmis 176 og 178, og dom af 22.9.2006, sag T-322/01, Roquette Frères mod Kommissionen, Sml. II, s. 3137, præmis 73-75).

69 Det bemærkes i denne forbindelse, at sagsøgerne ikke har bestridt selve de ovenfor i præmis 13 nævnte faktiske omstændigheder, som Kommissionen har lagt til grund for at fastslå, at kartellet havde en konkret indvirkning på markedet, dvs. den omstændighed, at priserne faldt i perioder med en svag grad af overholdelse af den svigagtige aftale og steg væsentligt i andre perioder, gennemførelsen af en ordning om udveksling af oplysninger vedrørende salgsmængder og prisniveauer, størrelsen af den markedsandel, alle kartelmedlemmerne besad, og den omstændighed, at karteldeltagernes respektive markedsandele forblev relativt stabile under hele overtrædelsesperioden. Sagsøgerne har blot gjort gældende, at disse omstændigheder ikke godtgør, at den omhandlede overtrædelse havde en konkret indvirkning på markedet.

70 Det følger af retspraksis, at Kommissionen er berettiget til, på grundlag af de i den foregående præmis nævnte indicier, at udlede, at overtrædelsen har haft en konkret indvirkning på markedet (jf. i denne retning dommen i sagen Jungbunzlauer mod Kommissionen, nævnt i præmis 68 ovenfor, præmis 159, i sagen Roquette Frères mod Kommissionen, nævnt i præmis 68 ovenfor, præmis 78, dommen af 27.9.2006 i sag T-59/02, Archer Daniels Midland mod Kommissionen, nævnt i præmis 68 ovenfor, præmis 165, dommen i sag T-329/01, Archer Daniels Midland mod Kommissionen, nævnt i præmis 68 ovenfor, præmis 181, samt Rettens dom af 14.12.2006, forenede sager T-259/02 - T-264/02 og T-271/02, Raiffeisen Zentralbank Österreich m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 5169, præmis 285-287).

71 Hvad angår sagsøgernes argument om, at sagsakterne indeholder eksempler på, at de svigagtige aftaler ikke blev overholdt, bemærkes, at den omstændighed, at aftalerne ikke altid bliver overholdt af kartelmedlemmerne, ikke er tilstrækkelig til at udelukke en indvirkning på markedet (jf. i denne retning Rettens dom i sagen

Groupe Danone mod Kommissionen, nævnt i præmis 65 ovenfor, præmis 148).

72 Sagsøgernes argumenter vedrørende deres egen adfærd kan heller ikke tiltrædes. Den faktiske adfærd, som en virksomhed hævder at have udvist, er nemlig uden betydning ved vurderingen af kartellets virkning på markedet, og kun virkningerne af den samlede overtrædelse skal tages i betragtning (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 167). Kommissionen kan heller ikke kritiseres for i 303. betragtning til den anfægtede beslutning at have fastslået, at den oprindelige rapport ikke imødegik konklusionerne vedrørende overtrædelsens faktiske indvirkning på markedet. Den økonometriske analyse heri vedrører nemlig kun taloplysninger vedrørende sagsøgerne.

73 På baggrund af alle de ovenstående overvejelser skal dette anbringende følgelig forkastes.

74 Desuden er Retten af den opfattelse, at det som led i dens fulde prøvelsesret og i lyset af de ovenstående overvejelser ikke er fornødent igen at behandle udmålingen af bødens udgangsbeløb, som Kommissionen fastsatte ud fra overtrædelsens grovhed.«

Sammenfatning af parternes argumenter

KME's appel

85. KME har bestridt Rettens konklusion om, at Kommissionen i fornødent omfang havde godtgjort, at kartellet havde en indvirkning på markedet og kunne tage hensyn til en sådan indvirkning ved fastsættelsen af bødens udgangsbeløb. Retningslinjerne kræver, at Kommissionen tager hensyn til tre elementer, herunder »den virkelige indvirkning på markedet, hvor denne kan måles«. Følgelig kan den kun tage hensyn til en sådan virkelig indvirkning, hvis og i det omfang den kan fastslå og kvantificere denne indvirkning. Kommissionen skulle ikke have haft tilladelse — under dække af »rimelig sandsynlighed« som fastsat i Roquette Frères-dommen [35] — til at benytte sig af antagelser, der gjorde den i stand til at tage hensyn til markedsindvirkning, selv hvor den ikke kunne fastslå eksistensen eller

35 — Sag T-322/01, nævnt i præmis 68 i den appellerede dom, præmis 73.

omfanget af sådan indvirkning i overensstemmelse med retningslinjerne. At tillade sådanne antagelser modvirker enhver mulighed for at sondre mellem overtrædelser på grundlag af deres indvirkning på markedet. Den retspraksis, der henvises til i præmis 68 og 70 i den appellerede dom, er tydeligvis forkert.

86. Såfremt et kartelmedlem fremlægger økonometriske beviser for, at kartellet som helhed ikke havde en indvirkning på markedspriserne, og de andre medlemmer nedlægger tilsvarende påstande, bør Kommissionen ikke være berettiget til at tilsidesætte disse beviser og konstatere, at overtrædelsen havde en sådan indvirkning — og tage dette forhold i betragtning ved fastsættelsen af bødens udgangsbeløb i henhold til retningslinjerne — udelukkende på grundlag af indirekte bevismateriale som det omhandledes i præmis 69 i den appellerede dom. Under sådanne omstændigheder bør Kommissionen fremlægge direkte beviser for, at kartellet havde indvirkning på markedet.

87. Det økonometriske bevismateriale fremlagt af KME var baseret på omfattende data fra alle dens tilgængelige faktura- og kundeoplysninger for over et årti, der viste, at i) kartellet ikke havde en statistisk signifikant indvirkning på KME's priser, og ii) at analysen gjaldt kartellet som helhed. Den manglende indvirkning blev bekræftet af beviser i sagsakterne på de forskellige deltageres manglende overholdelse af kartelaftalerne. Endelig bekræftedes fraværet af skade for slutbrugeren ved, at de pågældende rør kun repræsenterede omkring 2 % af detailprisen for de færdigvarer, som de blev indbygger i.

88. Kommissionen skulle lovmæssigt have fremlagt direkte modbeviser, der var baseret på objektive økonomiske forhold angående det relevante marked og den økonomiske kontekst, for at underbygge eksistensen og omfanget af den formodede indvirkning på markedet. Kommissionen var ikke berettiget til at konstatere, at kartellet havde en indvirkning på markedet, alene på grundlag af de indirekte beviser, som den påberåbte sig i den anfægtede beslutning.

89. Den appellerede dom er også behæftet med en ulogisk og utilstrækkelig begrundelse. I forbindelse med vurderingen af gyldigheden af KME's påstand om, at det fremlagte økonometriske bevismateriale påviste den manglende indvirkning på markedet, i) henviste Retten kun til den første rapport, ifølge hvilken kartellet ikke havde en indvirkning på KME's priser, og således ii) undlod Retten at tage hensyn til de to efterfølgende rapporter, der konkluderede, at kartellet i sin helhed ikke havde en indvirkning på markedet, og iii) afviste i sidste ende KME's påstand med den begrundelse, at de økonometriske beviser ikke viste, at kartellet i sin helhed ikke havde en indvirkning på markedet. Med andre ord afviste Retten, — mens den godtog bevismateriale, der viste manglende indvirkning på

markedet — KME's påstand på grundlag af, at den ikke fremlagde sådant bevismateriale, og dermed foretog den en åbenlys urigtig gengivelse af de omstændigheder og beviser, der var fremlagt for den.

90. Ved at undlade at anerkende Kommissionens retlige fejl overtrådte Retten således EU-retten. KME har derfor gjort gældende, at Domstolen bør fastsætte udgangsbeløbet for bøden på ny ved at se bort fra markedsindvirkningsfaktoren i beregningen.

Kommissionens svar

91. Kommissionen har for det første gjort gældende, at dette appelanbringende, der er rettet mod et uvæsentligt komplementært ræsonnement, er irrelevant.

92. Konstateringen af, at Kommissionen retligt fyldestgørende havde påvist, at kartellet havde en virkelig indvirkning på markedet, var udtrykkeligt kun fremført for fuldstændighedens skyld. Ifølge fast retspraksis kan en dom ikke ophæves på grundlag af en anfægtelse, der udelukkende er rettet mod sådanne konstateringer. Retten havde fastslået, at hvert af de to elementer i den omtvistede beslutning, for hvilke KME påstod, at den virkelige indvirkning på markedet var relevant, var begrundet, uanset om en sådan indvirkning kunne fastslås eller ej. Retten gjorde med hensyn til forskelsbehandlingen af de deltagende virksomheder gældende, at selv uden bevis for faktisk indvirkning på markedet kunne Kommissionen sondre på grundlag af markedsandele, og med hensyn til overtrædelsens grovhed anførte Retten, at selv om Kommissionen ikke havde bevist en faktisk virkning på markedet, ville det have været irrelevant for kvalificeringen af overtrædelsen som »meget alvorlig« og dermed for bødens størrelse. KME nævner ingen af disse principielle vigtige konstateringer, der dermed ligger uden for appellens rækkevidde. Dens kritik af den yderlige konstatering, fremført for fuldstændighedens skyld, kan ikke føre til, at den appellerede dom ophæves.

93. For det andet har Kommissionen gjort gældende, at ovennævnte appelanbringende bør afvises, da det bestrider vurderinger af faktiske omstændigheder.

94. KME har blot gjort gældende, at Retten i) med urette fandt, at Kommissionen kunne udlede den faktiske indvirkning på markedet fra det bevismateriale, der var anført i dommens præmis 69, ii) i præmis 71 skulle have lagt større vægt på bevismateriale, som KME anser for at tyde på manglende indvirkning og kartelmedlemmernes ikke-overholdelse af de svigagtige aftaler, iii) i præmis 72 skulle have

lagt større vægt på de økonometriske undersøgelser, som KME anser for at tyde på manglende statistisk signifikant effekt, og iv) skulle have krævet »direkte bevis« for eksistensen og omfanget af alle indvirkninger.

95. Domstolen har imidlertid ikke kompetence til at fastlægge de faktiske omstændigheder og i princippet heller ikke til at bedømme de beviser, Retten har lagt til grund. Det påhviler udelukkende sidstnævnte at bedømme værdien af bevismaterialet, forudsat at det er fremskaffet på behørig vis, og de relevante regler og principper er overholdt. Medmindre der er en klar fornemmelse af, at bevismaterialet er blevet gengivet urigtigt, er denne vurdering ikke underlagt Domstolens prøvelse.

96. Beviset for faktisk indvirkning, der påberåbes i den anfægtede beslutning, og konklusionerne heraf, blev drøftet detaljeret for Retten, der sammenfattede bevismaterialet i præmis 69 i sin dom for derefter i præmis 70 at konkludere, at Kommissionen var berettiget til at udlede, at kartellet havde haft en konkret indvirkning på markedet, og forkastede i præmis 71 og 72 KME's argumenter om, at andre elementer afkræftede denne konklusion.

97. Udover den omstændighed, at KME's argumenter kun var baseret på dens egen adfærd, blev de økonometriske undersøgelser, som den fremlagde, grundlæggende undergravet ved en række spørgsmål, der blev grundigt diskuteret i Retten. Retten behøvede ikke at tage stilling til disse spørgsmål, da den under alle omstændigheder forkastede KME's argumenter, men Kommissionen sammenfatter dem som følger.

98. Undersøgelserne søgte at drage konklusioner om kartellets indvirkning ved at sammenligne indrømmede kartelpriser med priser i de »konkurrerende« perioder og/eller lande. Dette indebar dog mange områder, hvor der forelå direkte bevis for karteladfærd. Én prisaftale indebar særlige forhøjelser for nævnte lande og 8 % for »alle andre, der ikke var nævnt«, hvilket tyder på, at alle KME's salg indgik i kartellet, og at der ikke var nogen »konkurrerende lande« til sammenligning.

99. Under alle omstændigheder indikerede undersøgelsen af de statistiske udregninger, at de påståede resultater også var forenelige med kartellets forhøjede priser. KME's model kunne ikke udelukke en gennemsnitlig forhøjelse på 10,5 % årligt og viste, at KME Germanys priser steg med et gennemsnit på

29,9 % pr. år i kartellets levetid. I andre henseender gav undersøgelserne usædvanlige resultater, som KME ikke kunne forklare.

100. Således undersøgte Retten behørigt det bevismateriale, der blev påberåbt i den anfægtede beslutning, for at fastslå en faktisk indvirkning, og alle KME's argumenter, der anfægtede denne konklusion. På grundlag af specifikt, troværdigt og tilstrækkeligt bevismateriale, der gik væsentligt ud over den omstændighed, at der var indgået prisaftaler, konkluderede Retten, at en faktisk indvirkning var blevet fastslået.

101. For det tredje har Kommissionen gjort gældende, at Rettens konklusioner var tilstrækkeligt begrundet.

102. KME's argument — at Rettens argumentation var ulogisk og utilstrækkelig ved at konstatere, at KME's økonometriske bevismateriale ikke viste, at overtrædelsen i sin helhed ikke havde en indvirkning på markedet, med henvisning til den oprindelige rapport, der kun omhandlede KME's priser, men ikke nævnte de to supplerende rapporter, der omhandlede kartellet som helhed — er baseret på en fejlfortolkning af dommens præmis 72.

103. KME hævdede for Retten, at undersøgelserne af dens egne priser beviste, at kartellet ikke havde en faktisk indvirkning på markedet. Imidlertid vedrører både den oprindelige undersøgelse (taget i betragtning af Kommissionen i den anfægtede beslutning) og de to supplerende undersøgelser (fremlagt for Retten) udelukkende KME's omsætning. I dommens præmis 72 forkastede Retten KME's argument i sin uanfægtelige vurdering af de faktiske omstændigheder og bevismaterialet og insisterede på, at en enkelt virksomheds adfærd ikke var relevant i forbindelse med vurderingen af indvirkningen af kartellet i dets helhed. Der er ingen modsigelse i denne logik.

104. Vigtigheden af at undersøge kartellets virkning som helhed er klar i den foreliggende sag. I første instans understregede Kommissionen, at kartellet omfattede kundefordeling og et system, i henhold til hvilket deltagerne, før kundebesøg, skulle kontakte markedslederen i hvert land og spørge, hvilke mængder kunne sælges til hvilken pris. Data vedrørende KME's priser kan således ikke begrunde konklusioner om andre kartelmedlemmers priser — f.eks. i situationer, hvor KME ikke forsøgte at sælge til kunder på grund af fordelingsaftaler. KME antydede, at den snød i forbindelse med disse ordninger, men for at dens økonometriske undersøgelse kunne være oplysende i denne henseende, skulle den

påvise snyd i forhold til hver kunde, der var fordelt til en anden deltager. KME forsøgte end ikke herpå, hverken for Kommissionen eller Retten.

105. Det sidste punktum i den appellerede doms præmis 72 henviser kun til den oprindelige rapport, fordi KME hævdede, at den anfægtede beslutning fejlagtigt forkastede denne rapports relevans. De supplerende undersøgelser fandtes ikke på tidspunktet for den anfægtede beslutning og kunne ikke være blevet taget i betragtning. Retten undersøgte tydeligvis alle tre økonometriske undersøgelser for at nå til sine konklusioner vedrørende KME's argumenter, der var baseret på analysen af dens priser. Disse argumenter blev forkastet af en grund, der var fælles for alle tre undersøgelser, at de alene omhandlede KME's priser.

Bedømmelse

106. Det første spørgsmål er, om Rettens anerkendelse af både Kommissionens vurdering af overtrædelsen som værende »meget alvorlig« og af dens efterfølgende fastsættelse af bødens udgangsbeløb kan begrundes med overtrædelsens art (et kartel, der fastsætter priser og opdeler markeder), uanset om der er bevis for dens faktiske indvirkning på markedet.

107. I den anfægtede beslutning fastsatte Kommissionen udgangsbeløbet på grundlag af konstateringen af, a) at overtrædelsen var »meget alvorlig« på grund af i) dens beskaffenhed, ii) dens indvirkning på markedet, og iii) den geografiske størrelse af dette marked og b), at KME's markedsandel var omkring tre gange større end Outokumpus og Wielands. Kommissionen fastsatte et samlet udgangsbeløb på 58,1 mio. EUR — 35 mio. EUR for KME og 11,55 mio. EUR for hver af de andre.

108. KME gjorde gældende i første instans, at både ved vurderingen af overtrædelsens grovhed og ved fordelingen af bødens udgangsbeløb på kartelmedlemmerne undlod Kommissionen at tage den faktiske markedsindvirkning i betragtning; den havde blot anlagt den betragtning, at tilstedeværelsen af en markedsindvirkning var påvist, men ikke kunne kvantificeres, og at udgangsbeløbet gyldigt kunne fordeles på grundlag af markedsandele. KME hævdede i det væsentlige, at Kommissionen var retligt forpligtet til at tage den faktiske markedsindvirkning i betragtning, hvor den kunne måles, at i dette tilfælde kunne den måles, og at den af KME fremlagte økonometriske undersøgelse påviste, at indvirkningen var statistisk insignifikant. Det samlede udgangsbeløb skulle derfor have været fastsat i den lave ende af den

relevante skala (der starter ved 20 mio. EUR for »meget alvorlige« overtrædelser).

109. Retten udtalte i dommens præmis 63, at »at selv om Kommissionen ikke havde godtgjort, at kartellet havde en konkret indvirkning på markedet, ville dette ikke påvirke kvalificeringen af overtrædelsen som »meget alvorlig«, og således bødens størrelse«, med yderligere begrundelse i samme retning i præmis 64 og 65.

110. Ved Domstolen er KME's argumenter hovedsagelig rettet mod de efterfølgende konstateringer i den appellerede doms præmis 66-72, hvor Retten »for fuldstændighedens skyld« konstaterede, at Kommissionen havde fremlagt tilstrækkelig dokumentation for kartellets konkrete indvirkning på markedet.

111. Kommissionen har således gjort gældende, at appelanbringendet er irrelevant, fordi KME ikke har anfægtet hovedkonklusionen i præmis 63. Selv hvis dens argumenter vedrørende faktisk indvirkning på markedet blev lagt til grund, ville konstateringen af kartellets »meget alvorlige« karakter stadig gælde, og dommen ikke kunne ophæves, for så vidt som den forkastede det første anbringende.

112. Jeg kan ikke se nogen fejl ved dette ræsonnement, men jeg mener ikke, at den forudsætning, at KME ikke har anfægtet hovedkonstateringen i præmis 63 nødvendigvis kan godtages.

113. Det er bestemt rigtigt, at KME ikke har anfægtet konstateringen af, at Kommissionen var berettiget til at betragte overtrædelsen som »meget alvorlig« udelukkende på grundlag af dens art. Den påpeger (omend i en fodnote) ganske vist, at den ikke havde taget afstand fra dette punkt i første instans. Den havde i stedet gjort gældende, at udgangsbeløbet for bøden, i lyset af kartellets begrænsede faktiske indvirkning, sammenlagt skulle fastlægges i den lave ende af skalaen for »meget alvorlige« overtrædelser — nemlig ifølge retningslinjerne 20 mio. EUR — i stedet for 58,1 mio. EUR. Set i denne sammenhæng mener jeg, at KME's første appelanbringende skal opfattes således, at det nødvendigvis (men ganske vist ikke så udtrykkeligt som det kunne ønskes) sætter spørgsmålstegn ved Rettens konstatering af, at da den faktiske indvirkning på markedet var irrelevant for kvalificeringen af overtrædelsen som »meget alvorlig«, var den også irrelevant for fastsættelse af bødens udgangsbeløb.

114. Jeg er dog enig i, at hvis konstateringerne i den appellerede doms præmis 63-65 stadfæstes, vil en anfægtelse af de yderligere konstateringer i præmis 66-72 være nytteløs, selv hvis den fik medhold. Det fremgår tydeligt af ordlyden af indledningen til præmis 66 [36], at hvad der fulgte, gik udover, hvad Retten anså for at være en tilstrækkelig

36 — Som, selv om den kan give anledning til en vis tøven på engelsk, modsvarer det utvetydige udtryk »[à] titre surabondant« i den franske version, på hvilket sprog Retten affattede sin dom.

begrundelse. Ydermere er det et spørgsmål om logik, at hvis »karteller, på grund af deres særlige art, fortjener de største bøder«, uanset deres faktiske indvirkning på markedspriserne, og hvis Kommissionen påberåbte sig tilstedeværelsen, snarere end den præcise grad af denne virkning ved fastsættelsen af bødens udgangsbeløb, kan dette beløb ikke anfægtes ved at forsøge at bevise, at virkningen var begrænset.

115. Kommissionen har anført, at det andet anbringende skal afvises i sin helhed, eftersom det alene vedrører Rettens vurdering af faktiske omstændigheder.

116. Her er jeg igen ikke helt overbevist. Flere aspekter af KME's påstande synes at omhandle vurderinger af faktiske omstændigheder — navnlig i appelskriftets punkt 18-20 og 22 og punkt 87 og 89 ovenfor — mens andre er retlige argumenter rettet mod påståede utilstrækkeligheder i den appellerede dom (igen på trods af at de kunne have været mere passende formuleret). KME har i det væsentlige hævdet, at Retten, da den blev konfronteret med uenigheden om, hvilke konklusioner der skulle drages af det tilgængelige bevismateriale, ikke skulle have tilladt Kommissionen at påberåbe sig formodninger udledt af »bevismateriale, der med rimelig sandsynlighed viser, at kartellet havde en indvirkning på markedet«, men skulle i det mindste have krævet en tilfredsstillende tilbagevisning af KME's modbeviser. Dette argument skal, som jeg har forklaret i punkt 113 ovenfor, ses i sammenhæng med en anfægtelse af Rettens konstatering af, at ikke kun var den faktiske markedsindvirkning irrelevant for kvalificeringen af overtrædelsen som »meget alvorlig«, men også at den var irrelevant for fastsættelsen af bødens udgangsbeløb.

117. Jeg vil derfor ikke afvise det første appelanbringende som irrelevant, da det kun anfægter vurderinger af faktiske omstændigheder.

118. For så vidt som appelanbringendet rejser retsspørgsmål, foreslår jeg på den anden side ikke, at det tages til følge. Rettens udtalelse i dommens præmis 64 om, at kartellets mulige konkrete indvirkning på markedet ikke er en afgørende faktor for fastsættelsen af bødernes niveau, er fuldt støttet af den deri nævnte retspraksis [37]. En sådan indvirkning er blot én af mange faktorer — ikke begrænset til de tre, der er opført i retningslinjerne — der skal tages i betragtning. For så vidt som Kommissionen i den anfægtede beslutning faktisk påviste, at der var en indvirkning (en

37 — Jeg henviser navnlig til sammenfatningerne i punkt 95 ff. i generaladvokat Mischos forslag til afgørelse til dommen i sagen Mo och Domsjö mod Kommissionen, og præmis 129 og 130 i dommen i sagen Dalmine mod Kommissionen, begge nævnt i præmis 64 i den appellerede dom, nævnt i punkt 84 ovenfor.

påstand, der ikke benægtes af KME), kunne den anvende den konstatering som en af de faktorer, der dannede grundlag for beregningen af bødens udgangsbeløb. Og for så vidt som Kommissionen dermed ikke antog graden af indvirkning til at være på et bestemt niveau — den arbejdede tværtimod på det udtrykkelige grundlag, at indvirkningen ikke kunne kvantificeres præcist [38] — kan den ikke kritiseres for ikke nøjagtigt at have identificeret dette niveau, og Retten kan heller ikke kritiseres for at have godtaget Kommissionens metode.

119. Jeg skal tilføje, at hvis virksomheder vælger at fremlægge økonometriske undersøgelser til støtte for deres påstande, er Kommissionen naturligvis forpligtet til at tage behørigt hensyn til disse materialer i sin samlede vurdering. Hvis den imidlertid ikke accepterer bevismaterialet i dets helhed, er den ikke forpligtet til at fremlægge en økonometrisk modundersøgelse for at bevise det modsatte.

120. Som jeg påpegede i punkt 83 ovenfor, står det tilbage at undersøge, hvorvidt Rettens undersøgelse af appelanbringendet opfyldte den standard, der kræves af EMRK og charteret.

38 — Jf. især punkt 299-301 og 314 i den anfægtede beslutning.

121. I den henseende bemærker jeg, at KME ikke synes at hævde en sådan mangel. Ingen af de passager, der citeres i forbindelse med dens femte appelanbringende er taget fra den relevante del af Rettens dom. Den del af dommen benytter heller ikke den form for ordlyd, som KME navnlig anfægter, nemlig en henvisning til Kommissionens skønsbeføjelse.

122. Jeg mener endvidere, at Retten behandlede det første anbringende i overensstemmelse med den måde, hvorpå det blev rejst af KME.

123. KME's argument var hovedsaglig baseret på påstanden om, at Kommissionen i henhold til betingelserne i dens egne retningslinjer var forpligtet til enten at måle kartellets faktiske indvirkning på markedet og påberåbe sig denne måling eller afstå fra at påberåbe sig indvirkning på markedet. Retten behandlede dette argument, og undersøgte også — selv om den fandt det overflødigt — både det bevismateriale, der var tilgængeligt for Kommissionen, og de efterfølgende økonometriske rapporter fremlagt af KME og konkluderede, at Kommissionens henvisning til og anvendelse af indvirkning på markedet ved fastsættelsen af bødens udgangsbeløb ikke kunne kritiseres. Selv om andre spørgsmål kunne være blevet rejst — vedrørende f.eks. det mulige behov for at forklare, hvorfor

det samlede udgangsbeløb var 58,1 mio. EUR i stedet for 20 mio. EUR eller 100 mio. EUR — blev de det ikke, og Retten behandlede de spørgsmål, der blev rejst, på en måde, der på ingen måde antyder, at den ikke udøvede sin fulde prøvelsesret som krævet af EMRK.

Andet appelanbringende: markedets størrelse

Relevante passager i den appellerede dom

124. I den anfægtede beslutning beregnede Kommissionen størrelsen af det relevante marked ved at medregne udgifterne til det kobber, der bruges til fremstilling af rørene. KME hævdede i første instans, at en sådan beregning ignorerede markedets virkelighed. Faktisk er det køberne af rørene selv, der fastsætter prisen på det kobber, der skal anvendes, og den pris, der tegner sig for omkring to tredjedele af rørenes endelige pris, lægges over på kunderne. Markedets reelle økonomiske vægt var begrænset til forarbejdningsmargenen, omkring en tredjedel af værdien af de 288 mio. EUR, der blev anvendt i den anfægtede beslutning.

125. I dommens præmis 86-89 påpegede Retten, at Kommissionen kunne — men ikke var forpligtet hertil — henvise til markedets størrelse, når den fastlagde overtrædelsens grovhed med henblik på fastsættelsen af bødens udgangsbeløb, og at det i dette tilfælde var blevet gjort således, omend kun som et af de elementer, der blev taget i betragtning, og at det derfor var nødvendigt at efterprøve, om Kommissionen med urette tog hensyn til prisen på kobber i denne henseende. Rettens konklusion findes i præmis 91-94:

»91 […] der er nemlig ikke nogen rimelig grund til, at omsætningen på det relevante marked beregnes ved at udelukke bestemte produktionsomkostninger. Som Kommissionen med føje har bemærket, findes der i alle erhvervsgrene omkostninger, der er knyttet til det endelige produkt, som fabrikanten ikke har kontrol over, men som ikke desto mindre udgør et væsentligt element i dennes samlede aktiviteter, og som følgelig ikke kan udelukkes fra omsætningen ved fastsættelsen af bødens udgangsbeløb (jf. i denne retning 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 5030 og 5031). Den omstændighed, at kobberprisen udgør en væsentlig del af den endelige pris på industrirør, eller at risikoen for svingningerne i prisen på kobber er langt større end for

andre råmaterialer, anfægter ikke denne konklusion.

92 Endelig skal Retten — for så vidt angår sagsøgernes forskellige argumenter for, at det, i stedet for at anvende kriteriet om omsætningen på det relevante marked, ville have været mere hensigtsmæssigt, med henblik på bødernes afskrækkende virkning og ligebehandlingsprincippet, at fastsætte bødens beløb ud fra rentabiliteten i den berørte sektor eller den dertil knyttede merværdi — fastslå, at disse er uden relevans. I den forbindelse må det for det første fastslås, at overtrædelsens grovhed skal bestemmes på grundlag af flere faktorer, med hensyn til hvilke der tilkommer Kommissionen et skøn (Rettens dom af 12.12.2007, forenede sager T-101/05 og T-111/05, BASF mod Kommissionen, Sml. II, s. 4949, præmis 65), uden at der er opstillet en bindende eller udtømmende liste over de kriterier, som obligatorisk skal tages i betragtning (dommen i sagen Dalmine mod Kommissionen, nævnt i præmis 64 ovenfor, præmis 129), og at det ikke tilkommer Fællesskabets retsinstanser, men Kommissionen, inden for rammerne af sit skøn og i overensstemmelse med de begrænsninger, der følger af ligebehandlingsprincippet og forordning nr. 17, at vælge de faktorer og taloplysninger, den vil lægge til grund for at gennemføre en politik, som sikrer overholdelsen af forbuddene i artikel 81 EF.

93 Det er dernæst uomtvisteligt, at omsætningen i en virksomhed eller på et marked som en faktor i vurderingen af overtrædelsens grovhed nødvendigvis er vag og ufuldstændig. Den sondrer hverken mellem sektorer med en høj merværdi og sektorer med en lav merværdi eller mellem virksomheder med stor fortjeneste og dem med mindre fortjeneste. Imidlertid anser både fællesskabslovgiver, Kommissionen og Domstolen, på trods af den omtrentlige karakter, aktuelt omsætningen for et passende kriterium inden for rammerne af konkurrenceretten, med henblik på at bedømme de berørte virksomheders størrelse og økonomiske vægt (jf. bl.a. dommen i sagen Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen, nævnt i punkt 64 ovenfor, præmis 121, artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, tiende betragtning til samt artikel 14 og 15 i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20.1.2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 24, s. 1)).

94 På baggrund af samtlige ovenstående betragtninger skal det fastslås, at Kommissionen med føje indregnede kobberprisen med henblik på at fastlægge størrelsen af det berørte marked.«

Sammenfatning af parternes argumenter

KME's appel

126. KME har anført, at dens redegørelse for det relevante markeds karakteristika, der ikke blev anfægtet i den appellerede dom, skal betragtes som faktiske omstændigheder med henblik på appelsagen. Den har imidlertid gjort gældende, at Retten foretog en urigtig retsanvendelse og gav en utilstrækkelig begrundelse ved ikke at anerkende, at Kommissionen kan fortolke »omsætning« som nettoomsætning i sin beregning af markedsværdi.

127. For det første viser retspraksis og Kommissionens praksis, at ved beregning af udgangsbeløbet for en bøde skal Kommissionen tage det berørte markeds eller den pågældende virksomheds specifikke omstændigheder i betragtning. Domstolene har antaget, at den kan afvige fra sin almindelige praksis med at basere beregningen af omsætning i overtrædelsens sidste fulde år, hvis dette år ikke er repræsentativt for virksomhedens virkelige størrelse og økonomiske vægt og omfanget af overtrædelsen. Med hensyn til beregningen af den maksimale bøde har Domstolen udtalt, at i hvert enkelt tilfælde, og af hensyn til både sammenhængen og formålene med bødeordningen, skal Kommissionen vurdere den tilsigtede indvirkning på de pågældende virksomheder, under hensyntagen til især en omsætning, der afspejler virksomhedens reelle økonomiske situation i overtrædelsesperioden. I nyere praksis har Kommissionen ofte påberåbt sig retningslinjernes mulighed for at afvige fra reglen om at benytte salget fra det seneste fulde forretningsår med deltagelse i overtrædelsen, når en sådan afvigelse er berettiget af de særlige omstændigheder i sagen eller andre eksterne forhold. Retten har antaget, at Kommissionen kan basere sin vurdering af effektiv økonomisk kapacitet til at forårsage skade på data vedrørende omsætning og markedsandel, medmindre særlige omstændigheder, såsom markedets karakteristik, mærkbart mindsker betydningen af disse oplysninger og kræver hensyntagen til andre faktorer.

128. For det andet gør den omstændighed, at kobberprisen udelukkende afhænger af kundens beslutning om at købe på en bestemt dag, kobberrørindustrien unik og uegnet til sammenligning med andre industrier, ligesom kobber ikke kan sammenlignes med andre inputs — såsom energi, vand og udstyr — hvis priser er kontraktmæssigt fastsat mellem fabrikanten og vedkommende udbyder. Retten konkluderede alligevel fejlagtigt, at der ikke var en gyldig grund til at udelukke kobberprisen fra størrelsen af det marked, der var berørt af kartellet med hensyn til bødeberegningen. Ved at gøre sådan, overtrådte den også principperne om forbud mod forskelsbehandling — i henhold til hvilke forskellige

omstændigheder skal behandles forskelligt — og proportionalitet. Hvad angår det sidstnævnte princip udgør KME's bøde omkring 2 % af dens samlede omsætning på verdensplan i 2002, 40 % af dens EØS-omsætning på markedet for industrirør på grundlag af den fulde pris, herunder kobber, 80 % af dens forarbejdningsomsætning på samme marked, 42 % af dens konsoliderede bruttofortjeneste i 2003 og 16 % af dens konsoliderede nettoværdi i juni 2003.

129. Såfremt Kommissionen for det tredje havde pålagt KME en bøde for et kartel på det samme marked, der ophørte i 2007, og havde beregnet markedsværdien på grundlag af fuld omsætning i dette år, ville udgangsbeløbet for bøden have været langt højere på grund af den meget store stigning i kobberpriserne mellem 2003 og 2007.

130. For det fjerde påberåbte Retten sig fejlagtigt sin dom i sagen Cimenteries CBR [39]. I den sag kontrollerede kartelmedlemmerne de relevante input- omkostninger, såsom udgifter til transport og levering af poser, hvorimod kobberpriserne ikke var kontrolleret af rørfabrikanterne. Retten påberåbte sig endvidere fejlagtigt den retspraksis, der tillagde Kommissionen skønsbeføjelse til at vælge de faktorer, som den bruger til at fastslå en overtrædelses grovhed, herunder generelt omsætning, eftersom fuld prisomsætning ikke er en meningsfyldt indikator for grovheden af en overtrædelse på markedet for industrirør. Kommissionens skønsbeføjelse med hensyn til at vælge disse faktorer kan ikke udvides til at påberåbe elementer, der i lyset af de særlige forhold i den økonomiske sammenhæng ikke har nogen betydning for overtrædelsens grovhed. I dommen undlod Retten at undersøge, hvorvidt de kriterier, Kommissionen havde brugt, var relevante og hensigtsmæssige.

Kommissionens svar

131. Kommissionen har gjort gældende, at KME's påstande om, hvordan kobberpriser fastsættes, og måden hvorpå industrirør sælges, ikke er påviste faktiske omstændigheder med henblik på appelsagen. Retten var ikke forpligtet til at tage stilling til disse detaljer. Kommissionens konstateringer understøttede ikke KME's beskrivelse af kartelmedlemmerne som indkøbere af metallet og Kommissionen hævdede i første instans, at af de grunde, som i sidste ende blev lagt til grund i den appellerede dom, var KME's påstand om, at den ofte handlede som agent for sine

39 — Nævnt i den appellerede doms præmis 91.

kunder, irrelevant. Som Kommissionen forklarede, hvor end kunden faktisk købte kobberet og anmodede KME om at forarbejde det, ville metalprisen ikke indgå i KME's omsætning. Under alle omstændigheder er Rettens konstateringer vedrørende størrelsen af markedet for industrirør uforenelige med udtalelsen om, at industrirørsfabrikanter samtidig forestod salg på et konkurrerende kobbermarked og kartellets forarbejdningsmarked; der er kun ét marked — for industrirør.

132. Retten forkastede KME's påstand om, at markedet for industrirør er unikt på grund af manglende kontrol over prisen på basismaterialer, uden at den var forpligtet til at nå frem til en afgørelse om KME's detaljerede påstande. Den udtalte i dommens præmis 91, at der ikke var nogen rimelig grund til at kræve, at omsætningen på det relevante marked beregnedes ved at udelukke bestemte produktionsomkostninger, og konstaterede, at der i alle erhvervsgrene findes omkostninger, der er knyttet til det endelige produkt, som fabrikanten ikke har kontrol over, men som ikke desto mindre udgør et væsentligt element i dennes samlede aktiviteter, og som følgelig ikke kan udelukkes fra omsætningen ved fastsættelsen af bødens udgangsbeløb. Den omstændighed, at kobberprisen udgør en væsentlig del af den endelige pris på industrirør, eller at risikoen for svingningerne i prisen på kobber er langt større end for andre råmaterialer, anfægter ikke denne konklusion.

133. Med dette appelanbringende anmodes Domstolen blot om at foretage en anden vurdering af, om industrirørsbranchen er unik. KME gentager sine påstande fra første instans om kunders kontraktmæssige rettigheder i forbindelse med kobberprisen, størrelsen af kobberprisen i forhold til den samlede pris for røret og kobberprisens svingninger. Ikke alene må dette argument afvises, men intet adskiller fabrikanter af industrirør fra andre fabrikanter, der køber råmaterialer, forsyninger eller udstyr. Ingen ikke-dominerende virksomhed kan kontrollere prisen på basismaterialer. Alle kontrakter er et resultat af fabrikantens eget valg — her med den fordel, at risikoen for svingninger i kobberprisen videregives til kunden.

134. I præmis 93 anerkendte Retten, at omsætningen i en virksomhed eller på et marked som en faktor i vurderingen af overtrædelsens grovhed nødvendigvis er vag og ufuldstændig. Den anerkendte, at der i forbindelse med omsætning ikke skelnes mellem sektorer med høj eller lav merværdi eller mellem virksomheder, der er mere eller mindre rentable. Rettens vurdering var ikke desto mindre, at

omsætning er et hensigtsmæssigt kriterium, med hensyn til konkurrenceret, til at vurdere de pågældende virksomheders størrelse og økonomiske vægt. KME's argumenter opfordrer derimod blot Domstolen til at tage afstand fra Rettens vurdering i denne henseende. Denne vurdering blev afbalanceret efter megen drøftelse i de skriftlige indlæg og under retsmødet, og det blev foretrukket at objektivere omsætningen frem for potentialet for endeløs kontrovers, subjektivitet og uforudsigelighed, som KME's forslag om fradrag af omkostninger, kartelmedlemmerne ikke kontrollerer, ville indebære.

135. Rettens vurdering er korrekt. Domstolen bør navnlig modsætte sig KME's påstand om, at den bør vurdere bøden på ny på grundlag af tallene fra enten 2002 eller 2003. Sådanne argumenter kan kun fremføres for Retten.

produktionsomkostninger«, at »[der] findes [...] i alle erhvervsgrene omkostninger, der er knyttet til det endelige produkt, som fabrikanten ikke har kontrol over, men som ikke desto mindre udgør et væsentligt element i dennes samlede aktiviteter, og som følgelig ikke kan udelukkes fra omsætningen ved fastsættelsen af bødens udgangsbeløb«, og at »[d]en omstændighed, at kobberprisen udgør en væsentlig del af den endelige pris på industrirør, eller at risikoen for svingningerne i prisen på kobber er langt større end for andre råmaterialer, anfægter ikke denne konklusion«. I præmis 93 konkluderede Retten, at »[i]midlertid anser både fællesskabslovgiver, Kommissionen og Domstolen, på trods af den omtrentlige karakter, aktuelt omsætningen som et passende kriterium inden for rammerne af konkurrenceretten, med henblik på at bedømme de berørte virksomheders størrelse og økonomiske vægt«. Endelig anførte Retten i præmis 94: »På baggrund af samtlige ovenstående betragtninger skal det fastslås, at Kommissionen med føje indregnede kobberprisen med henblik på at fastlægge størrelsen af det berørte marked.«

Bedømmelse

136. Hvad angår tilstrækkeligheden af Rettens undersøgelse påpeger Kommissionen, at (i forbindelse med det femte appelanbringende, men med henvisning til behandlingen af dens andet anbringende i første instans) KME nævner præmis 92 i den appellerede dom, i hvilken Retten henviser til Kommissionens skønsbeføjelse. Imidlertid konstaterede Retten i præmis 91, at »der ikke er nogen rimelig grund til, at omsætningen på det relevante marked beregnes ved at udelukke bestemte

137. Det underliggende spørgsmål er, hvorvidt Kommissionen, når den anvender markedsstørrelsen (dvs. salgsmængde snarere end geografisk udstrækning) som et af de kriterier, på grundlag af hvilke den vurderer

en overtrædelses grovhed, i hvert tilfælde skal henvise til fulde priser, eller hvorvidt den kan nøjes med at henvise til den del af prisen, som lovovertræderne kunne påvirke.

138. KME's påstand er ikke, at markedsstørrelse aldrig bør tages i betragtning, eller at det altid er forkert at henvise til fulde priser, men at på markedet for kobberrør gør særlige forhold sig gældende, hvilket betyder, at det er forkert i dette tilfælde. KME har derfor gjort gældende, at Retten har foretaget en urigtig retsanvendelse og givet en utilstrækkelig begrundelse for, at den fandt, at bruttoomsætning var en gyldig målestok for markedsstørrelse.

139. Kommissionen har efter min opfattelse med føje gjort gældende, at KME i vid udstrækning anmoder Domstolen om at fastlægge de faktiske omstændigheder vedrørende markedets kendetegn, hvilket Domstolen ikke har kompetence til i en appelsag. Retten fastslog kun, at »kobberprisen udgør en væsentlig del af den endelige pris på industrirør« og »risikoen for svingningerne i prisen på kobber er langt større end for andre råmaterialer«. KME har ikke hævdet, at Retten med denne konstatering gengav beviserne urigtigt. Det er derfor på det faktiske grundlag, at det skal vurderes, hvorvidt Retten foretog en urigtig retsanvendelse eller gav utilstrækkelig begrundelse.

140. Retten fremsatte fire konstateringer til støtte for sine retlige vurderinger — markedets størrelse, målt i salgsmængde, vil omfatte nogle omkostninger, som fabrikanter ikke kan kontrollere, forholdene på markedet for industrirør er ikke enestående i denne henseende, Kommissionen har en vis frihed til at vælge de faktorer, som den tager i betragtning, og bruttoomsætning er en accepteret, omend ufuldkommen, vejviser til en virksomheds størrelse og økonomiske vægt.

141. Jeg ser ikke nogen fejl i denne argumentation. Det er korrekt, at Cimenteries CBR-sagen, som Retten henviste til, omfattede forbundne omkostninger, der uden tvivl var af mindre betydning end kobberprisen i den foreliggende sag, men gradsforskellen er ikke til hinder for en udvikling af den eksisterende retspraksis, så den dækker mere betydelige omkostninger. Det synes endvidere uundgåeligt, at den andel af omsætningen, der udgøres af råmaterialer, vil variere betydeligt fra den ene sektor til den anden. Hvis det var tilladt at tage bruttoomsætning i betragtning i nogle tilfælde, men ikke tilladt i andre, ville det være nødvendigt at fastsætte en tærskel, sandsynligvis i form af et forhold mellem netto- og bruttoomsætning, hvilket ville udløse en forskel i behandling. Men en sådan tærskel vil være meget vanskelig at anvende og vil give anledning til endeløse og uløselige tvister, herunder påstande om forskelsbehandling. Man skal desuden huske, at en direkte matematisk forbindelse mellem markedets størrelse og det samlede udgangsbeløb for bøderne

ikke fremgår af den anfægtede beslutning, og Retten fandt, at markedets størrelse kun var én af de faktorer, som Kommissionen havde anvendt. Under disse omstændigheder synes det ikke urimeligt at acceptere, at Kommissionen kan påberåbe sig en »tilnærmet« — men umiddelbart anvendelig — målestok til at måle markedsstørrelsen, som ét af en kombination af kriterier, der benyttes til at fastslå overtrædelsens grovhed. KME har under alle omstændigheder ikke fremført en tilstrækkelig begrundelse for at konkludere, at Retten *foretog en urigtig retsanvendelse* ved at nå til den konklusion, at Kommissionen kunne handle sådan.

142. Jeg går nu over til spørgsmålet om, hvorvidt Rettens undersøgelse af det andet anbringende var tilstrækkelig i lyset af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis.

143. Det er først og fremmest korrekt, at Retten i sin begrundelse fastslog, at »overtrædelsens grovhed skal bestemmes på grundlag af flere faktorer, med hensyn til hvilke der tilkommer Kommissionen et skøn«, og at »det ikke tilkommer Fællesskabets retsinstanser, men Kommissionen, inden for rammerne af sit skøn [...] at vælge de faktorer og taloplysninger, den vil lægge til grund«. KME har i det mindste anvendt den første af disse passager til i forbindelse med sit femte anbringende at gøre gældende, at Retten udviste »tendensiøst hensyn« til Kommissionens skøn.

144. Det fremgår imidlertid klart af det andet appelanbringende — i hvilket KME hævder, at »Kommissionens skønsbeføjelse ved valget af faktorer, der benyttes til at bestemme grovheden af et kartel, kan ikke udvides til det punkt hvor forhold, der, i lyset af de særlige omstændigheder i den økonomiske sammenhæng, ikke havde nogen betydning for overtrædelsens grovhed, påberåbes« — at KME faktisk anerkender tilstedeværelsen af denne skønsbeføjelse og blot er uenig med Retten med hensyn til dens omfang. Det forekommer mig, at dette ikke kan danne et tilstrækkeligt grundlag for at hævde, at Retten har undladt at udøve sin fulde prøvelsesret ved undersøgelsen af den anfægtede beslutning.

145. Det er ligeledes korrekt, at Rettens relevante konstateringer i dommens præmis 91-93, er kortfattede. Dette behøver imidlertid ikke nødvendigvis at afspejle en mangel på grundig undersøgelse af argumenterne. Tværtimod fremgår det tydeligt af den lange redegørelse for KME's argumenter (præmis 75-82), og af afvisningen (i præmis 88) af Kommissionens argument om, at markedets størrelse ikke er relevant for bødebeløbet, at det andet anbringende var blevet grundigt undersøgt. Rettens konstateringer er i

fuld overensstemmelse med den konklusion, at den nåede frem til sine egne synspunkter vedrørende det hensigtsmæssige i at inddrage kobberprisen ved vurderingen af markedsstørrelsen med henblik på at fastslå grovheden af en overtrædelse, og KME har efter min mening ikke fremført noget overbevisende argument, der kan anfægte en sådan konklusion.

Tredje appelanbringende: procentsatsforhøjelse på grundlag af varighed

Relevante passager i den appellerede dom

146. I det tredje anbringende hævdede KME i første instans, at når retningslinjerne tillader en forhøjelse på *op til* 10 % pr. år (altså mellem 0 % og 10 %) på grundlag af overtrædelsens varighed, skulle Kommissionen have justeret denne forhøjelse for at tage hensyn til kartellets varierende intensitet i hele dets levetid og dets manglende indvirkning på priserne, i stedet for at anvende en fast forhøjelse på den maksimale sats på »10 % for hvert år af varigheden, altså med en samlet sats på 125 %«. Retten forkastede dette anbringende som ubegrundet. Den konstaterede i den appellerede doms præmis 100-104, at:

»100 […] en forhøjelse af bøden på grundlag af varigheden ikke er begrænset til tilfælde, hvor der foreligger en direkte forbindelse mellem varigheden og den [forøgede [40]] skade, som er blevet tilføjet de ved traktatens konkurrenceregler tilstræbte fællesskabsformål (jf. i denne retning Rettens dom af 30.9.2003, sag T-203/01, Michelin mod Kommissionen, Sml. II, s. 4071, præmis 278 og den deri nævnte retspraksis).

101 Det fremgår desuden af retningslinjerne, at Kommissionen ikke har indført nogen overlapning eller gensidig afhængighed mellem bedømmelsen af overtrædelsens grovhed og af dens varighed.

102 Det fremgår tværtimod, for det første, af opbygningen af retningslinjerne, at de fastsætter en bedømmelse af selve overtrædelsens grovhed med henblik på at fastsætte et udgangsbeløb for bøden. For det andet analyseres overtrædelsens grovhed på baggrund af den berørte virksomheds egenskaber, bl.a. dens størrelse og dens stilling på det relevante marked, hvilket kan give anledning til en vægtning af udgangsbeløbet, til en opdeling af

40 — — Jf. fodnote 43 nedenfor.

virksomhederne i kategorier og til fastsættelsen af et særligt udgangsbeløb. For det tredje henses der til overtrædelsens varighed med henblik på at fastsætte grundbeløbet, og for det fjerde fastsætter retningslinjerne, at der skal tages hensyn til de skærpende og formildende omstændigheder, som gør det muligt at fastsætte bøden, bl.a. i forhold til de berørte virksomheders aktive eller passive rolle i forbindelse med gennemførelsen af overtrædelsen.

103 Heraf følger, at den ene omstændighed, at Kommissionen har forbeholdt sig muligheden for at foretage en forhøjelse for hvert års overtrædelser, som for så vidt angår overtrædelser af lang varighed kan være op til 10 % af det beløb, der er fastsat for overtrædelsens grovhed, på ingen måde forpligter Kommissionen til at fastsætte denne sats ud fra intensiteten af kartellets aktiviteter eller dets virkninger, dvs. overtrædelsens grovhed. Det tilkommer nemlig Kommissionen inden for rammerne af dens skønsbeføjelse (jf. præmis 36 ovenfor) at vælge satsen for den forhøjelse, den ønsker at anvende på baggrund af overtrædelsens varighed.

104 I det foreliggende tilfælde har Kommissionen bl.a. i 335. og 340. betragtning til den anfægtede beslutning fastslået, at KME-koncernen havde deltaget i overtrædelsen i en varighed af 12 år og ti måneder, dvs. en lang varighed i henhold til retningslinjerne, og følgelig forhøjet bøden med 125 %. Således har Kommissionen ikke undladt at anvende de bestemmelser, den har pålagt sig selv i retningslinjerne. Retten finder det desuden ikke åbenbart, at denne forhøjelse på 125 % i det foreliggende tilfælde er uforholdsmæssig.«

Sammenfatning af parternes argumenter

KME's appel

147. KME gør gældende, at Rettens argumentation er uklar, ulogisk og utilstrækkelig, da den ikke fastsætter en klar regel.

148. Fortolkning og anvendelse af retningslinjernes punkt 1 B er ofte diskuteret i retspraksis — der imidlertid undlader at formulere de kriterier, på grundlag af hvilke Kommissionen for en overtrædelse på over 5 år skal justere udgangsbeløbet for bøden inden for et interval på 0 % til 10 % for hvert af overtrædelsens år. Punktet synes blot at sige, at en forhøjelse på grundlag af varighed ikke er begrænset til tilfælde, hvor der foreligger en direkte forbindelse mellem varighed og

en mere alvorlig skade, der er blevet tilføjet de ved Fællesskabets konkurrenceregler tilstræbte formål — med andre ord, udgangsbeløbet kan forhøjes på grundlag af varighed, også selv om den skade, der er blevet tilføjet de ved Fællesskabets konkurrenceregler tilstræbte formål, ikke forværres som en direkte følge af denne faktor, eller mangler helt. Denne fremgangsmåde må være forkert.

149. For det første strider den nævnte fremgangsmåde mod den klare ordlyd af punkt 1 B, der taler om virkelig at sanktionere begrænsninger, der »har medført varige skadelige virkninger for forbrugerne«. Kommissionen har således selv fastsat kravet om en direkte forbindelse mellem varighed og skadelig virkning, der længe er blevet anerkendt i retspraksis. Retten konstaterede, at når Kommissionen fastsætter udgangsbeløbet for bøden i forhold til grovhed med hensyn til faktisk indvirkning på markedet, skal denne indvirkning »fuldt ud kunne godtgøres i hele kartellets levetid« og i mangel heraf, skal udgangsbeløbet nedsættes [41].

150. For det andet ved at anføre, at Kommissionen ikke har fastslået en overlapning eller indbyrdes afhængighed mellem vurderingen af grovheden og af overtrædelsens varighed i retningslinjerne, anerkendte Retten Kommissionens påstand om, at det forhøjelsesbeløb, som vedrører overtrædelsens varighed, udelukkende afspejler dens varighed, ikke dens grovhed, således at alle relevante faktorer vedrørende overtrædelsens intensitet allerede er taget i betragtning, når dens grovhed vurderes. Retten undlod imidlertid at undersøge, om Kommissionen ved vurderingen af grovheden lagde tilstrækkelig vægt på den omstændighed, at kartellet vekslede i intensitet og effektivitet over tid, og der var betydelige perioder med spændinger og afvigelser. I stedet for at godtage Kommissionens udtalelse om, at den ønskede at undgå at tælle de samme faktorer to gange til kartelmedlemmernes fordel, burde Retten have undersøgt, hvorvidt dette virkelig var tilfældet i den anfægtede beslutning. Kommissionen undlod faktisk to gange at tage hensyn til svingningerne i intensitet, herunder to dvaleperioder — én gang ved fastsættelsen af udgangsbeløbet for bøden på grundlag af grovhed og atter ved fastsættelsen af forhøjelsen på grundlag af varighed.

151. For det tredje fejlede Retten i sin logik ved at fastslå, at forhøjelsen på 10 % pr. år var forenelig med principperne i retningslinjerne, simpelthen fordi retningslinjerne foreskriver en forhøjelse på op til 10 % pr. år. Det ville have været korrekt, hvis retningslinjerne havde omhandlet en forhøjelse *på* (i stedet for *op til*) 10 %. Kommissionens skøn med hensyn til at fastsætte sanktioner mellem en

41 — Dom af 5.4.2006, sag T-279/02, Degussa mod Kommissionen, Sml. II, s. 897, præmis 247 og 254.

maksimums- og en minimumsværdi er imidlertid ikke uhæmmet, og den skal således forklare sit valg med henvisning til hver enkelt sags forhold, hvilket er underlagt domstolskontrol. Retten skulle ikke have godkendt anvendelsen af den maksimale forhøjelse uden først at vurdere, hvordan Kommissionen udøvede sin skønsbeføjelse.

152. Endelig begik Retten en fejl ved at konkludere, at forhøjelsen på 125 % af udgangsbeløbet for bøden ikke var åbenbart uforholdsmæssig. Kommissionen medgav i den anfægtede beslutning, at kartellet vekslede i intensitet og effektivitet, og at der var betydelige perioder med spændinger og afvigelser, men anvendte den maksimale forhøjelse på grundlag af varighed. KME ville således være blevet behandlet på den samme måde, selv om kartellet havde opretholdt fuld intensitet og effektivitet i hele sin levetid. Ved at undlade at anerkende og lægge vægt på denne virkelighed og berigtige Kommissionens fastsættelse af forhøjelsen tilsidesatte Retten principperne om proportionalitet og ligebehandling.

153. KME er derfor af den opfattelse, at den appellerede dom bør ophæves i denne henseende, og at Domstolen skal udøve sin fulde prøvelsesret med henblik på at fastsætte en passende, lavere procentsats for forhøjelsen på grundlag af varighed, fastsætte udgangsbeløbet på ny og dermed det samlede bødebeløb.

Kommissionens svar

154. Kommissionen har gjort gældende, at Retten fastslog, at den ikke var forpligtet til at fastsætte forhøjelsen på grundlag af varighed med henvisning til kartellets intensitet eller følger eller overtrædelsens grovhed. KME's appelanbringende udtrykker blot uenighed med den vurdering og anmoder Domstolen om at erstatte den med sin egen vurdering, og kan dermed ikke antages til realitetsbehandling.

155. Retten har givet en klar og logisk begrundelse for sin vurdering, der besvarede alle KME's retlige påstande. Den fastslog, at en forhøjelse på grundlag af varighed ikke er begrænset til tilfælde, hvor der foreligger en direkte forbindelse mellem varigheden og en mere alvorlig skade, der er blevet tilføjet de ved Fællesskabets konkurrenceregler tilstræbte formål. Retten har forklaret, at retningslinjerne ikke fastsætter nogen overlapning eller gensidig afhængighed mellem bedømmelsen af overtrædelsens grovhed og

af dens varighed. De fastsætter snarere fire særskilte trin. Kommissionen skal:

a) vurdere overtrædelsens grovhed som sådan for at fastsætte udgangsbeløbet

b) analysere overtrædelsens grovhed med hensyn til hver virksomheds kendetegn, hvilket kan give anledning til en vægtning af udgangsbeløbet

c) tage overtrædelsens varighed i betragtning med henblik på at fastsætte grundbeløbet, og

d) tage hensyn til skærpende og formildende omstændigheder, der kan føre til justeringer af bøden.

156. Således indgår overtrædelsens grovhed og kartellets intensitet eller følger ikke nødvendigvis i forhøjelsen for varighed i det tredje trin. Da KME's argumenter om, at forhøjelsen burde have været lavere end 10 % pr. år, udelukkende var baseret på disse forhold, var de ubegrundede. Retten vurderede ikke desto mindre, at stigningen på 125 % ikke var åbenbart uforholdsmæssig.

157. KME hævder nu, at denne vurdering var uretfærdig, og at Domstolen bør erstatte den med sin egen vurdering. Imidlertid er formålet med Domstolens efterprøvelse »[u]nder en appelsag […] dels at undersøge, i hvilket omfang Retten juridisk korrekt har taget hensyn til alle væsentlige faktorer ved vurderingen af grovheden af en given adfærd [...], dels at undersøge, om Retten i tilstrækkelig grad har taget stilling til alle de argumenter, som appellanten har fremført til støtte for sin påstand om ophævelse eller nedsættelse af bøden [...] Hvad angår påstanden om, at bøden er urimelig stor, bemærkes, at det ikke tilkommer Domstolen, når den træffer afgørelse vedrørende retlige spørgsmål under en appelsag, af billighedsgrunde at omgøre det skøn, som Retten har udøvet under sin fulde prøvelsesret vedrørende størrelsen af de bøder, som er pålagt virksomheder for overtrædelse af EU-retten [42]«.

158. KME's tredje anbringende skal derfor afvises. Endvidere er det af de grunde, som Retten har anført, ubegrundet.

42 — Dom af 29.4.2004, sag C-359/01 P, British Sugar mod Kommissionen, Sml. I, s. 4933, præmis 47 og 48.

159. Hvad angår tilstrækkeligheden af Rettens undersøgelse påpeger Kommissionen, at KME (i forbindelse med det femte appelanbringende, men med henvisning til behandlingen af det tredje anbringende i første instans) nævner dommens præmis 103, i hvilken Retten i forbindelse med retningslinjerne henviser til Kommissionens skøn med hensyn til forhøjelsen som værende relateret til overtrædelsens varighed. I præmis 100 havde Retten imidlertid allerede fastslået, at »en forhøjelse af bøden på grundlag af varigheden ikke er begrænset til tilfælde, hvor der foreligger en direkte forbindelse mellem varigheden og den [forværrede] skade, som er blevet tilføjet de ved traktatens konkurrenceregler tilstræbte fællesskabsformål« [43]. Med hensyn til KME's påstand om, at Kommissionen i denne henseende havde begrænset sig selv ved at indføre retningslinjerne, redegjorde Retten i præmis 102 for disse retningslinjers system, og i præmis 103 konkluderede den, at »[h]eraf følger, at den ene omstændighed, at Kommissionen har forbeholdt sig muligheden for at foretage en forhøjelse for hvert års overtrædelser, som for så vidt angår overtrædelser af lang varighed kan være op til 10 % af det beløb, der er fastsat for overtrædelsens grovhed, på ingen måde forpligter Kommissionen til at fastsætte denne sats ud fra intensiteten af kartellets aktiviteter eller dets virkninger, dvs. overtrædelsens grovhed. Det tilkommer nemlig Kommissionen inden for rammerne af dens vide skønsbeføjelse at vælge satsen for den forhøjelse, den ønsker at anvende på baggrund af overtrædelsens varighed«. Således tog Retten stilling til KME's argument om, at Kommissionen havde forpligtet sig på en særlig måde ved indførelsen af retningslinjerne, og fastslog, at det havde den ikke.

Bedømmelse

160. Et uventet element i det her omhandlede anbringende (og i det tilsvarende anbringende i første instans og endog i den relevante del af den anfægtede beslutning) er, at hele stridspunktet viser sig at være baseret på en elementær regnefejl, som det fremgår af den appellerede dom, på trods af, at den ser ud til at have undsluppet alle berørte parters opmærksomhed.

161. KME's klage har fra begyndelsen gået ud på, at koncernens bøde var forhøjet med 125 %, en sats, som den anser for urimeligt høj, på grundlag af overtrædelsens varighed. Kommissionen har ikke bestridt denne forudsætning på nogen måde (hvilket utvivlsomt er grunden til, at den blev uanfægtet accepteret af Retten) og synes endog at have haft det indtryk, at den forhøjede KME's bøde med 125 % i den anfægtede beslutning. Det gjorde den imidlertid ikke.

162. Den omstændighed, at forhøjelsen var betydeligt mindre, fremgår uden nogen kompliceret beregning. Hvis et beløb forhøjes med 100 %, er det fordoblet, og hvis det forhøjes med 125 %, er det således mere end fordoblet. Hvis man imidlertid sammenligner de samlede tal for hele KME-koncernen i

43 — Den engelske version af den appellerede dom anvender »acute« her, men den franske version (på hvilket sprog dommen oprindelig blev affattet) anvender »accru« — dvs. »increased«. I tidligere retspraksis er »accru« blevet oversat til »serious«. Måske ville »aggravated« være en bedre oversættelse.

den appellerede doms præmis 17 og 19 (henholdsvis 35 mio. EUR og 56,88 mio. EUR) [44], fremgår det, at den forhøjelse, der er anført i præmis 19, resulterede i, at udgangsbeløbet var mindre end fordoblet. Faktisk var den reelle forhøjelse på 62,5 % [45], blot halvdelen af hvad, der er blevet hævdet, antaget eller accepteret under hele proceduren. I realiteten behandlede Kommissionen KME's adfærd som deltagelse i to særskilte overtrædelser, en på syv år og en på fem og et halvt år, hvilket førte til en lavere samlet forhøjelse for varighed end i Outokumpus og Wielands tilfælde, på trods af, at adfærden varede i mindst 12 år og 10 måneder for alle deltagerne. [46]

163. Det er bekymrende, at en sådan uoverensstemmelse på næsten 22 mio. EUR [47] kan gå ubemærket hen. Måske efterså KME's revisorer ikke beregningerne i den anfægtede beslutning, eller de fandt ikke anledning til at henlede opmærksomheden på problemet, og koncernens advokater besad måske ikke de relevante regnefærdigheder eller undlod at kontrollere de pågældende størrelsesordner på den måde, som jeg har beskrevet i det foregående punkt. Det er også muligt, at tallene aldrig blev kontrolleret af Kommissionen, hverken under beregningen af bøden eller under retssagen. Hvis (hvilket synes usandsynligt) hensigten faktisk var at anvende en samlet forhøjelse på 62,5 %, ser det i hvert fald ud til, at der ikke var nogen kommunikation inden for Kommissionen mellem de ansvarlige for bødefastsættelsen og de ansvarlige for at forsvare den af KME anlagte sag.

44 — Jf. punkt 26 ovenfor.

45 — Mere præcist var det lidt over 62,5 % da Kommissionen efter udførelsen af sin beregning rundede det endelige beløb op fra 56,875 mio. EUR til 56,88 mio. EUR; der blev imidlertid foretaget en kompenserende afrunding nedad på et senere tidspunkt, da en 30 % nedsættelse blev anvendt. De beløb, som Kommissionen benytter i den anfægtede beslutning, ser alle ud til at være afrundet til de nærmeste 10 000 EUR.

46 — Da KME-koncernen først blev dannet som sådan i 1995 (selv om de selskaber, som den består af, deltog i kartellet i hele perioden), opdelte Kommissionen den samlede bøde i to lige dele: den ene for perioden fra 1988 til 1995, der blev underopdelt mellem de forskellige selskaber, den anden for perioden fra 1995 til 2001 for koncernen som helhed. Kommissionen anvendte en forhøjelse på 70 % på den første del, og en forhøjelse på 55 % på den anden — som den synes at have troet gav i alt 125 %, der var den forhøjelse, som den anvendte på udgangsbeløbene for Outokumpu og Wieland (jf. fodnote 16 ovenfor). Når halvdelen af et beløb forhøjes med én procentsats og den anden halvdel med en anden sats, forhøjes det samlede beløb faktisk ikke med summen, men med gennemsnittet af de to procenttal. Dette bliver endnu tydeligere, hvis vi forestiller os, at hver halvdel forhøjes med den samme procentsats — f.eks. 55 % i hvert tilfælde; den samlede forhøjelse er tydeligvis 55 %, ikke 110 %.

47 — Hvis grundbeløbet på 35 mio. EUR var blevet forhøjet med 125 %, ville resultatet have været 78,75 mio. EUR, dvs. 21,87 mio. EUR mere end det faktiske beløb på 56,88 mio. EUR.

164. I alle tilfælde synes nettoresultatet at være, at mens Outokumpus og Wielands bøder faktisk blev forhøjet med 125 % (en akkumuleret sats på 10 % for hvert års i overtrædelse) på dette beregningsstadie, blev KME's bøder kun forhøjet med 62,5 % (lidt under 5 % pr. år), selv om den havde deltaget i kartellet, enten som en koncern eller som forskellige virksomheder, i den samme tidsperiode.[48] Dette blotlægger, hvad der synes at være en mangel i den anfægtede beslutning, der, hvis den var blevet bemærket, kunne være blevet anfægtet af Outokumpu eller Wieland eller kunne have ført til, at Retten forhøjede KME's bøde.

165. Spørgsmålet er imidlertid: hvordan påvirker dette det her omhandlede appelanbringende?

166. Efter min opfattelse gør det appelanbringendet irrelevant. Det synes faktisk at gøre det oprindelige anbringende i første instans irrelevant, og Kommissionens argumenter, sammen med Rettens konstateringer, irrelevante. KME's argument er, at Kommissionen ikke skulle have anvendt den maksimale forhøjelse på 10 % for hvert år af overtrædelsen på grund af en formodet varighed på (eller snarere over) 12 og et halvt år, der resulterer i en samlet forhøjelse på 125 %. Det gjorde Kommissionen ikke, og dér bør spørgsmålet lægges til hvile.

167. Det er korrekt, at det er teoretisk muligt særskilt at behandle spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen skulle have anvendt den anvendte maksimale forhøjelse på 10 % pr. år på den måde, den gjorde, der førte til en samlet forhøjelse på 62,5 %. Imidlertid er både Rettens argumentation og KME's appelanbringende baseret på den antagelse, at den samlede forhøjelse var 125 %. Det ville være ren spekulation at behandle spørgsmålet i lyset af, hvad denne argumentation og denne påstand kunne have været, hvis den rigtige forhøjelse var blevet taget i betragtning.

168. Det kan indskydes, at den omstændighed, at Retten ikke opdagede afvigelsen, understøtter KME's påstand om, at niveauet for domstolsprøvelsen var utilstrækkeligt. Retten foretog sig imidlertid ikke andet end at basere sin dom på en forudsætning, der var accepteret af begge parter. Hvis Retten endvidere havde fastslået, at forudsætningen var fejlagtig, ville udfaldet ikke have været gunstigt for KME, som dermed ikke kan hævde, at

48 — Hvis der blev anvendt den samme forhøjelse, ville KME's samlede bødepålæg efter nedsættelsen på 30 % efter min beregning have beløbet sig til 55,125 mio. EUR (35 + 125 % = 78,75; 78.75 — 30 % = 55,125) i stedet for 39,81 mio. EUR. Dette beløb kunne så i det nødvendige omfang være blevet fordelt i forholdet 7:5,5, der repræsenterer de to tidsperioder fra 1988 til 1995 og fra 1995 til 2001.

dens rettigheder på nogen måde blev negativt påvirket.

Fjerde appelanbringende: nedsættelse af bøden på grundlag af samarbejde

Relevante passager i den appellerede dom

169. I den anfægtede beslutning nedsatte Kommissionen Outokumpus bøde for at tage hensyn til den omstændighed, at selskabet havde fremskaffet bevismateriale, der gjorde det muligt at fastsætte overtrædelsens varighed til 12 år og 10 måneder, i stedet for kun fire år. Nedsættelsen satte Outokumpu i samme situation, som hvis forhøjelsen på grund af varigheden kun havde været 40 % i stedet for 125 %.

170. I det fjerde led i det fjerde anbringende i første instans har KME gjort gældende, at Kommissionen, under tilsidesættelse af retningslinjerne og principperne om billighed og ligebehandling, ikke har taget passende hensyn i den anfægtede beslutning til KME's bidrag til fastlæggelsen af overtrædelsens samlede varighed. Efter at have været den første til at levere afgørende bevismateriale til Kommissionen (i modsætning til blot oplysninger) for to perioder af overtrædelsen (maj 1988 til november 1992 og maj 1998 til slutningen af 1999) burde KME have fået en nedsættelse af bøden for disse perioder, på samme måde som Outokumpus bøde blev nedsat.

171. Retten forkastede dette argument i præmis 123 til 133 i sin dom:

»123 [...] det [bør] først konstateres, at hverken Outokumpu eller sagsøgerne i henhold til samarbejdsmeddelelsen af 1996 kunne indrømmes en nedsættelse på over 50 % af de endelige bøder, de blev pålagt, eftersom de ikke havde anmeldt overtrædelsen til Kommissionen, inden denne indledte kontrolundersøgelser, som gav den et tilstrækkeligt grundlag for at indlede den overtrædelsesprocedure, der medførte den anfægtede beslutning.

124 Det er endvidere ubestridt, at Kommissionen i form af et notat fra Outokumpu af 30. maj 2001 for første gang fik oplysninger om kartellets samlede varighed. På grundlag af de oplysninger, som tidligere var blevet indleveret af selskabet Mueller Industries Inc., kunne Kommissionen nemlig kun bevise, at der forelå en overtrædelse fra maj 1994 til maj 1998. Imidlertid har sagsøgerne hævdet, at det er takket være de oplysninger, de videregav til

Kommissionen i oktober 2002, at denne endeligt kunne bevise eksistensen af kartellet i perioderne fra maj 1988 til november 1992 og fra maj 1998 til slutningen af 1999.

125 Ved at fastlægge overtrædelsens yderligere varighed kunne Kommissionen forhøje udgangsbeløbet for de bøder, der blev pålagt lovovertræderne med 125 % i stedet for 40 % i henhold til retningslinjernes punkt 1 B. Følgelig løb de virksomheder, som havde indgivet oplysninger til Kommissionen om overtrædelsens yderligere varighed, en risiko for at få udgangsbeløbet for deres bøder forhøjet med yderligere 85 procentpoint.

126 Det drejer sig om det i samarbejdsmeddelelsen af 1996 iboende paradoks, hvorved en virksomhed, som henhører under meddelelsens afsnit D, og som indgiver nye oplysninger til Kommissionen, løber en risiko for at blive sanktioneret hårdere end i tilfældet, hvor den ikke havde videregivet disse oplysninger til Kommissionen. Retningslinjernes punkt 3, sjette led, hvorefter »virksomhedens reelle samarbejdsvilje i forbindelse med behandlingen af sagen, uden for [samarbejdsmeddelelsen af 1996]« kan udgøre en formildende omstændighed, gør det muligt at afhjælpe dette paradoks.

127 I nærværende sag har Kommissionen, ved at anvende retningslinjernes punkt 3, sjette led, uden at nævne det, reelt indrømmet Outokumpu immunitet for så vidt angår den yderligere varighed af kartellet, hvilken varighed Kommissionen ikke var bekendt med inden modtagelsen af notatet af 30. maj 2001 (386. betragtning til den anfægtede beslutning).

128 Det skal derfor undersøges, om Kommissionen var forpligtet til, enten i henhold til retningslinjernes punkt 3, sjette led, eller efter ligebehandlingsprincippet, tillige at indrømme sagsøgerne en nedsættelse for de oplysninger, de indgav til Kommissionen, mere end 16 måneder efter Outokumpu vedrørende perioderne 1988-1992 og 1998-1999.

129 Herved skal der først henvises til Kommissionens skøn med hensyn til anvendelsen af formildende omstændigheder (Rettens dom af 8.7.2004, sag T-44/00, Mannesmannröhren-Werke mod Kommissionen, Sml. II, s. 2223, præmis 307).

130 Det skal dernæst understreges, at det følger af logikken ved bødeimmunitet, at den kun kan indrømmes ét af kartelmedlemmerne, da den ønskede virkning er at skabe usikkerhed i kartellet og at tilskynde til en angivelse til Kommissionen. Denne usikkerhed skyldes netop den omstændighed, at karteldeltagerne véd, at kun én blandt dem kan få indrømmet bødeimmunitet ved at angive de andre deltagere i overtrædelsen, hvorved de løber en risiko for at få pålagt strengere bøder.

131 I en situation som i den foreliggende sag, hvor Kommissionen er vidende om, at der foreligger et kartel, men ikke råder over bestemte, væsentlige elementer til godtgørelse af overtrædelsens samlede varighed, er det særligt ønskeligt at kunne anvende en sådan mekanisme, navnlig for at undgå, at lovovertræderne ikke aftaler at skjule sådanne elementer.

132 En sådan situation adskiller sig fra den, hvor Kommissionen allerede har bevismateriale, men forsøger at supplere dette. I den sidstnævnte situation er indrømmelsen af en nedsættelse af bøden til lovovertræderne i stedet for bødeimmunitet til en enkelt virksomhed berettiget, da formålet ikke længere er at afsløre et forhold, som kan medføre en forhøjelse af den pålagte bøde, men at indsamle så mange beviser som muligt for at styrke Kommissionens mulighed for at fastlægge de pågældende faktiske omstændigheder.

133 Hvad angår den angiveligt ulige behandling af Outokumpu og sagsøgerne er det tilstrækkeligt at bemærke, at de ikke befinder sig i en sammenlignelig situation, da førstnævnte indgav oplysningerne vedrørende den yderligere varighed af kartellet på 8½ år til Kommissionen mere end et år før sagsøgerne.«

Sammenfatning af parternes argumenter

KME's appel

172. KME har bemærket, at den formildende omstændighed »samarbejde uden for samarbejdsmeddelelsen« udfylder et hul i 1996 samarbejdsmeddelelsen — udbedret i 2002 — ved at garantere, at en virksomhed, der giver Kommissionen bevismateriale vedrørende faktiske omstændigheder, der tidligere var den ubekendt, vedrørende overtrædelsens grovhed og/eller varighed, ikke bliver pålagt

en større bøde, end hvis den ikke havde gjort således. En sådan virksomhed er indrømmet delvis immunitet med hensyn til de dele af overtrædelsen, der tidligere var Kommissionen ubekendt, og som den gjorde det muligt for Kommissionen at fastslå. Pr. definition er der kun én virksomhed, der kan nyde denne fordel. Da KME ikke anfægtede dette princip, var det på grundlag af en urigtig fortolkning af dens påstand, at Retten efterprøvede, hvorvidt det krævedes, at Kommissionen tillige skulle »indrømme sagsøgerne en nedsættelse for de oplysninger, de indgav til Kommissionen, mere end 16 måneder efter Outokumpu, vedrørende perioderne 1988-1992 og 1998-1999«.

173. KME har gjort gældende, at der er to mulige alternative prøver for anvendelsen af denne formildende omstændighed: den gælder den første virksomhed, der giver Kommissionen a) *oplysninger* eller b) *beviser*, som hidtil har været den ubekendt, og vedrører overtrædelsens grovhed eller varighed. Den anser den anden prøve for at være den korrekte, og at Retten fejlagtigt anvendte den første prøve ved vurderingen af, hvilken af de to samarbejdende kartelmedlemmer — KME eller Outokumpu — der var kvalificeret til at nyde fordelen. KME lægger følgende betragtninger til grund for denne opfattelse:

i) Det fremgår tydeligt af de tilsvarende bestemmelser i samarbejdsmeddelelserne af 2002 og 2006 [49], at kun en virksomhed, der indgiver bevismateriale (og ikke blot oplysninger) til Kommissionen, kan nyde delvis immunitet.

ii) Kommissionen har ikke fornyet sin bødepolitik som følge af samarbejdsmeddelelserne af 2002 og 2006 og burde således ikke fortolke »samarbejde uden for samarbejdsmeddelelsen« i meddelelsen af 1996 på en måde, der er i uoverensstemmelse med meddelelsen af 2006.

iii) Ifølge samarbejdsmeddelelserne af 2002 og 2006, forhindrer det forhold, at Kommissionen kan have et vist kendskab til kartelaktivitet, ikke, at en ansøger om favorabel behandling bliver indrømmet fuld bødeimmunitet, selv hvor et sådant kendskab er tilstrækkeligt til at udføre et kontroleftersyn på stedet (men utilstrækkeligt til at fastslå en overtrædelse); tilsvarende bør den omstændighed, at Kommissionen kan have et vist kendskab til konkurrencebegrænsende adfærd gennem en vis tidsperiode — herunder som en følge af ubekræftede *oplysninger* givet af et kartelmedlem — ikke forhindre en ansøger om favorabel behandling i at

49 — Jf. fodnote 13 ovenfor.

blive indrømmet delvis immunitet, hvis den pågældende efterfølgende indgiver tilstrækkeligt *bevis* for en sådan adfærd, der gør det muligt for Kommissionen at fastslå kartellet i den periode.

iv) Endelig vil virksomheder være langt mindre villige til at samarbejde med Kommissionen, hvis de frygter at blive pålagt bøder for tidsperioder, hvor de var de eneste, der har indgivet det nødvendige bevismateriale. Uden KME's samarbejde ville Kommissionen ikke kunne have fastslået den uafbrudte overtrædelse fra 1988 til 2001; det rationale, der berettigede anvendelsen af de relevante formildende omstændigheder på Outokumpu for tidsperioderne 1988-1993 og 1999-2001, gjaldt også KME for samme perioder. Det var dermed uretfærdigt for KME, der havde givet Kommissionen beviser, der var den hidtil ubekendte, vedrørende både overtrædelsens varighed og grovhed, at blive sanktioneret for en længere overtrædelse, som Kommissionen kunne fastslå (og ikke blot havde mistanke om) på grund af KME's samarbejde.

174. KME anmoder derfor Domstolen om at ophæve den appellerede dom i det omfang Retten undlod at bestemme, at KME burde indrømmes en nedsættelse af varighedsmultiplikatoren, der anvendtes på bødens udgangsbeløb for tidsperioderne fra maj 1988 til november 1992 og fra maj 1998 til slutningen af 1999, og om at annullere den relevante del af den anfægtede beslutning og omregne bøden tilsvarende under udøvelse af sin fulde prøvelsesret.

Kommissionens svar

175. Kommissionen har gjort gældende, at for vurderingen af, hvornår delvis immunitet — i modsætning til en nedsættelse af bøden for samarbejde — bør være tilgængelig, gav Retten en klar og logisk forklaring, der besvarede KME's juridiske argumentation. I dommens præmis 123-127 gjorde den rede for, at Outokumpu, ved at afdække kartellets fulde varighed for Kommissionen, satte Kommissionen i stand til at forhøje bødens grundbeløb med 85 %, mens den maksimale bødenedsættelse for samarbejde var 50 %. Kommissionen håndterede dette paradoks ved at indrømme Outokumpu en bødenedsættelse svarende til delvis immunitet for den yderligere varighed, selskabet afdækkede. I præmis 131 og 132 redegjorde Retten for, hvordan en sådan situation adskiller sig fra en situation, hvor virksomheder blot indgiver

bevismateriale vedrørende en tidsperiode i kartellet, som allerede er Kommissionen bekendt.

176. KME anmoder Domstolen om at erstatte Rettens vurdering med KME's foretrukne prøve. Dette er ikke blot umuligt under en appelsag, men Rettens vurdering er tydeligvis korrekt og KME's tydeligvis forkert. Da Outokumpu indgav oplysninger, der var Kommissionen ubekendt, afslørede selskabet kartellets fulde varighed, og Kommissionen var for første gang i stand til at efterforske og søge efter bevismateriale, der kunne bevise den fulde varighed. Uden denne afsløring ville en beslutning om overtrædelse vedrørende de ubekendte år ikke have været mulig. KME leverede blot bevismateriale, der ganske vist ikke allerede var i Kommissionens besiddelse, vedrørende dele af overtrædelsen, der allerede var kendte (inden for varigheden allerede afsløret af Outokumpu) og således ikke havde grundlæggende indvirkning på efterforskningen. Kommissionen var allerede i gang med at efterforske og søge efter materiale, der kunne bevise kartellets varighed, og kunne måske have skaffet det uden KME's bistand. KME gjorde Kommissionens opgave lettere, men det er alt.

177. KME's sondring mellem oplysninger og beviser er ikke afgørende. I virkeligheden var de »oplysninger«, der blev leveret af Outokumpu, også beviser. Outokumpus memorandum af 30 maj 2001, jf. den appellerede doms præmis 124, blev brugt som bevis i den anfægtede beslutning. Omvendt gav de »beviser«, der blev leveret af KME, tydeligvis Kommissionen oplysninger om særlige detaljer i kartellet. Den afgørende faktor er, hvorvidt nogle »oplysninger« eller noget »bevismateriale« for første gang afdækker en del af kartellet, der berører dets grovhed eller varighed, og som ikke kunne være blevet efterforsket uden den pågældende virksomheds bidrag.

178. KME ville desuden ikke have fået indrømmet delvis immunitet i henhold til 2002-samarbejdsmeddelelsen, som den nævner. Den meddelelse giver delvis immunitet til en virksomhed, der »indsender bevismateriale vedrørende forhold, som Kommissionen ikke tidligere har haft kendskab til, og som er af direkte betydning for alvoren eller varigheden af det formodede kartel«. Det materiale, der blev indsendt af KME, vedrørte faktiske omstændigheder, som Kommissionen allerede havde kendskab til, nemlig kartellets fulde varighed.

179. KME's alternative prøve ville gentage — og gøre uigennemførlig — prøven for indrømmelse af en nedsættelse for samarbejde i afsnit D i samarbejdsmeddelelsen af 1996, i henhold til hvilken en virksomhed, der leverer »oplysninger, dokumenter eller andet materiale, som materielt set bidrager til at fastslå overtrædelsens eksistens«, vil nyde fordel af en nedsættelse på 10 % til 50 %. KME's prøve

ville indrømme immunitet, hvor samarbejdsmeddelelsen udtrykkeligt fastslår en maksimal nedsættelse på 50 %, og ville således ødelægge det system, som samarbejdsmeddelelsen har skabt. KME blev tilstrækkeligt belønnet for sit samarbejde med en bødenedsættelse på 30 %, der blev stadfæstet af Retten og ikke anfægtet i appelsagen.

i første instans. Vedrørende klagen over, at KME skulle have nydt delvis immunitet i stedet for »kun« en bødenedsættelse for samarbejde, konkluderede Retten med føje, at det ville have været forkert, og anførte f.eks. i præmis 132, at »indrømmelsen af en nedsættelse af bøden til lovovertræderne i stedet for bødeimmunitet til en enkelt virksomhed [er] berettiget, da formålet ikke længere er at afsløre et forhold, som kan medføre en forhøjelse af den pålagte bøde«.

Bedømmelse

180. Hvad angår tilstrækkeligheden af Rettens undersøgelse, påpeger Kommissionen, at (i forbindelse med det femte appelanbringende, men med henvisning til det fjerde anbringende i første instans) nævner KME den appellerede doms præmis 115, i hvilken Retten fastslog, at i mangel af bindende bestemmelser i retningslinjerne havde Kommissionen bibeholdt en vis frihed med hensyn til formildende omstændigheder, og præmis 129, hvor den igen påpegede, at Kommissionen havde en skønsbeføjelse i denne henseende. Disse bemærkninger blev imidlertid fremsat i forbindelse med KME's argumenter om, at Kommissionen havde overtrådt punkt 3 i retningslinjerne ved at nægte at tage bestemte formildende omstændigheder i betragtning. Spørgsmålet for Retten var, om disse argumenter vedrørte anliggender, med hensyn til hvilke Kommissionen havde forpligtet sig i retningslinjerne, eller i hvilke Kommissionen havde bevaret sin skønsbeføjelse. Dette indikerer ikke en mangel på at udøve en tilstrækkelig retslig prøvelse, men afspejler karakteren af de påstande, som KME fremførte

181. Jeg bemærker, at hvis KME's bøde var blevet nedsat i den anfægtede beslutning for at modvirke forhøjelsen på grundlag af varigheden for tidsperioderne, der samlet blev til seks år og en måned, med hensyn til hvilke den hævder at have tilstillet Kommission »afgørende bevismateriale«, skulle resultatet kun have svaret til at anvende en forhøjelse vedrørende de resterende seks år og ni måneder af overtrædelsen. Hvis den årlige sats var blevet fastholdt på 10 %, som for de andre deltagere, ville det have betydet en forhøjelse på 67,5 % — dvs. 5 % højere end den samlede forhøjelse, der faktisk (og måske utilsigtet) blev anvendt [50]. Således synes det atter sandsynligt,

50 — Jf. præmis 161 ff. ovenfor.

at hvis Retten havde taget situationen til fuld efterretning, ville resultatet ikke have været gunstigt for KME, selv hvis den havde fået medhold i denne påstand.

182. Det kan dermed tænkes, at det er muligt at benytte den samme fremgangsmåde, som jeg foreslog for det tredje appelanbringende, og konstatere, at dette anbringende (sammen med påstandene i første instans) er irrelevant. Jeg mener imidlertid, at spørgsmålet om, hvorvidt KME skulle have været behandlet, som om den ikke havde deltaget i kartellet i de tidsperioder, om hvilke den har leveret bevismateriale til Kommissionen, ikke er uløseligt forbundet med spørgsmålet om forhøjelsen af procentsatsen og således kan behandles særskilt.

183. KME's påstand hviler i det væsentlige på tre udsagn, der i princippet alle skal godtgøres, for at påstanden kan få medhold: a) oplysninger, der afdækker en tidsperiode i overtrædelsen, bør adskilles fra materiale, der beviser, at overtrædelsen fandt sted i denne periode, b) når oplysninger først er givet af en part, og bevismateriale efterfølgende af en anden part, er det kun den sidstnævnte, der skal nyde fordel af en form for immunitet med hensyn til den pågældende periode, og c) med hensyn til perioderne fra maj 1988 til november 1992 og fra maj 1998 til slutningen af 1999 indsendte KME bevismateriale, mens Outokumpu tidligere kun havde indsendt oplysninger.

184. Hvad angår a) er jeg enig med Kommissionen i, at der ikke kan foretages en gyldig sondring mellem oplysninger (med hvilke KME synes at mene udsagn baseret på erindring) og bevismateriale (med hvilket den synes at mene dokumentation eller andre håndgribelige genstande, fra hvilke, der kan drages konklusioner). Oplysninger indeholder faktisk beviser (ellers ville der aldrig være mulighed for at afhøre vidner under retsprocedurer), og bevismateriale indeholder oplysninger (uden hvilke det ikke ville have nogen værdi). Det var derfor ikke forkert af Retten at behandle Outokumpus og KME's bidrag på samme niveau hvad angår karakteren af deres brugbarhed for Kommissionens undersøgelse.

185. Hvad angår b) er det — selv om der i almindelighed ikke kan sondres mellem oplysninger og bevismateriale på grundlag af deres brugbarhed for en undersøgelse — muligt for forskellige bidrag, »oplysninger« eller »bevismateriale« at variere meget med hensyn til brugbarhed i forbindelse med en bestemt undersøgelse. Det er således muligt for en karteldeltager at levere oplysninger eller bevismaterialer for en tidsperiode i overtrædelsen, der er så uklare eller utilstrækkelige, at de er uden praktisk nytte for Kommissionen, og for en anden efterfølgende at levere detaljerede oplysninger eller bevismateriale, der er afgørende for at fastslå, at overtrædelsen

fandt sted gennem den pågældende tidsperiode. I et sådant tilfælde ville det ikke være uhensigtsmæssigt, hvis Kommissionen indrømmede en bødenedsættelse i denne henseende for at begunstige sidstnævnte; og hvis den i stedet begunstigede førstnævnte, kunne sidstnævnte med rette anmode Retten om at efterprøve denne fremgangsmåde som led i dens fulde prøvelsesret, selv om resultatet ville afhænge af Domstolens vurdering af de faktiske omstændigheder. Det er under alle omstændigheder ubestridt, at »logikken ved bødeimmunitet«, som Retten henviser til i dommens præmis 130, taler til fordel for kun at belønne den første deltager, der leverer passende oplysninger eller bevismateriale.

186. Hvad angår c) er spørgsmålet, om KME's »bevismateriale« var af afgørende betydning for at gøre det muligt for Kommissionen at fastslå, at kartellet opererede i de pågældende tidsperioder, hvorimod Outokumpus tidligere »oplysninger« ikke havde gjort det muligt at drage en konklusion, et spørgsmål om faktiske omstændigheder, som ikke kan være genstand for en appel. Det fremgår endvidere klart af den appellerede doms præmis 128 og 131-133, at Retten konstaterede, at Outokumpu gav væsentlige oplysninger, der gjorde det muligt at fastslå overtrædelsens samlede varighed, hvilke KME mere end 16 måneder senere supplerede med bevismateriale, der styrkede Kommissionens evne til at fastslå de faktiske omstændigheder. På grundlag af en sådan vurdering af de faktiske omstændigheder kan der ikke herske tvivl om, at Retten ikke foretog en urigtig retsanvendelse ved at afvise det fjerde led i KME's fjerde anbringende.

187. Endelig hvad angår spørgsmålet om tilstrækkeligheden af Rettens prøvelse er det åbenbart, at Rettens udtalelser om Kommissionens skønsbeføjelse med hensyn til beslutningen om at tage hensyn til formildende faktorer på ingen måde forhindrede den i at undersøge og besvare KME's argumenter korrekt, og at den nåede frem til sin konklusion på grundlag af en reel vurdering af de faktiske omstændigheder og argumenter, der var forelagt den.

Sagens omkostninger

188. I henhold til artikel 122 i Domstolens procesreglement skal Domstolen, såfremt der ikke gives appellanten medhold, træffe afgørelse om sagens omkostninger. I henhold til artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. I den foreliggende sag er det min opfattelse, at appellen bør forkastes. Kommissionen har nedlagt påstand om, at KME tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Forslag til afgørelse

189. På baggrund af ovenstående betragtninger er det min opfattelse, at Domstolen skal bestemme følgende:

Appellen forkastes.

KME Germany AG, KME France SAS og KME Italy SpA betaler Kommissionens omkostninger.