# CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL E. SHARPSTON van 10 februari 2011 [1]

1. Drie verbonden ondernemingen hebben samen met andere ondernemingen in strijd met artikel 81 EG (thans artikel 101 VWEU) deelgenomen aan overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen waarbij de prijzen zijn vastgesteld en de markten zijn verdeeld, en zijn daarvoor door de Commissie beboet.

2. Bij de vaststelling van de boetebedragen heeft de Commissie de in haar eigen richtsnoeren geformuleerde criteria alsook verschillende verzwarende en verzachtende omstandigheden in aanmerking genomen.

3. De drie betrokken ondernemingen hebben zich tot het Gerecht [2] gewend met het verzoek de aan hen opgelegde geldboeten aanzienlijk te verminderen wegens vijf fouten die de Commissie bij de vaststelling van de boetebedragen zou hebben gemaakt.

4. Hun beroep is in zijn geheel verworpen [3] en nu hebben zij hogere voorziening ingesteld bij het Hof. Zij voeren vijf middelen aan, waarvan de eerste vier overeenstemmen met de eerste vier middelen die zij in eerste aanleg hebben voorgedragen. Het vijfde middel in hogere voorziening betreft daarentegen meer in het algemeen de omvang en de aard van de toetsing die het Gerecht in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht met betrekking tot financiële sancties zou moeten verrichten.

## Rechtskader

### *Mensenrechten en grondrechten*

5. Artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (hierna: „EVRM") bepaalt met name:

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Destijds — vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon — heette het Gerecht nog „Gerecht van eerste aanleg". Wegens het puur formele karakter van deze naamswijziging zal ik ter wille van de eenvoud in deze conclusie steeds de huidige aanduiding gebruiken.

3 — Arrest van 6 mei 2009, KME Germany e.a./Commissie (T-127/04, Jurispr. blz. II-1167; hierna: „bestreden arrest"). De overige kartelleden, die bij dezelfde beschikking zijn beboet, zijn daartegen ook in beroep gegaan bij het Gerecht, dat hun respectieve beroepen op dezelfde dag eveneens heeft verworpen: zie de zaken T-116/04, Wieland-Werke AG/Commissie, en T-122/04, Outokumpu Oyj en Luvata/Commissie (Jurispr. blz. II-1087 resp. blz. II-1135).

„Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft eenieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. [...]"

6. In artikel 6, leden 2 en 3, EVRM zijn specifieke additionele waarborgen geformuleerd voor „eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld", zoals het vermoeden van onschuld en het recht om te beschikken over verschillende middelen om zich te verdedigen.

7. Artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest") [4], dat als opschrift „Recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht" heeft, bepaalt met name:

„Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden.

Eenieder heeft recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld. [...]"

8. In de toelichting bij dit artikel staat onder meer dat de tweede alinea correspondeert met artikel 6, lid 1, EVRM, met dien verstande:

„In het recht van de Unie is het recht op toegang tot de rechter niet alleen van toepassing op geschillen inzake civielrechtelijke rechten en verplichtingen. Dit is een consequentie van het feit dat de Unie een rechtsgemeenschap is, zoals het Hof heeft geconstateerd in zaak 294/83, Les Verts tegen Europees Parlement (arrest van 23 april 1986, Jurispr. 1986, blz. 1339). Met uitzondering van de werkingssfeer zijn de door het EVRM geboden waarborgen op dezelfde wijze van toepassing in de Unie."

9. Artikel 49 van het Handvest heeft als opschrift „Legaliteitsbeginsel en evenredigheidsbeginsel inzake delicten en straffen". Ten aanzien van straffen bepaalt artikel 49, lid 3: „De zwaarte van de straf mag niet onevenredig zijn aan het strafbare feit". Volgens de toelichting behelst deze bepaling „het algemene beginsel van de evenredigheid van strafbare feiten en straffen, dat is vastgelegd in de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben en in de jurisprudentie van het Hof van Justitie [...]".

4 — Afgekondigd op 7 december 2000 te Nice (PB 2000, C 364, blz. 1). Na schrapping van de verwijzingen naar de Europese Grondwet heeft het Europees Parlement op 29 november 2007 een geactualiseerde versie goedgekeurd (PB 2007, C 303, blz. 1); de meest recente geconsolideerde versie — van na Lissabon — is bekendgemaakt in PB 2010, C 83, blz. 389.

10. De werkingssfeer van het Handvest is afgebakend in artikel 51, waarvan het eerste lid bepaalt:

„De bepalingen van dit handvest zijn gericht tot de instellingen en organen van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel en tot de lidstaten, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen. Derhalve eerbiedigen zij de rechten, leven zij de beginselen na en bevorderen zij de toepassing ervan, overeenkomstig hun respectieve bevoegdheden." [5]

*Verdragsbepalingen*

11. Artikel 81, lid 1, EG (thans, na lichte wijziging, artikel 101, lid 1, VWEU) bepaalt:

„Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in:

a) het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden;

[...]

c) het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen;

[...]"

12. Artikel 229 EG (thans, na lichte wijziging, artikel 261 VWEU) luidt:

„De door het Europees Parlement en de Raad gezamenlijk, alsmede de door de Raad krachtens de bepalingen van dit Verdrag vastgestelde verordeningen kunnen aan het Hof van Justitie volledige rechtsmacht verlenen wat betreft de sancties welke in die verordeningen zijn opgenomen."

13. Meer in het algemeen verklaart artikel 230 EG (thans, na wijziging, artikel 263 VWEU) het Hof van Justitie bevoegd om na te gaan of handelingen van de instellingen, waaronder de Commissie, onwettig zijn „wegens onbevoegdheid, schending van wezenlijke vormvoorschriften, schending van dit Verdrag of van enige uitvoeringsregeling daarvan, dan wel wegens misbruik van bevoegdheid."

5 — Oorspronkelijke versie (2000). De tweede zin van de bepaling luidt thans: „Derhalve eerbiedigen zij de rechten, leven zij de beginselen na en bevorderen zij de toepassing ervan overeenkomstig hun respectieve bevoegdheden en met inachtneming van de grenzen van de bevoegdheden zoals deze in de Verdragen aan de Unie zijn toegedeeld."

14. Overeenkomstig artikel 225, lid 1, EG (thans, na wijziging, artikel 256, lid 1, VWEU) is het Gerecht in beginsel bevoegd om in eerste aanleg en behoudens een tot rechtsvragen beperkte hogere voorziening bij het Hof van Justitie van dergelijke zaken kennis te nemen.

*Handhaving van het mededingingsrecht*

15. Artikel 15 van verordening nr. 17 van de Raad [6], die ten tijde van de feiten van toepassing was, bepaalde met name:

„2. Wanneer ondernemingen of ondernemersverenigingen opzettelijk of uit onachtzaamheid:

a) inbreuk maken op artikel [81, lid 1, EG of artikel 101, lid 1, VWEU], of

[...]

kan de Commissie bij beschikking aan deze ondernemingen of ondernemersverenigingen geldboeten opleggen van ten minste duizend en ten hoogste één miljoen rekeneenheden[ 7], of tot een bedrag van ten hoogste tien procent van de omzet van elk der betrokken ondernemingen in het voorafgaande boekjaar, indien bedoeld bedrag hoger is dan één miljoen rekeneenheden.

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

[...]

4. De beschikkingen, gegeven krachtens het eerste of tweede lid, hebben geen strafrechtelijk karakter." [8]

16. Artikel 17 van verordening nr. 17 bepaalde:

„Het Hof van Justitie heeft volledige rechtsmacht in de zin van artikel [229 EG/261 VWEU] ter zake van beroep tegen beschikkingen van de Commissie waarin een geldboete of dwangsom wordt vastgesteld; het kan de opgelegde geldboete of dwangsom intrekken, verlagen of verhogen." [9]

6 — Van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het Verdrag (PB 1962, nr. 13, blz. 204). Met ingang van 1 mei 2004 is verordening nr. 17 ingetrokken en vervangen bij verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB 2003, L 1, blz. 1), die de verantwoordelijkheid voor de toepassing van het mededingingsrecht van de Unie voor een groot deel bij de rechterlijke instanties en autoriteiten van de lidstaten heeft gelegd.

7 — De rekeneenheid was de voorloper van de euro.

8 — Min of meer dezelfde bepalingen zijn thans opgenomen in artikel 23, leden 2, 3 en 5, van verordening nr. 1/2003.

9 — Min of meer dezelfde bepaling is thans opgenomen in artikel 31 van verordening nr. 1/2003.

17. Ten tijde van de feiten waren ook van toepassing de door de Commissie in 1998 geformuleerde richtsnoeren voor de berekening van geldboeten (hierna: „richtsnoeren”). [10] In de considerans van die richtsnoeren stond onder meer:

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

Het bedrag van de geldboete zal voortaan volgens de volgende, nieuwe methode worden berekend, die op de vaststelling van een basisbedrag berust, waarop bij verzwarende omstandigheden verhogingen, en bij verzachtende[ [11]] omstandigheden verminderingen worden toegepast.”

18. Volgens punt 1 van de richtsnoeren werd het basisbedrag van de geldboete bepaald naargelang van de zwaarte en de duur van de inbreuk, de enige criteria die in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 werden genoemd.

19. Wat de zwaarte betreft, moest volgens punt 1 A van de richtsnoeren rekening worden gehouden met de eigen aard van de inbreuk, met de „concrete weerslag ervan op de markt wanneer die meetbaar is”, en met de omvang van de betrokken geografische markt. Er waren drie categorieën, namelijk niet te ernstige, zware en zeer zware inbreuken, waarbij de laatste categorie horizontale beperkingen van het type prijskartel en marktverdelingsregeling omvatte, met „mogelijke boetebedragen” van meer dan 20 miljoen EUR. Het zou ook mogelijk zijn „naargelang van de aard van de gepleegde inbreuken te differentiëren” en er zou „rekening moeten worden gehouden met de daadwerkelijke economische macht van de

10 — Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd (PB 1998, C 9, blz. 3). De richtsnoeren van 1998 zijn met ingang van 1 september 2006 vervangen door de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van verordening nr. 1/2003 worden opgelegd (PB 2006, C 210, blz. 2). De benadering van deze laatste richtsnoeren verschilt nogal van die van de oude richtsnoeren en komt er in essentie op neer dat een basisbedrag wordt vastgesteld, dat doorgaans 30 % bedraagt van de waarde van de verkopen die met de inbreuk verband houden (zo nodig aangepast gelet op alle relevante omstandigheden). Dit bedrag wordt dan vermenigvuldigd met het aantal jaren dat aan de inbreuk is deelgenomen, en vervolgens verder aangepast wegens verzwarende omstandigheden, verzachtende omstandigheden en een element van afschrikking, een en ander met eerbiediging van het wettelijk maximum van 10 % van de jaaromzet en behoudens toepassing van de clementieregels (zie punt 22 en voetnoot 13 hierna). In uitzonderlijke omstandigheden kan worden overgegaan tot verlaging van een geldboete die anders voor een onderneming fataal zou zijn.

11 — [Voetnoot irrelevant voor de Nederlandse versie van de conclusie.]

inbreukmakers om andere marktdeelnemers, met name de consumenten, aanzienlijke schade te berokkenen". Verder zou „het bedrag van de geldboete op een zodanig niveau moeten worden gesteld dat daarvan een voldoende afschrikkende werking uitgaat".

20. Wat de duur betreft, moest volgens punt 1 B onderscheid worden gemaakt tussen de volgende typen inbreuken: inbreuken van korte duur (in het algemeen korter dan één jaar), waarbij het op basis van de zwaarte van de inbreuk bepaalde bedrag niet werd verhoogd; inbreuken van middellange duur (in het algemeen één tot vijf jaar), waarbij dat bedrag met maximaal 50 % kon worden verhoogd, en inbreuken van lange duur (in het algemeen meer dan vijf jaar), waarbij op dat bedrag een verhoging van ten hoogste 10 % voor elk jaar van de inbreuk kon worden toegepast [12]. Het op grond van de zwaarte en het op grond van de duur bepaalde bedrag vormden samen het basisbedrag van de geldboete.

21. Volgens punt 2 van de richtsnoeren kon het basisbedrag worden verhoogd wegens bijzondere verzwarende omstandigheden, zoals bijvoorbeeld recidive door dezelfde onderneming of ondernemingen voor eenzelfde type inbreuk.

22. Volgens punt 3 van de richtsnoeren kon het basisbedrag worden verlaagd wegens bijzondere verzachtende omstandigheden, zoals het feit dat de inbreukmakende overeenkomsten of gedragsregels niet daadwerkelijk waren toegepast (tweede streepje); het feit dat de betrokken onderneming reeds bij de eerste stappen van de Commissie (met name de verificaties) de inbreuk had beëindigd (derde streepje), en daadwerkelijke medewerking van de onderneming in het kader van de procedure, buiten de werkingssfeer van de mededeling van de Commissie van 1996 inzake medewerking [13] (zesde streepje).

23. De mededeling inzake medewerking gaf de voorwaarden aan waaronder ondernemingen die met de Commissie samenwerkten wanneer deze een onderzoek naar een mededingingsregeling instelde, van geldboeten konden worden vrijgesteld of aanspraak konden maken op een vermindering van de boete die hun anders zou zijn opgelegd.

24. In punt 4 van deel A van de mededeling inzake medewerking werd verklaard: „De Commissie acht het in het belang van de Gemeenschap dat een gunstige behandeling wordt verleend aan ondernemingen die onder de hieronder beschreven omstandigheden met haar samenwerken. Het belang

12 — Zoals bij de behandeling van het derde en het vierde middel in hogere voorziening zal blijken, kan het zinvol zijn om in dit verband te vermelden dat dit neerkomt (en dit is een uitlegging die bij mijn weten nooit ter discussie is gesteld) op een verhoging van het gehele bedrag met (≤10 x n)%, waarbij n staat voor het aantal jaren dat de inbreuk heeft geduurd. Zie ook punt 19 van het bestreden arrest, zoals aangehaald in punt 26 hierna, alsmede voetnoot 16 van deze conclusie.

13 — Mededeling betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen (PB 1996, C 207, blz. 4), die ten tijde van de feiten van toepassing was. Deze mededeling is met ingang van 14 februari 2002 vervangen door de mededeling betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken (PB 2002, C 45, blz. 3), die op haar beurt in 2006 is vervangen door een mededeling met dezelfde titel (PB 2006, C 298, blz. 17).

van consumenten en burgers dat genoemde praktijken worden opgespoord en verboden, weegt op tegen de wenselijkheid, ondernemingen te beboeten die de Commissie door hun samenwerking in staat stellen een mededingingsregeling op te sporen en er een einde aan te maken of die hierbij behulpzaam zijn." In de delen B, C en D werd gedetailleerd beschreven bij welk gedrag een onderneming die aan met de mededinging strijdige activiteiten had deelgenomen, niettemin op clementie kon rekenen. Deze delen luidden als volgt:

„B. NIET-OPLEGGING OF AANZIENLIJKE VERMINDERING VAN DE GELDBOETE

Een onderneming die

a) de geheime mededingingsregeling bij de Commissie aanbrengt, voordat deze een bij beschikking gelaste verificatie bij de bij de mededingingsregeling betrokken ondernemingen heeft verricht en zonder dat de Commissie nog over voldoende gegevens beschikt om het bestaan van de aangebrachte mededingingsregeling te bewijzen;

b) als eerste materiaal heeft verstrekt dat van doorslaggevend belang is om het bestaan van de aangebrachte mededingingsregeling te bewijzen;

c) haar deelneming aan de ongeoorloofde activiteit uiterlijk op het tijdstip van de aangifte heeft beëindigd;

d) aan de Commissie alle dienstige inlichtingen verstrekt alsmede alle stukken en bewijsmateriaal waarover zij met betrekking tot de mededingingsregeling beschikt, en tijdens de gehele duur van het onderzoek haar voortdurende, volledige medewerking blijft verlenen;

e) geen andere onderneming heeft gedwongen aan de mededingingsregeling deel te nemen en niet het initiatief heeft genomen tot, of een bepalende rol heeft gespeeld bij de onwettige activiteit,

komt in aanmerking voor een vermindering van ten minste 75 % van de geldboete die haar zonder haar medewerking zou zijn opgelegd, of mogelijk zelfs voor een volledige nietoplegging van die geldboete.

C. AANZIENLIJKE VERMINDERING VAN DE GELDBOETE

Een onderneming die aan de in deel B, sub b tot en met e, genoemde voorwaarden voldoet en die de geheime mededingingsregeling bij de Commissie aanbrengt nadat deze een bij beschikking gelaste verificatie bij de bij de mededingingsregeling betrokken ondernemingen heeft verricht, zonder dat deze verificatie voldoende grond heeft opgeleverd om een op een beschikking gerichte procedure te kunnen inleiden, komt in aanmerking voor een vermindering van 50 tot 75 % van de geldboete.

D. BELANGRIJKE VERMINDERING VAN DE GELDBOETE

1. Wanneer een onderneming haar medewerking verleent zonder dat aan alle in deel B of C genoemde voorwaarden is voldaan, komt zij in aanmerking voor een vermindering van 10 tot 50 % van de geldboete die haar zou zijn opgelegd.

2. Dit kan met name het geval zijn indien:

— een onderneming, voordat een mededeling van de punten van bezwaar is verzonden, aan de Commissie inlichtingen dan wel schriftelijke of andere bewijsstukken verstrekt die bijdragen tot het bewijs van het bestaan van de inbreuk.

— de onderneming na ontvangst van de mededeling van de punten van bezwaar aan de Commissie mededeelt dat zij de feiten waarop de Commissie haar beschuldigingen baseert, niet fundamenteel betwist."

**Oplegging en vaststelling van de geldboeten in de onderhavige zaak**

25. Op 16 december 2003 heeft de Commissie, nadat zij verscheidene onderzoeken had verricht, een beschikking [14] gegeven waarin werd vastgesteld dat zes ondernemingen — Wieland Werke AG (hierna: „Wieland"), Outokumpu Oyj, Outokumpu Copper Products OY (hierna samen: „Outokumpu"), KM Europa Metal AG (hierna: „KME Germany"), Europa Metalli SpA (hierna: „KME Italy") en Tréfimétaux SA (hierna: „KME France") — artikel 81, lid 1, EG en — vanaf 1 januari 1994 — artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst hadden geschonden door tussen 3 mei 1988 en 22 maart 2001 deel te nemen aan een geheel van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen waarbij de prijzen werden vastgesteld en de markten werden verdeeld in de sector industriële buizen. KME Germany, KME France en KME Italy (die sinds 1995 de KME-groep vormen; hierna samen: „KME") waren de verzoekende partijen in eerste aanleg en zijn de rekwiranten in deze hogere voorziening.

26. Er werden aan KME voor in totaal 39,81 miljoen EUR [15] aan geldboeten opgelegd. De wijze waarop de Commissie bij de

14 — C(2003) 4820 def. (Zaak COMP/E-1/38.240 — Industriële buizen) (hierna: „litigieuze beschikking"). Een samenvatting is gepubliceerd in PB 2004, L 125, blz. 50.

15 — Dit bedrag was als volgt samengesteld: 10,41 miljoen EUR voor KME Germany; 10,41 miljoen EUR hoofdelijk voor KME France en KME Italy, met betrekking tot het tijdvak van 3 mei 1988 tot en met 19 juni 1995, en 18,99 miljoen EUR hoofdelijk voor alle drie de ondernemingen met betrekking tot het tijdvak van 20 juni 1995 tot en met 22 maart 2001.

vaststelling van de boetebedragen te werk is gegaan, is in de punten 11 tot en met 22 van het bestreden arrest als volgt samengevat:

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

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

13 Voor deze laatste vaststelling heeft zij zich met name gebaseerd op de volgende aanwijzingen. Ten eerste heeft zij de uitvoering van de mededingingsregeling in aanmerking genomen door te verwijzen naar de omstandigheid dat de deelnemers elkaar de verkoopvolumes en de prijsniveaus hadden meegedeeld (punt 300 van de litigieuze beschikking). Ten tweede zou uit elementen van het dossier zijn gebleken dat de prijzen waren gedaald in een periode dat de kartelovereenkomst zwak werd nageleefd, en sterk waren gestegen in andere periodes (punt 310 van de litigieuze beschikking). Ten derde heeft de Commissie verwezen naar het collectieve marktaandeel van 75 à 85 % dat de kartelleden hadden (punt 310 van de litigieuze beschikking). Ten vierde heeft de Commissie vastgesteld dat de respectieve marktaandelen van de karteldeelnemers vrij stabiel waren gebleven tijdens de gehele duur van de inbreuk, ook al waren de klanten van de deelnemers soms gewijzigd (punt 312 van de litigieuze beschikking).

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

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

16 In de tweede plaats heeft de Commissie de betrokken ondernemingen

verschillend behandeld teneinde rekening te houden met het daadwerkelijke economische vermogen van elk van deze ondernemingen om de mededinging ernstig aan te tasten. In dit verband heeft de Commissie gewezen op het bestaan van een verschil in de marktaandelen op de markt voor industriële buizen in de EER van de KME-groep — marktleider in de EER met [vertrouwelijk] % marktaandelen — en van Outokumpu en Wieland, met respectievelijk [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] % marktaandelen. Gelet op dit verschil is het basisbedrag van de aan Outokumpu en aan Wieland opgelegde geldboete vastgesteld op 33 % van de aan de KME-groep opgelegde geldboete, namelijk 11,55 miljoen EUR voor Outokumpu en voor Wieland en 35 miljoen EUR voor de KME-groep (punten 327 en 328 van de litigieuze beschikking).

17 Aangezien de KME-groep in 1995 is opgericht, heeft de Commissie het basisbedrag van de aan de groep opgelegde geldboete, namelijk 35 miljoen EUR, in twee delen verdeeld. Het eerste deel voor de periode 1988-1995 (met een onderscheid tussen KME Germany enerzijds en KME France en KME Italy anderzijds) en het tweede deel voor de periode 1995-2001 (waarbij de drie eenheden als een groep werden beschouwd). Dat basisbedrag is dus als volgt verdeeld: 8,75 miljoen EUR voor KME Germany (1988-1995), 8,75 miljoen hoofdelijk voor KME Italy en KME France (1988-1995) en 17,50 miljoen EUR voor de KME-groep, dat wil zeggen hoofdelijk voor KME Germany, KME France en KME Italy (1995-2001) (punt 329 van de litigieuze beschikking).

18 In de derde plaats heeft de Commissie, teneinde rekening te houden met de noodzaak om de geldboete vast te stellen op een niveau dat ervoor zorgt dat deze een afschrikkende werking heeft, het basisbedrag van de aan Outokumpu opgelegde geldboete verhoogd met 50 %, zodat dit op 17,33 miljoen EUR is gebracht, waarbij zij heeft opgemerkt dat de wereldwijde omzet van deze onderneming, die meer dan 5 miljard EUR bedroeg, erop wees dat deze een omvang en een economische macht had die deze verhoging rechtvaardigden (punt 334 van de litigieuze beschikking).

19 In de vierde plaats heeft de Commissie de duur van de inbreuk, die van 3 mei 1988 tot en met 22 maart 2001 plaatsvond, als ‚lang' aangemerkt. De Commissie heeft het dan ook passend geacht het basisbedrag van de aan de betrokken ondernemingen opgelegde geldboeten met 10 % te verhogen per jaar van deelneming aan het kartel. Het basisbedrag van de aan de KME-groep opgelegde geldboete is derhalve met 55 % verhoogd voor de periode 1995-2001, en het basisbedrag van de aan KME Germany en aan KME Italy en KME France opgelegde geldboeten met 70 % voor de periode 1988-1995.

Het basisbedrag van de geldboeten is bijgevolg vastgesteld op 56,88 miljoen EUR voor de gehele KME-groep (punten 338, 342 en 347 van de litigieuze beschikking). [16]

20 In de vijfde plaats is het basisbedrag van de aan Outokumpu opgelegde geldboete op grond van verzwarende omstandigheden verhoogd met 50 % wegens recidive, aangezien deze onderneming een adressaat was van beschikking 90/417/EGKS van de Commissie van 18 juli 1990 inzake een procedure op grond van artikel 65 [KS] betreffende een overeenkomst en onderling samenhangende gedragingen van Europese fabrikanten van koudgewalste platte producten van roestvrij staal (PB L 220, blz. 28) (punt 354 van de litigieuze beschikking).

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

22 In de zevende en laatste plaats heeft de Commissie op basis van titel D van de mededeling van 1996 inzake medewerking de geldboeten verlaagd met 50 % voor Outokumpu, met 20 % voor Wieland en met 30 % voor de KME-groep (punten 402, 408 en 423 van de litigieuze beschikking)."

**Samenvatting van het bestreden arrest**

27. Het door KME in eerste aanleg ingediende verzoekschrift had als opschrift: „Beroep overeenkomstig de artikelen 225 en 230 EG". KME verzocht het Gerecht,

— de haar opgelegde geldboete aanzienlijk te verminderen;

— de Commissie te verwijzen in de kosten die zij, in afwachting van het arrest van het Gerecht, had gemaakt voor het verstrekken van een bankgarantie in plaats van de betaling van de geldboete, en

16 — Hoewel dit in het bestreden arrest niet is vermeld, is het uitgangsbedrag voor zowel Outokumpu als Wieland met 125 % verhoogd, namelijk van 17,33 miljoen EUR naar 38,98 miljoen EUR respectievelijk van 11,55 miljoen EUR naar 25,99 miljoen EUR (punten 328, 334 en 347 van de litigieuze beschikking).

— alle andere maatregelen te nemen die het Gerecht passend zou kunnen achten.

28. KME voerde ter onderbouwing van deze vorderingen vijf middelen aan, die alle betrekking hadden op het bedrag van de haar opgelegde geldboete. Zij stelde achtereenvolgens: a) onjuiste inaanmerkingneming van de concrete weerslag van de mededingingsregeling bij de bepaling van het uitgangsbedrag van de geldboete; b) onjuiste beoordeling van de omvang van de betrokken markt; c) onterechte vermeerdering van de geldboete wegens de duur van de inbreuk; d) niet-inaanmerkingneming van bepaalde verzachtende omstandigheden, e) verkeerde toepassing van de mededeling van 1996 inzake medewerking. Het Gerecht heeft al deze middelen afgewezen en het beroep daarom in zijn geheel verworpen.

29. Met betrekking tot het eerste middel (onjuiste inaanmerkingneming van de concrete weerslag van de mededingingsregeling) heeft het Gerecht geoordeeld dat de Commissie de kartelleden verschillend mocht behandelen op basis van hun respectieve marktaandeel en dat mededingingsregelingen, met name als zij ertoe strekken de prijzen vast te leggen en de klanten te verdelen, alleen al naar hun aard zo ernstig zijn dat zij, ongeacht de weerslag op de markt, de zwaarste geldboeten verdienen. „Ten overvloede" heeft het overwogen dat de Commissie rechtens afdoende had aangetoond dat de mededingingsregeling een concrete weerslag op de betrokken markt had gehad.

30. Met het tweede middel stelde KME dat de Commissie de omvang van de markt van koperen industriële buizen onjuist had beoordeeld door bij de omzet de kosten van de grondstof (namelijk koper) mee te rekenen, terwijl die kosten worden bepaald door de klant en in sommige gevallen ook rechtstreeks door deze worden gedragen. Een juiste beoordeling zou volgens KME gebaseerd zijn geweest op de door de fabrikanten toegevoegde waarde. Naar het oordeel van het Gerecht was er geen enkele geldige reden om bij de berekening van de omzet op een betrokken markt bepaalde productiekosten uit te sluiten. Het Gerecht overwoog bovendien dat het omzetcriterium, ondanks het feit dat het approximatief is, zowel door de gemeenschapswetgever als door de Commissie en door het Hof wordt beschouwd als een geschikt criterium om de omvang en de economische macht van ondernemingen te beoordelen.

31. Met betrekking tot het derde middel (onterechte verhoging van de geldboete — met 10 % per jaar — wegens de duur van de inbreuk) heeft het Gerecht geoordeeld dat de Commissie, zonder de zwaarte en de duur van de inbreuk met elkaar te verwarren, de haar toekomende beoordelingsbevoegdheid heeft uitgeoefend binnen de grenzen die zij zichzelf had opgelegd met de vaststelling van de richtsnoeren, en dat de verhoging met 125 % voor een duur van twaalf jaar en tien maanden niet onevenredig was.

32. Met het vierde middel betoogde KME dat de Commissie in strijd met haar eigen richtsnoeren had nagelaten bepaalde verzachtende omstandigheden in aanmerking te nemen, namelijk i) het feit dat KME, hoewel zij zich niet stelselmatig van de uitvoering van de overeenkomsten had onthouden, deze slechts beperkt had uitgevoerd; ii) het feit dat

KME de inbreuk onmiddellijk en vrijwillig had beëindigd na de door de Commissie verrichte verificaties; iii) de moeilijke economische situatie in de sector industriële buizen, en iv) het feit dat KME doorslaggevend bewijs had verstrekt dan wel bewijs dat een aanvulling vormde op het bewijs waarover de Commissie reeds beschikte. Het Gerecht was van oordeel dat i) KME niet werkelijk de concurrentie was aangegaan en dat een beperkte uitvoering van de overeenkomsten onvoldoende was om als verzachtende omstandigheid te gelden; ii) het aan de Commissie is om op basis van haar beoordeling van de omstandigheden uit te maken of er reden is om de boete te verminderen op grond dat een — met name — opzettelijke inbreuk reeds bij de eerste stappen van de Commissie is beëindigd; (iii) de Commissie niet verplicht is om de ongezonde financiële situatie van een sector als verzachtende omstandigheid aan te merken, en iv) de Commissie bij de toepassing van verzachtende omstandigheden over een beoordelingsbevoegdheid beschikt en deze bevoegdheid niet verkeerd had uitgeoefend door zich op het standpunt te stellen dat Outokumpu en niet KME de belangrijke informatie had verstrekt.

33. Met haar vijfde middel (onvoldoende vermindering van de geldboete uit hoofde van de mededeling van 1996 inzake medewerking) stelde KME dat i) derden in eerdere zaken gunstiger waren behandeld; (ii) de geldboete op grond van de door haar verstrekte informatie met meer dan 30 % had moeten worden verlaagd, en iii) de Commissie het beginsel van gelijke behandeling had geschonden door de aan Outokumpu opgelegde geldboete met 50 % te verlagen. Het Gerecht was van oordeel dat i) het feit dat de Commissie in het verleden voor een bepaald gedrag een bepaalde vermindering had toegekend, niet betekende dat zij verplicht was om in het kader van een latere procedure hetzelfde verminderingspercentage toe te passen voor soortgelijk gedrag; ii) alleen tegen een kennelijke beoordelingsfout kon worden opgetreden, aangezien de Commissie beschikte over een ruime beoordelingsmarge bij de waardering van de kwaliteit en de bruikbaarheid van de door een onderneming verleende medewerking, met name in vergelijking met de bijdragen van andere ondernemingen, en er in casu geen sprake was van een dergelijke kennelijke beoordelingsfout, en iii) KME en Outokumpu niet ongelijk waren behandeld omdat hun situatie niet vergelijkbaar was.

**Middelen in hogere voorziening**

34. KME voert in het kader van deze hogere voorziening vijf middelen aan, die zich als volgt laten samenvatten.

35. Het eerste middel houdt in dat het Gerecht, door te overwegen dat de Commissie rechtens afdoende had aangetoond dat de mededingingsregeling een concrete weerslag op de betrokken markt had gehad — een factor die bij de vaststelling van het uitgangsbedrag van de aan KME opgelegde geldboete in aanmerking moest worden genomen —, het Unierecht heeft geschonden en de afwijzing van KME's eerste middel in eerste aanleg op

onlogische en ontoereikende wijze heeft gemotiveerd. Bovendien heeft het Gerecht de aangedragen feiten en bewijzen kennelijk verkeerd opgevat door zich aan te sluiten bij de conclusie van de Commissie dat uit het door KME overgelegde econometrische bewijsmateriaal niet bleek dat de inbreuk in haar geheel geen weerslag op de markt had gehad.

36. Met haar tweede middel stelt KME dat het Gerecht, door ermee akkoord te gaan dat de Commissie bij de bepaling van de omvang van de door het kartel getroffen markt (industriële buizen) de omzet op een afzonderlijke, stroomopwaarts gelegen markt (koper) had meegerekend, ondanks dat de kartelleden niet verticaal in die markt waren geïntegreerd, het Unierecht heeft geschonden en de afwijzing van haar tweede middel in eerste aanleg ontoereikend heeft gemotiveerd.

37. Het derde middel komt erop neer dat het Gerecht het Unierecht heeft geschonden en een onduidelijke, onlogische en ontoereikende motivering heeft verstrekt bij de afwijzing van KME's derde middel in eerste aanleg, inhoudende dat de Commissie de richtsnoeren verkeerd had toegepast en de beginselen van evenredigheid en van gelijke behandeling had geschonden door op het uitgangsbedrag van KME's geldboete het maximale verhogingspercentage wegens de duur toe te passen, zodat het Gerecht het desbetreffende onderdeel van de litigieuze beschikking ten onrechte in stand heeft gelaten.

38. Met haar vierde middel betoogt KME dat het Gerecht het Unierecht heeft geschonden door het vierde onderdeel van haar vierde middel in eerste aanleg af te wijzen en het desbetreffende onderdeel van de beschikking in stand te laten, waarin de Commissie in strijd met zowel de richtsnoeren als de beginselen van billijkheid en gelijke behandeling heeft geweigerd haar geldboete te verlagen wegens haar medewerking buiten de werkingssfeer van de mededeling van 1996 inzake medewerking om.

39. Het vijfde middel houdt in dat het Gerecht het Unierecht alsmede het fundamentele recht op een volledige en effectieve rechterlijke toetsing heeft geschonden, door na te laten KME's argumenten grondig en nauwkeurig te onderzoeken en door de beoordelingsmarge van de Commissie op vooringenomen wijze te eerbiedigen.

40. Van deze middelen moet naar mijn mening het vijfde en laatste als eerste worden onderzocht, aangezien 's Hofs standpunt ten aanzien van de algemene vraag naar de omvang, de intensiteit en de aard van de door het Gerecht te verrichten toetsing in dit soort zaken, van invloed zal zijn op zijn benadering van de eerste vier middelen in hogere voorziening, die immers stuk voor stuk een specifieke toepassing van die toetsing hekelen.

**Vijfde middel: effectieve rechterlijke toetsing**

*Relevante passages van het bestreden arrest*

41. Om aan te tonen dat het Gerecht „op buitensporige en onredelijke wijze de beoordelingsmarge van de Commissie heeft geëerbiedigd", haalt KME de volgende passages van het bestreden arrest aan:

„92 [...] de zwaarte van de inbreuk [wordt] bepaald aan de hand van een groot aantal factoren ten aanzien waarvan de Commissie over een beoordelingsmarge beschikt [...]".

„103 De Commissie kan immers in het kader van haar beoordelingsmarge [...] het verhogingspercentage kiezen dat zij wenst toe te passen wegens de duur van de inbreuk."

„115 Het is immers niet omdat de richtsnoeren zijn vastgesteld, dat de vroegere rechtspraak volgens welke de Commissie over een beoordelingsbevoegdheid beschikt aan de hand waarvan zij, met name naargelang de omstandigheden van de zaak, bepaalde elementen al dan niet in aanmerking kan nemen bij de vaststelling van de geldboeten, irrelevant wordt. Aangezien de richtsnoeren geen dwingende voorschriften bevatten met betrekking tot de verzachtende omstandigheden die in aanmerking kunnen worden genomen, heeft de Commissie dan ook een zekere marge behouden om op globale wijze te beslissen over de hoogte van een eventuele vermindering van de geldboeten wegens verzachtende omstandigheden."

„129 [...] [D]e Commissie [beschikt] bij de toepassing van verzachtende omstandigheden over een beoordelingsmarge [...]."

42. Deze passages kunnen worden gelezen tegen de achtergrond van de inleidende opmerkingen van het Gerecht in de punten 32 tot en met 37 van het bestreden arrest, hoewel KME daaraan niet expliciet refereert:

„32 Om te beginnen blijkt uit de punten 290 tot en met 387 van de litigieuze beschikking dat de Commissie de geldboeten wegens de inbreuk heeft opgelegd krachtens artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 en dat de Commissie weliswaar in de litigieuze beschikking niet uitdrukkelijk verwijst naar de richtsnoeren [...], maar vaststaat dat zij het bedrag van de

geldboeten overeenkomstig de daarin uiteengezette methode heeft bepaald.

33 De richtsnoeren kunnen weliswaar niet worden aangemerkt als een rechtsregel, maar zij vormen wel een gedragsregel voor de te volgen praktijk, waarvan de Commissie in een concreet geval niet mag afwijken zonder redenen op te geven die verenigbaar zijn met het beginsel van gelijke behandeling (zie arrest Hof van 18 mei 2006, Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie, C-397/03 P, Jurispr. blz. I-4429, punt 91 en aangehaalde rechtspraak).

34 Het staat dus aan het Gerecht om in het kader van het toezicht op de rechtmatigheid van de door de litigieuze beschikking opgelegde geldboeten na te gaan of de Commissie haar beoordelingsbevoegdheid heeft uitgeoefend volgens de in de richtsnoeren uiteengezette methode en na te gaan of, indien de Commissie daarvan is afgeweken, dit gerechtvaardigd is en rechtens afdoende is gemotiveerd. In dit verband heeft het Hof de geldigheid van het beginsel zelf van de richtsnoeren en van de daarin vermelde methode bevestigd (arrest Hof van 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punten 252-255, 266-267, 312 en 313).

35 De zelfbeperking van de beoordelingsbevoegdheid van de Commissie die volgt uit de vaststelling van de richtsnoeren, is immers niet onverenigbaar met het behoud van een aanzienlijke beoordelingsmarge voor de Commissie. De richtsnoeren laten de Commissie enige speelruimte om haar discretionaire bevoegdheid uit te oefenen overeenkomstig de bepalingen van verordening nr. 17, zoals die zijn uitgelegd door het Hof (arrest Dansk Rørindustri, punt 267).

36 Op gebieden waarin de Commissie nog over een beoordelingsmarge beschikt, bijvoorbeeld met betrekking tot het verhogingspercentage wegens de duur van de inbreuk, betreft het rechtmatigheidstoezicht op deze beoordelingen derhalve enkel de vraag of er een kennelijke beoordelingsfout is gemaakt (zie in die zin arrest Gerecht van 18 juli 2005, Scandinavian Airlines System/Commissie, T- 241/01, Jurispr. blz. II-2917, punten 64 en 79).

37 De beoordelingsmarge van de Commissie en de grenzen die zij daaraan heeft gesteld, kunnen overigens in beginsel geen afbreuk doen aan de uitoefening door de gemeenschapsrechter van zijn volledige rechtsmacht (arrest Gerecht van 8 juli 2004, JFE Engineering e.a./Commissie, T-67/00, T-68/00, T-71/00 en T-78/00, Jurispr. blz. II-2501, punt 538), op basis waarvan deze de door de Commissie opgelegde geldboete kan intrekken, verlagen of verhogen (zie in die zin arrest Hof van 8 februari 2007, Groupe Danone/Commissie, C-3/06 P, Jurispr. blz. I-1331, punten 60-62; arrest Gerecht

van 21 oktober 2003, General Motors Nederland en Opel Nederland/Commissie, T-368/00, Jurispr. blz. II-4491, punt 181)."

*Samenvatting van de argumenten*

Hogere voorziening van KME

43. KME verwijt het Gerecht dat het haar in eerste aanleg aangevoerde argumenten niet grondig en nauwkeurig heeft onderzocht en dat het de beoordelingsbevoegdheid van de Commissie „op buitensporige wijze heeft geëerbiedigd" door een onevenredige geldboete in stand te laten. Daarmee heeft het Gerecht volgens KME haar fundamentele recht op een volledige, effectieve en eerlijke rechterlijke toetsing van de litigieuze beschikking door een onpartijdige en onafhankelijke rechter geschonden.

44. Kenmerkend voor het mededingingsrecht van de Unie is het samenspel tussen enerzijds de Commissie als onderzoekend, aanklagend en beslissend orgaan, en anderzijds de Unierechter die de Commissie controleert. De precieze betekenis, omvang of ratio van de beoordelingsmarge waarover de Commissie, gelet op het institutionele evenwicht tussen de twee organen, beschikt, is evenwel in de rechtspraak nooit verduidelijkt.

45. Het genoemde samenspel is beïnvloed door de ontwikkeling van de rol van de Commissie bij de uitvoering van het mededingingsbeleid sinds de vaststelling van verordening nr. 17. In 1962 telde de EEG zes lidstaten en stond het Europese mededingingsrecht nog in de kinderschoenen. Aanmeldingen vormden een nuttige bron van informatie in zoverre zij de Commissie in staat stelden een voorafgaande toetsing te verrichten en haar handhavingsbeleid vorm te geven. De Commissie had primair een opvoedende taak en moest vooral rechtszekerheid verschaffen door middel van formele vrijstellingsbeschikkingen, administratieve brieven tot afsluiting van een zaak of goedkeuringsbeschikkingen. Hoewel zij al wel de rol van onderzoekend, aanklagend en beslissend orgaan combineerde, ging zij vrij zelden tot onderzoek en vervolging over en waren de geldboeten doorgaans laag. In die context was het niet meer dan redelijk, logisch en billijk dat het Hof in het arrest Consten en Grundig [17] overwoog dat, aangezien de Commissie in de uitoefening van haar bevoegdheden ingewikkelde economische vragen moest beoordelen, de rechter bij zijn toetsing van die beoordelingen rekening moest houden met de aard daarvan en zich derhalve diende te beperken tot het onderzoek van de feitelijke grondslag en de daarop door de Commissie toegepaste juridische kwalificaties. Bovendien was er door de zelfbeperking van de Commissie

17 — Arrest van 13 juli 1966 (56/64 en 58/64, Jurispr. blz. 450).

minder noodzaak om haar bevoegdheden op het gebied van de oplegging van geldboeten duidelijk af te bakenen.

46. Volgens KME getuigt het echter van willekeur en is het riskant en onbillijk om dezelfde mate van „rechterlijke eerbiediging" van de aan de Commissie toekomende beoordelingsmarge te handhaven in de context van het huidige systeem van toepassing van het mededingingsrecht van de Unie, dat wordt gekenmerkt door steeds hogere geldboeten, die onvermijdelijke economische en financiële gevolgen hebben voor bedrijven, aandeelhouders en werknemers, en die ertoe leiden dat het mededingingsrecht de facto wordt „gecriminaliseerd". De mededingingsregels van de Unie zijn rechtstreeks werkende bepalingen die geen ruimte laten voor een op politieke overwegingen gebaseerde beoordelingsmarge bij hun uitlegging en toepassing, zodat de Unierechter bij zijn toetsing van de wijze waarop de Commissie die regels in een specifiek geval heeft toegepast, slechts in zeer beperkte mate aan die beoordelingsmarge mag refereren.

47. Volgens de huidige, bij verordening nr. 1/2003 ingevoerde regeling wordt artikel 101 VWEU in zijn geheel niet alleen toegepast door de Commissie, maar ook door nationale mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties. Er is nooit gesuggereerd dat een nationale rechter die dit artikel in een concreet geval toepast, beschikt over een ruime beoordelingsmarge die door de rechter in hoger beroep moet moeten worden gerespecteerd.

48. De ervaring die de Commissie op het gebied van de beoordeling van ingewikkelde feitelijke en/of economische vragen heeft, kan volgens KME niet rechtvaardigen dat haar bij de toepassing van het mededingingsrecht van de Unie een ruime beoordelingsmarge wordt toegekend. Een intensievere toetsing in complexe zaken is juist onderdeel van het mandaat van het Gerecht, waarvan de oprichting het antwoord vormde op de kritiek dat het toenmalige rechterlijke toezicht niet meer intensief genoeg was voor een rechtssysteem dat inmiddels door strikte handhaving van de mededingingsregels zich in aanzienlijke mate was gaan inmengen in individuele rechten. Bovendien heeft zowel het Gerecht als het Hof al dikwijls op bevredigende wijze een bijzonder intensieve rechterlijke toetsing verricht in complexe zaken. De intensiteit van de door het Gerecht te verrichten toetsing neemt niet af naarmate de feiten van de zaak complexer zijn, maar wordt bepaald door het eigen oordeel van het Gerecht omtrent het soort onderzoek dat in de omstandigheden van elk geval noodzakelijk en passend is.

49. Bovendien beschikt het Gerecht met betrekking tot in mededingingszaken opgelegde sancties over volledige rechtsmacht. In de uitoefening van die rechtsmacht zou het de Commissie geen enkele beoordelingsmarge moeten laten met betrekking tot de juistheid en de evenredigheid van een geldboete of de voor de berekening ervan gebruikte methode, vooral ook omdat dergelijke geldboeten de

facto strafrechtelijk van aard zijn en omdat het EVRM een effectieve rechterlijke toetsing voorschrijft van bestuurlijke besluiten waarbij een strafrechtelijke sanctie wordt opgelegd. Het Gerecht dient daarom per geval te onderzoeken hoe de Commissie de zwaarte en de duur van onrechtmatig gedrag heeft beoordeeld, en mag zijn eigen oordeel in de plaats van dat van de Commissie stellen door de geldboete in te trekken, te verhogen of te verlagen. Daadwerkelijke uitoefening van deze volledige rechtsmacht impliceert niet alleen dat de formele wettigheid van de geldboete wordt getoetst, maar ook dat door middel van een onafhankelijke beoordeling van de ernst van het te bestraffen gedrag en van de algemene billijkheid van de sanctie wordt nagegaan of de boete, gelet op alle omstandigheden van het specifieke geval, passend is.

50. De omvang van de beoordelingsmarge van de Commissie (als zij die al heeft) in zaken als de onderhavige dient nauwkeurig te worden bepaald en de mate waarin die marge (eventueel) door de rechter moet worden geëerbiedigd, moet dienovereenkomstig worden beperkt. Het technische karakter van een zaak mag voor het Gerecht geen reden zijn om zijn plicht om de eerbiediging van het recht te verzekeren, te verzaken.

51. Een ander punt is volgens KME of de toetsing waarin het rechterlijk systeem van de Unie voorziet, ruim en intensief genoeg is om de door artikel 6, lid 1, EVRM voorgeschreven mate van bescherming te verzekeren. Een debat hierover is dringend noodzakelijk, niet alleen gelet op de drievoudige rol van de Commissie in mededingingszaken, maar ook wegens de voortschrijdende „criminalisering" van het mededingingsrecht van de Unie. Het Europese Hof voor de rechten van de mens (hierna: „EHRM") erkent reeds lang dat bestuursrechtelijke handhaving, waaronder ook de oplegging van geldboeten, niet onverenigbaar is met artikel 6, lid 1, EVRM. Hoewel die handhaving niet volledig behoeft te worden „gejudicialiseerd" om aan de vereisten van genoemde bepaling te voldoen, dient zij wel met voldoende sterke procedurele waarborgen te zijn omgeven en moet er een effectieve rechterlijke toetsing van het bestuurlijke besluit zijn voorzien, waarbij de toetsende rechter volledige rechtsmacht heeft. Ofschoon nog moet worden verduidelijkt aan welke eisen een systeem van rechterlijke toetsing precies moet voldoen om met artikel 6, lid 1, EVRM in overeenstemming te zijn, is het volgens KME twijfelachtig of het huidige systeem van handhaving van het mededingingsrecht van de Unie, inclusief de rechterlijke toetsing, aan die vereisten voldoet.

52. Het recht op een doeltreffende voorziening in rechte is ook verankerd in artikel 47 van het Handvest. Volgens de rechtspraak hebben de adressaten van Commissiebeschikkingen waarbij in mededingingszaken geldboeten worden opgelegd, recht op een eerlijk proces en wordt hun recht op behandeling van hun zaak door een onpartijdig gerecht geschonden indien geen beroep openstaat bij een rechterlijke instantie die over volledige rechtsmacht in de zin van het EVRM beschikt.

Antwoord van de Commissie

53. De Commissie stelt primair dat het middel te algemeen en onnauwkeurig is om door het Hof te worden onderzocht (het zou dus niet aan de vereisten van artikel 112, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering voldoen), zodat het niet-ontvankelijk is. Subsidiair voert zij aan dat het Gerecht zijn beslissing heeft gebaseerd op zijn eigen positieve vaststellingen en dat het middel derhalve ongegrond is.

54. Met betrekking tot het gebrek aan nauwkeurigheid merkt de Commissie op dat KME weliswaar een aantal argumenten aanvoert vóór een grondige toetsing van Commissiebeschikkingen door het Gerecht, maar ook erkent dat een systeem van bestuursrechtelijke handhaving in combinatie met toetsing door een gerecht met volledige rechtsmacht verenigbaar is met artikel 6, lid 1, EVRM. Zij erkent eveneens dat het Gerecht en het Hof in beginsel tot een adequate rechterlijke toetsing in staat zijn en daarvan in de praktijk ook blijk hebben gegeven. De basisstructuur van de rechterlijke toetsing van Commissiebeschikkingen wordt door KME dus niet bekritiseerd.

55. Dit betekent volgens de Commissie dat KME a) de passages van het arrest had moeten aangeven waarin het Gerecht niet naar behoren op haar argumenten zou zijn ingegaan; b) de criteria voor de beoordeling van de kwaliteit van de door het Gerecht verrichte toetsing had moeten specificeren, en c) had moeten aantonen in hoeverre het Gerecht, gelet op die criteria, haar argumenten niet naar behoren zou hebben onderzocht. KME heeft echter uitsluitend vier passages van het arrest aangehaald waarin aan de discretionaire bevoegdheid van de Commissie wordt gerefereerd, zonder duidelijk te maken waarom uit die passages zou blijken dat het Gerecht een adequate toetsing van de beschikking van de Commissie in het licht van de door haar aangevoerde argumenten achterwege heeft gelaten.

56. Het is inderdaad niet duidelijk welke criteria overeenkomstig artikel 6, lid 1, EVRM moeten worden aangelegd om de door het Gerecht verrichte toetsing te beoordelen, zelfs als wordt aanvaard dat de geldboeten die in mededingingszaken worden opgelegd, zoals KME stelt, als „strafvervolging" in de zin van deze bepaling zijn aan te merken. KME vermijdt elke discussie over de implicaties daarvan voor de toetsingsmaatstaf die moet worden aangelegd.

57. Blijkens de rechtspraak van het EHRM variëren de eisen die artikel 6, lid 1, EVRM aan rechterlijke toetsing stelt, zelfs binnen de algemene categorie „vervolgingen". Aangezien het Unierecht de in mededingingszaken opgelegde geldboeten met zoveel woorden als niet-strafrechtelijk kwalificeert, horen deze geldboeten niet tot de door het EHRM gedefinieerde „harde kern" van het strafrecht, zodat de voor strafrechtelijke procedures geldende waarborgen daarop niet noodzakelijkerwijs geheel naar de letter behoeven te worden toegepast.

58. Hoe dan ook beschikt het Gerecht zonder meer over „volledige rechtsmacht" in de zin van artikel 6, lid 1, EVRM (niet te verwarren met het Unierechtelijke concept van de volledige rechtsmacht met betrekking tot geldboeten). Volgens de rechtspraak van het EHRM is een tegen bestuurlijke besluiten openstaande rechtsgang die beperkt is tot rechtsvragen en de rechter dus niet de mogelijkheid biedt om feitelijke onjuistheden te corrigeren, ontoereikend. Hoewel de rechter soms ook een evenredigheidstoets moet verrichten, is een tot bepaalde aspecten beperkte toetsing op zichzelf niet onverenigbaar met het begrip „volledige rechtsmacht" in de zin van artikel 6, lid 1, EVRM.

59. Voor haar subsidiaire stelling dat het Gerecht zijn beslissing heeft gebaseerd op zijn eigen positieve vaststellingen, voert de Commissie aan dat het Gerecht ondanks de verwijzingen naar haar beoordelingsmarge de berekening van de geldboete grondig en effectief heeft getoetst en op basis daarvan zelf tot de bevinding is gekomen dat KME's tweede, derde en vierde middel [18] ongegrond waren. In zoverre heeft het Gerecht de argumenten van KME op hun inhoud beoordeeld en afgewezen, waarbij het de Commissie in het gelijk heeft gesteld en niet heeft volstaan met „eerbiediging van haar beoordelingsmarge".

18 — Kennelijk noemt de Commissie in dit verband alleen het tweede, het derde en het vierde middel omdat de door KME aangehaalde passages van het arrest (zie punt 41 hierboven) uitsluitend deze middelen betreffen.

Welke toetsingsmaatstaf ook uit artikel 6, lid 1, EVRM voortvloeit, volgens de Commissie heeft het Gerecht daaraan voldaan.

*Beoordeling*

60. KME stelt in wezen dat het Gerecht, door te aanvaarden dat verschillende in verband met de vaststelling van de geldboeten door de Commissie verrichte beoordelingen binnen de aan deze instelling toekomende beoordelingsvrijheid vielen, en door in zoverre dus geen eigen afwegingen te maken, heeft nagelaten de litigieuze beschikking aan de krachtens het EVRM en het Handvest vereiste toetsing te onderwerpen.

61. Daarom moet worden nagegaan welke eisen die instrumenten aan de toetsing stellen, waarbij de rechtspraak van het EHRM als belangrijkste richtsnoer dient.

62. KME stelt dat procedures inzake de handhaving van de mededingingsregels als de onderhavige, in het kader waarvan is vastgesteld dat een onderneming heeft deelgenomen aan verboden praktijken en om die reden een geldboete is opgelegd, onmiskenbaar een strafrechtelijk karakter in de zin van het EVRM hebben. De Commissie merkt op dat beschikkingen als die waarom het in deze zaak gaat, juist expliciet *niet* als

„strafrechtelijk" zijn bestempeld, hoewel zij erkent dat dit volgens de rechtspraak van het EHRM geen beslissend criterium is. Zou die beschikkingen een strafrechtelijk karakter in de zin van die rechtspraak moeten worden toegedicht, dan zouden zij in elk geval niet tot de door het EHRM gedefinieerde „harde kern" van het strafrecht behoren. Dit is van belang omdat volgens de rechtspraak van het EHRM voor strafrechtelijke procedures striktere procedurele waarborgen en strengere toetsingsmaatstaven gelden dan voor civiele procedures. Binnen het strafrecht gelden dan weer strengere eisen voor procedures die de „harde kern" van het strafrecht raken dan voor andere procedures.

63. Om uit te maken of op onrechtmatig gedrag betrekking hebbende procedures al dan niet als „strafrechtelijk" moeten worden gekwalificeerd, past het EHRM de drie „Engelcriteria" toe, die zo worden genoemd naar het arrest waarin zij voor het eerst werden geformuleerd [19]. In de eerste plaats is er de formele kwalificatie in het betrokken rechtssysteem, ofschoon dit expliciet als „niet meer dan een uitgangspunt" wordt beschouwd. Evenals in latere uitspraken hechtte het EHRM in het arrest Engel aanzienlijk meer belang — zelfs zo veel dat aan de kwalificatie in het nationale recht werd voorbijgegaan — aan het tweede en het derde criterium, namelijk de aard van de inbreuk en de aard en de zwaarte van de sanctie die aan de betrokken persoon kan worden opgelegd. Het heeft in dit verband relevant geacht of de straf wordt opgelegd overeenkomstig een algemene regel die voor alle burgers en niet slechts voor een groep met een bijzondere status geldt, en of hij met name een repressief en afschrikkend karakter heeft en niet zozeer bedoeld is als schadeloosstelling. [20]

64. Gelet op die criteria kan volgens mij zonder meer worden geconcludeerd dat de procedure in het kader waarvan een geldboete wordt opgelegd wegens schending van het in artikel 81, lid 1, EG gestelde verbod op regelingen waarbij de prijzen worden vastgesteld en de markten worden verdeeld, moet worden gerekend tot de „strafrechtelijke component" van artikel 6 EVRM, zoals deze in de loop der jaren door het EHRM is gedefinieerd. [21] Het verbod en de mogelijkheid om een geldboete op te leggen, zijn neergelegd in primaire en secundaire wetgeving die algemene gelding heeft; de inbreuk bestaat in gedrag dat in het algemeen als oneerlijk en in strijd met het algemeen belang wordt beschouwd, een kenmerk dat zij gemeen heeft met strafbare feiten in het algemeen en dat tot een duidelijk

19 — Arrest Engel e.a./Nederland van 8 juni 1976, serie A nr. 22, punt 82.

20 — Zie bijvoorbeeld arrest Jussila/Finland van 23 november 2006 (klacht nr. 73053/01, 2006-XIII).

21 — Zie ook de punten 48-52 van de conclusie van advocaat-generaal Bot van 26 oktober 2010 in de zaak Thyssen-Krupp Nirosta (C-352/09 P, aanhangig bij het Hof) — die ik volledig onderschrijf — alsmede de aldaar aangehaalde rechtspraak.

stigma leidt [22]; een geldboete die kan oplopen tot [23] 10 % van de jaaromzet, is zonder twijfel een zware sanctie en kan zelfs het einde van een onderneming betekenen, en de sanctie is uitdrukkelijk bedoeld om te straffen en af te schrikken [24], zonder dat schadevergoeding daarbij een rol speelt.

65. De Commissie heeft terecht opgemerkt dat het EHRM in de zaak Neste [25] heeft geoordeeld dat bepaalde aspecten van de Russische mededingingswetgeving buiten de sfeer van het strafrecht vallen. De factoren die het daarbij in aanmerking nam, verschillen naar mijn mening echter nogal van die van de situatie waarmee wij hier van doen hebben. Het EHRM beklemtoonde dat de betrokken antimonopolieregeling enkel gold voor betrekkingen waardoor de mededinging op grondstoffenmarkten werd beïnvloed, en dus een beperkte werkingssfeer had, dat zij bedoeld was om de mededinging te beschermen en te herstellen, en dat de maatregelen die konden worden opgelegd, geen „sancties als zodanig" waren, maar bevelen die, in combinatie met de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, bedoeld waren om schade financieel te compenseren en dus geen repressief en afschrikkend karakter hadden.

66. Het is juist dat het EHRM in die beslissing ook heeft beklemtoond dat bepaalde soorten monopolistisch gedrag toelaatbaar kunnen zijn voor zover is aangetoond dat het algemeen belang daarmee is gediend (een mogelijkheid die artikel 81, lid 3, EG, althans in theorie, zelfs voor verboden overeenkomsten tot vaststelling van de prijzen en verdeling van de markten biedt), terwijl werkelijk crimineel gedrag doorgaans niet op dergelijke pragmatische gronden valt te rechtvaardigen. Ook heeft het erop gewezen dat vrije mededinging op de markt een betrekkelijke, van de concrete situatie afhankelijke waarde is en dat inbreuken op die vrijheid dus niet per definitie laakbaar zijn. Wat de eerste van die overwegingen betreft, zou ik echter — met alle respect voor het EHRM — willen opmerken dat het niet heel moeilijk is om voorbeelden te vinden van onmiskenbaar crimineel gedrag dat niettemin in bepaalde omstandigheden kan worden toegestaan. Zo kan het bezit van vuurwapens in het algemeen strafbaar zijn, maar in bepaalde situaties met het oog op de bescherming van het publiek zijn toegestaan. Hetzelfde geldt voor de verkoop van bepaalde verdovende middelen, die in het algemeen strafbaar kan zijn, maar voor specifieke

22 — In het midden kan blijven of — zoals ter terechtzitting werd gevraagd — dat stigma groter is dan het stigma dat aan belastingontduiking kleeft, hoewel alleen al het feit dat deze vraag is opgeworpen, een weinig flatterend beeld van de waargenomen zakenmoraal geeft.

23 — Het lijkt mij niet nodig om in te gaan op de opmerkingen van KME over het feit dat de Commissie de afgelopen jaren steeds hogere geldboeten is gaan opleggen. Niet de zwaarte van de *feitelijk* opgelegde sanctie is namelijk bepalend voor de aard van de inbreuk, maar de schaal van sancties die in een bepaald geval *kunnen worden* opgelegd.

24 — In de richtsnoeren wordt gesproken van „de bij de bestrijding van inbreuken op de mededingingsregels nagestreefde doelstellingen" en van de vaststelling van „het bedrag van de geldboete op een zodanig niveau [...] dat daarvan een voldoende afschrikkende werking uitgaat".

25 — Beslissing van de Derde afdeling van 3 juni 2004 inzake de ontvankelijkheid van de beroepen 69042/01, 69050/01, 69054/01, 69055/01, 69056/01 en 69058/01, OOO Neste St. Petersburg e.a./Rusland.

medische doeleinden kan zijn toegestaan, enzovoort. Wat de tweede overweging betreft, wijs ik erop dat de vaststelling van prijzen en de verdeling van markten voor de consument, en dus voor de maatschappij in het algemeen, gevolgen hebben die veel verder gaan dan „inbreuken op de vrije mededinging" waarvan het bedrijfsleven de nadelen ondervindt.

67. Indien de boeteprocedure waarom het in deze zaak gaat, dus tot de sfeer van het strafrecht in de zin van het EVRM (en het Handvest) moet worden gerekend, ben ik het wel ermee eens dat het hier — om een formulering uit het arrest Jussila [26] te gebruiken — „niet gaat om de harde kern van het strafrecht, zodat de voor strafrechtelijke procedures geldende waarborgen niet noodzakelijkerwijs geheel naar de letter behoeven te worden toegepast". Dit betekent met name dat het met artikel 6, lid 1, EVRM verenigbaar kan zijn dat strafrechtelijke sancties in eerste instantie niet worden opgelegd door een „onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld", maar door een administratief of niet-rechterlijk orgaan dat zelf niet aan de vereisten van die bepaling voldoet, zolang de beslissing van dat orgaan vervolgens maar kan worden getoetst door een rechterlijk orgaan met volledige rechtsmacht dat wel de vereiste waarborgen biedt. [27] Het moet met andere woorden duidelijk zijn dat de beschikbare rechtsmiddelen het mogelijk maken om eventuele in de procedure in eerste aanleg gemaakte fouten te herstellen. [28]

68. Er is veelvuldig kritiek geuit op de drievoudige rol van de Commissie in mededingingsprocedures, namelijk die van onderzoekend, aanklagend en beslissend orgaan, en KME heeft in haar verzoekschrift in hogere voorziening ook voorbeelden van die kritiek aangehaald. [29] Hoewel er overtuigende redenen kunnen zijn om te menen dat de Commissie in zoverre niet kan worden beschouwd als een „onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld", lijken dergelijke overwegingen mij eigenlijk met deze hogere voorziening niets van doen te hebben. KME stelt namelijk niet dat de procedure voor de Commissie onregelmatig is geweest, maar dat de uitkomst van die procedure door het Gerecht niet naar behoren is getoetst. Het feit dat de Commissie een administratief orgaan is en wellicht niet in staat is de drie functies die zij in de procedure vervult, volledig van elkaar te scheiden [30], is voor deze hogere voorziening een vaststaand gegeven. Het punt waarom het gaat, is of het Gerecht „volledige

26 — Aangehaald in voetnoot 20, punt 43 van het arrest, waarin wordt gerefereerd aan het arrest Stenuit/Frankrijk van 27 februari 1992, serie A, nr. 232-A, met name met betrekking tot het mededingingsrecht.

27 — Zie ook het arrest Albert en Le Compte/België van 10 februari 1983, serie A, nr. 58, punt 29.

28 — Zie het arrest Belilos/Zwitserland van 29 april 1988, serie A, nr. 132, punt 68.

29 — Zij citeert bijvoorbeeld D. Slater e.a., *Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?*, GCLC Working Paper 04/08, en 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 [uitgegeven in juni 2009(2)].

30 — Hoewel moet worden erkend dat er herhaaldelijk stappen zijn ondernomen om de verschillende functies meer van elkaar te scheiden. Het meest sprekende voorbeeld in dit verband is misschien wel het besluit om een onafhankelijke raadadviseur-auditeur aan te stellen om de hoorzitting voor te zitten, wat voor die tijd werd gedaan door de directeur van het directoraat dat het onderzoek leidde [zie het Elfde verslag over het mededingingsbeleid van de Commissie (1981), punt 26].

rechtsmacht" in de zin van de rechtspraak van het EHRM heeft uitgeoefend. [31]

69. Volgens het EHRM houdt „volledige rechtsmacht" onder meer de bevoegdheid in om „de beslissing van het lagere orgaan te vernietigen, zowel wat de daarin behandelde feitelijke vragen als wat de daarin behandelde rechtsvragen betreft". Een rechterlijk orgaan dat een beslissing moet toetsen, „dient met name bevoegdheid te bezitten om alle voor het aan hem voorgelegde geschil relevante feitelijke en rechtsvragen te onderzoeken". [32] Het EHRM heeft ook overwogen dat, om te bepalen of een gerecht dat in tweede instantie over een zaak moet oordelen, „volledige rechtsmacht" heeft of een „toereikende toetsing" kan verrichten om een gebrek aan onafhankelijkheid in de procedure in eerste aanleg te compenseren, factoren in aanmerking moeten worden genomen zoals „het voorwerp van de beslissing waartegen beroep is ingesteld, de wijze waarop die beslissing tot stand is gekomen en de inhoud van het geschil, waaronder de middelen van het beroep en wat daarmee wordt beoogd". [33]

70. Het lijkt mij vrij duidelijk dat de „volledige rechtsmacht" die het Gerecht ingevolge artikel 229 EG en artikel 17 van verordening nr. 17 geniet, voldoet aan die vereisten voor zover het beroepen tegen het bedrag van de opgelegde geldboete betreft, ook al stelt de Commissie terecht dat dit Unierechtelijke begrip verschilt van het door het EHRM ontwikkelde criterium van „volledige rechtsmacht", dat moet worden geacht ook te gelden voor beroepen tegen, bijvoorbeeld, de feitelijke vaststelling van een inbreuk (waarover het Gerecht ook een oordeel kan vellen, wat het ook doet — zij het in beperkte mate — indien dat de grondslag van de bij hem aangebrachte zaak is). In deze zaak hebben wij echter alleen te maken met een hogere voorziening tegen het bedrag van een opgelegde geldboete en ik zou mijn analyse dan ook daartoe willen beperken. In deze context kan het naar mijn mening niet anders dan dat volledige rechtsmacht om een geldboete in te trekken, te verlagen of te verhogen, ongeacht of daarvoor feitelijke of rechtsvragen moeten worden beoordeeld, de door artikel 6 EVRM verlangde waarborg biedt — in elk geval in theorie.

71. Dit neemt niet weg dat de vraag kan rijzen of het Gerecht in een specifiek geval die rechtsmacht ook feitelijk naar behoren heeft uitgeoefend. Dit nu is precies het punt dat KME in het onderhavige geval aan de orde stelt.

72. Dit is een legitieme vraag, zij het dat voor de behandeling ervan enkele — zowel algemene als bijzondere — voorbehouden gelden. Ook de wijze waarop deze vraag aan de orde is gesteld, moet in het licht van enkele van de door de Commissie aangevoerde bezwaren worden onderzocht.

31 — Dit zou ook het geval zijn als de procedure betrekking had op een zuiver „civiel" geschil (zie bijvoorbeeld het arrest van 28 juni 1990 in de zaak Obermeier/ Oostenrijk, serie A, nr. 179, punten 67 en 70), waartoe ook administratiefrechtelijke geschillen zouden behoren.

32 — Zie de zaak Valico S.r.l/Italië (dec.), nr. 70074/01, blz. 20, EHRM 2006-III, en aldaar aangehaalde rechtspraak.

33 — Zie het arrest van 27 oktober 2009 in de zaak Crompton/ Verenigd Koninkrijk, nr. 42509/05, punt 71 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

73. Om te beginnen ben ik van mening dat het met name van belang is op welke wijze het Gerecht zijn toetsing feitelijk heeft verricht, en dat de manier waarop het die toetsing heeft beschreven, minder relevant is. Dit betekent dat het enkele feit dat het Gerecht heeft gerefereerd aan de beoordelingsvrijheid, de keuzevrijheid of de speelruimte van de Commissie, nog niet de conclusie rechtvaardigt dat het Gerecht zijn verplichting om in antwoord op de door KME aangevoerde argumenten de vaststelling van het boetebedrag te beoordelen, heeft verzaakt. Omgekeerd kan uit het gebruik van de woorden „in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht" niet worden afgeleid dat het Gerecht zijn beoordelingsbevoegdheid inderdaad naar behoren heeft uitgeoefend. Elke overweging moet op basis van haar werkelijke inhoud worden beoordeeld.

74. Een en ander impliceert dat, ongeacht de omvang van de bevoegdheden van het Gerecht, procedures voor deze rechterlijke instantie een contradictoir karakter hebben. Niets in artikel 6 EVRM of in de rechtspraak van het EHRM verplicht het „onafhankelijke en onpartijdige gerecht" om ambtshalve in te gaan op kwesties die niet aan hem zijn voorgelegd. De rechtspraak van ons eigen Hof verlangt weliswaar dat bepaalde aangelegenheden van openbare orde (met name met betrekking tot procedurele waarborgen) ambtshalve aan de orde worden gesteld, maar afgezien daarvan moet de vraag of het Gerecht zijn volledige rechtsmacht heeft uitgeoefend, worden beoordeeld aan de hand van de inhoud van de argumenten waarover het zich heeft moeten uitspreken.

75. Ik stel echter vast dat het Gerecht desondanks de Commissie heeft gevraagd een aantal documenten uit haar administratieve dossier over te leggen en dat de Commissie aan dit verzoek heeft voldaan door ruim 500 bladzijden te produceren. Dit wijst toch op zijn minst op een toetsing die *grondig* genoeg is om aan de eisen van het EVRM en het Handvest te voldoen. Toch moet nog op basis van het arrest zelf worden beoordeeld of die toetsing *het vereiste karakter* had. Anders gezegd: heeft het Gerecht slechts onderzocht of de Commissie de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid niet te buiten was gegaan, of heeft het (voor zover KME daarom heeft verzocht) ook de binnen die grenzen verrichte beoordeling getoetst?

76. Thans zal ik ingaan op twee specifieke bezwaren die de Commissie tegen het betoog van KME heeft aangevoerd.

77. Een formeel punt, dat de Commissie alleen ter terechtzitting ter sprake heeft gebracht, is dat KME's beroep in eerste aanleg expliciet gebaseerd was op artikel 230 EG en niet op artikel 229 EG. De Commissie lijkt hiermee te willen zeggen dat KME het Gerecht dus niet heeft verzocht om zijn volledige rechtsmacht uit te oefenen, zodat zij het Gerecht ook niet kan verwijten dat het dit zou hebben nagelaten.

78. Als zodanig lijkt dit mij geen serieuze suggestie. De verwijzing naar artikel 230 EG komt uitsluitend in het opschrift van het verzoekschrift voor. Alleen al het feit dat KME

om verlaging van haar geldboete heeft verzocht, maakt voldoende duidelijk dat zij van het Gerecht verlangde dat dit zijn volledige rechtsmacht ten aanzien van geldboeten zou uitoefenen en zich niet tot een rechtmatigheidstoetsing zou beperken. Een dergelijke toetsing had, als zij in het voordeel van KME was uitgevallen, enkel tot nietigverklaring van de geldboete kunnen leiden, waarna het aan de Commissie was geweest om een nieuwe geldboete op te leggen die met de motivering van het arrest in overeenstemming was. In KME's verzoekschrift werd echter steeds op een verlaging van de geldboete aangedrongen, waartoe het Gerecht enkel kon besluiten op basis van artikel 229 EG en artikel 17 van verordening nr. 17.

79. Aan de andere kant moet voor ogen worden gehouden dat KME het Gerecht niet specifiek heeft verzocht om de geldboete opnieuw vast te stellen, maar om het bedrag ervan aan te passen in het licht van de gebreken die aan de litigieuze beschikking zouden kleven.

80. Het tweede bezwaar van de Commissie lijkt mij serieuzer. De Commissie stelt in wezen dat KME — hoe overtuigend haar algemene betoog over een nauwgezette uitoefening door het Gerecht van zijn volledige rechtsmacht in gevallen als de onderhavige ook moge zijn — niet heeft aangegeven aan welke toetsingsmaatstaf in casu precies had moeten worden voldaan, noch in welke passages van het bestreden arrest die maatstaf niet zou zijn gerespecteerd.

81. Op dit punt ben ik het met de Commissie eens. Het vijfde middel in hogere voorziening wordt namelijk veel meer gepresenteerd als algemene kritiek op het hele systeem voor de handhaving van het mededingingsrecht van de Unie en op de rol die het Gerecht daarin heeft, dan dat daarmee specifieke fouten worden geïdentificeerd die het Gerecht in het bestreden arrest zou hebben gemaakt. Het is evenwel vaste rechtspraak dat een hogere voorziening duidelijk moet aangeven tegen welke onderdelen van het arrest waarvan de vernietiging wordt gevorderd, zij is gericht, en welke juridische argumenten die vordering specifiek staven. [34]

82. Normaal gesproken zou een in hogere voorziening aangevoerd middel dat een dergelijk gebrek vertoont, eenvoudig niet-ontvankelijk worden verklaard. Een dergelijke benadering lijkt mij echter in het onderhavige geval niet geheel passend te zijn. Het is waar dat het vijfde middel in hogere voorziening op zichzelf beschouwd het Hof geen voldoende nauwkeurige aanwijzingen verschaft om te kunnen beslissen of en in hoeverre het Gerecht op specifieke punten een adequate toetsing achterwege heeft gelaten. Het betoog van KME kan echter wel in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van de overige middelen in hogere voorziening, zoals overigens ook de Commissie heeft gedaan in haar memorie van antwoord, waarin zij het vijfde middel in de context van het tweede, het derde en het vierde middel in hogere voorziening heeft besproken.

83. Ik zal het vijfde middel in hogere voorziening daarom niet als een op zichzelf staand

34 — Zie recentelijk arrest van 14 oktober 2010, Deutsche Telekom/Commissie (C-280/08 P, Jurispr. blz. I-9555, punt 24).

middel behandelen, maar de in het kader van dit middel aangevoerde argumenten in gedachten houden bij mijn bespreking van de eerste vier middelen in hogere voorziening. Zoals gezegd, zal ik mij daarbij echter beperken tot de wijze waarop het Gerecht de betrokken middelen feitelijk heeft onderzocht, waarbij de bewoordingen die het heeft gebruikt om dit onderzoek te beschrijven, slechts één aanwijzing zijn.

**Eerste middel in hogere voorziening: concrete weerslag op de markt**

*Relevante passages van het bestreden arrest*

84. Bij zijn beoordeling van KME's eerste middel (onjuiste inaanmerkingneming van de concrete weerslag van de mededingingsregeling op de markt) heeft het Gerecht eerst drie door KME overgelegde econometrische studies als bewijs toegelaten en vervolgens overwogen:

„60 [...] verzoeksters [betwisten] [...] zowel de beoordeling die de Commissie van de zwaarte van de inbreuk heeft gemaakt (zie punten 12 en 13 hierboven), als de verschillende behandeling die deze heeft toegepast op basis van de marktaandelen van de betrokken ondernemingen (zie punt 16 hierboven)

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

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

63 Evenzo zou, wat de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk betreft, zelfs indien de Commissie niet had aangetoond dat de mededingingsregeling een concrete weerslag op de markt heeft gehad, dit irrelevant zijn geweest voor

de kwalificatie van de inbreuk als ‚zeer zwaar' en dus voor het bedrag van de geldboete.

64 In dit verband blijkt uit het gemeenschapsstelsel van sancties voor schending van de mededingingsregels, zoals opgezet door verordening nr. 17 en uitgelegd door de rechtspraak, dat mededingingsregelingen op grond van de aard ervan de zwaarste geldboeten verdienen. Hun eventuele concrete weerslag op de markt, met name de vraag in hoeverre de mededingingsbeperking tot een hogere marktprijs heeft geleid dan het geval zou zijn geweest indien er geen kartel was, is geen doorslaggevend criterium voor de bepaling van het niveau van de geldboeten (zie in die zin arresten Hof van 7 juni 1983, Musique diffusion française e.a./Commissie, 100/80–103/80, Jurispr. blz. 1825, punten 120 en 129; 17 juli 1997, Ferriere Nord/Commissie, C-219/95 P, Jurispr. blz. I-4411, punt 33; 16 november 2000, Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie, C-286/98 P, Jurispr. blz. I-9925, punten 68-77, en 25 januari 2007, Dalmine/Commissie, C-407/04 P, Jurispr. blz. I-829, punten [129] en 130; arrest Tokai Carbon e.a./Commissie, punt 62 hierboven, punt 225; zie ook conclusie van advocaat-generaal Mischo in zaak C-283/98 P, arrest Hof van 16 november 2000, Mo och Domsjö/Commissie, Jurispr. blz. I-9855, punten 95-101).

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

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

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

bestaat tussen de weerslag en de inbreuk, door de rechtspraak is afgewezen.

68 Het Gerecht heeft immers herhaaldelijk geoordeeld dat de concrete weerslag van een mededingingsregeling op de markt rechtens afdoende bewezen is indien de Commissie in staat is concrete en geloofwaardige aanwijzingen te verstrekken waaruit met redelijke waarschijnlijkheid blijkt dat de mededingingsregeling een weerslag op de markt heeft gehad (zie met name arrest Scandinavian Airlines System/Commissie, punt 36 hierboven, punt 122; arresten van 27 september 2006, Archer Daniels Midland/Commissie, T-59/02, Jurispr. blz. II-3627, punten 159-161; Jungbunzlauer/Commissie, T-43/02, Jurispr. blz. II-3435, punten 153-155; Archer Daniels Midland/Commissie, T-329/01, Jurispr. blz. II-3255, punten 176-178, en Roquette Frères/Commissie, T-322/01, Jurispr. blz. II-3137, punten 73-75).

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

70 Uit de rechtspraak volgt dat de Commissie uit de in het voorgaande punt vermelde aanwijzingen kan afleiden dat de inbreuk een concrete weerslag op de markt heeft gehad (zie in die zin arresten Jungbunzlauer/Commissie, punt 68 hierboven, punt 159, en Roquette Frères/Commissie, punt 68 hierboven, punt 78; arrest Archer Daniels Midland/Commissie, T-59/02, punt 68 hierboven, punt 165; arrest Archer Daniels Midland/Commissie, T-329/01, punt 68 hierboven, punt 181; arrest Gerecht van 14 december 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a./Commissie, T-259/02–T-264/02 en T-271/02, Jurispr. blz. II-5169, punten 285-287).

71 Met betrekking tot verzoeksters' argument dat het dossier voorbeelden van niet-nakoming van de kartelovereenkomsten bevat, volstaat de omstandigheid dat de overeenkomsten niet steeds zijn nagekomen, niet om een weerslag op de markt uit te sluiten (zie in die zin

arrest Gerecht Groupe Danone/Commissie, punt 65 hierboven, punt 148).

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

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

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

*Samenvatting van de argumenten*

Hogere voorziening van KME

85. KME betwist de conclusie van het Gerecht dat de Commissie rechtens afdoende had aangetoond dat de mededingingsregeling een weerslag op de markt had gehad en dat zij deze weerslag dus bij de vaststelling van het uitgangsbedrag van de geldboete in aanmerking had kunnen nemen. Volgens de richtsnoeren moest de Commissie drie factoren in aanmerking nemen, waaronder de „concrete weerslag [...] op de markt wanneer die meetbaar is". De Commissie mocht die concrete weerslag dus alleen in aanmerking nemen indien en voor zover deze door haar kon worden vastgesteld en gekwantificeerd. Het had haar niet mogen worden toegestaan zich te verschuilen achter het in het arrest Roquette Frères [35] ontwikkelde criterium van de „redelijke waarschijnlijkheid" en zich dus te baseren op veronderstellingen die haar de mogelijkheid gaven een weerslag op de markt in aanmerking te nemen, ook al was zij niet in

35 — Arrest van 27 september 2006 (T-322/01, aangehaald in punt 68 van het bestreden arrest, punt 73).

staat het bestaan of de omvang daarvan overeenkomstig de richtsnoeren aan te tonen. Als de toevlucht tot dergelijke veronderstellingen wordt toegestaan, wordt het volstrekt onmogelijk om tussen inbreuken te differentiëren naargelang van hun weerslag op de markt. De rechtspraak waaraan in de punten 68 en 70 van het bestreden arrest wordt gerefereerd, is kennelijk onjuist.

86. KME meent bovendien dat wanneer één karteldeelnemer econometrisch bewijsmateriaal overlegt waaruit blijkt dat het kartel in zijn geheel geen weerslag op de prijzen heeft gehad, en de overige karteldeelnemers min of meer hetzelfde beweren, de Commissie niet gerechtigd is om dat bewijsmateriaal te negeren en enkel op grond van indirecte bewijzen zoals die welke in punt 69 van het bestreden arrest worden genoemd, vast te stellen dat de mededingingsregeling wel degelijk een dergelijke weerslag heeft gehad, en om die weerslag dan bij de bepaling van het uitgangsbasisbedrag van de geldboete overeenkomstig de richtsnoeren in aanmerking te nemen. In een dergelijk geval moet de Commissie integendeel rechtstreekse bewijzen voor de weerslag van het kartel op de markt overleggen.

87. Volgens KME was het door haar overgelegde econometrische bewijs gebaseerd op uitvoerige gegevens die waren ontleend aan de beschikbare facturen en klantinformatie over een periode van meer dan tien jaar, waaruit bleek i) dat de mededingingsregeling geen statistisch significante invloed had gehad op de door KME in rekening gebrachte prijzen en ii) dat deze analyse gold voor de mededingingsregeling in haar geheel. Dat de mededingingsregeling geen weerslag op de markt had gehad, werd bovendien bevestigd door in het dossier opgenomen voorbeelden van nietnakoming van de kartelovereenkomsten door de diverse karteldeelnemers. Tot slot werd de afwezigheid van negatieve gevolgen voor de eindverbruiker bevestigd door het feit dat de betrokken buizen maar ongeveer 2 % vertegenwoordigden van de detailhandelsprijs van de eindproducten waarin zij waren verwerkt.

88. Volgens KME had de Commissie ten bewijze van het bestaan en de omvang van de door haar gestelde weerslag op de markt van rechtswege directe tegenbewijzen moeten overleggen die gebaseerd waren op objectieve economische factoren betreffende de relevante markt en de economische context. Zij mocht haar vaststelling dat de mededingingsregeling een weerslag op de markt had gehad, niet uitsluitend op de in de litigieuze beschikking aangevoerde indirecte bewijzen baseren.

89. Het bestreden arrest is volgens KME ook onlogisch en ontoereikend gemotiveerd. Bij de beoordeling van haar argument dat uit het door haar overgelegde econometrische bewijsmateriaal bleek dat de mededingingsregeling geen weerslag op de markt had gehad, heeft het Gerecht i) uitsluitend gerefereerd aan het aanvankelijke verslag, waaruit bleek dat het kartel de door KME gehanteerde prijzen niet had beïnvloed, en dus ii) geen rekening gehouden met de twee latere verslagen, waarin werd geconcludeerd dat het kartel in zijn geheel geen weerslag op de markt had gehad, alsook iii) KME's betoog uiteindelijk van de hand gewezen op grond dat uit het econometrische bewijsmateriaal niet bleek dat het kartel in zijn geheel geen weerslag op de markt had gehad. Het Gerecht heeft met andere woorden enerzijds bewijzen toegelaten die het ontbreken van een weerslag op de

markt aantoonden, maar anderzijds KME's betoog afgewezen op grond dat zij dergelijke bewijzen niet had verstrekt. Het heeft daarmee de aan hem gepresenteerde feiten en bewijsstukken kennelijk verdraaid.

90. KME concludeert dan ook dat het Gerecht het Unierecht heeft geschonden door niet te erkennen dat de Commissie het recht onjuist heeft toegepast. Zij is derhalve van mening dat het Hof het uitgangsbedrag van de geldboete opnieuw zou moeten vaststellen door bij de berekening ervan de factor weerslag op de markt buiten beschouwing te laten.

KME de concrete weerslag op de markt relevant achtte, gerechtvaardigd waren, ongeacht of die weerslag al dan niet kon worden aangetoond. Met betrekking tot de verschillende behandeling van de deelnemende ondernemingen heeft het overwogen dat de Commissie, zelfs indien een concrete weerslag van de inbreuk op de markt niet was aangetoond, een verschil in behandeling op basis van de aandelen op de betrokken markt mocht toepassen. En ten aanzien van de zwaarte van de inbreuk heeft het opgemerkt dat zelfs indien de Commissie een concrete weerslag op de markt niet had aangetoond, dit irrelevant zou zijn geweest voor de kwalificatie van de inbreuk als „zeer zwaar" en dus voor het bedrag van de geldboete. KME maakt niet eens melding van een van deze fundamentele vaststellingen, die dan ook buiten het bestek van de hogere voorziening vallen. Haar grieven tegen de aanvullende — volledigheidshalve opgenomen — overweging kunnen niet tot vernietiging van het bestreden arrest leiden.

Antwoord van de Commissie

91. De Commissie stelt om te beginnen dat dit middel niet kan slagen omdat het gericht is tegen overwegingen ten overvloede, die niet essentieel zijn.

93. De Commissie stelt in de tweede plaats dat het middel niet-ontvankelijk is omdat het gericht is tegen feitelijke beoordelingen.

92. Het Gerecht heeft namelijk expliciet louter ten overvloede overwogen dat de Commissie rechtens afdoende had aangetoond dat de mededingingsregeling een concrete weerslag op de betrokken markt had gehad. Het is vaste rechtspraak dat een grief die uitsluitend tegen dergelijke overwegingen is gericht, niet tot vernietiging van een arrest kan leiden. Het Gerecht heeft geoordeeld dat beide elementen van de litigieuze beschikking waarvoor

94. KME stelt enkel dat het Gerecht i) ten onrechte heeft vastgesteld dat de Commissie uit het in punt 69 van zijn arrest vermelde bewijs kon afleiden dat de inbreuk een concrete weerslag op de markt had gehad; ii) in punt 71 meer gewicht had moeten toekennen aan de gegevens waaruit volgens KME bleek dat het kartel geen weerslag had gehad en dat de karteldeelnemers de afspraken niet steeds waren nagekomen; iii) in punt 72 meer gewicht had

moeten toekennen aan de econometrische studies waaruit volgens KME het ontbreken van een statistisch significante weerslag bleek, en iv) „rechtstreeks bewijs" van het bestaan en de omvang van een eventuele weerslag had moeten verlangen.

95. Het Hof is echter niet bevoegd om de feiten vast te stellen, net zo min als het — in beginsel althans — bevoegd is om de door het Gerecht in aanmerking genomen bewijzen te onderzoeken. Alleen het Gerecht is bevoegd de bewijzen op hun waarde te beoordelen, op voorwaarde dat die bewijzen rechtmatig zijn verkregen en de relevante voorschriften en beginselen in acht zijn genomen. Die beoordeling kan vervolgens niet door het Hof worden getoetst, tenzij het Gerecht de bewijzen kennelijk onjuist heeft opgevat.

96. De in de litigieuze beschikking in aanmerking genomen bewijzen voor een concrete weerslag op de markt en de conclusies die de Commissie daaraan heeft verbonden, zijn voor het Gerecht uitgebreid besproken: na die bewijzen in punt 69 van zijn arrest te hebben samengevat, heeft het Gerecht in punt 70 geconcludeerd dat de Commissie daaruit kon afleiden dat het kartel een concrete weerslag op de markt had gehad, en vervolgens in de punten 71 en 72 KME's argumenten dat deze conclusie door andere elementen werd ondergraven, van de hand kon wijzen.

97. Los van het feit dat de argumenten van KME uitsluitend aan haar eigen gedrag waren ontleend, vertoonden de door haar overgelegde econometrische studies bovendien verschillende fundamentele tekortkomingen die voor het Gerecht uitvoerig zijn besproken. Het Gerecht behoefde zich over die tekortkomingen niet uit te laten omdat het KME's argumenten hoe dan ook heeft verworpen, maar de Commissie vat ze als volgt samen.

98. In de studies werd getracht aan de hand van een vergelijking tussen prijzen waarvan werd erkend dat zij waren afgesproken en prijzen in „door concurrentie gekenmerkte" periodes en/of landen, tot conclusies over de weerslag van het kartel te komen. De vergelijking betrof echter ook een groot aantal gebieden waarvoor rechtstreeks bewijs van met de mededinging strijdig gedrag voorhanden was. Een van de prijsafspraken hield specifieke verhogingen voor met name genoemde landen en verhogingen met 8 % voor „alle andere, niet genoemde landen" in, wat erop wees dat alle verkopen van KME onder de mededingingsregeling vielen en dat er dus geen „door concurrentie gekenmerkte" landen waren die als vergelijkingsmateriaal konden dienen.

99. Hoe dan ook bleek bij onderzoek van de statistische berekeningen dat de aangevoerde resultaten ook consistent waren met een verhoging van de prijzen door het kartel. Het door KME gepresenteerde model kon een gemiddelde verhoging met 10,5 % per jaar niet uitsluiten en liet zien dat de prijzen van KME Germany tijdens de gehele duur van de mededingingsregeling met gemiddeld 29,9 %

per jaar waren gestegen. In andere opzichten lieten de studies ongewone resultaten zien waarvoor KME geen verklaring kon geven.

100. Het Gerecht heeft derhalve het bewijs op basis waarvan in de litigieuze beschikking werd geconcludeerd dat het kartel een concrete weerslag op de markt had gehad, en alle door KME aangevoerde argumenten om deze conclusie te weerleggen, naar behoren onderzocht. Op grond van specifiek, geloofwaardig en toereikend bewijs, waarmee veel meer dan de loutere uitvoering van prijsafspraken werd aangetoond, heeft het Gerecht geconcludeerd dat een concrete weerslag op de markt was bewezen.

101. De Commissie stelt in de derde plaats dat het Gerecht zijn vaststellingen toereikend heeft gemotiveerd.

102. Het betoog van KME — namelijk dat de motivering van het Gerecht onlogisch en ontoereikend was omdat het heeft vastgesteld dat de door KME overgelegde econometrische gegevens niet aantoonden dat de inbreuk in zijn geheel geen weerslag op de markt had gehad, en daarbij enkel te verwijzen naar het aanvankelijke verslag, dat uitsluitend de door KME toegepaste prijzen betrof, maar niet naar de twee aanvullende verslagen, die betrekking hadden op het kartel in zijn geheel — berust volgens de Commissie op een onjuiste lezing van punt 72 van het arrest.

103. Voor het Gerecht heeft KME betoogd dat uit de naar haar eigen prijzen verrichte studies bleek dat het kartel geen concrete weerslag op de markt had gehad. Zowel de (door de Commissie in de litigieuze beschikking in aanmerking genomen) aanvankelijke studie als de twee (aan het Gerecht overgelegde) aanvullende studies hadden echter uitsluitend betrekking op de verkopen van KME. In punt 72 van zijn arrest heeft het Gerecht in het kader van zijn soevereine beoordeling van de feiten en het bewijs het betoog van KME verworpen met het argument dat het gedrag van één onderneming irrelevant is voor de beoordeling van de effecten van het kartel in zijn geheel. Deze redenering van het Gerecht vertoont geen enkele inconsistentie.

104. Het belang van een onderzoek naar de effecten van de mededingingsregeling in haar geheel is in casu evident. In eerste aanleg heeft de Commissie beklemtoond dat de karteldeelnemers ook de klanten verdeelden en een systeem hanteerden waarbij een deelnemer vóór een klantenbezoek bij de marktleider in het betrokken land moest navragen welke hoeveelheid tegen welke prijs kon worden verkocht. Aan de gegevens over de door KME toegepaste prijzen kunnen dan ook geen conclusies worden verbonden over de prijzen die andere karteldeelnemers hanteerden — bijvoorbeeld in gevallen waarin KME wegens de marktverdelingsovereenkomst helemaal geen moeite deed haar producten te verkopen. KME stelde weliswaar dat zij zich niet aan de gemaakte afspraken had gehouden, maar haar econometrische studies zouden in dit opzicht enkel instructief zijn geweest indien zij dat met betrekking tot elke aan een andere karteldeelnemer toegewezen

afnemer had aangetoond. Noch tegenover de Commissie, noch tegenover het Gerecht heeft KME echter ook maar enige moeite gedaan om dat bewijs te leveren.

105. In de laatste zin van punt 72 van het bestreden arrest wordt uitsluitend aan het aanvankelijke verslag gerefereerd omdat KME had betoogd dat dit verslag in de litigieuze beschikking ten onrechte als irrelevant was beschouwd. De aanvullende verslagen bestonden nog niet toen de litigieuze beschikking werd gegeven en hadden dus ook niet in aanmerking kunnen worden genomen. Het lijdt geen twijfel dat het Gerecht bij zijn beoordeling van de argumenten die KME aan een analyse van haar prijzen ontleende, wel alle drie de econometrische studies heeft onderzocht. Het heeft die argumenten van de hand gewezen om een reden die voor alle drie de studies opging, namelijk dat zij enkel betrekking hadden op de door KME toegepaste prijzen.

*Beoordeling*

106. De eerste vraag is of het feit dat het Gerecht zowel de kwalificatie van de inbreuk als „zeer zwaar" als de daarop gebaseerde vaststelling van het uitgangsbedrag van de geldboete door de Commissie heeft aanvaard, kan worden gerechtvaardigd door de aard van de inbreuk (een mededingingsregeling tot vaststelling van de prijzen en verdeling van de markten) alleen, ongeacht of een concrete weerslag op de markt is aangetoond.

107. In de litigieuze beschikking stelde de Commissie het uitgangsbedrag vast op grond van haar vaststellingen a) dat de inbreuk „zeer zwaar" was wegens i) zijn aard, ii) zijn weerslag op de markt en iii) de geografische omvang van die markt, en b) dat het marktaandeel van KME ongeveer het drievoudige bedroeg van dat van Outokumpu of Wieland. Zij bepaalde het uitgangsbedrag op in totaal 58,1 miljoen EUR, 35 miljoen EUR voor KME en 11,55 miljoen EUR voor elk van de andere ondernemingen.

108. KME heeft in eerste aanleg betoogd dat de Commissie zowel bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk als bij de verdeling van het uitgangsbedrag van de geldboete over de karteldeelnemers de concrete weerslag van de mededingingsregeling op de markt buiten beschouwing had gelaten. De Commissie zou hebben volstaan met te verklaren dat een effect op de markt was vastgesteld, ook al kon dit niet worden gekwantificeerd, en dat het uitgangsbedrag naargelang van hun marktaandeel over de karteldeelnemers mocht worden verdeeld. Het betoog van KME kwam er, kort gezegd, op neer dat de Commissie rechtens verplicht was de concrete weerslag op de markt in aanmerking te nemen indien deze meetbaar was, dat dit in de onderhavige zaak het geval was en dat de door KME overgelegde econometrische studies aantoonden dat die weerslag statistisch niet significant was. KME was daarom van mening dat het totale uitgangsbedrag van de geldboete had moeten worden vastgesteld aan de lagere kant van de

passende bandbreedte (beginnend bij 20 miljoen EUR voor „zeer zware" inbreuken).

109. Het Gerecht heeft zich in punt 63 van zijn arrest op het standpunt gesteld dat „zelfs indien de Commissie niet had aangetoond dat de mededingingsregeling een concrete weerslag op de markt heeft gehad, dit irrelevant [zou] zijn geweest voor de kwalificatie van de inbreuk als „zeer zwaar" en dus voor het bedrag van de geldboete". In de punten 64 en 65 heeft het dit standpunt vervolgens nader toegelicht.

110. De in het kader van deze hoge voorziening door KME aangevoerde argumenten zijn echter primair gericht tegen de punten 66 tot en met 72 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht „[t]en overvloede" heeft overwogen dat de Commissie rechtens afdoende had aangetoond dat de mededingingsregeling een concrete weerslag op de betrokken markt had.

111. De Commissie stelt dan ook dat het middel niet kan slagen omdat het niet gericht is tegen de belangrijkste vaststelling, in punt 63 van het bestreden arrest. Ook als KME's betoog inzake de concrete weerslag op de markt werd aanvaard, zou de vaststelling betreffende het „zeer ernstige" karakter van het kartel overeind blijven en zou het arrest niet wegens de afwijzing van het eerste middel kunnen worden vernietigd.

112. Hoewel op deze redenering niets valt af te dingen, kan het uitgangspunt dat KME de belangrijkste vaststelling, in punt 63 van het bestreden arrest, niet heeft betwist, naar mijn mening niet zonder meer worden aanvaard.

113. Het is stellig juist dat KME geen kritiek heeft op de constatering dat de Commissie de inbreuk alleen al gelet op de aard ervan als „zeer zwaar" mocht aanmerken. Zij merkt namelijk op (zij het ook slechts in een voetnoot) dat zij in eerste aanleg niet die kwalificatie heeft gehekeld, maar heeft betoogd dat het totale uitgangsbedrag van de geldboete, gelet op de geringe weerslag van het kartel op de markt, had moeten worden vastgesteld aan de lagere kant van de bandbreedte van de geldboeten voor „zeer zware" inbreuken — die volgens de richtsnoeren bij 20 miljoen EUR ligt — in plaats van op 58,1 miljoen EUR. Zo gezien moet het eerste middel van KME naar mijn mening aldus worden opgevat, dat het noodzakelijkerwijs (zij het inderdaad niet zo expliciet als wenselijk was geweest) ook gericht is tegen de vaststelling van het Gerecht dat wegens de irrelevantie van de concrete weerslag op de markt voor de kwalificatie van de inbreuk als „zeer zwaar", deze weerslag ook irrelevant was voor de vaststelling van het uitgangsbedrag van de geldboete.

114. Ik ben het echter ermee eens dat indien de vaststellingen in de punten 63 tot en met 65 van het bestreden arrest overeind blijven, kritiek op de daaropvolgende overwegingen in de punten 66 tot en met 72, ook als deze door het Hof werd aanvaard, KME niets zou opleveren. De beginwoorden van punt 66 [36] van het bestreden arrest maken duidelijk dat de daaropvolgende overwegingen verder gaan dan wat het Gerecht als motivering

36 — [Voetnoot irrelevant voor de Nederlandse versie van de conclusie.]

toereikend acht. Bovendien is het logisch dat als „mededingingsregelingen op grond van de aard ervan de zwaarste geldboeten verdienen", ongeacht hun concrete effect op de marktprijzen, en als de Commissie bij de vaststelling van het uitgangsbedrag van de geldboete van het bestaan van dat effect en niet van de precieze omvang ervan is uitgegaan, dat bedrag niet ter discussie kan worden gesteld door te trachten aan te tonen dat dat effect beperkt is geweest.

115. De Commissie stelt ook dat dit middel in hogere voorziening niet-ontvankelijk is omdat het enkel gericht is tegen feitelijke vaststellingen van het Gerecht.

116. Ik ben hier wederom niet geheel overtuigd. Waar KME's betoog inderdaad voor een deel betrekking lijkt te hebben op feitelijke beoordelingen — met name die welke zijn uiteengezet in de punten 18 tot en met 20 en 22 van het verzoekschrift in hogere voorziening en in de punten 87 en 89 hierboven — omvat het echter ook juridische argumenten die gericht zijn tegen onjuistheden die het bestreden arrest zou bevatten (waarbij ik moet toegeven dat ook deze argumenten beter hadden kunnen worden geformuleerd). KME stelt in wezen dat het Gerecht, nu partijen het niet eens waren over de conclusies die konden worden getrokken uit het beschikbare bewijsmateriaal, de Commissie niet eenvoudig had mogen toestaan om uit te gaan van veronderstellingen die gebaseerd waren op „aanwijzingen [...] waaruit met redelijke waarschijnlijkheid [bleek] dat de mededingingsregeling een weerslag op de markt [had] gehad", maar op zijn minst van haar een overtuigende weerlegging van de door KME overgelegde tegenbewijzen had moeten verlangen. Zoals ik in punt 113 hierboven duidelijk heb gemaakt, moet dit argument worden gezien in de context van KME's kritiek op de constatering van het Gerecht dat de concrete weerslag op de markt niet alleen irrelevant was voor de kwalificatie van de inbreuk als „zeer zwaar", maar ook voor de vaststelling van het uitgangsbedrag van de geldboete.

117. Ik zie dan ook geen reden om het eerste middel in hogere voorziening af te wijzen dan wel niet-ontvankelijk te verklaren omdat het uitsluitend tegen feitelijke vaststellingen is gericht.

118. Anderzijds ben ik ook niet van mening dat het middel, voor zover betrekking hebbend op rechtsvragen, zou moeten worden aanvaard. Het door het Gerecht in punt 64 van zijn arrest vertolkte standpunt dat de eventuele concrete weerslag van een mededingingsregeling op de markt geen doorslaggevend criterium voor de bepaling van het niveau van de geldboeten is, vindt ruimschoots steun in de door het Gerecht aangehaalde rechtspraak. [37] Die weerslag is slechts één van vele factoren — niet alleen de drie in de richtsnoeren genoemde — die in aanmerking moeten worden genomen. Daar waar de Commissie in de litigieuze beschikking wel degelijk

37 — Zie met name de samenvattingen in de punten 95 e.v. van de conclusie van advocaat-generaal Mischo in de zaak Mo och Domsjö/Commissie, en de punten 129 en 130 van het arrest Dalmine/Commissie, beide aangehaald in het in punt 84 hierboven geciteerde punt 64 van het bestreden arrest.

een zekere weerslag had aangetoond (wat door KME niet wordt betwist), kon zij deze gebruiken als een van de bij de bepaling van het uitgangsbedrag van de geldboete in aanmerking te nemen factoren. En aangezien de Commissie daarbij niet een bepaalde omvang van die weerslag heeft aangenomen — zij heeft integendeel uitdrukkelijk te kennen gegeven dat die weerslag niet precies kon worden gekwantificeerd [38] — kan haar ook niet worden verweten die omvang niet nauwkeurig te hebben vastgesteld, net zoals het Gerecht dus niet het verwijt kan worden gemaakt dat het met de benadering van de Commissie heeft ingestemd.

119. Ik zou hieraan nog willen toevoegen dat in gevallen waarin ondernemingen econometrische studies overleggen om hun betoog kracht bij te zetten, de Commissie uiteraard verplicht is dit materiaal bij haar totaalbeoordeling naar behoren in aanmerking te nemen. Als de Commissie het bewijsmateriaal niet volledig accepteert, is zij echter niet verplicht van haar kant een econometrische studie over te leggen ten bewijze van het tegendeel.

120. Rest ons nog na te gaan, zoals ik in punt 83 heb aangegeven, of het Gerecht bij zijn onderzoek van het middel wellicht niet aan de maatstaf van het EVRM en het Handvest heeft voldaan.

38 — Zie met name de punten 299 tot en met 301 en 314 van de litigieuze beschikking.

121. Ik stel in dit verband vast dat KME het Gerecht niet een dergelijk verwijt lijkt te maken. Geen van de in het kader van haar vijfde middel aangehaalde passages stamt uit het betrokken onderdeel van het arrest van het Gerecht. In dat onderdeel van het arrest wordt ook niet het soort formuleringen gebruikt waartegen KME met name bezwaar maakt, namelijk verwijzingen naar de beoordelingsvrijheid van de Commissie.

122. Bovendien komt het mij voor dat het Gerecht het eerste middel zo heeft behandeld als het door KME was voorgedragen.

123. KME's betoog kwam er in de kern op neer dat de Commissie ingevolge haar eigen richtsnoeren verplicht was om ofwel de concrete weerslag op de markt te meten en zich vervolgens op die meting te baseren, ofwel de effecten op de markt volledig buiten beschouwing te laten. Het Gerecht is op dit betoog ingegaan en heeft bovendien — hoewel het dit overbodig achtte — zowel het aan de Commissie ter beschikking staande bewijsmateriaal als de vervolgens door KME overgelegde econometrische verslagen onderzocht, waarna het heeft geconcludeerd dat de Commissie niet kon worden verweten aan de weerslag op de markt te hebben gerefereerd en deze weerslag bij de bepaling van het uitgangsbedrag van de geldboete in aanmerking te hebben genomen. Hoewel ook andere vragen hadden kunnen worden opgeworpen — bijvoorbeeld met betrekking tot de eventuele noodzaak om uit te leggen waarom het totale uitgangsbedrag 58,1 miljoen EUR en niet

20 miljoen of 100 miljoen EUR bedroeg — is dit niet gebeurd. Bovendien heeft het Gerecht de punten die wel aan de orde waren gesteld, dusdanig behandeld dat het onmiskenbaar zijn volledige rechtsmacht heeft uitgeoefend, zoals het EVRM verlangt.

**Tweede middel in hogere voorziening: omvang van de markt**

*Relevante passages van het bestreden arrest*

124. In de litigieuze beschikking heeft de Commissie bij de bepaling van de omvang van de betrokken markt de prijs van het bij de vervaardiging van de buizen gebruikte koper in aanmerking genomen. KME heeft in eerste aanleg betoogd dat met een dergelijke berekening de economische werkelijkheid van de markt wordt miskend. Volgens haar bepalen de afnemers van de buizen namelijk zelf de prijs van het te gebruiken koper en wordt deze prijs, die ongeveer twee derde van de eindprijs van de buizen vertegenwoordigt, slechts op hen afgewenteld. Bijgevolg zou het daadwerkelijke economische gewicht van de betrokken markt beperkt zijn tot de marge op de verwerking, dat wil zeggen tot ongeveer een derde van het in de litigieuze beschikking gehanteerde bedrag van 288 miljoen EUR.

125. Het Gerecht heeft in de punten 86 tot en met 89 van zijn arrest vastgesteld dat de Commissie het recht heeft — zonder overigens daartoe verplicht te zijn — bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk met het oog op de vaststelling van het uitgangsbedrag van de geldboete de omvang van de betrokken markt in aanmerking te nemen; dat zij dat in casu heeft gedaan, hoewel die omvang slechts een van de in aanmerking genomen factoren was, en dat daarom moest worden nagegaan of zij bij de beoordeling van de omvang van de betrokken markt ten onrechte rekening had gehouden met de koperprijs. In de punten 91 tot en met 94 van zijn arrest heeft het Gerecht geconcludeerd:

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

andere grondstoffen, doet niet af aan deze conclusie.

92 Tot slot zijn irrelevant de diverse bezwaren van verzoeksters volgens welke, in plaats van een beroep te doen op het criterium inzake de omzet op de betrokken markt, met het oog op de afschrikkende werking van geldboeten en gelet op het beginsel van gelijkheid van behandeling de geldboeten zouden moeten worden vastgesteld op basis van de rentabiliteit van de getroffen sector of van de desbetreffende toegevoegde waarde. Om te beginnen wordt de zwaarte van de inbreuk bepaald aan de hand van een groot aantal factoren ten aanzien waarvan de Commissie over een beoordelingsmarge beschikt (arrest Gerecht van 12 december 2007, BASF/Commissie, T-101/05 en T-111/05, Jurispr. blz. II-4949, punt 65), zonder dat een dwingende of uitputtende lijst van verplicht in aanmerking te nemen criteria is opgesteld (arrest Dalmine/Commissie, punt 64 hierboven, punt 129), en staat het niet aan de gemeenschapsrechter, maar aan de Commissie om in het kader van haar beoordelingsmarge en overeenkomstig de grenzen die uit het beginsel van gelijke behandeling en verordening nr. 17 voortvloeien, de factoren en cijfers te kiezen waarmee zij rekening zal houden om een beleid te voeren dat waarborgt dat de in artikel 81 EG bedoelde verboden worden nageleefd.

93 Vervolgens lijdt het geen twijfel dat de omzet van een onderneming of een markt als factor voor de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk noodzakelijkerwijs vaag en gebrekkig is. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen de sectoren met grote toegevoegde waarde en de sectoren met kleine toegevoegde waarde en evenmin tussen de winstgevende ondernemingen en de ondernemingen die minder winstgevend zijn. Ondanks het feit dat het approximatief is, wordt het criterium inzake de omzet thans echter zowel door de gemeenschapswetgever als door de Commissie en door het Hof in het kader van het mededingingsrecht beschouwd als een geschikt criterium om de omvang en de economische macht van de betrokken ondernemingen te beoordelen [zie met name arrest Musique diffusion française e.a./Commissie, punt 64 hierboven, punt 121; artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, en punt 10 van de considerans en de artikelen 14 en 15 van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 24, blz. 1)].

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

*Samenvatting van de argumenten*

Hogere voorziening van KME

126. KME is van mening dat aangezien haar uiteenzetting van de kenmerken van de relevante markt in het bestreden arrest niet is betwist, deze gegevens in het kader van de hogere voorziening als vaststaand moeten worden beschouwd. Zij stelt evenwel dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en een ontoereikende motivering, door niet te erkennen dat de Commissie het recht heeft om bij de berekening van de waarde van de markt het begrip „omzet" te interpreteren in de zin van netto-omzet.

127. Ten eerste blijkt uit de rechtspraak en uit de praktijk van de Commissie dat deze laatste bij de berekening van het uitgangsbedrag van een geldboete rekening moet houden met de specifieke kenmerken van de betrokken markt of onderneming. Volgens de rechtspraak mag de Commissie afwijken van haar algemene praktijk om bij haar berekening uit te gaan van de omzet die in het laatste volledige jaar van de inbreuk is behaald, indien dat jaar niet representatief is voor de werkelijke omvang en de economische macht van de onderneming of voor de ernst van de gepleegde inbreuk. Volgens de rechtspraak van het Hof moet de Commissie ter bepaling van de bovengrens van de geldboete in elk concreet geval en met inachtneming van de context en de doelen van de boeteregeling beoordelen wat de beoogde weerslag op de betrokken onderneming is, met name door rekening te houden met een omzet die de werkelijke economische situatie van die onderneming in het tijdvak waarin de inbreuk is begaan, weergeeft. De laatste tijd heeft de Commissie veelvuldig gebruik gemaakt van de door de richtsnoeren geboden mogelijkheid om af te wijken van de regel waarbij wordt uitgegaan van de omzet die is behaald in het laatste volledige boekjaar waarin aan de inbreuk is deelgenomen, indien de bijzondere omstandigheden van het geval of andere externe factoren dit rechtvaardigen. Volgens de rechtspraak van het Gerecht mag de Commissie haar beoordeling van de daadwerkelijke economische macht om aanzienlijke schade te berokkenen, op de omzet en de marktaandelen op de betrokken markt baseren, tenzij bijzondere omstandigheden, zoals de kenmerken van deze markt, het gewicht van deze factoren in belangrijke mate doen afnemen, en ertoe nopen andere factoren in aanmerking te nemen.

128. Ten tweede maakt het feit dat de koperprijs uitsluitend afhangt van de beslissing van de klant om op een bepaalde dag te kopen, de sector koperen industriële buizen uniek en daardoor onvergelijkbaar met andere sectoren, net zo min als koper kan worden vergeleken met andere productiemiddelen — zoals energie, water en materieel — waarvan de prijzen tussen de fabrikant en de betrokken aanbieder contractueel worden vastgelegd. Toch heeft het Gerecht ten onrechte geconcludeerd dat er geen geldige reden was om bij de bepaling van de omvang van de betrokken markt met het oog op de vaststelling van de geldboeten de koperprijs buiten beschouwing te laten. Het heeft daarmee ook het gelijkheidsbeginsel — op grond waarvan verschillende situaties verschillend moeten worden behandeld — en het evenredigheidsbeginsel

geschonden. Wat dit laatste beginsel betreft, wijst KME erop dat de aan haar opgelegde geldboete gelijk stond aan ongeveer 2 % van haar totale wereldwijde omzet in 2002, 40 % van de door haar in de EER op de markt van industriële buizen behaalde omzet op basis van de volledige prijs inclusief koper, 80 % van haar verwerkingsomzet op die markt, 42 % van haar geconsolideerde brutobedrijfswinst in 2003 en 16 % van haar geconsolideerde nettovermogen in juni 2003.

129. Ten derde zou, indien de Commissie KME had beboet wegens een kartel op dezelfde markt dat in 2007 was beëindigd, en dus de omvang van de markt op basis van de volledige omzet over dat jaar had bepaald, het uitgangsbedrag van de geldboete enkel wegens de enorme stijging van de koperprijzen tussen 2003 en 2007 veel hoger zijn uitgevallen.

130. Ten vierde heeft het Gerecht volgens KME ten onrechte gerefereerd aan zijn arrest Cimenteries CBR [39]: in die zaak werden de relevante inputkosten, zoals de transportkosten en de kosten van de levering van zakken, door de karteldeelnemers beheerst, terwijl in casu de fabrikanten van koperen buizen geen controle hebben over de koperprijs. Ook heeft het Gerecht volgens KME ten onrechte verwezen naar de rechtspraak die de Commissie een beoordelingsvrijheid toekent ter zake van de keuze van de factoren aan de hand waarvan zij de zwaarte van een inbreuk bepaalt, waartoe in het algemeen ook de omzet behoort, aangezien op de markt van industriële buizen de op de volledige prijs gebaseerde omzet geen betekenisvolle indicator is voor de zwaarte van een inbreuk. De beoordelingsmarge van de Commissie ter zake van de keuze van de in aanmerking te nemen factoren kan niet zo ver gaan dat rekening zou mogen worden gehouden met elementen die, gelet op de specifieke kenmerken van de economische context, geen enkele betekenis hebben voor de zwaarte van de inbreuk. Het Gerecht heeft in zijn arrest nagelaten te onderzoeken of de door de Commissie gehanteerde criteria relevant en passend waren.

Antwoord van de Commissie

131. De Commissie betwist dat de door KME gemaakte opmerkingen over de wijze waarop de koperprijs tot stand komt en industriële buizen worden verkocht, in deze hogere voorziening als vaststaande feiten moeten worden beschouwd. Het Gerecht heeft zich niet over die bijzonderheden hoeven uitspreken. Zijn vaststellingen bieden geen steun voor de door KME gegeven voorstelling van zaken, volgens welke de karteldeelnemers het metaal als agenten aanschaften. Ook heeft de Commissie in eerste aanleg met zoveel woorden betoogd dat, om de redenen die uiteindelijk ook in het bestreden arrest zijn aangevoerd, KME's bewering dat zij dikwijls als agent van haar klanten optrad, irrelevant was. Zoals de Commissie heeft verklaard, werd in gevallen waarin de klant het koper feitelijk aanschafte en aan KME opdracht gaf het metaal te verwerken, de prijs van het metaal niet in de door KME behaalde omzet begrepen.

39 — Aangehaald in punt 91 van het bestreden arrest.

Hoe dan ook staan de vaststellingen van het Gerecht betreffende de omvang van de markt van industriële buizen op gespannen voet met de stelling dat fabrikanten van dergelijke buizen hun omzet deels op een aan concurrentie onderhevige kopermarkt en deels op een door het kartel bestreken verwerkingsmarkt behaalden. Er is slechts één markt, namelijk die van industriële buizen.

132. Het Gerecht heeft KME's betoog dat de markt van koperen industriële buizen uniek is omdat de fabrikanten geen controle hebben over de koperprijs, van de hand gewezen zonder dat het zich over de details van dat betoog heeft hoeven uitspreken. Het heeft in punt 91 van zijn arrest overwogen dat er geen enkele geldige reden was om bij de berekening van de omzet op een bepaalde markt bepaalde productiekosten uit te sluiten, alsook de feitelijke vaststelling gedaan dat er in alle industriële sectoren aan het eindproduct inherente kosten bestaan die de fabrikant niet kan beheersen, maar die toch een wezenlijk bestanddeel van het geheel van zijn activiteiten vormen. Dergelijke kosten kunnen niet van de omzet worden uitgesloten bij de bepaling van het uitgangsbedrag van een geldboete. Dat de koperprijs een aanzienlijk deel van de eindprijs van industriële buizen uitmaakt, of dat het gevaar voor schommelingen in de koperprijs groter is dan voor andere grondstoffen, doet niet af aan deze conclusie.

133. Met dit middel wordt het Hof slechts verzocht een ander standpunt in te nemen ten aanzien van de vraag of de markt van industriële buizen uniek is. KME herhaalt wat zij in eerste aanleg heeft gezegd over de contractuele rechten van klanten met betrekking tot de koperprijs, het aandeel van de koperprijs in de totaalprijs van de buis en de schommelingen in de koperprijs. Afgezien van het feit dat dit betoog niet-ontvankelijk is, onderscheiden fabrikanten van industriële buizen zich ook in geen enkel opzicht van andere fabrikanten die grondstoffen, materieel of nutsvoorzieningen kopen. Geen enkele onderneming zonder machtspositie kan controle uitoefenen op de prijs van door haar gebruikte productiemiddelen. Alle contracten zijn het resultaat van de eigen keuze van de fabrikant — in dit geval met het voordeel dat het risico van schommelingen in de koperprijs wordt afgewenteld op de klanten.

134. In punt 93 van het bestreden arrest heeft het Gerecht erkend dat de omzet van een onderneming op een markt als factor voor de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk noodzakelijkerwijs vaag en gebrekkig is. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen sectoren met grote toegevoegde waarde en sectoren met kleine toegevoegde waarde en evenmin tussen winstgevende ondernemingen en ondernemingen die minder

winstgevend zijn. Toch heeft het Gerecht geoordeeld dat de omzet in het kader van het mededingingsrecht een geschikt criterium is om de omvang en de economische macht van de betrokken ondernemingen te beoordelen. Met haar middel vraagt KME het Hof daarentegen eenvoudig om afstand te nemen van dit oordeel van het Gerecht. Dit oordeel, waaraan uitvoerige debatten tijdens zowel de schriftelijke als de mondelinge behandeling ten grondslag lagen, was afgewogen en heeft de objectiviteit van het omzetcriterium geprefereerd boven het potentiële risico van eindeloze controverses, subjectiviteit en onvoorspelbaarheid dat verbonden zou zijn aan het voorstel van KME om kosten waarover karteldeelnemers geen controle hebben, bij de bepaling van de omzet buiten beschouwing te laten.

135. De Commissie is van mening dat het oordeel van het Gerecht juist is en dat het Hof met name niet, zoals KME suggereert, de geldboete opnieuw zou moeten berekenen op basis van cijfers over 2002 of 2003. Dergelijke argumenten kunnen uitsluitend voor het Gerecht worden aangevoerd.

beoordelingsvrijheid waarover de Commissie beschikt. In punt 91 heeft het Gerecht dan echter al vastgesteld dat er „geen enkele geldige reden [is] om bij de berekening van de omzet op een betrokken markt bepaalde productiekosten uit te sluiten", dat „er in alle industriële sectoren aan het eindproduct inherente kosten [bestaan] die de fabrikant niet kan beheersen, maar die toch een wezenlijk element van het geheel van zijn activiteiten vormen en dus niet van zijn omzet kunnen worden uitgesloten bij de bepaling van het basisbedrag van de geldboete", en dat het feit „[d]at de koperprijs een aanzienlijk deel van de eindprijs van industriële buizen is, of dat het gevaar voor schommelingen in de koperprijs veel groter is dan voor andere grondstoffen, [...] niet af[doet] aan deze conclusie". In punt 93 van het bestreden arrest concludeert het Gerecht dat „[o]ndanks het feit dat het approximatief is, [...] het criterium inzake de omzet thans echter zowel door de gemeenschapswetgever als door de Commissie en door het Hof in het kader van het mededingingsrecht [wordt] beschouwd als een geschikt criterium om de omvang en de economische macht van de betrokken ondernemingen te beoordelen". In punt 94 verklaart het Gerecht tot slot: „Gelet op al het voorgaande heeft de Commissie dus terecht [...]."

*Beoordeling*

136. Met betrekking tot de vraag of de toetsing door het Gerecht afdoende was, merkt de Commissie op dat KME (in het kader van haar vijfde middel, maar onder verwijzing naar de behandeling van haar tweede middel in eerste aanleg) punt 92 van het bestreden arrest citeert, waarin het Gerecht wijst op de

137. De onderliggende vraag in dit verband is of de Commissie, wanneer zij de omvang van de markt (dat wil zeggen de gerealiseerde omzet en niet de geografische omvang) gebruikt als een van de criteria om de zwaarte van een

inbreuk te beoordelen, altijd moet uitgaan van de volledige prijs of ook alleen rekening kan houden met dat deel van de prijs waarop de karteldeelnemers een invloed kunnen uitoefenen.

138. KME stelt niet dat de omvang van de markt nooit in aanmerking mag worden genomen, noch dat het altijd verkeerd is om uit te gaan van de volledige prijs, maar zij beweert dat de markt van koperen buizen specifieke kenmerken vertoont waardoor een dergelijke benadering in het onderhavige geval onjuist is. Zij is daarom van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en een ontoereikende motivering door te oordelen dat de bruto-omzet een geldig criterium was om de omvang van de markt te bepalen.

139. De Commissie betoogt naar mijn mening terecht dat KME van het Hof met name feitelijke vaststellingen met betrekking tot de kenmerken van de betrokken markt verlangt, waartoe het in hogere voorziening niet bevoegd is. De enige feitelijke vaststellingen die het Gerecht heeft gedaan, zijn dat „de koperprijs een aanzienlijk deel van de eindprijs van industriële buizen is" en dat „het gevaar voor schommelingen in de koperprijs veel groter is dan voor andere grondstoffen". KME stelt niet dat het Gerecht met die vaststellingen het bewijs kennelijk onjuist heeft opgevat. Daarom moeten die feiten tot uitgangspunt worden genomen bij de beoordeling of het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting dan wel een ontoereikende motivering.

140. Het Gerecht heeft haar juridische beoordeling in wezen op vier vaststellingen gebaseerd: wanneer de omvang van een markt aan de hand van de omzet wordt bepaald, zullen er in die omzet altijd bepaalde kostenelementen besloten liggen die de fabrikant niet kan beheersen; de markt van koperen industriële buizen vormt in zoverre geen uitzondering; de Commissie beschikt over een zekere beoordelingsvrijheid ter zake van de keuze van de in aanmerking te nemen factoren; en bruto-omzet is een geaccepteerd, zij het geen perfect criterium om de omvang en de economische macht van ondernemingen te beoordelen.

141. Ik kan geen onjuistheden in deze redenering ontdekken. Zeker, de bijkomende kosten in de door het Gerecht aangehaalde zaak Cimenteries CBR waren zonder meer geringer dan de koperprijs in de onderhavige zaak, maar dit verschil in omvang betekent niet dat de bestaande rechtspraak niet ook op aanzienlijker kosten zou kunnen worden toegepast. Bovendien lijkt het onvermijdelijk dat het grondstoffenaandeel in de omzet per sector aanzienlijk zal verschillen. Als inaanmerkingneming van de bruto-omzet in sommige gevallen wel en in andere niet toelaatbaar werd geacht, zou een bepaalde drempel moeten worden vastgesteld, waarschijnlijk in de vorm van de ratio tussen bruto- en nettoomzet, die tot de ene of de andere behandeling aanleiding zou geven. Een dergelijke drempel zou echter zeer moeilijk zijn toe te passen en ruimte laten voor eindeloze en onoplosbare discussies, onder meer over vermeende ongelijke behandeling. Overigens blijkt uit de

litigieuze beschikking geen rechtstreeks mathematisch verband tussen de omvang van de markt en het totale uitgangsbedrag van de geldboeten. Bovendien heeft het Gerecht zelf vastgesteld dat de omvang van de markt slechts een van de door de Commissie in aanmerking genomen factoren was. In deze omstandigheden lijkt het mij niet onredelijk om te aanvaarden dat de Commissie zich mag baseren op een „approximatief" — maar gemakkelijk hanteerbaar — criterium ter bepaling van de omvang van de markt als een van de ter bepaling van de zwaarte van de inbreuk in aanmerking te nemen factoren. Hoe dan ook heeft KME haar stelling dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een *onjuiste rechtsopvatting* door zich op het standpunt te stellen dat de Commissie daartoe gerechtigd was, onvoldoende onderbouwd.

142. Ik kom nu toe aan de vraag of het Gerecht met zijn onderzoek van KME's tweede middel in eerste aanleg heeft voldaan aan de eisen zoals die in de rechtspraak van het EHRM zijn geformuleerd.

143. Om te beginnen heeft het Gerecht inderdaad overwogen dat „de zwaarte van de inbreuk [wordt] bepaald aan de hand van een groot aantal factoren ten aanzien waarvan de Commissie over een beoordelingsmarge beschikt", en dat „het niet aan de gemeenschapsrechter, maar aan de Commissie [staat] om in het kader van haar beoordelingsmarge [...] de factoren en cijfers te kiezen waarmee zij rekening zal houden [...]". KME heeft in elk geval de eerste van deze twee passages aangehaald om aan te tonen dat het Gerecht, zoals zij met haar vijfde middel betoogt, „buitensporig veel achting" voor de beoordelingsmarge van de Commissie heeft getoond.

144. Uit het tweede middel in hogere voorziening, in het kader waarvan KME stelt dat „de beoordelingsmarge van de Commissie ter zake van de keuze van de in aanmerking te nemen factoren niet zo ver kan gaan dat rekening zou mogen worden gehouden met elementen die, gelet op de specifieke kenmerken van de economische context, geen enkele betekenis hebben voor de zwaarte van de inbreuk", blijkt evenwel dat KME het bestaan van die beoordelingsmarge erkent en met het Gerecht alleen van mening verschilt over de omvang ervan. Dit nu lijkt mij onvoldoende om te kunnen stellen dat het Gerecht bij zijn toetsing van de litigieuze beschikking niet zijn volledige rechtsmacht heeft uitgeoefend.

145. Ik geef ook toe dat de relevante vaststellingen van het Gerecht, in de punten 91 tot en met 93 van zijn arrest, summier zijn. Dit impliceert echter niet noodzakelijkerwijs dat het Gerecht de aangevoerde argumenten niet zorgvuldig zou hebben onderzocht. Uit de uitvoerige uiteenzetting van KME's betoog (punten 75 tot en met 82) en uit de afwijzing (in punt 88) van de stelling van de Commissie dat de omvang van de markt geen rol had gespeeld bij de bepaling van het bedrag van de geldboete, blijkt juist duidelijk dat het tweede

middel zorgvuldig is onderzocht. De vaststellingen van het Gerecht zijn geheel in lijn met de conclusie dat deze rechterlijke instantie zich een eigen oordeel heeft gevormd over de vraag of het juist is om bij de beoordeling van de omvang van de betrokken markt ter bepaling van de zwaarte van de inbreuk rekening te houden met de koperprijs. KME heeft in mijn ogen geen enkel overtuigend argument aangevoerd om deze conclusie ter discussie te stellen.

**Derde middel in hogere voorziening: procentuele verhoging wegens de duur van de inbreuk**

*Relevante passages van het bestreden arrest*

146. In eerste aanleg heeft KME met haar derde middel betoogd dat de Commissie, aangezien de richtsnoeren een verhoging met *maximaal* 10 % per jaar (dat wil zeggen tussen 0 % en 10 %) toestaan wegens de duur van de inbreuk, bij die verhoging rekening had moeten houden met de wisselende intensiteit van de mededingingsregeling tijdens de duur ervan en met het feit dat die regeling geen effect had op de prijzen, in plaats van een forfaitaire verhoging toe te passen van het maximum van „10 % voor elk jaar dat de inbreuk heeft geduurd, dat wil zeggen van in totaal 125 %". Het Gerecht heeft dit middel ongegrond verklaard. In de punten 100 tot en met 104 van het bestreden arrest heeft het overwogen:

„100 Een vermeerdering van de geldboete naargelang de duur is niet beperkt tot de situatie waarin er een rechtstreeks verband bestaat tussen de duur en een toegenomen[40] aantasting van de door de mededingingsregels nagestreefde communautaire doelstellingen (zie in die zin arrest Gerecht van 30 september 2003, Michelin/Commissie, T-203/01, Jurispr. blz. II-4071, punt 278 en aangehaalde rechtspraak).

101 Uit de richtsnoeren volgt bovendien dat de Commissie geen enkele overlapping en ook geen onderlinge samenhang tussen de beoordeling van de zwaarte en die van de duur van de inbreuk heeft vastgesteld.

102 Integendeel, ten eerste blijkt uit de opzet van de richtsnoeren dat zij voorzien in de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk als zodanig om een algemeen basisbedrag van de geldboete te kunnen vaststellen. Ten tweede wordt de zwaarte van de inbreuk onderzocht aan de hand van de kenmerken van de betrokken onderneming, met name haar omvang en positie op de betrokken markt, hetgeen kan leiden tot een weging van

40 — Zie voetnoot 43 hierna.

het basisbedrag, de indeling van de ondernemingen in categorieën en de vaststelling van een specifiek basisbedrag. Ten derde wordt voor de vaststelling van het basisbedrag rekening gehouden met de duur van de inbreuk en ten vierde bepalen de richtsnoeren dat verzwarende en verzachtende omstandigheden in aanmerking worden genomen, zodat de geldboete kan worden aangepast naargelang met name de actieve of passieve rol van de betrokken ondernemingen bij de uitvoering van de inbreuk.

103 Hieruit volgt dat de enkele omstandigheid dat de Commissie zich de mogelijkheid heeft voorbehouden om geldboeten per inbreukjaar te vermeerderen — voor inbreuken van lange duur tot 10 % van het op basis van de zwaarte van de inbreuk bepaalde bedrag — haar geenszins verplicht om dit percentage vast te stellen op basis van de intensiteit van de activiteiten van het kartel of de weerslag daarvan, of van de zwaarte van de inbreuk. De Commissie kan immers in het kader van haar beoordelingsmarge (zie punt 36 hierboven) het verhogingspercentage kiezen dat zij wenst toe te passen wegens de duur van de inbreuk.

104 In casu heeft de Commissie, met name in de punten 335 en 340 van de litigieuze beschikking, vastgesteld dat de KME-groep gedurende twaalf jaar en tien maanden, dus gedurende een lange duur in de zin van de richtsnoeren, had deelgenomen aan de inbreuk en zij heeft de geldboete derhalve met 125 % verhoogd. Daarmee is de Commissie niet afgeweken van de regels die zij zich in de richtsnoeren heeft opgelegd. Overigens is deze verhoging met 125 % in casu niet kennelijk onevenredig."

*Samenvatting van de argumenten*

Hogere voorziening van KME

147. KME stelt dat de motivering van het Gerecht onduidelijk, onlogisch en ontoereikend is, aangezien daaruit geen duidelijke regel kan worden afgeleid.

148. De uitlegging en toepassing van afdeling 1 B van de richtsnoeren zijn in de rechtspraak al dikwijls aan de orde geweest. De rechtspraak heeft echter nooit de criteria geformuleerd op basis waarvan de Commissie voor inbreuken van meer dan vijf jaar het uitgangsbedrag van de geldboete kan verhogen met maximaal 10 % voor elk jaar van de inbreuk. In die rechtspraak lijkt enkel te worden gezegd dat een verhoging van de geldboete op grond van de duur van de inbreuk niet beperkt is tot situaties waarin er een

rechtstreeks verband bestaat tussen de duur en een toegenomen aantasting van de door de mededingingsregels nagestreefde communautaire doelstellingen — anders gezegd, kan het uitgangsbedrag van de geldboete op grond van de duur ook worden verhoogd indien de toegenomen aantasting van de met de mededingingsregels beoogde doelstellingen geen rechtstreeks gevolg is van de duur van de inbreuk, of indien die doelstellingen in het geheel niet worden aangetast. Die benadering moet wel onjuist zijn.

149. Ten eerste is zij in strijd met de duidelijke tekst van afdeling 1 B, waarin wordt gesproken van de noodzaak om „beperkingen van de concurrentie die de consument op duurzame wijze schade hebben berokkend, daadwerkelijk te bestraffen". Daarmee heeft de Commissie zelf de eis van een rechtstreeks verband tussen duur en schade geformuleerd, waarvan het bestaan in de rechtspraak reeds lang wordt erkend. Het Gerecht heeft geoordeeld dat wanneer de Commissie bij de bepaling van het op basis van de zwaarte van de inbreuk op te leggen uitgangsbedrag van de geldboete rekening houdt met de concrete weerslag van de inbreuk op de markt, die weerslag moet worden „aangetoond voor de volledige duur van de mededingingsregeling", bij gebreke waarvan het uitgangsbedrag moet worden verlaagd. [41]

150. Ten tweede heeft het Gerecht met zijn opmerking dat de Commissie in de richtsnoeren geen enkele overlapping noch onderlinge afhankelijkheid tussen de beoordeling van de zwaarte en die van de duur van de inbreuk heeft vastgesteld, het door de Commissie aangevoerde argument aanvaard dat in het bedrag waarmee de geldboete wegens de duur wordt verhoogd, enkel de duur van de inbreuk en niet de zwaarte ervan tot uitdrukking komt, zodat alle relevante factoren die de intensiteit van de inbreuk betreffen, reeds bij de beoordeling van de zwaarte ervan in aanmerking worden genomen. Het Gerecht heeft echter nagelaten te onderzoeken of de Commissie bij de beoordeling van de zwaarte het juiste gewicht heeft toegekend aan het feit dat de intensiteit en de effectiviteit van de mededingingsregeling in de loop van de tijd hebben gevarieerd en dat er aanzienlijke periodes van spanningen en afwijkingen zijn geweest. In plaats van de verklaring van de Commissie te accepteren dat zij wilde vermijden dat een en dezelfde factor twee maal in het voordeel van de karteldeelnemers in aanmerking werd genomen, had het Gerecht moeten nagaan of dit in de litigieuze beschikking ook werkelijk het geval was. In werkelijkheid heeft de Commissie namelijk tot twee maal toe nagelaten de veranderingen in de intensiteit van het kartel, waaronder twee periodes van inactiviteit, in aanmerking te nemen: de eerste keer bij de vaststelling van het uitgangsbedrag van de geldboete op grond van de zwaarte, en vervolgens nog eens bij de bepaling van de verhoging wegens de duur.

151. Ten derde heeft het Gerecht een logische fout gemaakt door te concluderen dat de verhoging met 10 % voor elk inbreukjaar met de beginselen van de richtsnoeren in overeenstemming was enkel omdat die richtsnoeren voorzien in een verhoging die kan oplopen tot 10 % voor elk jaar. Die conclusie zou correct zijn geweest indien in de richtsnoeren in een verhoging *met* (in plaats van *met maximaal*) 10 % was voorzien. De discretionaire bevoegdheid van de Commissie om

41 — Arrest van 5 april 2006, Degussa/Commissie (T-279/02, Jurispr. blz. II-897, punten 247 en 254).

geldboeten binnen een bepaalde bandbreedte vast te stellen, is echter niet absoluut: de keuze voor een bepaald bedrag moet door de Commissie worden gemotiveerd aan de hand van de kenmerken van het betrokken geval en kan door de rechterlijke instanties van de Unie worden getoetst. Het Gerecht had de toepassing van het maximale verhogingspercentage niet mogen goedkeuren zonder eerst te hebben nagegaan hoe de Commissie haar discretionaire bevoegdheid had uitgeoefend.

152. Tot slot heeft het Gerecht ook ten onrechte geoordeeld dat de verhoging van het uitgangsbedrag van de geldboete met 125 % niet kennelijk onevenredig was. De Commissie erkent in de litigieuze beschikking dat de intensiteit en de effectiviteit van het kartel hebben gevarieerd en dat er aanzienlijke periodes van spanningen en afwijkingen waren, maar heeft desondanks het maximale verhogingspercentage op grond van de duur toegepast. Dit betekent dat KME dezelfde behandeling ten deel zou zijn gevallen als de activiteiten van het kartel gedurende de gehele inbreukperiode even intens en effectief waren geweest. Volgens KME heeft het Gerecht het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van gelijke behandeling geschonden door deze realiteit niet te erkennen en daar gewicht aan toe te kennen, en door het door de Commissie toegepaste verhogingspercentage niet te corrigeren.

153. KME is derhalve van mening dat het bestreden arrest op dit punt moet worden vernietigd en dat het Hof zijn volledige rechtsmacht dient uit te oefenen teneinde een passend — lager — verhogingspercentage op grond van de duur te bepalen en daarmee het basisbedrag en dus het totale bedrag van de geldboete opnieuw vast te stellen.

Antwoord van de Commissie

154. De Commissie wijst erop dat het Gerecht heeft geoordeeld dat zij niet verplicht was het verhogingspercentage wegens de duur vast te stellen op basis van de intensiteit van de kartelactiviteiten of de weerslag daarvan, of van de zwaarte van de inbreuk. Met haar middel geeft KME slechts te kennen dat zij het met dit oordeel niet eens is, en vraagt zij het Hof om zijn eigen oordeel daarvoor in de plaats te stellen. Het middel is daarom niet-ontvankelijk.

155. Het Gerecht heeft zijn beoordeling duidelijk en logisch gemotiveerd, waarbij het op alle juridische argumenten van KME is ingegaan. Het heeft overwogen dat een vermeerdering van de geldboete op grond van de duur niet beperkt is tot de situatie waarin er een rechtstreeks verband bestaat tussen de duur en een toegenomen aantasting van de door de mededingingsregels nagestreefde communautaire doelstellingen. Vervolgens heeft het verklaard dat er volgens de richtsnoeren geen enkele overlapping of onderlinge afhankelijkheid tussen de beoordeling van de zwaarte en die van de duur van de inbreuk bestaat. Die

richtsnoeren voorzien integendeel in vier afzonderlijke stappen. De Commissie moet:

a) de zwaarte van de inbreuk als zodanig beoordelen om het uitgangsbedrag van de geldboete te kunnen vaststellen;

b) de zwaarte van de inbreuk onderzoeken aan de hand van de kenmerken van elke onderneming, hetgeen kan leiden tot een weging van het uitgangsbedrag;

c) rekening houden met de duur van de inbreuk om het basisbedrag te kunnen vaststellen, en

d) verzwarende en verzachtende omstandigheden in aanmerking nemen, waardoor het bedrag van de geldboete kan worden aangepast.

156. De zwaarte van de inbreuk of de intensiteit van de kartelactiviteiten dan wel de gevolgen daarvan spelen dus niet noodzakelijkerwijze een rol bij de verhoging op basis van de duur in de derde stap. Aangezien KME's middel dat het verhogingspercentage minder dan 10 % per jaar had moeten bedragen, volledig op die uitgangspunten was gebaseerd, was het ongegrond. Desondanks heeft het Gerecht vastgesteld dat de uiteindelijke verhoging met 125 % niet kennelijk onevenredig was.

157. Thans stelt KME dat dit oordeel van het Gerecht onbillijk was en dat het Hof zijn eigen oordeel daarvoor in de plaats zou moeten stellen. Echter, „[i]n hogere voorziening dient het Hof na te gaan, of het Gerecht op een juridisch correcte wijze alle wezenlijke factoren in aanmerking heeft genomen om de ernst van een bepaalde gedraging [...] te toetsen, en of het rechtens genoegzaam antwoord heeft gegeven op het geheel van de door rekwirante aangevoerde argumenten die strekken tot intrekking of verlaging van de geldboete [...]. Met betrekking tot de gestelde onevenredigheid van de geldboete [...] [staat] het niet aan het Hof [...] om, wanneer het zich in het kader van een hogere voorziening uitspreekt over rechtsvragen, uit billijkheidsoverwegingen zijn oordeel in de plaats te stellen van dat van het Gerecht, dat zich in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht heeft uitgesproken over het bedrag van de geldboetes die ondernemingen wegens schending van het gemeenschapsrecht opgelegd hebben gekregen". [42]

158. Het derde middel van KME is derhalve niet-ontvankelijk. Om de door het Gerecht aangevoerde redenen is het bovendien ongegrond.

42 — Arrest van 29 april 2004, British Sugar/Commissie (C-359/01 P, Jurispr. blz. I-4933, punten 47 en 48).

159. Met betrekking tot de vraag of de toetsing door het Gerecht afdoende was, merkt de Commissie op dat KME (in het kader van haar vijfde middel, maar onder verwijzing naar de behandeling van haar derde middel in eerste aanleg) punt 103 van het bestreden arrest citeert, waarin het Gerecht in verband met de richtsnoeren verwijst naar de beoordelingsvrijheid van de Commissie met betrekking tot de keuze van het wegens de duur van een inbreuk toe te passen verhogingspercentage. Het Gerecht heeft dan echter in punt 100 van zijn arrest al vastgesteld dat „[e]en vermeerdering van de geldboete naargelang de duur [...] niet beperkt [is] tot de situatie waarin er een rechtstreeks verband bestaat tussen de duur en een toegenomen[43] aantasting van de door de mededingingsregels nagestreefde communautaire doelstellingen". In reactie op KME's argument dat de Commissie zichzelf door de vaststelling van de richtsnoeren beperkingen heeft opgelegd, zet het Gerecht in punt 102 het systeem van de richtsnoeren uiteen, om dan in punt 103 te concluderen dat „de enkele omstandigheid dat de Commissie zich de mogelijkheid heeft voorbehouden om geldboeten per inbreukjaar te vermeerderen — voor inbreuken van lange duur tot 10 % van het op basis van de zwaarte van de inbreuk bepaalde bedrag — haar geenszins verplicht om dit percentage vast te stellen op basis van de intensiteit van de activiteiten van het kartel of de weerslag daarvan, of van de zwaarte van de inbreuk. De Commissie kan immers in het kader van haar beoordelingsmarge [...] het verhogingspercentage kiezen dat zij wenst toe te passen wegens de duur van de inbreuk". Met deze overwegingen is het Gerecht ingegaan op het door KME aangevoerde argument dat de Commissie zichzelf met de vaststelling van de richtsnoeren op een bepaalde wijze had gebonden, en heeft het geconcludeerd dat dit niet het geval was geweest.

*Beoordeling*

160. Een onverwacht aspect van dit middel in hogere voorziening (en van het overeenkomstige middel in eerste aanleg, en zelfs van het relevante onderdeel van de litigieuze beschikking) is dat de hele discussie volledig gebaseerd blijkt te zijn op een elementaire rekenfout die zichtbaar is in het bestreden arrest, maar door geen van de betrokkenen lijkt te zijn opgemerkt.

161. Van meet af aan heeft KME zich erover beklaagd dat haar geldboete wegens de duur van inbreuk is verhoogd met 125 %, een percentage dat in haar ogen buitensporig is. De Commissie heeft dit uitgangspunt op geen enkele wijze betwist (wat ongetwijfeld de reden is waarom ook het Gerecht het zonder meer heeft aanvaard) en lijkt zelfs in de veronderstelling te hebben verkeerd dat zij de geldboete van KME in de litigieuze beschikking inderdaad met 125 % heeft verhoogd. Dit is echter niet het geval.

162. Er is geen ingewikkelde berekening nodig om te kunnen vaststellen dat het verhogingspercentage veel lager was. Als een bedrag met 100 % wordt verhoogd, wordt het verdubbeld; als het met 125 % wordt

43 — [Voetnoot irrelevant voor de Nederlandse versie van de conclusie.]

verhoogd, wordt het dus meer dan verdubbeld. Bij vergelijking van de totaalbedragen die in de punten 17 en 19 van het bestreden arrest voor de hele KME-groep worden genoemd (namelijk 35 miljoen EUR respectievelijk 56,88 miljoen EUR) [44], blijkt echter dat de in punt 19 omschreven verhoging tot minder dan een verdubbeling van het uitgangsbedrag heeft geleid. Het verhogingspercentage bedroeg namelijk in werkelijkheid 62,5 % [45], precies de helft van het percentage dat gedurende de procedure steeds is genoemd, verondersteld of aanvaard. De Commissie heeft het gedrag van KME namelijk als deelname aan twee afzonderlijke inbreuken — één van zeven jaar en één van vijf en een half jaar — behandeld, wat ertoe heeft geleid dat de totale verhoging van de geldboete op grond van de duur lager is uitgevallen dan in het geval van Outokumpu en Wieland, ook al heeft de inbreukperiode voor alle karteldeelnemers minstens 12 jaar en 10 maanden geduurd. [46]

163. Het is zorgwekkend dat een dergelijk verschil van bijna 22 miljoen EUR [47] onopgemerkt heeft kunnen blijven. Misschien hebben de accountants van KME de berekeningen in de litigieuze beschikking niet gecontroleerd of geen aanleiding gezien om op de fout te attenderen, en wellicht beschikten haar advocaten niet over de vereiste rekenvaardigheden of hebben zij nagelaten de betrokken orden van grootten op de door mij in het voorgaande punt beschreven wijze te controleren. Het kan ook zijn dat de Commissie de getallen nooit — dat wil zeggen noch in de berekeningsfase noch tijdens de gerechtelijke procedure — heeft gecontroleerd. Als het inderdaad de bedoeling is geweest (wat onwaarschijnlijk lijkt) om een verhogingspercentage van in totaal 62,5 % toe te passen, lijkt het er toch op zijn minst op dat er binnen de Commissie geen communicatie is geweest tussen degenen die verantwoordelijk waren voor de vaststelling van de geldboete en degenen die belast waren met de verdediging in de door KME aanhangig gemaakte zaak.

44 — Zie punt 26 hierboven.

45 — Preciezer gezegd iets meer dan 62,5 %, omdat de Commissie na haar berekeningen de uitkomst van 56,875 miljoen EUR naar boven heeft afgerond op 56,88 miljoen EUR; toen de Commissie echter in een later stadium een verlagingspercentage van 30 % toepaste, heeft zij het verkregen bedrag naar beneden afgerond. De door de Commissie in de litigieuze beschikking gehanteerde bedragen lijken allemaal te zijn afgerond op de eerstvolgende 10 000 EUR.

46 — Omdat de KME-groep als zodanig pas in 1995 is opgericht (hoewel de afzonderlijke leden van de groep gedurende de hele periode aan het kartel hebben deelgenomen), heeft de Commissie het totale bedrag van de geldboete in twee gelijke delen gesplitst: één deel voor de periode 1988-1995, dat over de verschillende eenheden werd verdeeld, en het andere deel voor de periode 1995-2001, voor de groep als geheel. De Commissie heeft het eerste deel met 70 % en het tweede deel met 55 % verhoogd — kennelijk in de veronderstelling daarmee een verhogingspercentage van in totaal 125 % te hebben toegepast, wat het percentage was waarmee zij de uitgangsbedragen voor Outokumpu en Wieland heeft verhoogd (zie voetnoot 16 hierboven). Wanneer echter de ene helft van een bedrag met een bepaald percentage en de andere helft met een ander percentage wordt verhoogd, wordt het totaalbedrag niet met de som, maar met het gemiddelde van de twee percentages verhoogd. Duidelijker is dit als ervan wordt uitgegaan dat elke helft met hetzelfde percentage wordt verhoogd, bijvoorbeeld met 55 %: de verhoging van het totaalbedrag blijft dan uiteraard 55 % en wordt geen 110 %.

47 — Als het uitgangsbedrag van 35 miljoen EUR met 125 % was verhoogd, zou dit hebben geresulteerd in een bedrag van 78,75 miljoen EUR, dat wil zeggen 21,87 miljoen EUR meer dan het werkelijke totaalbedrag van 56,88 miljoen EUR.

164. Hoe dan ook lijkt het uiteindelijke resultaat te zijn dat in die berekeningsfase de geldboeten voor Outokumpu en Wieland daadwerkelijk met 125 % werden verhoogd (iets minder dan 10 % voor elk jaar dat de inbreuk heeft geduurd), terwijl het verhogingspercentage voor KME slechts 62,5 % (iets minder dan 5 % per inbreukjaar) bedroeg, ondanks dat KME — als groep of in de vorm van afzonderlijke ondernemingen — even lang aan het kartel had deelgenomen. [48] Hiermee lijkt een fout in de litigieuze beschikking aan het licht te komen, die, indien opgemerkt, door Outokumpu of Wieland had kunnen worden bekritiseerd dan wel voor het Gerecht aanleiding had kunnen zijn om de aan KME opgelegde geldboete te verhogen.

165. De vraag is echter wat dit betekent voor dit middel in hogere voorziening.

166. De consequentie is volgens mij dat dit middel als niet ter zake dienend moet worden beschouwd. Als gevolg van de gemaakte rekenfout was namelijk het oorspronkelijke middel in eerste aanleg niet ter zake dienend en waren het desbetreffende betoog van de Commissie en de vaststellingen van het Gerecht dienaangaande irrelevant. KME betoogt dat de Commissie niet het maximale verhogingspercentage van 10 % voor elk jaar van de inbreuk had mogen toepassen op grond van een veronderstelde duur van (zelfs iets meer dan) twaalf en een half jaar, wat ertoe heeft geleid dat haar geldboete in totaal met 125 % is verhoogd. De Commissie heeft dit ook niet gedaan en daarmee zou de zaak als afgedaan moeten worden beschouwd.

167. Los daarvan zou natuurlijk in theorie nog kunnen worden ingegaan op de vraag of de Commissie het maximale verhogingspercentage van 10 % per inbreukjaar had mogen toepassen op de wijze waarop zij dit heeft gedaan, dat wil zeggen met een totale verhoging van de geldboete met 62,5 % tot gevolg. Zowel de redenering van het Gerecht als het betoog van KME in deze hogere voorziening is echter gebaseerd op het uitgangspunt dat de totale verhoging 125 % heeft bedragen. Een behandeling van de vraag op basis van hoe die redenering en dat betoog vermoedelijk hadden geluid als van het werkelijke percentage was uitgegaan, zou louter speculatie zijn.

168. Er zou kunnen worden gezegd dat het feit dat het Gerecht de discrepantie niet heeft opgemerkt, steun biedt aan KME's standpunt dat het niveau van de rechterlijke toetsing ontoereikend was. Het Gerecht heeft echter niet meer gedaan dan zijn beslissing te baseren op een premisse waarvan beide partijen zijn uitgegaan. Trouwens, ook indien het Gerecht had vastgesteld dat de premisse onjuist was, zou dit niet in het voordeel van KME hebben kunnen werken, zodat KME niet kan

48 — Als KME's geldboete met hetzelfde percentage was verhoogd, zou volgens mijn berekening haar totale boete — met inachtneming van de latere verlaging met 30 % – 55,125 miljoen EUR (35 + 125 % = 78,75; 78.75 – 30 % = 55,125) in plaats van op 39,81 miljoen EUR hebben bedragen. Dat totaalbedrag had dan, voor zover nodig, volgens de ratio 7:5,5 kunnen worden toegerekend aan de perioden 1988-1995 en 1995-2001.

stellen op enigerlei wijze in haar rechten te zijn benadeeld.

**Vierde middel: vermindering van de geldboete wegens medewerking**

*Relevante passages van het bestreden arrest*

169. In de litigieuze beschikking heeft de Commissie de aan Outokumpu opgelegde geldboete verminderd om rekening te houden met de omstandigheid dat deze onderneming bewijsmateriaal had verstrekt aan de hand waarvan kon worden aangetoond dat de inbreuk twaalf jaar en tien maanden en niet slechts vier jaar had geduurd. Als gevolg van deze vermindering kwam Outokumpu in dezelfde positie te verkeren als wanneer het op grond van de duur toegepaste verhogingspercentage slechts 40 % in plaats van 125 % had bedragen.

170. Met het vierde onderdeel van haar vierde middel in eerste aanleg betoogde KME dat de Commissie, in strijd met de richtsnoeren en met de beginselen van billijkheid en gelijke behandeling, in de litigieuze beschikking niet passend rekening had gehouden met haar bijdrage tot de vaststelling van de totale duur van de inbreuk. Aangezien KME als eerste aan de Commissie beslissend bewijsmateriaal (en dus geen loutere informatie) zou hebben verstrekt met betrekking tot twee inbreukperiodes (mei 1988-november 1992 en mei 1998-eind 1999), had haar geldboete voor die periodes op dezelfde wijze moeten worden verminderd als de aan Outokumpu opgelegde boete.

171. Het Gerecht heeft dit betoog in de punten 123 tot en met 133 van zijn arrest van de hand gewezen:

„123 [...] [A]llereerst [moet] worden vastgesteld dat uit hoofde van de mededeling van 1996 inzake medewerking noch Outokumpu noch verzoeksters in aanmerking kwam voor een verlaging met meer dan 50 % van het eindbedrag van de geldboeten die hun zijn opgelegd, aangezien zij de inbreuk niet bij de Commissie hebben aangegeven vooraleer deze verificaties had verricht die haar voldoende redenen gaven om de inbreukprocedure in te leiden die tot de litigieuze beschikking heeft geleid.

124 Ook is de Commissie voor het eerst bij een memorandum van Outokumpu van 30 mei 2001 op de hoogte gebracht van de totale duur van het kartel. Op basis van de eerder door de vennootschap Mueller Industries verstrekte informatie kon de Commissie enkel aantonen dat er van mei 1994 tot en met mei 1998 een inbreuk was.

Verzoeksters betogen echter dat de Commissie dankzij de informatie die zij deze in oktober 2002 hebben meegedeeld, het bestaan van het kartel definitief heeft kunnen bewijzen voor de periodes mei 1988-november 1992 en mei 1998-eind 1999.

125 Door de vaststelling van de aanvullende duur van de inbreuk kon de Commissie de basisbedragen van de aan de overtreders opgelegde geldboeten krachtens punt 1 B van de richtsnoeren verhogen met 125 % in plaats van 40 %. Derhalve liepen de ondernemingen die de Commissie de informatie over de aanvullende duur van de inbreuk hadden verstrekt, het risico dat het basisbedrag van hun geldboeten zou worden verhoogd met nog eens 85 procentpunten.

126 Dit is een paradox die inherent is aan de mededeling van 1996 inzake medewerking, aangezien een onderneming die onder punt D van die mededeling valt en die nieuwe informatie aan de Commissie verstrekt, het risico loopt dat zij strenger wordt gestraft dan wanneer zij deze informatie niet aan de Commissie had verstrekt. Aan de hand van punt 3, zesde streepje, van de richtsnoeren, volgens hetwelk ‚de daadwerkelijke medewerking van de onderneming in het kader van de procedure, buiten de werkingssfeer van de mededeling [van 1996] inzake medewerking' een verzachtende omstandigheid kan vormen, kan een oplossing worden geboden voor deze paradox.

127 Door zonder dit te vermelden, punt 3, zesde streepje, van de richtsnoeren toe te passen, heeft de Commissie Outokumpu in casu in feite immuniteit verleend voor de aanvullende duur van de mededingingsregeling, waarvan zij niet op de hoogte was vóór de ontvangst van Outokumpu's memorandum van 30 mei 2001 (punt 386 van de litigieuze beschikking).

128 Derhalve moet worden nagegaan of de Commissie hetzij op basis van punt 3, zesde streepje, van de richtsnoeren, hetzij overeenkomstig het beginsel van gelijke behandeling, gehouden was om verzoeksters ook een vermindering toe te kennen voor de informatie die zij de Commissie meer dan zestien maanden na Outokumpu hebben verstrekt over de periodes 1988-1992 en 1998-1999.

129 In dit verband dient vooraf eraan te worden herinnerd dat de Commissie bij de toepassing van verzachtende omstandigheden over een beoordelingsmarge beschikt (arrest Gerecht van 8 juli 2004, Mannesmannröhren-Werke/Commissie, T-44/00, Jurispr. blz. II-2223, punt 307).

130 Vervolgens moet worden benadrukt dat het inherent is aan de logica van de immuniteit voor geldboeten dat slechts één van de kartelleden ervoor in aanmerking kan komen, aangezien het de bedoeling is om een klimaat van onzekerheid binnen de kartels te creëren door de aangifte van het kartel bij de Commissie aan te moedigen. Deze onzekerheid vloeit juist voort uit het feit dat de karteldeelnemers weten dat slechts één van hen een boete-immuniteit zal kunnen verkrijgen door de overige deelnemers aan de inbreuk aan te geven, zodat deze het risico lopen dat hun zwaardere geldboeten worden opgelegd.

131 In een situatie zoals die van de onderhavige zaak, waarin de Commissie weet dat er een mededingingsregeling is, maar niet beschikt over bepaalde wezenlijke elementen aan de hand waarvan de totale duur van deze inbreuk kan worden vastgesteld, is het bijzonder wenselijk dat een beroep wordt gedaan op een dergelijk mechanisme, met name om te voorkomen dat de overtreders overeenkomen om die elementen te verzwijgen.

132 Een dergelijke situatie moet worden onderscheiden van die waarin de Commissie reeds beschikt over bewijselementen, maar deze wenst aan te vullen. In dit laatste geval is het gerechtvaardigd de aan de overtreders opgelegde geldboete te verminderen in plaats van een boete-immuniteit toe te kennen aan één onderneming, aangezien het doel niet langer is, een omstandigheid aan het licht te brengen die tot een vermeerdering van de opgelegde geldboete leidt, maar zoveel mogelijk bewijs te verzamelen teneinde de Commissie in staat te stellen de betrokken feiten beter vast te stellen.

133 Met betrekking tot het argument dat Outokumpu anders zou zijn behandeld dan verzoeksters, volstaat het op te merken dat zij zich niet in een vergelijkbare situatie bevonden, aangezien Outokumpu de Commissie meer dan een jaar vóór verzoeksters de informatie heeft verstrekt over de aanvullende duur van acht en een half jaar van de mededingingsregeling."

*Samenvatting van de argumenten van partijen*

Hogere voorziening van KME

172. KME merkt op dat de verzachtende omstandigheid van „medewerking buiten de werkingssfeer van de mededeling inzake medewerking" een — in 2002 verholpen — leemte in de mededeling inzake medewerking van 1996 opvult, in zoverre wordt gegarandeerd dat een onderneming die de Commissie bewijsmateriaal verstrekt dat betrekking heeft op feiten die de Commissie niet eerder

bekend waren en die gevolgen hebben voor de zwaarte en/of de duur van de inbreuk, niet zwaarder wordt beboet dan wanneer zij dat niet had gedaan. Aan een dergelijke onderneming wordt gedeeltelijke immuniteit verleend met betrekking tot aspecten van de inbreuk die de Commissie niet eerder bekend waren en die de Commissie dankzij haar medewerking heeft kunnen vaststellen. Er kan per definitie slechts één onderneming voor deze immuniteit in aanmerking komen. Aangezien KME dit beginsel niet ter discussie heeft gesteld, heeft het Gerecht op basis van een onjuiste opvatting van haar betoog onderzocht of de Commissie „gehouden was om verzoeksters ook een vermindering toe te kennen voor de informatie die zij de Commissie meer dan zestien maanden na Outokumpu hebben verstrekt over de periodes 1988-1992 en 1998-1999".

173. Volgens KME zijn voor de toepassing van deze verzachtende omstandigheid twee criteria denkbaar: de verzachtende omstandigheid zou kunnen gelden voor de eerste onderneming die de Commissie a) *informatie* dan wel (b) *bewijsmateriaal* verstrekt met betrekking tot feiten die deze instelling niet eerder bekend waren en die gevolgen hebben voor de zwaarte of de duur van een inbreuk. Volgens KME is het tweede criterium het juiste en heeft het Gerecht ten onrechte het eerste criterium toegepast bij zijn beoordeling welke van de twee karteldeelnemers die met de Commissie hebben meegewerkt — KME of Outokumpu — voor de toepassing van de verzachtende omstandigheid in aanmerking kwam. KME baseert haar standpunt op de volgende overwegingen:

i) uit de desbetreffende bepalingen van de mededelingen van 2002 en 2006 inzake medewerking[49] blijkt duidelijk dat gedeeltelijke immuniteit uitsluitend kan worden verleend aan een onderneming die de Commissie bewijsmateriaal (en niet louter inlichtingen) verstrekt;

(ii) de Commissie heeft na de mededelingen van 2002 en 2006 inzake medewerking haar boetebeleid niet vernieuwd en mag daarom aan het begrip „medewerking buiten de werkingssfeer van de mededeling van 1996 inzake medewerking" geen uitlegging geven die onverenigbaar is met de mededeling van 2006;

(iii) volgens de mededelingen van 2002 en 2006 inzake medewerking vormt het feit dat de Commissie wellicht al enige kennis van de kartelactiviteiten heeft, geen beletsel om aan de indiener van het clementieverzoek volledige boete-immuniteit te verlenen, zelfs als die kennis voldoende is om tot een inspectie ter plaatse over te gaan (maar onvoldoende om een inbreuk vast te stellen); evenzo sluit de omstandigheid dat de Commissie wellicht al enige kennis heeft van met de mededinging strijdige gedragingen over een bepaalde periode — mede op grond van niet met bewijsmateriaal onderbouwde *inlichtingen* die haar door een karteldeelnemer zijn verstrekt — niet uit dat aan de indiener van een clementieverzoek

49 — Zie voetnoot 13 hierboven.

gedeeltelijke immuniteit wordt verleend indien deze vervolgens relevant *bewijs* voor die gedragingen verstrekt, dat de Commissie in staat stelt het bestaan van het kartel voor die periode aan te tonen;

(iv) tot slot zouden volgens KME ondernemingen in veel mindere mate tot medewerking met de Commissie bereid zijn, als zij zouden vrezen te worden beboet voor periodes ten aanzien waarvan zij als enige beslissend bewijsmateriaal hebben verstrekt; zonder de medewerking van KME had de Commissie nooit een voortdurende inbreuk van 1988 tot en met 2001 kunnen vaststellen; de reden waarom de betrokken verzachtende omstandigheid ten gunste van Outokumpu is toegepast voor de periodes 1988-1993 en 1999-2001, gold net zozeer voor KME met betrekking tot die periodes; het was dan ook oneerlijk dat KME, nadat zij de Commissie tot dan toe onbekend bewijsmateriaal met betrekking tot zowel de duur als de zwaarte van de inbreuk had verstrekt, een boete kreeg opgelegd voor een inbreuk van langere duur, die de Commissie uitsluitend dankzij haar medewerking heeft kunnen vaststellen (in plaats van slechts vermoedens).

174. KME verzoekt het Hof dan ook om het bestreden arrest te vernietigen in zoverre het Gerecht heeft nagelaten vast te stellen dat zij recht had op een verlaging van de op het uitgangsbedrag van de geldboete toegepaste multiplicator voor de duur voor de periodes mei 1988-november 1992 en mei 1998-eind 1999, en om het desbetreffende onderdeel van de litigieuze beschikking nietig te verklaren en het bedrag van de geldboete in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht opnieuw vast te stellen.

Antwoord van de Commissie

175. De Commissie stelt dat het Gerecht zijn beoordeling of aan de voorwaarden voor gedeeltelijke immuniteit — in tegenstelling tot een vermindering van de geldboete wegens medewerking — was voldaan, duidelijk en logisch heeft gemotiveerd en daarbij alle juridische argumenten van KME heeft beantwoord. In de punten 123 tot en met 127 van zijn arrest heeft het verduidelijkt dat Outokumpu, door de Commissie op de hoogte te brengen van de totale duur van het kartel, haar in staat heeft gesteld het uitgangsbedrag van haar geldboete met 85 % te verhogen, terwijl zij op grond van haar medewerking slechts in aanmerking kwam voor een verlaging van haar boete met maximaal 50 %. De Commissie heeft voor deze paradox een oplossing gevonden door Outokumpu een verlaging van haar geldboete toe te kennen die gelijkstond aan gedeeltelijke immuniteit voor de door haar aan het licht gebrachte bijkomende duur van de mededingingsregeling. In de punten 131 en 132 van zijn arrest heeft het Gerecht duidelijk gemaakt in hoeverre een dergelijke situatie verschilt van die waarin een onderneming slechts bewijsmateriaal verstrekt met

betrekking tot een kartelperiode waarvan de Commissie reeds wetenschap heeft.

176. KME vraagt het Hof om zijn eigen oordeel in de plaats te stellen van dat van het Gerecht en daarbij het door haar voorgestelde criterium toe te passen. Afgezien van het feit dat dit verzoek niet-ontvankelijk is, is het ook onmiskenbaar dat het oordeel van het Gerecht juist is en dat KME ongelijk heeft. Toen Outokumpu de Commissie nieuwe informatie verstrekte, onthulde zij daarmee de totale duur van het kartel en stelde zij de Commissie daarmee voor het eerst in staat een onderzoek te verrichten en op zoek te gaan naar bewijzen voor die totale duur. Als de Commissie die informatie niet had ontvangen, had zij geen beschikking kunnen geven met betrekking tot de jaren die haar niet bekend waren. KME daarentegen heeft slechts bewijsmateriaal verstrekt dat weliswaar als zodanig nog niet in het bezit van de Commissie was, maar betrekking had op aspecten van de inbreuk die reeds bekend waren (en in de door Outokumpu reeds aan het licht gebrachte periode vielen) en daarom niet van even grote betekenis was voor het onderzoek. De Commissie was al bezig met haar onderzoek en met het zoeken naar bewijzen voor de duur van het kartel, die zij ook zonder KME's hulp wel zou hebben verkregen. KME heeft het haar gemakkelijker gemaakt, maar dat is dan ook alles.

177. Het door KME gemaakte onderscheid tussen informatie en bewijsmateriaal is niet doorslaggevend. In feite was de door Outokumpu verstrekte „informatie" ook bewijs. Het memorandum van deze onderneming van 30 mei 2001, waaraan in punt 124 van het bestreden arrest wordt gerefereerd, is in de litigieuze beschikking als bewijs gebruikt. Omgekeerd is het duidelijk dat KME met haar „bewijsmateriaal" de Commissie informatie heeft verstrekt over bepaalde details van de mededingingsregeling. Waar het om gaat, is of bepaalde „informatie" of bepaald „bewijsmateriaal" voor het eerst een voor de zwaarte of de duur van de mededingingsregeling relevant element van die regeling aan het licht brengt, dat zonder de bijdrage van de betrokken onderneming niet had kunnen worden onderzocht.

178. Bovendien zou KME op basis van de door haar aangehaalde mededeling van 2002 inzake medewerking niet in aanmerking zijn gekomen voor gedeeltelijke immuniteit. Volgens die mededeling wordt gedeeltelijke immuniteit verleend aan een onderneming die „bewijsmateriaal verstrekt dat betrekking heeft op feiten die de Commissie niet eerder bekend waren en die een rechtstreeks gevolg hebben voor de zwaarte of de duur van de vermoedelijke inbreuk". Het door KME verstrekte bewijsmateriaal had echter betrekking op feiten die de Commissie reeds bekend waren, namelijk de totale duur van het kartel.

179. Het door KME voorgestelde alternatieve criterium zou een kopie van het in afdeling D van de mededeling van 1996 inzake medewerking geformuleerde criterium voor een verlaging van de geldboete zijn, volgens welke een onderneming die „aan de Commissie inlichtingen dan wel schriftelijke of andere bewijsstukken verstrekt die bijdragen tot het bewijs van het bestaan van de inbreuk", in aanmerking komt voor een vermindering van 10 tot 50 % van de boete die haar zou zijn opgelegd, en dit criterium onbruikbaar maken. Bij toepassing van het door KME

voorgestelde criterium zou immuniteit worden verleend in situaties waarin de mededeling inzake medewerking expliciet in een vermindering van de geldboete met maximaal 50 % voorziet, waardoor de systematiek van deze mededeling zou worden ondermijnd. KME is naar behoren voor haar medewerking beloond doordat haar geldboete met 30 % is verlaagd, een verlaging die door het Gerecht in stand is gelaten en in hogere voorziening niet ter discussie is gesteld.

180. Met betrekking tot de vraag of de toetsing door het Gerecht afdoende was, merkt de Commissie op dat KME (in het kader van haar vijfde middel, maar onder verwijzing naar de behandeling van haar vierde middel in eerste aanleg) punt 115 van het bestreden arrest citeert, waarin het Gerecht verklaart dat de Commissie, bij gebreke van dwingende voorschriften in de richtsnoeren, met betrekking tot de toepassing van de verzachtende omstandigheden een zekere marge heeft behouden, alsook punt 129, waarin het Gerecht opnieuw aan die beoordelingsmarge refereert. Deze opmerkingen werden echter gemaakt in de context van KME's betoog dat de Commissie punt 3 van de richtsnoeren had geschonden door te weigeren bepaalde verzachtende omstandigheden in aanmerking te nemen. De vraag voor het Gerecht was of dat betoog betrekking had op aangelegenheden ten aanzien waarvan de Commissie zich in de richtsnoeren had gebonden, dan wel op aangelegenheden ten aanzien waarvan zij haar beoordelingsbevoegheid had behouden. Dit duidt er niet op dat er geen adequate rechterlijke toetsing is geweest, maar weerspiegelt slechts de aard van de door KME in eerste aanleg aangevoerde argumenten. Met betrekking tot de grief dat KME op grond van haar medewerking in aanmerking had moeten komen voor gedeeltelijke immuniteit en niet „slechts" voor een verlaging van haar geldboete, heeft het Gerecht hoe dan ook vastgesteld dat dit onjuist zou zijn geweest, onder meer door in punt 132 van zijn arrest te overwegen dat het „gerechtvaardigd [is] de aan de overtreders opgelegde geldboete te verminderen in plaats van een boete-immuniteit toe te kennen aan één onderneming, aangezien het doel niet langer is, een omstandigheid aan het licht te brengen die tot een vermeerdering van de opgelegde geldboete leidt".

*Beoordeling*

181. Ik wijs erop dat indien KME's geldboete in de litigieuze beschikking zodanig was verlaagd dat daarmee de wegens de duur van de inbreuk toegepaste verhoging voor de periode van in totaal zes jaar en één maand ten aanzien waarvan KME stelt de Commissie „beslissend bewijsmateriaal" te hebben verstrekt, in feite was tenietgedaan, dit had moeten resulteren in hetzelfde boetebedrag als zou zijn verkregen wanneer enkel met betrekking tot de resterende zes jaar en negen maanden van de inbreuk een verhoging was toegepast. Als het jaarlijkse percentage net zoals voor de overige karteldeelnemers op 10 % was gehandhaafd, zou dit hebben geleid tot een verhoging met 67,5 % — dat wil zeggen 5 % meer dan de daadwerkelijk (en wellicht onbedoeld) toegepaste totale verhoging. [50]

50 — Zie de punten 161 e.v. hierboven.

Wederom lijkt het dus aannemelijk dat KME, zelfs als zij op dit specifieke punt in het gelijk was gesteld, uiteindelijk niet beter af zou zijn geweest indien het Gerecht naar behoren nota van de situatie had genomen.

182. Nu dit het geval is, zou kunnen worden gekozen voor dezelfde benadering als die welke ik in het kader van het derde middel in hogere voorziening heb voorgesteld, namelijk dit middel (samen met het betoog in eerste aanleg) als niet ter zake dienend beschouwen. Ik meen evenwel dat de vraag of KME had moeten worden behandeld alsof zij gedurende de periodes ten aanzien waarvan zij de Commissie bewijzen had verstrekt, niet aan het kartel had deelgenomen, niet onlosmakelijk met de kwestie van het verhogingspercentage verbonden is, zodat daarop afzonderlijk kan worden ingegaan.

183. Aan het betoog van KME liggen in wezen drie stellingen ten grondslag, die in beginsel alle drie waar moeten zijn wil het betoog kunnen slagen: a) informatie waardoor een inbreukperiode aan het licht wordt gebracht, moet worden onderscheiden van bewijsmateriaal waaruit blijkt dat de inbreuk gedurende die periode heeft plaatsgevonden; b) als eerst door een partij informatie en vervolgens door een andere partij bewijsmateriaal wordt verstrekt, dient alleen aan die laatste partij immuniteit voor de betrokken periode te worden verleend; en c) met betrekking tot de periodes mei 1988-november 1992 en mei 1998-eind 1999 heeft KME bewijsmateriaal verstrekt, waar Outokumpu eerder uitsluitend informatie had verstrekt.

184. Wat a) betreft, ben ik het met de Commissie eens dat er geen geldig onderscheid valt te maken tussen informatie (waaronder KME op herinnering gebaseerde uitlatingen lijkt te verstaan) en bewijsmateriaal (waaronder zij kennelijk schriftelijke stukken of ander tastbaar materiaal verstaat, op basis waarvan conclusies kunnen worden getrokken). Informatie levert namelijk bewijs op (anders zouden getuigenverhoren in gerechtelijke procedures geen zin hebben) en omgekeerd (bewijsmateriaal zou waardeloos zijn als het geen informatie opleverde). Het Gerecht kan dan ook niet worden verweten dat het de bijdragen van Outokumpu en KME over één kam heeft geschoren wat de bruikbaarheid ervan voor het onderzoek van de Commissie betreft.

185. Met betrekking tot b) merk ik op dat — ook al kan niet in het algemeen worden gezegd dat er een verschil is tussen informatie en bewijsmateriaal wat de bruikbaarheid voor een onderzoek betreft — het zeer wel mogelijk is dat het nut van verschillende bijdragen, of het nu om „informatie" dan wel om „bewijsmateriaal" gaat, voor een specifiek onderzoek zeer sterk verschilt. Zo is het mogelijk dat een bepaalde karteldeelnemer op een inbreukperiode betrekking hebbende inlichtingen of bewijzen verstrekt die dermate vaag en mager zijn, dat zij voor de Commissie geen enkel praktisch nut hebben, terwijl een andere karteldeelnemer vervolgens met gedetailleerde inlichtingen of bewijzen komt die van doorslaggevend belang zijn voor de

vaststelling dat de inbreuk gedurende de betrokken periode heeft plaatsgevonden. In een dergelijk geval lijkt het niet onredelijk wanneer de Commissie, mocht zij besluiten een boeteverlaging wegens medewerking toe te kennen, dit voordeel zou doen toekomen aan de laatstgenoemde karteldeelnemer. Zou zij daarentegen besluiten de boete van de eerstgenoemde karteldeelnemer te verlagen, dan zou de andere karteldeelnemer het volste recht hebben het Gerecht te vragen deze handelwijze van de Commissie in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht te toetsen, zij het dat het resultaat van die toetsing zou afhangen van de beoordeling van de feiten door het Gerecht. Hoe dan ook staat vast dat de door het Gerecht in punt 130 van zijn arrest genoemde „logica van de immuniteit voor geldboeten" ervoor pleit om alleen de karteldeelnemer die als eerste nuttige informatie of bewijzen verstrekt, daarvoor te belonen.

186. Met betrekking tot c) merk ik op dat de vraag of het door KME verstrekte „bewijsmateriaal" voor de Commissie van doorslaggevend belang was om te kunnen vaststellen dat het kartel gedurende de betrokken periodes had gefunctioneerd, terwijl de eerder door Outokumpu verstrekte „informatie" niet van dien aard was dat daaraan enige conclusie kon worden verbonden, een feitelijke vraag is die in hogere voorziening niet kan worden onderzocht. Bovendien blijkt uit de punten 128 en 131 tot en met 133 van het bestreden arrest dat naar het oordeel van het Gerecht Outokumpu essentiële informatie had verstrekt aan de hand waarvan de totale duur van de inbreuk kon worden bepaald, die meer dan zestien maanden later door KME werd aangevuld met bewijsmateriaal dat de Commissie in staat stelde de feiten beter vast te stellen. Gelet op deze feitelijke beoordeling kan er geen enkele twijfel over bestaan dat het Gerecht niet van een onjuiste rechtsopvatting heeft blijk gegeven door het vierde onderdeel van KME's vierde middel af te wijzen.

187. Wat ten slotte de vraag betreft of de door het Gerecht verrichte toetsing afdoende was, is duidelijk dat het Gerecht ondanks zijn verwijzingen naar de beoordelingsvrijheid die de Commissie ten aanzien van de in aanmerking te nemen verzachtende omstandigheden heeft, geenszins heeft nagelaten de door KME aangevoerde argumenten naar behoren te onderzoeken en te beantwoorden, en dat het tot zijn conclusie is gekomen op basis van een werkelijke beoordeling van de aan hem gepresenteerde feiten en argumenten.

**Kosten**

188. Volgens artikel 122 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof beslist het Hof ten aanzien van de kosten wanneer een hogere voorziening ongegrond is. Ingevolge artikel 69, lid 2, moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voor zover dit is gevorderd. In het onderhavige geval ben ik van mening dat de hogere voorziening moet worden afgewezen. De Commissie heeft verwijzing van KME in de kosten gevorderd, zodat KME de kosten van de Commissie moet dragen.

**Conclusie**

189. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging:

— de hogere voorziening af te wijzen, en

— KME Germany AG, KME France SAS en KME Italy SpA in de kosten te verwijzen.