FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ELEANOR SHARPSTON
föredraget den 10 februari 2011 [1]

1. Tre företag med anknytning till varandra deltog tillsammans med andra företag i avtal och samordnade förfaranden om fastställande av priser och uppdelning av marknader på marknaden för kopparrör för industriellt bruk. Samverkan stred mot artikel 81 EG (nu artikel 101 FEUF) och företagen ålades böter av kommissionen.

2. Vid fastställandet av bötesbeloppet tog kommissionen hänsyn till kriterierna i sina egna tillämpliga riktlinjer samt olika försvårande och förmildrande omständigheter.

3. De tre företagen i fråga väckte talan mot kommissionen och yrkade att tribunalen [2] avsevärt skulle nedsätta det ålagda bötesbeloppet, varvid de gjorde gällande att fem angivna fel hade begåtts när bötesbeloppen fastställdes.

4. Nämnda talan ogillades i sin helhet, [3] och företagen har nu överklagat tribunalens dom till domstolen på fem grunder. De första fyra grunderna för överklagandet motsvarar de första fyra grunderna i tribunalen, medan den femte grunden för överklagandet tar upp den mer generella frågan om omfattningen och arten av den prövning som tribunalen ska företa när den utövar sin obegränsade behörighet i fråga om ekonomiska påföljder.

Tillämpliga bestämmelser

Mänskliga och grundläggande rättigheter

5. I artikel 6.1 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (nedan kallad Europakonventionen) föreskrivs bland annat följande:

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Tribunalen benämndes vid denna tidpunkt (innan Lissabonfördraget hade trätt i kraft) förstainstansrätten. För enkelhetens skull och då ändringen endast gjordes av formella skäl, använder jag i detta förslag tribunalens nuvarande namn.

3 — Dom av den 6 maj 2009 i mål T-127/04, KME Germany m.fl. mot kommissionen (REG 2009, s. II-1167) (nedan kallad den överklagade domen). Övriga kartelldeltagare, vilka även de ålades böter i beslutet, hade också överklagat beslutet. Dessa överklaganden ogillades samma dag. Se domarna av den 6 maj 2009 i målen T-116/04, Wieland-Werke mot kommissionen (REG 2009, s. II-1087), och T-122/04, Outokumpu och Luvata mot kommissionen (REG 2009, s. II-1135).

”Var och en skall, vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en rättvis och offentlig rättegång inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol som upprättats enligt lag...”

Var och en har rätt att inom skälig tid få sin sak prövad i en rättvis och offentlig rättegång och inför en oavhängig och opartisk domstol som har inrättats enligt lag...”

6. Artikel 6.2 och 6.3 innehåller vissa ytterligare garantier för personer som blivit ”anklagad[e] för brott”, bland annat en oskuldspresumtion samt att vissa resurser för att säkerställa de anklagades försvar ska finnas tillgängliga.

8. I förklaringen till artikeln anges bland annat att andra stycket motsvarar artikel 6.1 i Europakonventionen, med följande undantag:

”I unionsrätten tillämpas rätten till domstolsprövning inte enbart vid överklaganden som avser rättigheter och skyldigheter av civilrättslig typ. Det är en av följderna av att unionen är en rättsgemenskap, vilket domstolen har slagit fast i målet 294/83, ’Les Vert’ mot Europaparlamentet (dom av den 23 april 1986, REG 1986, s. 1339). Med undantag för sitt tillämpningsområde tillämpas de garantier som erbjuds enligt Europakonventionen dock på likartat sätt i unionen.”

7. I artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan),[4] som har rubriken ”Rätt till ett effektivt rättsmedel och till en opartisk domstol” föreskrivs bland annat följande:

”Var och en vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter har kränkts har rätt till ett effektivt rättsmedel inför en domstol, med beaktande av de villkor som föreskrivs i denna artikel.

9. Artikel 49 i stadgan har rubriken ”Principerna om laglighet och proportionalitet i fråga om brott och straff”. Med avseende på straff, anges i artikel 49.3 följande: ”Straffets stränghet bör inte vara oproportionerlig i förhållande till lagöverträdelsen.” Enligt förklaringen ”återges [här] den allmänna princip om proportionalitet i fråga om brott och straff som slagits fast i medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och EG-domstolens rättspraxis...”.

4 — Proklamerad i Nice den 7 december 2000 (EGT C 364, s. 1). En anpassad version godkändes av Europaparlamentet den 29 november 2007, efter det att hänvisningar till den europeiska konventionen avlägsnats (EUT C 303, s. 1). Den senaste konsoliderade versionen, efter Lissabonfördraget, publicerades i EUT C 83, 2010, s. 389.

10. I artikel 51 i stadgan definieras dess tillämpningsområde. Artikel 51.1 föreskriver följande:

”Bestämmelserna i denna stadga riktar sig, med beaktande av subsidiaritetsprincipen, till unionens institutioner och organ samt till medlemsstaterna endast när dessa tillämpar unionsrätten. Institutionerna, organen och medlemsstaterna skall därför respektera rättigheterna, iaktta principerna och främja tillämpningen av dem i enlighet med sina respektive befogenheter.” [5]

Fördragsbestämmelser

11. I artikel 81.1 EG (nu artikel 101.1 FEUF i viss ändrad lydelse) föreskrivs följande:

”Följande är oförenligt med den gemensamma marknaden och förbjudet: alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden, särskilt sådana som innebär att

a) inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,

…

c) marknader eller inköpskällor delas upp,

…”

12. I artikel 229 EG (nu artikel 261 FEUF, i viss ändrad lydelse) föreskrivs följande:

”I de förordningar som Europaparlamentet och rådet gemensamt eller rådet ensamt antar enligt bestämmelserna i detta fördrag får domstolen ges en obegränsad behörighet i fråga om de påföljder som föreskrivs i förordningarna.”

13. Mer allmänt ges domstolen genom artikel 230 EG (nu artikel 263 FEUF, i ändrad lydelse) behörighet att granska lagligheten av institutionernas handlingar, även kommissionens, ”rörande bristande behörighet, åsidosättande av väsentliga formföreskrifter, åsidosättande av fördragen eller av någon rättsregel som gäller deras tillämpning eller rörande maktmissbruk”.

5 — Originalversionen (2000). Den andra meningen har nu följande lydelse: ”Institutionerna, organen, byråerna och medlemsstaterna ska därför respektera rättigheterna, iaktta principerna och främja tillämpningen av dem i enlighet med sina respektive befogenheter och under iakttagande av gränserna för unionens befogenheter enligt fördragen.”

14. I enlighet med artikel 225.1 EG (nu artikel 256.1 FEUF, i ändrad lydelse) är tribunalen i princip behörig att pröva och avgöra sådana ärenden i första instans, med begränsningen att avgörandena kan överklagas till domstolen, dock endast i rättsfrågor.

Kontroll av konkurrensrättens efterlevnad

15. I artikel 15 i rådets förordning nr 17,[6] som var tillämplig vid den aktuella tidpunkten, föreskrevs bland annat följande:

”2. Kommissionen får ålägga företag och företagssammanslutningar böter om lägst ettusen och högst en miljon beräkningsenheter,[7] eller ett högre belopp som dock inte får överstiga tio procent av föregående räkenskapsårs omsättning för varje företag som har deltagit i överträdelsen genom att uppsåtligen eller av oaktsamhet:

a) överträda bestämmelserna i ... artikel [81.1 EG/101.1 FEUF], eller

...

När bötesbeloppet fastställs ska hänsyn tas både till hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den pågått.

...

4. Beslut fattade enligt punkt ... 2 ska inte vara av straffrättslig karaktär.”[8]

16. I artikel 17 i förordning nr 17 föreskrevs följande:

”Domstolen har oinskränkt rätt enligt artikel [229 EG/261 FEUF] att pröva beslut genom vilka kommissionen har fastställt böter eller viten. Domstolen kan upphäva, sätta ned eller höja ålagda böter eller viten.”[9]

6 — Av den 6 februari 1962, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar [81] och [82] (EGT 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8). Förordning nr 17 upphäves med verkan från den 1 maj 2004 och ersättes av rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (EGT L 1, 2003, s. 1) varigenom en stor del av ansvaret för att tillämpa EU:s konkurrensrätt överfördes på medlemsstaternas domstolar och myndigheter.

7 — Beräkningsenheten var föregångare till euron.

8 — I stort sett samma bestämmelser finns nu i artikel 23.2, 23.3 och 23.5 i förordning nr 1/2003.

9 — I stort sätt samma bestämmelse finns nu i artikel 31 i förordning nr 1/2003.

17. Vid den aktuella tidpunkten var även kommissionens riktlinjer från 1998 för beräkning av böter (nedan kallade riktlinjerna) tillämpliga. [10] I skälen till dessa riktlinjer angavs bland annat följande:

”De principer som anges i dessa riktlinjer bör göra det möjligt att säkerställa öppenheten och objektiviteten i kommissionens beslut, både i förhållande till företagen och i förhållande till EG-domstolen, samtidigt som de bekräftar det utrymme för skönsmässig bedömning som lagstiftaren har gett kommissionen för att fastställa böter på upp till 10 procent av företagens totala omsättning. Detta utrymme bör emellertid utgöra ett led i en sammanhängande och icke diskriminerande politik som är anpassad efter de mål som eftersträvas vid bekämpningen av överträdelser av konkurrensreglerna.

Den nya metod som används för att fastställa bötesbeloppet kommer hädanefter att följa nedanstående schema. Detta bygger på ett grundbelopp som kan ökas för att beakta försvårande omständigheter och minskas för att beakta förmildrande[11] omständigheter.”

18. Enligt punkt 1 i riktlinjerna skulle grundbeloppet fastställas på grundval av överträdelsens allvar och varaktighet, vilka var de enda kriterier som angavs i artikel 15.2 i förordning nr 17.

19. Vid bedömningen av överträdelsens allvar enligt punkt 1 A skulle överträdelsens art, ”dess konkreta påverkan på marknaden, om den är mätbar” och omfattningen av den relevanta geografiska marknaden beaktas. Det fanns tre kategorier, nämligen mindre allvarliga överträdelser, allvarliga överträdelser och mycket allvarliga överträdelser. Den sistnämnda kategorin omfattade horisontella begränsningar såsom priskarteller och karteller för uppdelningen av marknader, vilka kunde ge upphov till ”möjliga belopp” på över 20 miljoner euro. Det var också möjligt ”att variera behandlingen av företagen allt efter arten av de överträdelser de begått” och vidare nödvändigt ”att beakta de överträdande

10 — Riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget (EGT C 9, s. 3). Riktlinjerna ersattes, med verkan från den 1 september 2006, av 2006 års riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003 (EGT C 210, s. 2). 2006 års riktlinjer är utformade på ett annat sätt. I stora drag fastställs ett grundbelopp som vanligtvis uppgår till 30 procent av det årliga värdet av den försäljning som överträdelsen rör (i förekommande fall justerat med hänsyn till samtliga relevanta omständigheter) multiplicerat med antalet år av deltagande och sedan ytterligare justerat mot bakgrund av försvårande omständigheter, förmildrande omständigheter och ett avskräckande moment, allt inom det högsta tillåtna beloppet på 10 procent av årsomsättningen samt med förbehåll för eventuell tillämpning av det nedan i punkt 22 nämnda meddelandet om samarbete (nedan fotnot 13) och en möjlighet att i undantagsfall sätta ned ett bötesbelopp som annars skulle vara ödesdigert för ett företag.

11 — [Fotnoten saknar relevans för den svenska versionen. Övers. anm.]

företagens ekonomiska kapacitet att vålla andra aktörer, särskilt konsumenterna, betydande skada och att fastställa bötesbeloppet till en nivå som säkerställer att böterna är tillräckligt avskräckande".

20. Vid bedömningen av varaktigheten var det enligt punkt 1 B nödvändigt att skilja mellan överträdelser med kort varaktighet (normalt kortare än ett år), då inget tilläggsbelopp skulle utgå utöver det belopp som fastställts för överträdelsens allvar, överträdelser av medellång varaktighet (normalt ett till fem år), då tilläggsbeloppet kunde uppgå till 50 procent av nämnda belopp och överträdelser med lång varaktighet (normalt längre än fem år), då ett tilläggsbelopp "för varje år" kunde "fastställas till 10 %". [12] Det belopp som fastställts för överträdelsens allvar plus det belopp som fastställts för överträdelsens varaktighet utgjorde tillsammans grundbeloppet för böterna.

21. I punkt 2 föreskrevs att grundbeloppet kunde ökas vid försvårande omständigheter, som till exempel att ett eller flera företag upprepade överträdelser av samma typ.

22. I punkt 3 föreskrevs att grundbeloppet kunde minskas vid förmildrande omständigheter som till exempel att företaget i praktiken inte hade tillämpat avtal eller förfaranden som utgjorde överträdelser (andra strecksatsen), att företaget hade upphört med överträdelsen vid kommissionens första ingripanden (bland annat kontroller) (tredje strecksatsen) eller att företaget hade samarbetat effektivt i förfarandet utanför tillämpningsområdet för kommissionens "meddelande om samarbete" 1996 (sjätte strecksatsen). [13]

23. I nämnda meddelande fastställdes de villkor på vilka företag som samarbetade med kommissionen under dess undersökning av ett kartellärende kunde befrias från böter eller beviljas nedsättning av de böter som annars skulle ha ålagts dem.

24. I avsnitt A punkt 4 i meddelandet föreskrevs följande: "Kommissionen anser att det ligger i gemenskapens intresse att bevilja [sic] förmånlig behandling av företag som samarbetar med kommissionen under de omständigheter som beskrivs nedan. Konsumenternas och medborgarnas intresse av att

12 — Såsom kommer att visa sig i samband med tredje och fjärde grunden kan det vara lämpligt att påpeka att med detta avsågs (och det är en tolkning som, såvitt jag vet, aldrig har ifrågasatts) en ökning av hela beloppet med ($\leq 10 \times n$) procent, varvid n = överträdelsens varaktighet räknat i år. Se även den i punkt 26 nedan nämnda överklagade domen, punkt 19, samt fotnot 16 nedan.

13 — Vid den relevanta tidpunkten var kommissionens meddelande om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden (EGT C 207, s. 4) tillämpligt. Meddelandet ersattes den 14 februari 2002 av kommissionens meddelande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden (EGT C 45, s. 3), vilket 2006 ersattes av kommissionens tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden (EUT C 298, s. 17).

säkerställa att sådana metoder upptäcks och förhindras väger tyngre än intresset av att bötfälla de företag som samarbetar med kommissionen och därigenom gör det möjligt eller medverkar till att upptäcka och förhindra en kartell." I avsnitten B, C och D angavs vilka omständigheter som skulle medföra att ett företag som deltagit i en kartell ändå skulle åtnjuta förmånlig behandling. Avsnitten hade följande lydelse:

"B. BEFRIELSE FRÅN BÖTER ELLER MYCKET BETYDANDE NEDSÄTTNING AV BÖTESBELOPPET

Ett företag beviljas en nedsättning med minst 75 % av det bötesbelopp som det skulle ha ålagts om det inte hade valt att samarbeta med kommissionen, eller befrias helt från böter, om följande villkor uppfylls:

a) Företaget måste ha anmält den hemliga kartellen till kommissionen innan denna har fattat beslut om och påbörjat en undersökning hos de företag som deltar i kartellen och innan kommissionen har tillräckliga upplysningar för att kunna bevisa förekomsten av den anmälda kartellen.

b) Företaget måste vara först med att tillföra bevismaterial som är avgörande för att bevisa att kartellen finns.

c) Företaget måste ha upphört med sitt deltagande i den olagliga verksamheten senast då det anmäler kartellen till kommissionen.

d) Företaget måste förse kommissionen med alla nödvändiga upplysningar, alla handlingar och allt bevismaterial som det har tillgång till beträffande kartellen och ställa sig till förfogande för löpande och fullständigt samarbete under hela undersökningen.

e) Företaget får inte ha tvingat ett annat företag att delta i kartellen, eller ha varit initiativtagare till eller ha haft en bestämmande roll i den olagliga verksamheten.

C. BETYDANDE NEDSÄTTNING AV BÖTER

Ett företag som uppfyller villkoren i avsnitt B punkt b–e ovan åtnjuter en nedsättning av bötesbeloppet med 50–75 %, om det anmäler den hemliga kartellen efter det att kommissionen har beslutat om och genomfört en undersökning hos de företag som deltar i kartellen och denna undersökning inte har gett tillräckligt underlag för att inleda ett förfarande i syfte att fatta ett beslut.

D. VÄSENTLIG NEDSÄTTNING AV BÖTER

1. Om ett företag samarbetar utan att alla de villkor som anges i avsnitt B eller C är uppfyllda kommer det att beviljas en nedsättning med 10–50 % av det bötesbelopp som det skulle ha ålagts om det inte hade samarbetat.

2. Detta kan ske i till exempel följande fall:

— Ett företag förser kommissionen med upplysningar, dokument eller annat bevismaterial som bidrar till att fastställa att överträdelsen har begåtts, innan ett meddelande om anmärkningar sänds ut.

— Ett företag informerar kommissionen om att det inte bestrider de faktiska omständigheter som kommissionen grundar sina anklagelser på, efter det att det har tagit emot ett meddelande om anmärkningar."

Åläggande och bestämmande av böterna i föreliggande mål

25. Efter olika undersökningar antog kommissionen den 16 december 2003 ett beslut [14] vari den fann att sex företag – Wieland Werke AG (nedan kallat Wieland), Outokumpu Oyj, Outokumpu Copper Products OY (nedan gemensamt kallade Outokumpu), KM Europa Metal AG (nedan kallat KME Germany), Europa Metalli SpA (nedan kallat KME Italy) och Tréfimétaux SA (nedan kallat KME France) – hade överträtt artikel 81.1 EG och, från den 1 januari 1994, artikel 53.1 i EES-avtalet genom att, mellan den 3 maj 1988 och den 22 mars 2001, delta i flera avtal och samordnade förfaranden som hade bestått i att fastställa priser och dela upp marknader inom sektorn för rör för industriellt bruk. KME Germany, KME France and KME Italy (vilka har ingått i KME-koncernen sedan 1995, nedan gemensamt kallade KME) var sökande i första instans och är klagande i föreliggande mål.

26. KME ålades böter med sammanlagt 39,81 miljoner euro. [15] I punkterna 11–22 i den överklagade domen sammanfattades

14 — Kommissionens beslut 2004/421/EG av den 16 december (ärende C.38.240 – Rör för industriellt bruk) [delgett med K(2003)4820] (nedan kallat det överklagade beslutet eller det omtvistade beslutet). En sammanfattning av detta beslut har publicerats i EUT L 125, s. 50.

15 — 10,41 miljoner euro av böterna avsåg KME Germany och 10,41 miljoner euro avsåg KME France och KME Italy solidariskt. Båda summorna avsåg perioden den 3 maj 1988 till den 19 juni 1995. 18,99 miljoner euro avsåg alla tre företag solidariskt för perioden den 20 juni 1995 till den 22 mars 2001.

kommissionens metod för att bestämma bötesbeloppen på följande sätt:

”11 När det först gäller fastställandet av böternas utgångsbelopp ansåg kommissionen att överträdelsen, som huvudsakligen bestod i fastställande av priser och uppdelning av marknader, till sin karaktär utgjorde en mycket allvarlig överträdelse (skäl 294 i det angripna beslutet).

12 I syfte att fastställa hur allvarlig överträdelsen var tog kommissionen även hänsyn till att kartellen hade berört hela Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) (skäl 316 i det angripna beslutet). Kommissionen undersökte dessutom överträdelsens konkreta påverkan och konstaterade att kartellen ’sammantaget [hade] påverkat marknaden’ (skäl 314 i det angripna beslutet).

13 Kommissionen har vid detta fastställande huvudsakligen grundat sig på följande uppgifter. För det första har kommissionen beaktat genomförandet av den konkurrensbegränsande samverkan med hänvisning till att deltagarna informerat varandra om försäljningsvolymer och prisnivåer (skäl 300 i det angripna beslutet). För det andra har handlingarna i ärendet visat att priserna sjönk under de perioder då samverkansavtalet endast i låg utsträckning respekterades och att de steg kraftigt under andra perioder (skäl 310 i det angripna beslutet). För det tredje har kommissionen hänvisat till att kartelldeltagarna tillsammans har en marknadsandel på 75 till 85 procent (skäl 310 i det angripna beslutet). För det fjärde har kommissionen konstaterat att respektive kartelldeltagares marknadsandel var relativt stabil under hela den tid som överträdelsen pågick, även om deltagarnas kundkrets ibland hade förändrats (skäl 312 i det angripna beslutet).

14 Slutligen beaktade kommissionen, likaledes vid fastställandet av hur allvarlig överträdelsen var, att marknaden för kopparrör för industriellt bruk utgjorde en viktig sektor och att dess beräknade värde inom EES uppgick till 288 miljoner euro (skäl 318 i det angripna beslutet).

15 Med hänsyn till alla dessa omständigheter drog kommissionen slutsatsen att överträdelsen i fråga skulle anses vara mycket allvarlig (skäl 320 i det angripna beslutet).

16 Kommissionen behandlade därefter de berörda företagen olika, i syfte att ta

hänsyn till vart och ett av företagens faktiska ekonomiska kapacitet att förorsaka avsevärd skada för konkurrensen. I detta hänseende tog kommissionen fasta på skillnaden mellan den marknadsandel, på marknaden för rör för industriellt bruk inom EES, som å ena sidan innehades av KME-koncernen, EES-marknadens störste aktör med en marknadsandel på [konfidentiellt] procent, och de marknadsandelar som å andra sidan innehades av Outokumpu och Wieland, som uppgick till [konfidentiellt] och 13,4 procent. Med hänsyn till denna skillnad fastställdes utgångsbeloppet för de böter som Outokumpu och Wieland ålades till 33 procent av utgångsbeloppet för KME-koncernen, det vill säga 11,55 miljoner euro var för Outokumpu och för Wieland och 35 miljoner euro för KME-koncernen (skälen 327 och 328 i det angripna beslutet).

17 Med hänsyn till att KME-koncernen bildades år 1995, delade kommissionen utgångsbeloppet för de böter som koncernen ålades, det vill säga 35 miljoner euro, i två delar. Den första delen avsåg perioden 1988–1995 (varvid KME Germany särskiljdes från KME France och KME Italy), och den andra delen avsåg perioden 1995–2001 (varvid de tre företagen betraktades som en koncern). Utgångsbeloppet fördelades således enligt följande: 8,75 miljoner euro för KME Germany (åren 1988–1995); 8,75 miljoner för KME Italy och KME France solidariskt (åren 1988–1995) och 17,50 miljoner euro för KME-koncernen, det vill säga för KME Germany, KME France och KME Italy solidariskt (åren 1995–2001) (skäl 329 i det angripna beslutet).

18 För att beakta behovet av att fastställa böterna på en nivå som säkerställer att de får en avskräckande verkan höjde kommissionen vidare utgångsbeloppet för de böter som Outokumpu ålades med 50 procent. Beloppet kom därmed att uppgå till 17,33 miljoner euro. Kommissionen bedömde härvid att Outokumpus totala omsättning, som översteg 5 miljarder euro, visade att nämnda höjning kunde ske med hänsyn till Outokumpus storlek och ekonomiska styrka (skäl 334 i det angripna beslutet).

19 Kommissionen ansåg att överträdelsen, som varade mellan den 3 maj 1988 och den 22 mars 2001, hade pågått under 'lång' tid. Kommissionen bedömde därför att det var lämpligt att höja utgångsbeloppet för de böter som de berörda företagen ålades med 10 procent för varje år de hade deltagit i kartellen. Kommissionen höjde följaktligen utgångsbeloppet för de böter som KME-koncernen ålades med 55 procent för perioden 1995–2001, och utgångsbeloppet för de böter som, å ena sidan, KME Germany, och, å andra sidan, KME Italy och KME France ålades med 70 procent för perioden 1988–1995.

Böternas grundbelopp fastställdes följaktligen till 56,88 miljoner euro för hela KME-koncernen (skälen 338, 342 och 347 i det angripna beslutet).[16]

20 Därefter höjdes grundbeloppet för de böter som Outokumpu ålades med 50 procent. Det ansågs nämligen vara en försvårande omständighet att Outokumpu hade gjort sig skyldigt till upprepade överträdelser, eftersom det hade mottagit kommissionens beslut nr 90/417/EKSG av den 18 juli 1990 om ett förfarande enligt artikel 65 [KS] angående avtalet och det samordnade förfarandet mellan de europeiska tillverkarna av kallvalsade platta produkter i rostfritt stål (EGT L 220, s. 28) (skäl 354 i det angripna beslutet).

21 Såsom en förmildrande omständighet påpekade kommissionen sedan att den utan Outokumpus samarbete endast hade kunnat påvisa att överträdelser ägt rum under en fyraårsperiod. Kommissionen satte följaktligen ned grundbeloppet för Outokumpus böter med 22,22 miljoner euro. Grundbeloppet kom därmed att motsvara de böter som Outokumpu skulle ha ålagts för en sådan period (skäl 386 i det angripna beslutet).

22 Slutligen satte kommissionen ned bötesbeloppet, med stöd av avsnitt D i 1996 års meddelande om samarbete, med 50 procent för Outokumpu, med 20 procent för Wieland, och med 30 procent för KME-koncernen (skälen 402, 408 och 423 i det angripna beslutet)."

Sammanfattning av den överklagade domen

27. KME:s ansökan i första instans hade rubriken "Ansökan enligt artiklarna 225 och 230 EG". I ansökan yrkade KME att tribunalen skulle

— avsevärt nedsätta bötesbeloppet,

— förplikta kommissionen att betala KME:s kostnader för advokatarvode och andra rättegångskostnader såväl som kostnaderna för den bankgaranti som ställdes i stället för betalningen av böterna i väntan på tribunalens avgörande, och

16 — Även om det inte framgår av den överklagade domen, höjdes utgångsbeloppet i det omtvistade beslutet med 125 procent både för Outokumpu och Wieland, från 17,33 till 38,93 miljoner euro respektive från 11,55 till 25,99 miljoner euro (skälen 328, 334 och 347 i det omtvistade beslutet).

— vidta de andra åtgärder som tribunalen ansåg lämpliga.

28. Till stöd för dessa yrkanden åberopade KME fem grunder som alla hänförde sig till fastställandet av bötesbeloppet: a) felaktig bedömning av kartellens konkreta påverkan vid beräkningen av böternas utgångsbelopp, b) oriktig bedömning av hur stor den relevanta marknaden var, c) felaktig höjning av böterna med hänsyn till hur länge överträdelsen hade pågått, d) bortseende från förmildrande omständigheter, och e) felaktig tillämpning av meddelandet om samarbete. Tribunalen underkände alla fem grunder och ogillade, således, talan i dess helhet.

29. I fråga om den första grunden (felaktig bedömning av kartellens konkreta påverkan) fann tribunalen att kommissionen hade rätt att behandla deltagarna på olika sätt beroende på deras marknadsandelar, att karteller, i synnerhet sådana som fastställde priser och delade upp kunder, till sin natur är sådana att företagen borde åläggas så stränga böter som möjligt, oberoende av påverkan på marknaden, och påpekade vidare ”för fullständighetens skull” att kommissionen hade påvisat att kartellen haft en konkret påverkan på den relevanta marknaden.

30. I sin andra grund gjorde KME gällande att kommissionen hade gjort en oriktig bedömning av storleken på marknaden för tillverkning av kopparrör genom att beakta priser som inkluderade råvarukostnaden (det vill säga koppar), trots att denna kostnad avgjordes, och i vissa fall direkt bars, av köparen. En riktig bedömning skulle ha utgått från det mervärde som uppkommit vid tillverkningen. Tribunalen fann att det inte fanns något giltigt skäl till att omsättningen på en relevant marknad skulle beräknas med uteslutande av vissa produktionskostnader och omsättningen, trots att den till sin natur är ungefärlig, lagstiftaren, kommissionen och domstolen ansåg att omsättningen var ett lämpligt kriterium för att bedöma företags storlek och ekonomiska styrka.

31. Med avseende på den tredje grunden (felaktig höjning av böterna, med 10 procent per år, utifrån hur länge överträdelsen hade pågått), fann tribunalen att kommissionen, utan att sammanblanda överträdelsens allvar och dess varaktighet, hade agerat inom sitt utrymme för skönsmässig bedömning inom ramen för de regler som den infört genom riktlinjerna och att höjningen med 125 procent för en period om tolv år och tio månader inte var oproportionerlig.

32. I sin fjärde grund gjorde KME gällande att kommissionen, i strid med sina egna riktlinjer, hade bortsett från vissa påstådda förmildrande omständigheter, nämligen i) att KME, även om de inte systematiskt hade låtit bli att genomföra avtalen, genomförde dem på ett begränsat sätt, ii) att KME omedelbart

och frivilligt hade upphört med överträdelsen efter kommissionens undersökningar, iii) den svåra ekonomiska situationen inom sektorn för rör för industriellt bruk, och iv) att KME hade försett kommissionen med bevismaterial som var avgörande eller kompletterade den bevisning som innehades av kommissionen. Tribunalen fann att i) KME i realiteten inte hade uppträtt korrekt i konkurrenshänseende och att begränsat genomförande inte i sig utgjorde en förmildrande omständighet, ii) en nedsättning av böterna, i synnerhet till följd av att en uppsåtlig överträdelse upphört vid kommissionens första ingripanden, ska avgöras efter kommissionens bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet inom ramen för dess utrymme för skönsmässig bedömning, iii) kommissionen inte är skyldig att beakta en svår ekonomisk situation i en bransch som en förmildrande omständighet, och iv) kommissionen har ett utrymme för skönsmässig bedömning såvitt avser tillämpningen av förmildrande omständigheter, och kommissionen inte utövade detta felaktigt då den fann att det var Outokumpu och inte KME som hade tillhandahållit de viktiga upplysningarna.

33. Med sin femte grund (otillräcklig nedsättning av bötesbeloppet med stöd av meddelandet om samarbete), gjorde KME gällande att i) andra företag i tidigare fall hade behandlats mer fördelaktigt, ii) de upplysningar som KME hade tillhandahållit skulle ha medfört en större nedsättning än 30 procent, och iii) kommissionen hade åsidosatt likabehandlingsprincipen genom att bevilja en nedsättning med 50 procent av de böter som Outokumpu ålades. Tribunalen fann att: i) omständigheten att kommissionen tidigare hade beviljat en viss nedsättning för ett visst beteende innebar inte att den är skyldig att bevilja samma nedsättning vid bedömningen av ett liknande beteende i ett senare förfarande, (ii) endast en uppenbart oriktig bedömning kunde ifrågasättas med framgång, eftersom kommissionen hade ett stort utrymme att skönsmässigt bedöma kvaliteten och användbarheten av det samarbete som tillhandahållits av ett företag, exempelvis i förhållande till andra företags samarbete, och att det i detta fall inte förelåg någon sådan uppenbart oriktig bedömning, och iii) att någon diskriminerande behandling inte förekommit, eftersom KME och Outokumpu inte befann sig i likadana situationer.

Grunderna för överklagandet

34. KME har anfört fem grunder för överklagandet, vilka kan sammanfattas på följande sätt.

35. Genom att finna att kommissionen hade visat att kartellen haft en påverkan på den relevanta marknaden, en omständighet som skulle beaktas vid fastställandet av grundbeloppet för KME:s böter, åsidosatte kommissionen unionsrätten och lämnade en ologisk

och bristfällig motivering för underkännandet av den första grunden. Genom att godkänna kommissionens slutsats att KME:s ekonometriska bevisning inte visade att överträdelsen totalt sett inte hade någon påverkan på marknaden, missuppfattade tribunalen vidare uppenbart de omständigheter och den bevisning som åberopats.

36. Genom att godta kommissionens uppskattning av storleken på den marknad som påverkats av kartellen (rör för industriellt bruk), vari omsättningen på en separat marknad i föregående led (kopparmarknaden) inkluderats, trots att kartelldeltagarna inte var vertikalt integrerade på marknaden i detta föregående led, åsidosatte tribunalen unionsrätten och lämnade en bristfällig motivering för att inte bifalla KME:s talan på den andra grunden.

37. Tribunalen åsidosatte unionsrätten och lämnade en otydlig, ologisk och bristfällig motivering genom att fastställa den relevanta delen av det omtvistade beslutet och underkänna KME:s tredje grund, nämligen att kommissionen hade gjort en felaktig tillämpning av riktlinjerna och åsidosatt proportionalitetsprincipen och principen om likabehandling genom att lägga på den högsta procentuella höjningen på grundbeloppet för KME:s böter utifrån varaktigheten.

38. Tribunalen har åsidosatte vidare unionsrätten genom att inte bifalla den fjärde grundens fjärde del och genom att fastställa den relevanta delen av det angripna beslutet, där kommissionen nekade KME en nedsättning av bötesbeloppet på grund av KME:s samarbete utanför tillämpningsområdet för meddelandet om samarbete, vilket innebar ett åsidosättande av riktlinjerna och principerna om skälighet och likabehandling.

39. Slutligen åsidosatte tribunalen unionsrätten och den grundläggande rätten till en fullständig och effektiv domstolsprövning genom att inte grundligt och ingående pröva KME:s argument och genom att visa partiskhet i förhållande till kommissionens bedömning.

40. Enligt min bedömning är det nödvändigt att pröva den femte och sista grunden först, eftersom domstolens uppfattning i den övergripande frågan om räckvidden, omfattningen och arten av den prövning tribunalen ska genomföra i mål av detta slag präglar behandlingen av de fyra första grunderna för överklagandet, vilka alla ifrågasätter olika aspekter av domstolsprövningen.

Den femte grunden för överklagandet: Effektiv domstolsprövning

Relevanta delar av den överklagade domen

41. Till stöd för sitt argument att tribunalen ”i alltför hög och oskälig grad hänvisade till kommissionens skön”, citerar KME följande delar av den överklagade domen:

”92 ... vid bedömningen av hur allvarlig en överträdelse är, [beaktas] en rad omständigheter ... beträffande vilka kommissionen förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning ...”

”103 ... Det ankommer nämligen på kommissionen att, inom ramen för dess utrymme för skönsmässig bedömning ... välja den nivå på höjningar som den avser att tillämpa utifrån hur länge överträdelsen har pågått.”

”115 Antagandet av riktlinjerna har nämligen inte fråntagit tidigare rättspraxis dess relevans. Enligt denna rättspraxis har kommissionen ett utrymme för skönsmässig bedömning som medger att den mot bakgrund av framför allt omständigheterna i det enskilda fallet får beakta eller underlåta att beakta vissa omständigheter, när den fastställer storleken på de böter som den avser att ålägga någon. I avsaknad av tvingande anvisningar i riktlinjerna avseende förmildrande omständigheter som får beaktas, ska således kommissionen anses ha bevarat ett visst utrymme för att göra en helhetsbedömning av behovet av att eventuellt sätta ned bötesbeloppet med hänsyn till förmildrande omständigheter.”

”129 … kommissionen har ett utrymme för skönsmässig bedömning såvitt avser tillämpningen av förmildrande omständigheter …”

42. Dessa delar av domen kan läsas mot bakgrund av tribunalens ”erinran” i punkterna 32–37 i den överklagade domen, även om KME inte särskilt hänvisar till dessa delar:

1 ”32 … Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att det av skälen 290–387 i det angripna beslutet framgår att kommissionen ålade de berörda företagen böterna, med stöd av artikel 15.2 i förordning nr 17. Vidare erinrar förstainstansrätten om att det är utrett att kommissionen fastställde böterna med tillämpning av de metoder som anges i [riktlinjerna], även om den i det angripna

beslutet inte uttryckligen har hänvisat till riktlinjerna.

33 Även om riktlinjerna inte kan betraktas som rättsregler, utgör de likväl vägledande förhållningsregler för den praxis som ska följas och från vilka kommissionen, i ett enskilt fall, inte kan avvika utan att ange skäl som är förenliga med likabehandlingsprincipen (se domstolens dom av den 18 maj 2006 i mål C-397/03 P, Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, REG 2006, s. I-4429, punkt 91 och där angiven rättspraxis).

34 Det ankommer följaktligen på tribunalen, vid kontrollen av huruvida de böter som ålagts genom det angripna beslutet är lagenliga, att pröva huruvida kommissionen har använt sitt utrymme för skönsmässig bedömning i enlighet med den metod som har angetts i riktlinjerna och, för det fall den skulle konstatera att kommissionen har avvikit från denna metod, pröva huruvida avvikelsen är befogad och har motiverats i tillräcklig utsträckning. Domstolen har i detta avseende bekräftat att själva principen i riktlinjerna är giltig, liksom den metod som anges däri (domstolens dom av den 28 juni 2005 i de förenade målen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P och C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, REG 2005, s. I-5425, punkterna 252–255, 266, 267, 312 och 313).

35 Den begränsning av kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen själv har infört genom att anta riktlinjerna är nämligen inte oförenlig med det förhållandet att institutionen alltjämt har ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning. Riktlinjerna präglas i flera avseenden av flexibilitet, som gör det möjligt för kommissionen att utöva sitt utrymme för skönsmässig bedömning i enlighet med bestämmelserna i förordning nr 17, såsom de har tolkats av domstolen (domen i de ovan i punkt 33 nämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 267).

36 Inom de områden där kommissionen alltjämt har ett utrymme för skönsmässig bedömning är prövningen av bedömningarnas rättsenlighet således begränsad till en prövning av att det inte har förekommit någon uppenbart oriktig bedömning (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 18 juli 2005 i mål T-241/01, Scandinavian Airlines System mot kommissionen, REG 2005, s. II-2917, punkterna 64 och 79).

37 Kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning och dess egen begränsning av detta utgör i princip inte heller något hinder för att gemenskapsdomstolen utövar sin obegränsade behörighet (förstainstansrättens dom av den 8 juli 2004 i de förenade målen T-67/37, T-68/00, T-71/00 och T-78/00, JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. II-2501, punkt 538). Gemenskapsdomstolen får således upphäva, sätta ned eller höja det bötesbelopp som företagen har ålagts av kommissionen (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 8 februari 2007 i mål C-3/538 P, Groupe

Danone mot kommissionen, REG 2007, s. I-1331, punkterna 60–62; förstainstansrättens dom av den 21 oktober 2003 i mål T-368/60, General Motors Nederland och Opel Nederland mot kommissionen, REG 2003, s. II-4491, punkterna 60–62; förstainstansrättens dom av den 21 oktober 2003 i mål T-368/00, General Motors Nederland och Opel Nederland mot kommissionen, REG 2003, s. II-4491, punkt 181)."

Sammanfattning av parternas framställningar

KME:s överklagande

43. KME har invänt mot att tribunalen inte prövade KME:s argument grundligt och ingående och att den "tog alltför stor hänsyn" till kommissionens skönsmässiga utrymme, genom att godta oproportionerliga böter. Enligt KME:s uppfattning åsidosatte tribunalen den grundläggande rätten till en fullständig, effektiv och rättvis domstolsprövning av det omtvistade beslutet av en opartisk och oberoende domstol.

44. EU:s konkurrensrätt präglas av samspelet mellan kommissionen, som utredare, åklagare och beslutsfattare, samt domstolarna, som står för ett visst mått av extern kontroll. Den exakta betydelsen av, omfattningen av och grunderna för kommissionens skönsmässiga utrymme, med avseende på den institutionella balansen mellan dessa organ, har dock aldrig klargjorts i rättspraxis.

45. Samspelet har formats av kommissionens uppgift att säkerställa efterlevnaden av konkurrenspolitiken, som vuxit fram sedan antagandet av förordning nr 17. 1962 bestod EES av sex medlemsstater och både erfarenheterna från och acceptansen för den europeiska konkurrensrätten var begränsade. Anmälningarna var en viktig informationskälla som gjorde att kommissionen kunde utöva kontroll a priori och bestämma hur den skulle genomdriva konkurrensbestämmelserna. Kommissionens roll bestod huvudsakligen i att utbilda och skapa rättssäkerhet genom att utfärda formella beslut om undantag, administrativa skrivelser och icke-ingripandebesked. Även om kommissionen redan kombinerade sina behörigheter som utredare, åklagare och beslutsfattare, utgjorde utredningar och åtal en relativt liten del av dess verksamhet och böterna var i allmänhet låga. I detta sammanhang var det skäligt, logiskt och rättvist för domstolen att finna, som den gjorde i målet Consten och Grundig,[17] att, eftersom kommissionen, då den utövar sina befogenheter, måste göra komplicerade ekonomiska bedömningar, måste domstolsprövningen av dessa bedömningar ta hänsyn till deras karaktär och begränsas till att pröva riktigheten i omständigheterna samt den rättsliga rubricering som kommissionen gett undantaget. Dessutom innebar denna självbehärskning

17 — Dom av den 13 juli 1966 i de förenade målen 56/64 och 58/64, Consten och Grundig mot kommissionen (REG 1966, s. 429; svensk specialutgåva, volym 1, s. 277).

från kommissionens sida att det inte var lika viktigt att formulera tydliga gränser för dess rätt att ålägga böter.

46. Det är dock godtyckligt, farligt och oskäligt att visa samma ”hänsyn och återhållsamhet vid domstolsprövningen” vad gäller kommissionens skönsmässiga utrymme inom ramen för nuvarande system för att säkerställa efterlevnaden av unionens konkurrensrättsliga regelverk. Detta system karakteriseras nämligen av allt högre böter, som har ofrånkomliga ekonomiska och finansiella effekter på företag, aktieägare och anställda och som i praktiken leder till en ”kriminalisering” av konkurrensrätten. EU:s konkurrensbestämmelser är direkt tillämpliga och därför finns det inget utrymme för något politiskt baserat skön vid tillämpningen och tolkningen av dem. Följaktligen finns det endast ett mycket begränsat utrymme för domstolarna att ta hänsyn till kommissionens skönsmässiga utrymme när den granskar kommissionens tillämpning av bestämmelserna i ett enskilt fall.

47. Under nuvarande system, vilket infördes genom förordning nr 1/2003, tillämpas artikel 101 FEUF som helhet inte bara av kommissionen, utan också av nationella konkurrensmyndigheter och domstolar. Det har aldrig gjorts gällande att en nationell domstol som tillämpar artikel 101 FEUF i ett enskilt fall har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning, som domstolarna i högre instans måste ta hänsyn till vid ett överklagande.

48. Kommissionens expertis i fråga om att bedöma komplicerade faktiska och/eller ekonomiska förhållanden är inte skäl för att ge kommissionen ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning vid tillämpningen av unionens konkurrensrätt. Det är snarare så att en ökad grundlighet i komplicerade mål är något som ankommer på tribunalen, som bildades som svar på kritiken att den noggrannhet med vilken domstolsprövningen då utövades inte längre uppfyllde den standard som kunde krävas av ett rättssystem som i betydlig utsträckning hade börjat begränsa enskildas rättigheter genom att strikt verkställa konkurrensreglerna. Både tribunalen och domstolen har vidare ofta framgångsrikt genomfört en särskilt noggrann domstolsprövning i komplicerade mål. Den noggrannhet med vilken tribunalen granskar ett mål minskar inte med komplexiteten av de relevanta faktiska omständigheterna, utan är avhängig av tribunalens bedömning av vilken typ av granskning som behövs och är lämplig med hänsyn till omständigheterna i varje enskilt fall.

49. Tribunalen har dessutom obegränsad behörighet i fråga om de påföljder som åläggs i konkurrensmål. Vid utövandet av denna behörighet bör kommissionen inte tillerkännas något utrymme för skönsmässig bedömning av huruvida bötesbeloppet, eller den metod som används för att beräkna detta belopp, är lämplig och proportionerlig – inte minst mot bakgrund av den straffrättsliga karaktär dessa

böter har i praktiken, och det krav på effektiv domstolsprövning av administrativa beslut varigenom straffrättsliga påföljder åläggs som föreskrivs i konventionen om de mänskliga rättigheterna. Tribunalen måste därför undersöka hur kommissionen bedömde överträdelsens allvar och varaktighet i varje enskilt fall och kan ersätta kommissionens bedömning med sin egen genom att upphäva, sätta ned eller höja böterna. En fullständig utövning av denna obegränsade behörighet kräver kontroll, inte bara av böternas formella laglighet, utan också av deras lämplighet, genom en oberoende värdering av hur allvarligt det beteende var för vilket en påföljd ska åläggas samt påföljdens övergripande skälighet utifrån de enskilda omständigheterna i varje mål.

50. Räckvidden av kommissionens skönsmässiga utrymme (i den mån det finns) i mål såsom det föreliggande, måste avgränsas strikt och den hänsyn som domstolarna (i förekommande fall) tar till denna skönsmässiga bedömning måste begränsas i motsvarande mån. De tekniska aspekterna av ett mål får inte leda till att domstolarna bortser från sin skyldighet att se till att lagen efterlevs.

51. En annan fråga är om prövningen i EU:s domstolssystem är tillräckligt grundlig och omfattande för att ge det skydd som krävs enligt artikel 6.1 i Europakonventionen. Debatten på det området har blivit allt viktigare inte bara i ljuset av kommissionens kombinerade roll som utredare, åklagare och beslutfattare, utan också till följd av den pågående ”kriminaliseringen” av unionens konkurrensrätt. Den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna har sedan länge ansett att en administrativ kontroll av hur lagstiftning efterlevs inte strider mot artikel 6.1 i Europakonventionen. Även om denna administrativa kontroll inte måste innehålla alla aspekter som en domstolskontroll innehåller för att kriterierna i artikeln ska anses uppfyllda, måste det finnas tillräckligt starka processuella garantier samt en effektiv domstolskontroll med full behörighet att överpröva det administrativa beslutet. Kriterierna för att domstolskontrollen ska anses uppfylla artikel 6.1 i Europakonventionen är ännu inte helt klarlagda, men det är ovisst om nuvarande system för att kontrollera att den unionsrättsliga konkurrensrätten efterlevs, inklusive rätten till domstolsprövning, uppfyller dessa kriterier.

52. Rätten till ett effektivt rättsmedel i domstol föreskrivs också i artikel 47 i stadgan. I rättspraxis har fastställts att de som i konkurrensrättsliga ärenden åläggs böter genom kommissionsbeslut har rätt till rättvis rättegång och att det är ett brott mot deras rätt till en opartisk domstol att inte erbjuda möjlighet till överprövning i en domstol med full behörighet i den mening som avses i Europakonventionen.

Kommissionens svar

53. Kommissionen har i första hand gjort gällande att grunden är alltför vag och allmänt hållen för att kunna bedömas av domstolen (den uppfyller således inte kriterierna i artikel 112.1.c i domstolens rättegångsregler). Målet kan därför inte upptas till sakprövning såvitt avser denna grund. Kommissionen har i andra hand gjort gällande att tribunalen i sin dom stödde sig på omständigheter som den själv slagit fast och att domstolen således ska avvisa grunden.

54. Med avseende på argumentet att grunden var alltför vag och allmänt hållen har KME anfört en mängd argument till stöd för att tribunalen ska genomföra en grundlig prövning av kommissionens beslut. KME har dock medgett att ett system med administrativ kontroll av efterlevnaden av lagstiftning, tillsammans med domstolskontroll med full behörighet, är förenligt med artikel 6.1 i Europakonventionen. KME har också medgett att tribunalen och domstolen har förmåga att genomföra en tillfredsställande prövning och att dessa har gjort det i praktiken. KME har följaktligen inte invänt mot det grundläggande systemet för domstolsprövning av kommissionsbeslut.

55. Följaktligen skulle KME a) ha angett vilka punkter i tribunalens dom som inte i tillräcklig utsträckning behandlade KME:s argument, b) ha specificerat de kriterier som tribunalens prövning ska bedömas enligt, och c), med hänvisning till nämnda kriterier, ha visat på vilket sätt tribunalen inte i tillräcklig utsträckning behandlade KME:s argument. KME har i stället citerat fyra avsnitt i domen som hänvisar till kommissionens skönsmässiga utrymme, utan att förklara hur de visar att tribunalen inte genomförde en tillfredsställande prövning av kommissionens beslut i ljuset av KME:s argument.

56. Förvisso är kriterierna för bedömningen av tribunalens prövning i enlighet med artikel 6.1 i Europakonventionen oklara, även om man i detta syfte godtar KME:s påstående att EU:s konkurrensrättsliga böter ”är av straffrättslig karaktär”. KME har inte på något sätt antytt vilken betydelse detta skulle kunna ha för vad som utgör en tillfredsställande prövning.

57. Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna har fastställt att kriterierna i artikel 6.1 i Europakonventionen skiljer sig åt även inom den övergripande kategorin ”anklagelse för brott”. Eftersom unionsrätten uttryckligen anger att konkurrensrättsliga böter inte är av straffrättslig karaktär, faller de utanför den straffrättsliga ”kärna” som definierats av Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna, vilket innebär att de garantier som uppställs för brottmålsrättegångar inte nödvändigtvis ska tillämpas i full utsträckning.

58. I alla händelser råder det ingen tvekan om att tribunalen har ”full behörighet” i den mening som avses i artikel 6.1 i Europakonventionen (vilket inte ska förväxlas med den unionsrättsliga principen om obegränsad behörighet att pröva ekonomiska påföljder). Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna har angett att rättsmedel mot administrativa rättsakter som är begränsade till en prövning av rättsliga fel och inte tillåter att domstolen rättar sakliga fel inte är tillfredsställande. Även om domstolen kan behöva pröva proportionaliteten, är en begränsad prövning av vissa aspekter dock inte i sig oförenlig med ”full behörighet” enligt artikel 6.1 i Europakonventionen.

59. Med avseende på det andra påståendet, nämligen att tribunalens dom grundade sig på omständigheter som tribunalen själv hade slagit fast, har kommissionen gjort gällande att tribunalen, trots hänvisningarna till kommissionens skönsmässiga utrymme, gjorde en grundlig och effektiv prövning av beräkningen av böterna, och själv fann att KME:s andra, tredje och fjärde grunder skulle avvisas. [18] På dessa punkter prövade och avvisade tribunalen KME:s argument i sak och upprätthöll kommissionens argument. Tribunalen ”överlät inte frågorna till kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning”. Oavsett vilka kriterier som enligt artikel 6.1 i Europakonventionen gäller för domstolsprövningen, uppfyllde tribunalen dessa kriterier.

18 — Kommissionen verkar här endast hänvisa till den andra, den tredje och den fjärde grunden, eftersom de avsnitt av domen KME hänvisar till (se ovan punkt 41) endast avser dessa grunder.

Bedömning

60. KME:s argument är i huvudsak att tribunalen, eftersom den godtog att olika bedömningar i samband med kommissionens fastställande av böterna föll inom kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning och inte gjorde en egen bedömning i dessa avseenden, inte prövade det omtvistade beslutet med den grundlighet som krävs enligt Europakonventionen och stadgan.

61. Det är därför viktigt att avgöra vilken grad av grundlighet som krävs enligt dessa instrument, varvid den mest ändamålsenliga vägledningen återfinns i den rättspraxis som utvecklats i Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna.

62. KME har påstått att konkurrensrättsliga tillämpningsförfaranden av den art som är föremål för bedömning i föreliggande mål, där ett företag har befunnits delta i ett förbjudet förfarande och böter har ålagts för förfarandet i fråga, helt klart är av straffrättslig karaktär i den mening som avses i Europakonventionen. Kommissionen har anmärkt att det

uttryckligen har angetts att beslut av ifrågavarande typ *inte* ”är av straffrättslig karaktär”, men medger att detta, i enlighet med Europadomstolens för de mänskliga rättigheterna rättspraxis, inte är ett avgörande kriterium. Om de ansågs vara av straffrättslig karaktär i den mening som avses i nämnda rättspraxis, skulle de ändå falla utanför straffrättens ”kärna”, såsom den definierats av nämnda domstol. Frågan är viktig, eftersom Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna kräver striktare processuella skyddsregler och grundligare prövning i straffrättsliga förfaranden än i civilrättsliga förfaranden och, inom ramen för straffrätten, i förfaranden avseende straffrättens ”kärna” än i andra förfaranden.

63. För att avgöra huruvida lagstridiga förfaranden är ”av straffrättslig karaktär” tillämpar Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna de tre ”Engelkriterierna”, som fått sitt namn efter den dom de först uppställdes i.[19] Först genomförs en formell klassificering i det relevanta rättssystemet. Denna anses dock ”inte [utgöra] mer än en utgångspunkt”. I målet Engel, liksom i senare avgöranden, lade Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna långt större vikt – till den grad att domstolen bortsåg från klassificeringen i nationell rätt – vid de andra och tredje kriterierna, nämligen gärningens art och graden av stränghet av den påföljd som personen i fråga riskerar att ådra sig. I detta hänseende har nämnda domstol ansett det relevant huruvida påföljden utdöms enligt en allmän regel som gäller alla medborgare och inte bara en grupp med särskild status och huruvida den huvudsakligen är avsedd som ett straff för att avskräcka personer från att begå återförbrytelser, snarare än som en ekonomisk ersättning för skada.[20]

64. I ljuset av dessa kriterier drar jag utan svårighet slutsatsen att förfarandet för att ålägga böter för överträdelse av förbudet mot fastställande av priser och uppdelande av marknader enligt artikel 81.1 EG hör hemma under den ”straffrättsliga rubriken” i artikel 6 i Europakonventionen, såsom begreppet successivt definierats av Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna.[21] Förbudet och möjligheten att ålägga böter regleras i primärrätt och sekundärrätt med allmän giltighet. Brottet består i att, till nackdel för allmänheten, delta i ett förfarande som generellt sett anses oärligt, vilket är en egenskap denna överträdelse har gemensamt med brott i allmänhet och vilket sätter en tydlig stämpel

19 — Europadomstolens dom av den 8 juni 1976 i målet Engel m.fl. mot Nederländerna, serie A, nr 22, § 82.

20 — Se exempelvis Europadomstolens dom av den 23 november 2006 i målet Jussila mot Finland [GC], *Recueil des arrêts et décisions*, 2006-XIII, § 43.

21 — Se även punkterna 48–52 i generaladvokaten Bots förslag till avgörande av den 26 oktober 2010 i mål C-352/09 P, Thyssen Krupp Nirosta mot kommissionen, som jag fullständigt ställer mig bakom, samt där angiven rättspraxis.

på förövaren. [22] Det råder ingen tvekan om att böter på upp till [23] 10 procent av årsomsättningen är en sträng påföljd, och den kan till och med tvinga ett företag i konkurs. Avsikten är uttryckligen att straffa och avskräcka, [24] och inte till någon del att ersätta skada.

65. Liksom kommissionen påpekade i målet Neste, [25] är det riktigt att Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna har avgjort att vissa aspekter av det ryska konkurrensrättsliga tillämpningsförfarandet föll utanför det straffrättsliga området. I min uppfattning skiljer sig de omständigheter som nämnda domstol tog hänsyn till i det målet dock i hög grad från omständigheterna i den situation som är föremål för bedömning i föreliggande mål. Nämnda domstol underströk att de relevanta reglerna om förbud mot monopol endast var tillämpliga på förfaranden som påverkade konkurrensen på råvarumarknaderna och därför hade begränsad giltighet. Reglerna avsåg att skydda och återupprätta konkurrensen, och de åtgärder som kunde vidtas var inte ”sanktioner i sig” utan föreläggande jämte förverkande av lagstridiga vinster som avsåg att tillhandahålla ekonomisk ersättning för skada, snarare än att utgöra en sanktion avsedd att avskräcka från upprepning av brott.

66. Förvisso är det så att Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna i domen också underströk att vissa typer av monopolistiska förfaranden kan vara tillåtna om de har bevisats vara i allmänhetens intresse (vilket enligt artikel 81.3 EG, åtminstone teoretiskt sätt, även är en möjlighet i fråga om förbjudna avtal för fastställelse av priser och uppdelning av marknader), medan verkligt brottsliga förfaranden oftast inte ges samma pragmatiska försvar, och att konkurrensfriheten är en relativ, situationsbetingad värdering, som det inte i sig är fel att begränsa. Med avseende på det första av dessa överväganden vill jag dock påpeka – med vederbörlig respekt för Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna – att det inte är svårt att finna klart brottsliga förfaranden som icke desto mindre kan godtas under lämpliga omständigheter. Vapeninnehav är kanske i normalfallet ett brott, men tillåts i vissa situationer i syfte att skydda allmänheten. Försäljning av vissa droger kanske i normalfallet är ett brott, men tillåts i bestämda medicinska syften, och

22 — Det är inte nödvändigt att avgöra huruvida – såsom ifrågasattes vid förhandlingen – denna stämpel är värre än den stämpel som är knuten till skatteflykt, men redan den omständigheten att saken har tagits upp till diskussion kastar dock en skugga över en utåt sett etisk affärsverksamhet.

23 — Jag tycker inte att det är nödvändigt att pröva KME:s yttranden rörande den betydande uppgången i de bötesbelopp kommissionen ålagt under senare år. Överträdelsens art avgränsas inte av strängheten på den påföljd som *faktiskt* har ålagts, utan av omfattningen av de påföljder som *kan* åläggas.

24 — I riktlinjerna talar man om ”de mål som eftersträvas vid bekämpningen av överträdelser” och anger att bötesbeloppet ska fastställas ”till en nivå som säkerställer att böterna är tillräckligt avskräckande”.

25 — Tredje sektionens beslut av den 3 juni 2004 angående möjligheten att uppta ansökningarna 69042/01, 69050/01, 69054/01, 69055/01, 69056/01 och 69058/01, OOO Neste St Petersburg m.fl. mot Ryssland till sakprövning.

så vidare. Med avseende på det andra övervägandet medför fastställande av priser och uppdelning av marknader dessutom konsekvenser för konsumenterna, och därmed också allmänheten, som vida överträffar de ”begränsningar av konkurrensfriheten” som påverkar näringslivet.

67. Om bötesförfarandet i föreliggande mål således faller inom det straffrättsliga området i den mening som avses i Europakonventionen (och stadgan), skulle jag ändock anse att, för att använda de ord som Europadomstolen använde i domen i målet Jussila, [26] det ”skiljer sig från straffrättens kärna, vilket följaktligen innebär att straffrättsliga garantier inte nödvändigtvis ska tillämpas i full utsträckning”. Detta betyder bland annat att det kan vara förenligt med artikel 6.1 i Europakonventionen att straffrättsliga påföljder i första instans inte åläggs av en ”opartisk domstol som upprättats enligt lag”, utan av ett administrativt eller icke juridiskt organ som inte i sig uppfyller kriterierna i bestämmelsen, förutsatt att det beslut som organet fattar kan prövas av en domstol som har full behörighet och uppfyller kriterierna. [27] För att uttrycka det på ett annat sätt – det måste vara klart att tillgängliga former för överklagande av beslutet gör det möjligt att avhjälpa de eventuella bristerna i förfarandet i första instans. [28]

68. Mycket kritik har framförts mot kommissionens trehövdade roll som utredare, åklagare och beslutsfattare och KME har i sin ansökan citerat delar av denna kritik. [29] Även om det kanske finns övertygande skäl för att anse att kommissionen inte, i det avseendet, är en ”opartisk domstol som upprättats enligt lag”, förefaller det mig som om sådana överväganden, i realiteten, faller utanför föreliggande överklagande. Faktum är att KME:s argument inte grundas på att förfarandet inför kommissionen är bristfälligt, utan på vad KME anser vara tribunalens bristfälliga prövning av resultatet av detta förfarande. Det faktum att kommissionen är ett administrativt organ och kanske inte helt och hållet kan hålla sina tre funktioner i förfarandet åtskilda, [30] är självklart inom ramen för detta överklagande. Frågan är om tribunalen utövade ”full behörighet” i den mening som avses i den rättspraxis

26 — Ovan fotnot 20, punkt 43 i domen, som hänvisar till Europadomstolens dom av den 27 februari 1992 i målet Société Stenuit mot Frankrike, serie A, nr 232-A, som särskilt rörde konkurrensrätt.

27 — Se även Europadomstolens dom av den 10 februari 1983 i målet Albert och Le Compte mot Belgien, serie A nr 58, § 29.

28 — Se Europadomstolens dom av den 29 april 1988 i målet Belilos mot Schweiz, serie A nr 132, § 68.

29 — KME åberopar exempelvis Slater, D., m.fl., ”Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?”, *GCLC Working Paper* 04/08, och Wisking, S., ”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* (utgåva juni 2009(2)).

30 — Det är visserligen så att man vid olika tillfällen vidtagit åtgärder för att få till stånd en bättre uppdelning av funktionerna. Den mest framträdande av dessa åtgärder var kanske beslutet att utse en opartisk förhandlingshandäggare som skulle vara ordförande vid förhandlingen i stället för chefen för det direktorat som genomförde utredningen, vilket tidigare var fallet (se kommissionens elfte rapport om konkurrenspolitiken (1981), punkt 26).

som utvecklats i Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheternas praxis. [31]

69. I detta hänseende har nämnda domstol beskrivit ”full behörighet” som att den inkluderar ”behörighet att upphäva, i alla avseenden, i sak- och rättsfrågor, det beslut som fattats av det underordnade organet”. Ett domstolsorgan som har uppgiften att företa en prövning ”måste framför allt ha behörighet att undersöka alla sak- och rättsfrågor av vikt för den tvist som ska bedömas”. [32] Samma domstol har också funnit att det, för att kunna avgöra huruvida en domstol i andra instans har ”full behörighet” eller tillhandahåller ”tillräcklig prövning” för att avhjälpa bristande opartiskhet i första instans, är nödvändigt att beakta omständigheter som ”föremålet för det överklagade beslutet, det sätt på vilket man kom fram till beslutet och tvistens innehåll, inklusive överklagandets avsedda och konkreta grunder”. [33]

70. Enligt min uppfattning kan det inte råda någon större tvekan om att tribunalens ”obegränsade behörighet” enligt artikel 299 EG och artikel 17 i förordning nr 17 uppfyller dessa kriterier med avseende på överklaganden mot ålagda bötesbelopp, även om detta kriterium, som kommissionen påstått, skiljer sig från kriteriet om ”full behörighet” som Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna uppställer, vilket även måste anses omfatta överklagande av ett konkret avgörande om en överträdelse (något som tribunalen kan pröva, och också gör – om än i begränsad omfattning – om det är grunden för det aktuella målet). I föreliggande mål fall är det dock endast bötesbeloppet som har överklagats och jag ämnar inte utsträcka min analys längre. I det sammanhanget måste en obegränsad behörighet att sätta ned eller höja beloppet, utan begränsning i fråga om arten av grunderna (faktiska eller rättsliga) för denna rätt, enligt min uppfattning med nödvändighet, tillförsäkra den garanti som krävs enligt artikel 6 i Europakonventionen – åtminstone teoretiskt sett.

71. Trots detta, kan frågan uppkomma huruvida tribunalen, i ett bestämt fall, faktiskt utövade denna behörighet på ett tillfredsställande sätt och det är just en sådan fråga KME har tagit upp här.

72. Frågan är befogad, men bedömningen av den måste, enligt min uppfattning, begränsas av ett antal undantag, både allmänna och särskilda. Vidare måste sättet på vilket frågan tagits upp granskas ingående i ljuset av en del av den kritik som kommissionen framfört.

31 — Motsvarande skulle vara tillämpligt även om förfarandet rörde en rent ”civilrättslig” tvist (se till exempel Europadomstolens dom av den 28 juni 1990 i målet Obermeier mot Österrike, serie A nr 179, § 67 och § 70), som skulle omfatta administrativa tvister.

32 — Se Europadomstolens dom av den 21 mars 2006 i målet Valico S.r.l. mot Italien (bes.), *Recueil des arrêts et décisions*, 2006-III, s. 20, och där angiven rättspraxis.

33 — Se Europadomstolens dom av den 27 oktober 2009 i målet Crompton mot Storbritannien, *Recueil des arrêts et décisions*, nr 42509/05, § 71, och där angiven rättspraxis.

73. Enligt min uppfattning är den viktigaste frågan hur tribunalen faktiskt utförde prövningen. Dess sätt att beskriva den är inte en lika viktig fråga. Således är det inte möjligt att utifrån hänvisningar till kommissionens skönsmässiga utrymme, valfrihet eller spelrum avgöra att tribunalen inte fullgjorde sin plikt att som svar på KME:s argument pröva det sätt på vilket böterna fastställdes. Omvänt är det inte heller möjligt att utifrån användningen av begreppet ”i utövandet av sin obegränsade behörighet” avgöra att tribunalen faktiskt utövade sin behörighet att pröva detta på ett tillfredsställande sätt. Var och en av dessa aspekter måste bedömas utifrån omständigheterna i den aktuella situationen.

74. Av ovanstående följer att förfarandet i tribunalen, oavsett omfattningen av dess behörighet, är kontradiktoriskt. Inget i artikel 6 i Europakonventionen kräver att den ”oavhängig[a] och opartisk[a] domstol[en]”, *ex officio* ska undersöka frågor som inte har åberopats i målet. Självfallet är det så att denna domstols egen rättspraxis kräver att domstolen tar upp vissa frågor om allmän ordning (framför allt frågor som rör det processrättsliga skyddet) på det sättet, men i andra hänseenden måste tribunalens utövande av sin obegränsade behörighet mätas mot innehållet i de argument som tribunalen har ombetts att bedöma.

75. Icke desto mindre noterar jag att tribunalen bad kommissionen tillhandahålla ett antal dokument från sin administrativa akt och att kommissionen tillhandahöll mer än 500 sidor som svar. Detta tyder åtminstone på en viss *grundlighet* i prövningen, som var tillräcklig för att uppfylla kriterierna i Europakonventionen och stadgan. Det kvarstår dock att slå fast, utifrån domen i sig, huruvida prövningen var *av erforderlig art*. Med andra ord, var tribunalen begränsad till att fastställa att kommissionen inte hade överskridit gränserna för sitt skönsmässiga utrymme eller granskade tribunalen (på KME:s yrkande) även den bedömning som gjordes innanför dessa gränser?

76. Jag övergår nu till två särskilda punkter på vilka kommissionen kritiserat KME:s argument.

77. En formell punkt som kommissionen endast åberopade vid förhandlingen var att KME:s ansökan i första instans uttryckligen angav att den gjorts i enlighet med artikel 230 EG och inte artikel 229 EG. Således verkar kommissionen antyda KME inte ens yrkat att tribunalen skulle utöva sin obegränsade behörighet och därför inte kunde kritisera tribunalens brist i detta hänseende.

78. Såsom det framställts verkar det inte vara ett seriöst påstående. Hänvisningen till artikel 230 EG finns endast i ansökningens rubrik. Det faktum att KME yrkade en nedsättning

av bötesbeloppet är i sig tillräckligt för att det tydligt skulle framgå att KME stödde sig på tribunalens obegränsade behörighet i fråga om påföljder, och inte bara på en prövning av lagenligheten. En sådan prövning, om den avgjordes till sökandens förmån, kunde endast ha lett till att böterna upphävdes, vilket i sin tur skulle tvinga kommissionen att ålägga nya böter i enlighet med domskälen. KME har dock konsekvent yrkat att böterna ska nedsättas, något som domstolen endast kan avgöra med stöd av artikel 229 EG och artikel 17 i förordning nr 17.

79. Å andra sidan måste det hållas i åtanke att KME inte yrkade att domstolen särskilt skulle fastställa böterna på nytt, utan att tribunalen skulle justera beloppet mot bakgrund av de påstådda bristerna i det omtvistade beslutet.

80. Kommissionens andra invändning framstår som mer allvarligt menad. Kommissionen har i huvudsak anfört att oavsett hur väl KME lagt fram de allmänna argumenten för att tribunalen idogt ska utöva sin obegränsade behörighet i mål av nu aktuell art, har KME inte lyckats identifiera några specifika kriterier för den prövning som skulle ha genomförts. Inte heller har KME angett vilka avsnitt i den överklagade domen som skulle ha stridit mot dessa kriterier.

81. I detta avseende delar jag kommissionens ståndpunkt. KME:s femte grund framstår mer som generell kritik av EU:s system för att kontrollera efterlevnaden av konkurrensreglerna som helhet och tribunalens roll i detta system, än som ett påpekande av särskilda brister i den överklagade domen, som tribunalen kan klandras för. Det är dock fast rättspraxis att det i ett överklagande klart ska anges på vilka punkter domen ifrågasätts samt de rättsliga grunder som åberopas. [34]

82. I vanliga fall skulle en grunds brister i detta hänseende helt enkelt innebära att talan inte kunde upptas till sakprövning såvitt avsåg den grunden. Ett sådant betraktelsesätt är dock kanske inte helt lämpligt i föreliggande mål. Det är riktigt att KME:s femte grund, som ett självständigt argument, inte är tillräckligt precis för att domstolen ska kunna avgöra huruvida och i vilken utsträckning tribunalen särskilt har underlåtit att genomföra en tillfredsställande prövning. Likväl är det ett argument som kan utgöra en ytterligare måttstock som övriga grunder kan bedömas enligt – vilket för övrigt var det sätt på vilket kommissionen i sin svarsskrivelse faktiskt bemötte grunden, genom att undersöka den inom ramen för de andra, tredje och fjärde grunderna för överklagandet.

83. Jag föreslår därför att domstolen bortser från den femte grunden som ett självständigt

34 — Se för ett aktuellt exempel dom av den 14 oktober 2010 i mål C-280/08 P, Deutsche Telekom mot kommissionen (REU 2010, s. I-9555), punkt 24.

argument, men beaktar de framförda argumenten vid prövningen av de första fyra grunderna för överklagandet. Härvidlag ska jag likväl – såsom jag antytt ovan – hålla mig till hur tribunalen i verkligheten prövade de i tribunalen anförda grunderna och det språk tribunalen använde när den beskrev sin prövning är endast en omständighet i detta hänseende.

Den första grunden för överklagandet: Konkret påverkan på marknaden

Relevanta delar av den överklagade domen

84. Vid bedömningen av KME:s första grund (felaktig bedömning av kartellens konkreta påverkan på marknaden) godkände tribunalen först tre av KME åberopade ekonometriska rapporter som bevisning, och gjorde följande bedömningar:

”60 … sökandena genom sitt ombud har ifrågasatt såväl kommissionens bedömning av hur allvarlig överträdelsen var (se ovan punkterna 12 och 13) som den åtgärd genom vilken kommissionen behandlade de berörda företagen olika beroende på deras marknadsandelar (se ovan punkt 16).

61 När det först gäller det förhållandet att de berörda företagen behandlades olika, framhölls härvid, i kommissionens motivering i det angripna beslutet, bland annat vikten av att ta hänsyn till ’varje företags storlek och därmed den konkreta påverkan på konkurrensen av företagets rättsstridiga beteende’ (skäl 322 i det angripna beslutet). Det ska emellertid understrykas att kommissionen, även om det inte finns något bevis på att överträdelsen har haft en konkret påverkan på marknaden, har rätt att behandla företag olika, beroende på deras marknadsandelar på den relevanta marknaden, såsom skedde enligt redogörelsen i skälen 326–329 i det angripna beslutet.

62 Det framgår nämligen av rättspraxis att marknadsandelen för vart och ett av de berörda företagen på marknaden som omfattats av ett konkurrensbegränsande förfarande utgör ett objektivt kriterium som gör det möjligt att uppskatta deras respektive ansvar för hur skadligt detta förfarande kan vara för den normala konkurrensen (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 29 april 2004 i de förenade målen T-236/01, T-239/01, T-244/01–T-246/01, T-251/01 och T-252/01, Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. II-1181, punkt 197).

63 När det gäller bedömningen av hur allvarlig överträdelsen var ska det även noteras att även om kommissionen inte hade bevisat att den konkurrensbegränsande samverkan haft en konkret påverkan på marknaden, skulle det inte ha

haft någon betydelse för kvalificeringen av överträdelsen såsom 'mycket allvarlig' och, följaktligen, för bötesbeloppet.

64 Det ska härvid konstateras att det följer av det gemenskapsrättsliga systemet för sanktioner vid överträdelse av konkurrensreglerna, såsom det har införts genom förordning nr 17 och tolkats i rättspraxis, att konkurrensbegränsande samverkan till sin natur är sådan att företagen bör åläggas så stränga böter som möjligt. Den konkreta påverkan på marknaden som denna samverkan eventuellt har, exempelvis frågan i vilken mån konkurrensbegränsningen har medfört ett högre marknadspris än det som skulle ha gällt om det inte fanns någon kartell, är inget avgörande kriterium för att fastställa bötesnivån (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80–103/80, Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen, REG 1983, s. 1825, punkterna 120 och 129, svensk specialutgåva, volym 7, s. 133, av den 17 juli 1997 i mål C-219/95 P, Ferriere Nord mot kommissionen, REG 1997, s. I-4411, punkt 33, av den 16 november 2000 i mål C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen, REG 2000, s. I-9925, punkterna 68–77, och av den 25 januari 2007 i mål C-407/04 P, Dalmine mot kommissionen, REG 2007, s. I-829, punkterna 129 och 130, domen i de ovan i punkt 62 nämnda förenade målen Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, punkt 225, se även generaladvokaten Mischos förslag till avgörande i mål C-283/98 P, Mo och Domsjö mot kommissionen, där domstolen meddelade dom den 16 november 2000, REG 2000, s. I-9855, I-9858, punkterna 95–101).

65 Det ska tilläggas att det följer av riktlinjerna att avtal och samordnade förfaranden – vilka särskilt, i likhet med i förevarande mål, avser fastställande av priser och uppdelning av kunder – redan på grund av sin art kan betecknas som 'mycket allvarliga', utan att det är nödvändigt att sådana beteenden har en särskild påverkan eller geografisk utbredning. Denna slutsats bekräftas av det faktum att, emedan påverkan på marknaden och konsekvenser för stora områden av den gemensamma marknaden uttryckligen anges i beskrivningen av de överträdelser som ska betraktas som 'allvarliga', det i definitionen av 'mycket allvarliga' överträdelser däremot inte nämns något krav på konkret påverkan på marknaden eller att överträdelsen ska få konsekvenser för ett särskilt geografiskt område (förstainstansrättens dom av den 25 oktober 2005 i mål T-38/02, Groupe Danone mot kommissionen, REG 2005, s. II-4407, punkt 150).

66 Förstainstansrätten påpekar för fullständighetens skull att kommissionen har påvisat att den konkurrensbegränsande samverkan haft en konkret påverkan på den relevanta marknaden.

67 Vad beträffar sökandenas antagande att kommissionen, då den hänvisar till den konkurrensbegränsande samverkans konkreta påverkan för att fastställa bötesbeloppet, är skyldig att på ett vetenskapligt sätt påvisa en påtaglig ekonomisk påverkan på marknaden och ett orsakssamband mellan påverkan och överträdelsen, betonar förstainstansrätten att

detta antagande redan har underkänts i rättspraxis.

68 Förstainstansrätten har nämligen vid flera tillfällen slagit fast att den konkreta påverkan på marknaden som en konkurrensbegränsande samverkan haft ska anses vara tillräckligt styrkt, om kommissionen kan ge konkreta och tillförlitliga indikationer på att samverkan med skälig sannolikhet har påverkat marknaden (se bland annat förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 36 nämnda målet Scandinavian Airlines System mot kommissionen, punkt 122, och domar av den 27 september 2006 i mål T-59/02, Archer Daniels Midland mot kommissionen, REG 2006, s. II-3627, punkterna 159–161, i mål T-43/02, Jungbunzlauer mot kommissionen, REG 2006, s. II-3435, punkterna 153–155, i mål T-329/01, Archer Daniels Midland mot kommissionen, REG 2006, s. II-3255, punkterna 176–178, och i mål T-322/01, Roquette Frères mot kommissionen, REG 2006, s. II-3137, punkterna 73–75).

69 Det ska i detta hänseende noteras att sökandena inte har bestritt att de faktiska omständigheter som det har redogjorts för ovan i punkt 13 är riktiga, omständigheter vilka kommissionen lade till grund för sin slutsats att den konkurrensbegränsande samverkan hade en konkret påverkan på marknaden. Det är därvid fråga om sådana omständigheten som att priserna sänktes under perioder då avtalet om samverkan knappt följdes och kraftigt höjdes under andra perioder, att ett system för utbyte av uppgifter om försäljningsvolymer och prisnivåer infördes, att den marknadsandel som medlemmarna i kartellen innehade var betydande samt att marknadsandelarna för respektive deltagare i samverkan förblev relativt stabila under hela den tid som överträdelsen varade. Sökandena har endast gjort gällande att det på grundval av nämnda omständigheter inte kunde visas att överträdelsen i fråga hade haft en konkret påverkan på marknaden.

70 Av rättspraxis framgår att det är legitimt för kommissionen att på grundval av de omständigheter som anges i föregående punkt komma fram till att överträdelsen har haft en konkret påverkan på marknaden (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 68 nämnda målet Jungbunzlauer mot kommissionen, punkt 159, i det ovan i punkt 68 nämnda målet Roquette Frères mot kommissionen, punkt 78, av den 27 september 2006 i det ovan i punkt 68 nämnda målet T-59/02, Archer Daniels Midland mot kommissionen, punkt 165, i det ovan i punkt 68 nämnda målet T-329/01, Archer Daniels Midland mot kommissionen, punkt 181, förstainstansrättens dom av den 14 december 2006 i de förenade målen T-259/02-T-264/02 och T-271/02, Raiffeisen Zentralbank Österreich m.fl. mot kommissionen, REG 2006, s. II-5169, punkterna 285–287).

71 Vad beträffar sökandenas argument att handlingarna i målet innehåller exempel på att avtalen om samverkan inte följdes, ska det påpekas att den omständigheten att avtalen inte alltid följts av medlemmarna i kartellen i sig inte utesluter att marknaden har påverkats (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 65 nämnda

målet Groupe Danone mot kommissionen, punkt 148).

72 Sökandena kan inte heller vinna någon framgång med sina argument om det egna beteendet. Det faktiska beteende som ett företag påstår sig ha antagit är nämligen inte relevant vid bedömningen av en överträdelses påverkan på marknaden. Vad som ska beaktas är uteslutande den påverkan som är resultatet av överträdelsen i dess helhet (förstainstansrättens dom av den 9 juli 2003 i mål T-224/00, Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, REG 2003, s. II-2597, punkt 167). Kommissionen kan inte heller klandras för att, i skäl 303 i det angripna beslutet, ha konstaterat att den ursprungliga rapporten inte kunde anföras som stöd för att vederlägga kommissionens slutsats rörande överträdelsens konkreta påverkan på marknaden. Den ekonometriska undersökningen i rapporten innehåller nämligen endast sifferuppgifter som avser sökandena.

73 Av det ovan anförda följer att talan inte kan bifallas på denna grund.

74 Förstainstansrätten anser dessutom att det, inom ramen för dess obegränsade behörighet och mot bakgrund av föregående överväganden, inte finns någon anledning att ifrågasätta kommissionens uppskattning av böternas utgångsbelopp, vilket fastställts med hänsyn till hur allvarlig överträdelsen var."

Sammanfattning av parternas framställningar

KME:s överklagande

85. KME har invänt mot tribunalens bedömning att kommissionen visat att kartellen hade en påverkan på marknaden och kunde ta hänsyn till denna när den fastställde böternas utgångsbelopp. Enligt riktlinjerna skulle kommissionen ta hänsyn till tre saker, bland annat den "konkreta påverkan på marknaden, om den är mätbar". Följaktligen kunde kommissionen endast ta hänsyn till en sådan konkret påverkan om och i den mån den kunde fastslås och mätas. Kommissionen skulle inte ha tillåtits – under hänvisning till "sannolikheter" som etablerats genom målet Roquette Frères [35] – hemfalla till antaganden som gjorde att kommissionen kunde beakta påverkan, trots att den varken kunde bevisa att sådan påverkan förelåg och vilken omfattning den

35 — Dom av den 27 september 2006 i mål T-322/01, Roquette Frères mot kommissionen (REG 2006, s. II-3137), som åberopades i punkt 68 i den överklagade domen, punkt 73.

hade i enlighet med riktlinjerna. Att tillåta sådana antaganden förtar alla möjligheter att särskilja mellan överträdelser på grundval av deras påverkan på marknaden. Den rättspraxis som har åberopats i punkterna 68 och 70 i den överklagade domen är uppenbarligen felaktig.

86. Dessutom, om en deltagare i en kartell tillhandahåller ekonometrisk bevisning för att kartellen som helhet inte hade någon påverkan på marknadspriserna, och de andra deltagarna gör motsvarande påståenden, borde inte kommissionen tillåtas bortse från denna bevisning och finna att överträdelsen hade en sådan påverkan – och ta hänsyn till den omständigheten när böternas utgångsbelopp fastställdes – enbart utifrån indirekt bevisning av den art som behandlades i punkt 69 i den överklagade domen. I en sådan situation bör kommissionen presentera direkt bevisning för att kartellen verkligen hade en påverkan på marknaden.

87. Den ekonometriska bevisning som KME åberopade byggde på omfattande data som hämtats från KME:s tillgängliga fakturerings- och kundinformation från mer än ett årtionde, vilka visade i) att kartellen inte hade någon statistiskt signifikant påverkan på KME:s priser, och ii) att analysen höll för samverkan som helhet. Det faktum att kartellen inte hade någon påverkan stöddes också av bevisning i akten om att de olika deltagarna avvek från avtalen. Slutligen slogs frånvaron från skadliga effekter på slutanvändarna fast genom omständigheten att de aktuella rören endast stod för ca 2 procent av försäljningspriset för de slutprodukter de ingick i.

88. Det följer av lag att kommissionen först skulle ha åberopat motbevisning som grundade sig på objektiva ekonomiska faktorer hänförliga till de relevanta ekonomiska förhållandena och situationen på marknaden, som stödde förekomsten och graden av den påstådda marknadspåverkan. Kommissionen hade inte rätt att finna att kartellen hade en marknadspåverkan enbart på grundval av den indirekta bevisning som åberopades i det omtvistade beslutet.

89. Den överklagade domen är också ogiltig till följd av en ologisk och bristfällig motivering. Vid bedömningen av KME:s argument att den ekonometriska bevisning som företaget tillhandahållit bevisade att någon marknadspåverkan inte varit för handen, hänvisade tribunalen i) endast till den ursprungliga rapporten som angav att kartellen inte haft någon påverkan på KME:s priser, ii) bortsåg således från de två efterföljande rapporterna som drog slutsatsen att kartellen som helhet inte haft någon marknadspåverkan och iii) avvisade slutligen KME:s påstående med hänvisning till att den ekonometriska bevisningen inte visade att kartellen som helhet inte haft någon marknadspåverkan. Med andra ord – samtidigt som tribunalen tillät bevisning som visade att någon marknadspåverkan inte varit för handen, avvisade den KME:s

påstående med hänvisning till att KME inte hade tillhandahållit någon sådan bevisning. Tribunalen missförstod uppenbarligen de omständigheter och den bevisning den skulle bedöma.

90. Följaktligen åsidosatte tribunalen unionsrätten genom att inte uppmärksamma kommissionens felaktiga rättstillämpning. KME har därför yrkat att domstolen ska beräkna böternas utgångsbelopp på nytt utan hänsyn till marknadspåverkan.

kunde bevisas. Med avseende på kartelldeltagarnas olika behandling fann tribunalen att kommissionen, även utan bevisning om konkret marknadspåverkan, hade rätt att behandla företag olika beroende på deras marknadsandelar. Med avseende på överträdelsens allvar, fann den att även om kommissionen inte hade bevisat att kartellen haft en konkret påverkan på marknaden, skulle detta inte ha haft någon betydelse i fråga om att kvalificera överträdelsen såsom ”mycket allvarlig” och, följaktligen, för bötesbeloppet. KME har inte ens nämnt någon av dessa avgörande principbedömningar och de omfattas därför inte av överklagandet. KME:s invändningar mot vad tribunalen därtill funnit för fullständighetens skull, kan inte få till följd att den överklagade domen upphävs.

Kommissionens svar

91. Kommissionen har först gjort gällande att denna grund för överklagandet, som riktar sig mot oviktiga kompletterande argument, är verkningslös.

93. Kommissionen har vidare gjort gällande att talan inte upptas till sakprövning såvitt avser denna grund, eftersom den har ifrågasatt faktiska omständigheter.

92. Tribunalens påpekande att kommissionen påvisat att kartellen haft en konkret påverkan på den relevanta marknaden gjordes uttryckligen för fullständighetens skull. Det är fast rättspraxis att en dom inte kan upphävas på grundval av ett överklagande som enbart riktar sig mot ett sådant påpekande. Tribunalen fann att de två delar av det överklagade beslutet, för vilka den konkreta marknadspåverkan enligt KME hade relevans, var välgrundade, oavsett om marknadspåverkan

94. KME har endast påstått att tribunalen i) felaktigt fann att kommissionen, utifrån den bevisning som angavs i punkt 69 i domen, hade rätt att göra ett antagande om konkret marknadspåverkan, ii) i punkt 71 borde ha lagt mer vikt vid den bevisning som enligt KME tydde på att påverkan saknades och

att kartelldeltagarna inte följde avtalen, iii) i punkt 72 borde ha lagt mer vikt vid de ekonometriska rapporter som KME anser visade att det inte förekommit någon statistiskt signifikant påverkan, och iv) borde ha krävt ”direkt bevisning” om förekomsten och omfattningen av en eventuell påverkan.

95. Domstolen är dock varken behörig att fastställa faktiska omständigheter eller, i princip, att bedöma den bevisning som tribunalen godtagit. Det är endast tribunalen som har i uppgift att värdera bevisningen, förutsatt att bevisningen anskaffats på vederbörligt sätt och att relevanta regler och principer iaktagits. Så länge den klara innebörden av bevisningen inte har missförstått, ska bedömningen inte överprövas av domstolen.

96. Den i det omtvistade beslutet åberopade bevisningen om konkret påverkan, och de slutsatser som drogs mot bakgrund därav, diskuterades ingående i tribunalen, som sammanfattade bevisningen i punkt 69 i sin dom och i punkt 70 drog slutsatsen att det var legitimt för kommissionen att komma fram till att kartellen hade haft en konkret påverkan. I punkterna 71 och 72 avvisade tribunalen KME:s argument att andra omständigheter undergrävde denna bedömning.

97. Därutöver, i tillägg till det faktum att KME:s argument endast grundade sig på KME:s eget beteende, undergrävdes de ekonometriska rapporterna som KME tillhandahållit helt av ett antal frågor som diskuterades i full utsträckning i tribunalen. Tribunalen behövde inte avgöra dessa frågor eftersom den under alla förhållanden avvisade KME:s argument. Kommissionen sammanfattar dock dessa argument på följande sätt:

98. Rapporterna avsåg att dra slutsatser om kartellens påverkan genom att jämföra de priser som obestridligen använts av kartellen med priser under perioder och/eller i länder med ”konkurrens”. Detta inkluderade dock många områden där det fanns direkt bevisning om konkurrensbegränsande samverkan. Ett prisavtal gav specifika ökningar för angivna länder och 8 procent för ”alla andra ej angivna”, vilket antydde att all KME:s försäljning ingick i en konkurrensbegränsande samverkan och att det inte fanns några ”länder med konkurrens” att jämföra med.

99. Hur som helst antydde undersökningen av de statistiska beräkningarna att de påstådda resultaten också var förenliga med att kartellen hade höjt priserna. KME:s modell kunde inte utesluta en genomsnittlig höjning på 10,5 procent per år och visade att KME Germanys priser ökade med i genomsnitt 29,9 procent per år under den tid som

kartellen varade. I andra avseenden gav rapporterna upphov till ovanliga resultat som KME inte kunde förklara.

100. Tribunalen gjorde således en vederbörlig prövning av den bevisning som i det omtvistade beslutet hade åberopats för att fastställa en konkret påverkan och samtliga KME:s argument som ifrågasatte den slutsatsen. På grundval av konkret, tillförlitlig och ändamålsenlig bevisning, som gick avsevärt längre än det faktum att prisavtal hade genomförts, fann tribunalen att en konkret påverkan hade visats.

101. Kommissionen har dessutom gjort gällande att tribunalen motiverade sina bedömningar i tillräcklig utsträckning.

102. KME:s argument – att tribunalens motivering var ologisk och bristfällig då den fann att KME:s ekonometriska bevisning inte visade att överträdelsen som helhet inte hade någon marknadspåverkan, med hänvisning till den ursprungliga rapporten som endast avsåg KME:s priser, utan att åberopa de två efterföljande rapporterna som avsåg kartellen som helhet – bygger på en feltolkning av punkt 72 i domen.

103. I tribunalen gjorde KME gällande att de undersökningar som genomförts avseende KME:s egna priser bevisade att kartellen inte haft en konkret marknadspåverkan. Både den första rapporten (som kommissionen beaktade i det omtvistade beslutet) och de två efterföljande rapporterna avsåg dock endast KME:s försäljning. I punkt 72 i den överklagade domen, underkände tribunalen KME:s argument vid sin oinskränkta bedömning av faktiska omständigheter och bevisning och vidhöll att ett enda företags beteende inte var relevant för att uppskatta kartellens påverkan som helhet. Det finns inga brister i den logiken.

104. I föreliggande mål framgår tydligt hur viktigt det är att bedöma kartellens totala effekter. I första instans påpekade kommissionen att kartellen bland annat delade upp kunder och hade system som innebar att kartelldeltagarna, före kundbesök, var tvungna att kontakta marknadsledaren i varje land för att fråga vilken kvantitet som kunde säljas till vilket pris. Mot denna bakgrund kan uppgifter om KME:s priser inte läggas till grund för slutsatser om övriga kartelldeltagares priser, exempelvis när KME inte försökte sälja till kunder på grund av kunduppdelningen. KME invände att koncernen bröt mot systemet. För att KME:s rapporter ska kunna användas på nämnda sätt skulle KME dock ha behövt bevisa att koncernen bröt mot systemet i

förhållande till samtliga kunder som uppdelats på andra deltagare. KME har inte ens försökt inkomma med någon sådan bevisning till kommissionen eller i tribunalen.

105. Den sista meningen i punkt 72 i den överklagade domen hänvisar endast till den ursprungliga rapporten, eftersom KME påstod att kommissionen gjorde fel när den i det omtvistade beslutet inte godtog vikten av den nämnda rapporten. De efterföljande rapporterna existerade inte när det omtvistade beslutet meddelades och kunde inte ha beaktats. Det råder inga tvivel om att tribunalen undersökte alla tre ekonometriska rapporter för att bilda sig en uppfattning avseende KME:s argument baserat på en analys av dess priser. Orsaken till att argumenten underkändes var gemensam för alla tre rapporter – de behandlade nämligen bara KME:s priser.

Bedömning

106. Den första frågan är huruvida det faktum att tribunalen både godtog kommissionens bedömning att överträdelsen var ”mycket allvarlig” och det belopp kommissionen därefter fastställde böternas utgångsbelopp till uteslutande kan motiveras av överträdelsens art (nämligen en konkurrensbegränsande samverkan för fastställande av priser och uppdelning av marknader), oavsett om någon marknadspåverkan har bevisats.

107. I det omtvistade beslutet fastställde kommissionen böternas utgångsbelopp utifrån bedömningen a) att överträdelsen var ”mycket allvarlig” på grund av dess i) art, ii) påverkan på marknaden och iii) marknadens geografiska omfattning samt b) att KME:s marknadsandel var cirka tre gånger så stor som Outokumpus eller Wielands marknadsandel. Utgångsbeloppet fastställdes till totalt 58,1 miljoner euro, varav 35 miljoner euro avsåg KME och 11,55 miljoner euro avsåg var och en av de övriga deltagarna.

108. KME gjorde i första instans gällande att kommissionen både vid bedömningen av överträdelsens allvar och vid uppdelningen av böternas utgångsbelopp mellan kartelldeltagarna hade bortsett från den konkreta påverkan på marknaden. Kommissionen ansåg att en marknadspåverkan hade slagits fast, men att den inte var mätbar och att utgångsbeloppet med giltighet kunde fördelas utifrån marknadsandelarna. KME gjorde i huvudsak gällande att kommissionen enligt lag var skyldig att beakta den konkreta marknadspåverkan när den var mätbar, att den var det i detta mål och att den ekonometriska utredning som KME hade åberopat visade att påverkan inte var statistiskt signifikant. Det totala utgångsbeloppet skulle därför ha fastställts till ett belopp som låg i den lägre delen av det tillämpliga intervallet (som började

vid 20 miljoner euro för ”mycket allvarliga” överträdelser).

109. I punkt 63 i nämnda dom, menade tribunalen att ”även om kommissionen inte hade bevisat att den konkurrensbegränsande samverkan haft en konkret påverkan på marknaden, skulle det inte ha haft någon betydelse för kvalificeringen av överträdelsen såsom ’mycket allvarlig’ och, följaktligen, för bötesbeloppet”. Tribunalen framförde ytterligare argument med liknande effekt i punkterna 64 och 65.

110. KME:s argument i förevarande domstol riktar sig huvudsakligen mot de efterföljande bedömningarna i punkterna 66–72 i den överklagade domen, där tribunalen påpekade ”för fullständighetens skull” att kommissionen hade visat att den konkurrensbegränsande samverkan haft en konkret påverkan på marknaden.

111. Kommissionen har därför gjort gällande att grunden är utan verkan, eftersom KME inte har ifrågasatt den avgörande bedömningen i punkt 63, vilket innebar att även om domstolen skulle godta KME:s argument rörande den konkreta marknadspåverkan skulle bedömningen att överträdelsen var av ”mycket allvarlig” art stå fast och överklagandet skulle inte kunna upphävas i den mån den första grunden underkändes.

112. Jag har inget att invända mot en sådan argumentering, men tror inte att påståendet att KME inte har ifrågasatt den avgörande bedömningen i punkt 63 är riktigt.

113. Det är riktigt att KME inte ifrågasatt bedömningen att kommissionen hade rätt att finna att överträdelsen var ”mycket allvarlig” uteslutande med beaktande av överträdelsens art. KME har till och med påpekat (om än i en fotnot) att detta inte bestreds i första instans. KME gjorde i stället gällande att böternas totala utgångsbelopp, i ljuset av kartellens begränsade konkreta marknadspåverkan, skulle ha bestämts till ett belopp på den lägre delen av skalan för ”mycket allvarliga” överträdelser, det vill säga, enligt riktlinjerna, 20 miljoner euro, snarare än 58,1 miljoner euro. Mot denna bakgrund förefaller det mig som om KME:s första grund med nödvändighet (även om det inte uttrycktes i så tydliga ordalag som kunde önskas) måste anses innebära att KME har ifrågasatt tribunalens bedömning att den konkreta marknadspåverkan saknade relevans för överträdelsens klassificering som ”mycket allvarlig”, och därför också saknade relevans för att fastställa böternas utgångsbelopp.

114. Jag delar dock uppfattningen att om domstolen godtar bedömningen i punkterna 63–65 i den överklagade domen, skulle en invändning mot de ytterligare bedömningarna i punkterna 66–72 inte tjäna något till, även om den godtogs. Det framgår tydligt av de inledande orden i punkt 66 [36] att den efterföljande redogörelsen gick utöver vad

36 — Vilka, även om de kan ge upphov till viss tvekan i det engelska språket, motsvarar det otvetydiga ”[à] titre surabondant” i den franska versionen, det språk på vilket tribunalen skrev sin dom.

tribunalen ansåg utgöra tillräcklig motivering. Dessutom, om en ”konkurrensbegränsande samverkan till sin natur är sådan att företagen bör åläggas så stränga böter som möjligt”, oavsett dess konkreta påverkan på marknadspriserna, och om kommissionen åberopade förekomsten av, snarare än den exakta graden av, denna påverkan vid bedömningen av utgångsbeloppet, är det en logisk följd att beloppet inte kan ifrågasättas genom att försöka påvisa att påverkan var begränsad.

115. Kommissionen har också anfört att grunden ska avvisas, eftersom den endast ifrågasätter tribunalens bedömning av de faktiska omständigheterna.

116. Inte heller i detta avseende är jag helt övertygad. Flera aspekter av KME:s argumentering avser bedömningen av faktiska omständigheter, särskilt argumenteringen i punkterna 18–20 och 22 i överklagandet samt punkterna 87 och 89 ovan. Andra är dock rättsliga argument avseende påstådda brister i den överklagade domen (även om de, liksom tidigare, kunde ha uttryckts bättre). KME har huvudsakligen gjort gällande att tribunalen, när parterna i målet var oeniga om vilka slutsatser som kunde dras från den tillgängliga bevisningen, inte skulle ha nöjt sig med att låta kommissionen åberopa antaganden som grundade sig på ”indikationer på att samverkan med skälig sannolikhet ha[de] påverkat marknaden”, utan skulle ha krävt att kommissionen åtminstone i tillfredsställande grad vederlade KME:s motbevisning. Såsom jag förklarat i punkt 113 ovan ska argumentet betraktas med utgångspunkt i tribunalens uppfattning, inte att den konkreta marknadspåverkan saknade relevans för att klassificera överträdelsen som ”mycket allvarlig”, utan att den också saknade relevans för att fastställa böternas utgångsbelopp.

117. Av denna anledning skulle jag inte underkänna den första grunden som verkningslös, eller avvisa den på grund av att den endast avser bedömningar av faktiska omständigheter.

118. Å andra sidan, i den utsträckning grunden faktiskt tar upp rättsfrågor, anser jag inte att den ska godtas. Den uppfattning som tribunalen redogör för i punkt 64 i sin dom, nämligen att kartellens eventuella konkreta marknadspåverkan inte är en avgörande faktor när bötesbeloppet fastställs, har vidsträckt stöd i den rättspraxis tribunalen har åberopat. [37] En sådan påverkan är endast en av många faktorer – vilka inte är begränsade till de tre faktorer som räknas upp i riktlinjerna – som ska beaktas. I den utsträckning kommissionen, i det omtvistade beslutet,

37 — Jag hänvisar särskilt till sammanfattningarna i punkt 95 och följande punkter i generaladvokaten Mischos förslag till avgörande i målet Mo och Domsjö mot kommissionen samt punkterna 129 och 130 i domen i målet Dalmine mot kommissionen som båda åberopades i punkt 64 i den överklagade domen (ovan punkt 84).

fann att kartellen hade viss marknadspåverkan (något som KME inte har bestritt) kunde den bedömningen utgöra en av de faktorer som låg till grund för beräkningen av böternas utgångsbelopp. Kommissionen utgick därvid inte från att marknadspåverkan uppnådde en viss nivå – tvärtom utgick kommissionen uttryckligen från att marknadspåverkan inte kunde uppmätas exakt [38] – varför den således inte kan klandras för att inte ha angett nivån exakt och inte heller kan tribunalen klandras för att ha godtagit kommissionens betraktelsesätt.

119. Jag vill lägga till att om företag väljer att tillhandahålla ekonometriska rapporter till stöd för sina argument, måste kommissionen naturligtvis beakta denna bevisning i vederbörlig ordning i sin övergripande prövning. Om bevisningen dock inte godtas som helhet, är det inte nödvändigt för kommissionen att producera ekonometrisk motbevisning för att bevisa motsatsen.

120. Såsom jag antydde i punkt 83 ovan, är det också nödvändigt att avgöra huruvida tribunalens prövning av grunden inte uppfyllde kraven i Europakonventionen och stadgan.

38 — Se bland annat punkterna 299–301 och 314 i det omtvistade beslutet.

121. I det avseendet noterar jag att KME inte verkar ha gjort gällande att detta är fallet. Inget av de avsnitt som åberopats i den femte grunden har hämtats från den relevanta delen av tribunalens dom. Inte heller används i den del av domen den typ av formulering som KME särskilt invänt mot, nämligen en hänvisning till kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning.

122. Vidare förefaller det mig som om tribunalen behandlade den första grunden på det sätt den hade framförts av KME.

123. KME:s argument grundades huvudsakligen på påståendet att kommissionen, enligt sina egna riktlinjer, var skyldig antingen att mäta kartellens konkreta påverkan på marknaden och åberopa denna mätning, eller att avstå från att åberopa marknadspåverkan helt och hållet. Tribunalen bemötte detta argument och – trots att den ansåg det onödigt – undersökte både den bevisning som var tillgänglig för kommissionen och de efterföljande ekonometriska rapporterna som KME presenterade. Tribunalen drog därvid slutsatsen att kommissionens hänvisning till och åberopande av marknadspåverkan vid fastställandet av böternas utgångsbelopp inte kunde kritiseras. Även om andra omständigheter kunde ha tagits upp, exempelvis den eventuella nödvändigheten att förklara varför det totala utgångsbeloppet

var 58,1 miljoner euro och inte 20 miljoner eller 100 miljoner euro, var så inte fallet och tribunalen bemötte de omständigheter som tagits upp på ett sätt som inte på något vis antyder att den inte utövade sin fulla behörighet i enlighet med Europakonventionens kriterier.

Den andra grunden för överklagandet: Marknadens storlek

Relevanta delar av den överklagade domen

124. I det omtvistade beslutet beräknade kommissionen den relevanta marknadens storlek genom att inkludera kostnaden för den koppar som användes vid tillverkningen av rören. KME gjorde i första instans gällande att en sådan beräkning bortsåg från hur marknaden faktiskt såg ut. I verkligheten bestämmer de som köper rören själva priset på den koppar som ska användas och det priset, som svarar för cirka två tredjedelar av det slutliga priset för rören, överförs direkt till kunden. Det som verkligen hade ekonomisk betydelse på marknaden var förädlingsmarginalen, som utgjorde cirka en tredjedel av det värde på 288 miljoner euro som tillämpades i det omtvistade beslutet.

125. I punkterna 86–89 i domen anmärkte tribunalen att kommissionen hade rätt, men inte skyldighet att, ta hänsyn till storleken på den berörda marknaden vid bedömningen av överträdelsens allvar i syfte att fastställa böternas utgångsbelopp, och att kommissionen hade gjort det i detta mål, även om det endast var en av de faktorer som beaktades. Det var därför nödvändigt att pröva huruvida kommissionen gjorde fel när den tog hänsyn till kopparpriset vid bedömningen av den berörda marknadens storlek. Tribunalens slutsats återfinns i punkterna 91–94:

”91 Det finns ... inget giltigt skäl till att omsättningen på en relevant marknad ska beräknas med uteslutande av vissa produktionskostnader. Såsom kommissionen korrekt har påpekat finns det inom alla industrisektorer kostnader som utgör en naturlig del i framställningen av slutprodukten och som producenten inte kan kontrollera, men som inte desto mindre utgör en väsentlig del av producentens samtliga verksamheter och som följaktligen inte kan uteslutas från dennes omsättning vid fastställandet av böternas utgångsbelopp (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 15 mars 2000 i de förenade målen 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 och T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. II-491, punkterna 5030 och 5031). Den omständigheten att kopparpriset utgör en stor del av slutpriset på rör för industriellt bruk eller att risken för variationer

i kopparpriserna är mycket högre än för andra råvaror påverkar inte denna slutsats.

92 Vad ... avser de olika argument som sökandena har anfört till stöd för påståendet att det, i stället för att tillämpa det kriterium som utgörs av omsättningen på den relevanta marknaden, är mer ändamålsenligt att, med hänsyn till syftet att böterna ska vara avskräckande och till likabehandlingsprincipen, fastställa bötesbeloppet i förhållande till lönsamheten inom den berörda sektorn eller det därtill knutna mervärdet, konstaterar förstainstansrätten att dessa argument saknar relevans. I detta hänseende ska det för det första erinras om att, vid bedömningen av hur allvarlig en överträdelse är, en rad omständigheter beaktas beträffande vilka kommissionen förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning (förstainstansrättens dom av den 12 december 2007 i de förenade målen T-101/05 och T-111/05, BASF mot kommissionen REG 2007, s. II-4949, punkt 65). Det har dessutom inte fastställts någon tvingande eller uttömmande förteckning över de kriterier som absolut ska tas i beaktande (domen i det ovan i punkt 64 nämnda målet Dalmine mot kommissionen, punkt 129). Det ankommer följaktligen inte på gemenskapsdomstolen, utan på kommissionen att, inom ramen för sitt utrymme för skönsmässig bedömning och i överensstämmelse med de gränser som följer av likabehandlingsprincipen och förordning nr 17, välja vilka omständigheter och sifferuppgifter som den kommer att beakta, i syfte att genomföra en politik som säkerställer att de förbud som avses i artikel 81 EG iakttas.

93 Det är vidare obestridligen så att omsättningen för ett företag eller på en marknad, såsom kriterium för att bedöma hur allvarlig en överträdelse är, med nödvändighet är ett osäkert och ofullständigt kriterium. Genom omsättningen görs ingen åtskillnad mellan vare sig de sektorer där mervärdet är högt och dem där mervärdet är lågt, eller mellan de företag som är lönsamma och dem som är mindre lönsamma. Trots att omsättningen till sin natur är ungefärlig, anses den för närvarande av gemenskapslagstiftaren, kommissionen och EG-domstolen emellertid vara ett lämpligt kriterium i konkurrensrätten för att bedöma de berörda företagens storlek och ekonomiska styrka (se bland annat domen i de ovan i punkt 64 nämnda förenade målen Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 121; artikel 15.2 i förordning nr 17, skäl 10 samt artiklarna 14 och 15 i rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EUT L 24, s. 1)).

94 Förstainstansrätten drar följaktligen slutsatsen att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den tog hänsyn till kopparpriset vid fastställandet av den relevanta marknadens storlek.”

Sammanfattning av parternas argument

KME:s överklagande

126. KME anser att dess redogörelse för de relevanta marknadsegenskaperna ska anses utgöra fastställda fakta inom ramen för överklagandet, eftersom den inte bestreds i den överklagande domen. KME har dock framhållit att tribunalen gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning och lämnade en bristfällig motivering, eftersom den inte slog fast att kommissionen, vid beräkningen av marknadsvärdet, har rätt att tolka ”omsättning” som nettoomsättning.

127. För det första framgår det av rättspraxis och kommissionens praxis att kommissionen, vid beräkningen av utgångsbeloppet för böter, ska ta hänsyn till den relevanta marknadens eller det relevanta företagets särskilda egenskaper. Domstolarna har funnit att kommissionen kan frångå sin allmänna praxis att lägga omsättningen för det sista hela räkenskapsåret under vilket överträdelsen pågick till grund för beräkningen av omsättningen, om det året inte gav en riktig bild av företagets verkliga storlek, ekonomiska styrka och överträdelsens omfattning. Med avseende på beräkningen av böternas övre gräns, har domstolen funnit att kommissionen, i varje enskilt fall och med beaktande både av böternas sammanhang och av böternas syfte, måste bedöma den inverkan som eftersträvas på det berörda företaget, bland annat genom att beakta en omsättning som återspeglar företagets faktiska ekonomiska situation under den tidsperiod då överträdelsen pågick. I senare fall har kommissionen ofta dragit nytta av möjligheten att enligt riktlinjerna frångå regeln att beakta försäljningen under det sista hela året under vilket företaget deltog i överträdelsen, om det motiveras av omständigheterna i det särskilda fallet eller andra externa omständigheter. Därtill har tribunalen funnit att kommissionen vid bedömningen av den faktiska ekonomiska kapaciteten att vålla betydande skada kan utgå från uppgifter rörande omsättning och marknadsandel, förutsatt att inga särskilda omständigheter, såsom marknadens egenskaper, i betydande grad förringar betydelsen av sådana uppgifter och gör det nödvändigt att ta hänsyn till andra faktorer.

128. För det andra är branschen för koppar unik, eftersom kopparpriset helt beror på kundens beslut att utföra köpet en viss dag. Branschen lämpar sig därför inte för en jämförelse med andra branscher, på samma sätt som koppar inte kan jämföras med andra ingående komponenter – som energi, vatten och utrustning – för vilka priserna fastställs enligt kontrakt mellan tillverkaren och den relevanta leverantören. Trots detta drog tribunalen felaktigt slutsatsen att det, vid beräkning av böterna, inte fanns något giltigt skäl att utesluta kopparpriset från storleken på den marknad som påverkades av kartellen. Till följd av detta åsidosatte tribunalen också principen om icke-diskriminering, enligt vilken olika situationer ska behandlas olika, och principen om proportionalitet. Vad avser den senare, motsvarade KME:s böter cirka 2 procent av dess sammanlagda globala omsättning

2002, 40 procent av dess omsättning i EES på marknaden för kopparrör för industriellt bruk utifrån det totala priset inklusive koppar, 80 procent av dess förädlingsomsättning på nämnda marknad, 42 procent av dess konsoliderade rörelsevinst (brutto) för 2003 och 16 procent av dess konsoliderade nettoförmögenhet i juni 2003.

129. För det tredje, om kommissionen hade bötfällt KME för konkurrensbegränsande samverkan på samma marknad, som upphörde 2007, och hade beräknat värdet på marknaden utifrån den fullständiga omsättningen för nämnda år, skulle böternas utgångsbelopp ha varit mycket högre enkom på grund av kopparprisets enorma ökning under 2003–2007.

en omsättning beräknad på det totala försäljningspriset inte är en lämplig utgångspunkt för att bedöma en överträdelses allvar på marknaden för rör för industriellt bruk. Kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om att välja dessa omständigheter kan inte utsträckas till att omfatta aspekter som, i ljuset av det ekonomiska sammanhangets särskilda egenskaper, inte har någon betydelse för överträdelsens allvar. I domen avstod tribunalen från att undersöka huruvida de kriterier som kommissionen tillämpade var lämpliga och ändamålsenliga.

Kommissionens svar

130. För det fjärde stödde sig tribunalen felaktigt på sin dom i målet Cimenteries CBR. [39] I det målet hade deltagarna i den konkurrensbegränsande samverkan inflytande över de relevanta ingående kostnaderna, exempelvis kostnader för transport och leverans av säckar, men i föreliggande mål hade tillverkarna inte inflytande över kopparpriserna. Tribunalen stödde sig också felaktigt på den rättspraxis som tillät att kommissionen tillämpade sitt utrymme för skönsmässig bedömning vid valet av de omständigheter som skulle beaktas för att bestämma överträdelsens allvar, vilken som regel inkluderar omsättningen, eftersom

131. Kommissionen har gjort gällande att KME:s påståenden om hur kopparpriset bestäms och hur försäljningen av rör för industriellt bruk går till inte utgör fastställda fakta med avseende på överklagandet. Tribunalen behövde inte avgöra dessa omständigheter. Dess bedömning stöder inte KME:s beskrivning av kartelldeltagarna som inköpsagenter för metallen och kommissionen gjorde i första instans uttryckligen gällande, av de skäl som i slutänden upptogs i den överklagade domen, att KME:s påståenden att KME ofta agerade som mellanled för sina kunder saknade relevans. I de situationer då en kund faktiskt köpt koppar och gett KME i uppdrag att omvandla denna medräknades inte metallpriset i KME:s omsättning. I alla händelser var

39 — Se punkt 91 i den överklagade domen.

tribunalens bedömning av storleken på marknaden för rör för industriellt bruk oförenlig med tanken att tillverkare av rör för industriellt bruk samtidigt sålde sina produkter på en konkurrensutsatt kopparmarknad och en kartellbunden förädlingsmarknad. Det finns endast en marknad – nämligen marknaden för rör för industriellt bruk.

132. Utan att behöva pröva KME:s påståenden i detalj, underkände tribunalen KME:s påstående att marknaden för rör för industriellt bruk är unik, eftersom aktörerna inte har inflytande över ingående priser. Tribunalen fann i punkt 91 i sin dom att det inte fanns något giltigt skäl till att omsättningen på en relevant marknad skulle beräknas med uteslutande av vissa produktionskostnader, och fann, som en faktisk omständighet, att det inom alla industrisektorer finns kostnader som utgör en naturlig del i framställningen av slutprodukten och som producenten inte kan kontrollera, men som inte desto mindre utgör en väsentlig del av producentens samtliga verksamheter. Dessa kostnader kunde inte uteslutas från omsättningen vid fastställandet av böternas utgångsbelopp. Den omständigheten att kopparpriset utgör en stor del av slutpriset på rör för industriellt bruk eller att risken för variationer i kopparpriserna är mycket högre än för andra råvaror påverkade inte denna slutsats.

133. Genom denna grund har domstolen helt enkelt ombetts göra en annan bedömning av huruvida marknaden för rör för industriellt bruk är unik. KME har upprepat sina påståenden från första instans om kundernas avtalsrättigheter i fråga om kopparpriset, kopparprisets storlek i förhållande till totalpriset för rören och kopparprisets volatilitet. För det första är domstolen förhindrad från att uppta ett sådant argument till sakprövning, men det finns vidare inte heller någon saklig skillnad mellan tillverkare av rör för industriellt bruk och andra tillverkare som köper in råmaterial, maskiner, eller allmännyttiga tjänster. Företag utan dominerande ställning kan aldrig kontrollera priset på insatsvaror. Om avtal ingås är det till följd av tillverkarens fria val – och i detta fall har avtalen fördelen att överföra prisrisken för koppar på kunden.

134. I punkt 93 godtog tribunalen att omsättningen för ett företag eller på en marknad, såsom kriterium för att bedöma hur allvarlig en överträdelse är, med nödvändighet är ett osäkert och ofullständigt kriterium. Tribunalen höll med om att omsättningen inte gör åtskillnad mellan sektorer med högt eller lågt mervärde, eller mellan företag som är lönsamma i högre eller lägre grad. Trots detta fann dock tribunalen att omsättningen var ett lämpligt

kriterium i konkurrensrätten för att bedöma de berörda företagens storlek och ekonomiska styrka. KME:s argument, å andra sidan, syftar endast till att förmå domstolen att göra en annan bedömning än tribunalen i detta avseende. Efter många diskussioner i de skriftliga yttrandena och vid förhandlingen, var tribunalens bedömning balanserad och satte omsättningens objektiva egenskaper framför den potentiellt sett aldrig upphörande debatt, subjektivitet och oförutsägbarhet som skulle bli följden av KME:s förslag att dra av kostnader som kartelldeltagarna inte kontrollerade.

135. Tribunalen gjorde en riktig bedömning. Domstolen bör, framför allt, stå emot KME:s förslag att ompröva böterna utifrån sifferuppgifter avseende 2002 eller 2003. Sådana argument hör endast hemma i tribunalen.

vissa produktionskostnader", att "det inom alla industrisektorer [finns] kostnader som utgör en naturlig del i framställningen av slutprodukten och som producenten inte kan kontrollera, men som inte desto mindre utgör en väsentlig del av producentens samtliga verksamheter och som följaktligen inte kan uteslutas från dennes omsättning vid fastställandet av böternas utgångsbelopp" och att "[d]en omständigheten att kopparpriset utgör en stor del av slutpriset på rör för industriellt bruk eller att risken för variationer i kopparpriserna är mycket högre än för andra råvaror påverkar inte denna slutsats". I punkt 93, slog tribunalen fast att "[t]rots att omsättningen till sin natur är ungefärlig, anses den för närvarande av gemenskapslagstiftaren, kommissionen och EG-domstolen emellertid vara ett lämpligt kriterium i konkurrensrätten för att bedöma de berörda företagens storlek och ekonomiska styrka", och i punkt 94 angav den, slutligen, följande: "[Tribunalen] drar följaktligen slutsatsen att kommissionen gjorde en riktig bedömning ..."

Bedömning

136. Avseende frågan huruvida tribunalens prövning var bristfällig, har kommissionen (i samband med den femte grunden för överklagandet, men med hänvisning till behandlingen av den andra grunden i första instans) noterat att KME åberopat punkt 92 i den överklagade domen, vari tribunalen hänvisade till kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning. I punkt 91 fann dock tribunalen uttryckligen att "[d]et finns ... inget giltigt skäl till att omsättningen på en relevant marknad ska beräknas med uteslutande av

137. Den bakomliggande frågan är här om kommissionen, vid användning av marknadsstorleken (det vill säga försäljningsvolymen, snarare än den geografiska omfattningen) som ett av kriterierna för att avgöra överträdelsens

allvar, i samtliga fall bör ta hänsyn till totalpriset eller om kommissionen endast behöver beakta den del av detta pris som de som har begått överträdelsen har inflytande över.

138. KME har inte gjort gällande att marknadsstorleken aldrig ska beaktas. Inte heller har KME gjort gällande att det alltid är fel att beakta totalpriserna. Däremot har KME gjort gällande att marknaden för kopparrör har särskilda egenskaper som gör att ett sådant tillvägagångssätt är felaktigt just i detta fall. KME anser därför att tribunalen gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning och lämnade en bristfällig motivering för sin bedömning att bruttoomsättningen var en lämplig utgångspunkt för att bedöma marknadsstorleken.

139. Enligt min uppfattning har kommissionen rätt i att KME i stor utsträckning har bett domstolen avgöra faktiska frågor avseende marknadens egenskaper som domstolen inom ramen för ett överklagande inte är behörig att avgöra. De enda faktiska omständigheter som avgjordes av tribunalen var att ”kopparpriset utgör en stor del av slutpriset på rör för industriellt bruk” och att ”risken för variationer i kopparpriserna är mycket högre än för andra råvaror”. KME har inte påstått att tribunalen, i fråga om detta avgörande, missförstod bevisningens klara innebörd. Därför måste frågan om tribunalen gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning eller lämnade en bristfällig motivering bedömas utifrån dessa faktiska omständigheter.

140. Tribunalen lade i huvudsak följande fyra slutsatser till grund för sin rättsliga bedömning: När storleken på en marknad (vilken som helst), uttrycks i form av försäljningsvolymen, kommer vissa kostnader som tillverkarna inte har inflytande över att ingå. Marknaden för kopparrör för industriellt bruk är inget undantag i detta avseende. Kommissionen har viss frihet att välja vilka omständigheter som ska beaktas och bruttoomsättningen är en godtagen, om än otillräcklig, måttstock för att bedöma ett företags storlek och ekonomiska styrka.

141. Jag ser inga brister i denna argumentering. Det är förvisso sant att det av tribunalen åberopade målet Cimenteries CBR avsåg extra kostnader som utan tvivel var lägre än priset på koppar i föreliggande mål, men skillnaden i prisnivå hindrar inte att existerande rättspraxis vidareutvecklas till att omfatta mer betydande kostnader. Dessutom synes det oundvikligt att den del av omsättningen som utgörs av råvaror kommer att variera från en sektor till en annan. Om det vore tillåtet att beakta bruttoomsättning i vissa mål, men inte andra, skulle det vara nödvändigt att etablera någon typ av tröskel, troligen i form av ett förhållande mellan netto- och bruttoomsättningen, som skulle utlösa den särskilda behandlingen. Det skulle dock vara mycket svårt att tillämpa en sådan tröskel och den skulle ge utrymme för ständiga och olösliga tvister, bland annat påståenden om olika behandling. Vidare är det viktigt att komma ihåg att det i det omtvistade beslutet inte

finns något direkt matematiskt förhållande mellan marknadsstorleken och böternas totala utgångsbelopp, samt att tribunalen själv fann att marknadsstorleken endast utgjorde en av de omständigheter kommissionen hade beaktat. Under sådana förhållanden framstår det inte som oskäligt att låta kommissionen åberopa en ”ungefärlig” – men praktisk – måttstock för att bedöma marknadsstorleken, som ett bland flera kriterier för att avgöra hur allvarlig en överträdelse varit. I alla händelser har KME inte lämnat något tillfredsställande skäl för att finna att tribunalens avgörande att detta var möjligt utgjorde en *felaktig rättstillämpning*.

142. Jag ska nu övergå till frågan om tribunalens prövning av den andra grunden i första instans var tillfredsställande mot bakgrund av den rättspraxis som utvecklats i Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna.

143. Till att börja med är det riktigt att tribunalen i sin motivering angav att ”vid bedömningen av hur allvarlig en överträdelse är, en rad omständigheter beaktas beträffande vilka kommissionen förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning” och att ”[d]et [inte] ankommer... på gemenskapsdomstolen, utan på kommissionen att, inom ramen för sitt utrymme för skönsmässig bedömning, ... välja vilka omständigheter och sifferuppgifter som den kommer att beakta”. KME har åberopat åtminstone det första av dessa uttalanden för att, inom ramen för sin femte grund för överklagandet, påstå att tribunalen ”tog alltför stor hänsyn” till kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning.

144. Det framgår dock tydligt av den andra grunden, där KME har påstått att ”kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om att välja vilka omständigheter som ska beaktas för att avgöra överträdelsens allvar kan inte utsträckas till att omfatta aspekter som, i ljuset av det ekonomiska sammanhangets särskilda egenskaper, inte har någon betydelse för överträdelsens allvar”, att KME i realiteten accepterar att kommissionen har ett sådant utrymme för skönsmässig bedömning och bara ifrågasätter domstolens uppfattning om dess omfattning. Enligt min uppfattning kan det inte utgöra tillräcklig grund för att hävda att tribunalen inte utövade full behörighet vid prövningen av det omtvistade beslutet.

145. Det är också riktigt att tribunalens relevanta avgöranden i punkterna 91–93 i den överklagade domen är kortfattade. Det betyder dock inte nödvändigtvis att de återspeglar en underlåtenhet att pröva argumenten ingående. Tvärtom visar den relativt långa redogörelsen för KME:s argument (punkterna 75–82) och det faktum att tribunalen (i punkt 88) avvisade kommissionens argument att marknadens storlek saknade relevans för bötesbeloppet att den andra grunden prövades ingående. Tribunalens bedömning är helt

förenlig med slutsatsen att den bildade sig en egen uppfattning om huruvida det var lämpligt att inkludera priset på koppar när marknadens storlek uppskattades i syfte att avgöra överträdelsens allvar. Vidare har KME inte, enligt min uppfattning, framfört några övertygande argument för att ifrågasätta en sådan slutsats.

Den tredje grunden för överklagandet: Procentuell höjning med hänsyn till varaktighet

Relevanta delar av den överklagade domen

146. I den tredje grunden i första instans gjorde KME gällande att om riktlinjerna tillåter en ökning med *upp till 10 procent* per år (det vill säga mellan 0 och 10 procent) med hänsyn till överträdelsens varaktighet, skulle kommissionen ha justerat ökningen för att ta hänsyn till kartellens varierande intensitet under den tid den pågick och att den inte påverkade priserna, i stället för att tillämpa en fast ökning med det högsta beloppet på ”10 procent för varje år som samverkan varade, det vill säga med sammanlagt 125 procent”. Tribunalen ansåg att grunden saknade relevans och fann, i punkterna 100–104 i den överklagade domen, följande:

”100 ... en höjning av böterna till följd av överträdelsens varaktighet inte är begränsad till sådana fall där det föreligger ett direkt samband mellan hur länge överträdelsen har pågått och en förhöjd[40] negativ inverkan på de syften som eftersträvas genom gemenskapens konkurrensregler (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 30 september 2003 i mål T-203/01, Michelin mot kommissionen, REG 2003, s. II-4071, punkt 278 och där angiven rättspraxis).

101 Vidare framgår av riktlinjerna att kommissionen i dessa inte har avsett att det ska föreligga någon överlappning eller något inbördes beroende mellan bedömningen av hur allvarlig överträdelsen är och bedömningen av hur länge överträdelsen pågått.

102 Tvärtom framgår det för det första av riktlinjernas systematik att bedömningen av hur allvarlig överträdelsen är i sig görs för att avgöra det allmänna utgångsbeloppet för böterna. För det andra analyseras överträdelsens allvar utifrån det berörda företagets egenskaper, särskilt företagets storlek och dess ställning på den relevanta marknaden, vilket kan medföra en differentiering av utgångsbeloppet, en uppdelning av företagen i kategorier och

40 — Se nedan fotnot 43.

ett fastställande av ett särskilt utgångsbelopp. För det tredje beaktas vid fastställandet av grundbeloppet hur länge överträdelsen har pågått. För det fjärde ska enligt riktlinjerna försvårande och förmildrande omständigheter beaktas, vilket medger att böternas storlek kan anpassas, bland annat med hänsyn till huruvida de berörda företagen varit aktiva eller passiva vid genomförandet av överträdelsen.

103 Av detta följer att enbart det faktum att kommissionen har förbehållit sig en möjlighet att höja böterna för varje år som överträdelsen pågått med, när det gäller överträdelser som pågått länge, upp till 10 procent av det belopp som fastställts utifrån hur allvarlig överträdelsen är, på intet sätt förpliktar kommissionen att fastställa detta belopp utifrån intensiteten i aktiviteten i den konkurrensbegränsande samverkan eller utifrån verkan av denna samverkan eller ens utifrån hur allvarlig överträdelsen har varit. Det ankommer nämligen på kommissionen att, inom ramen för dess utrymme för skönsmässig bedömning (se ovan punkt 36), välja den nivå på höjningar som den avser att tillämpa utifrån hur länge överträdelsen har pågått.

104 I förevarande fall har kommissionen konstaterat, bland annat i skälen 335 och 340 i det angripna beslutet, att KME-koncernen har deltagit i överträdelsen i tolv år och tio månader, det vill säga en lång tidsperiod i den mening som avses i riktlinjerna, och följaktligen har kommissionen höjt böterna med 125 procent. Kommissionen har inte avvikit från de regler som den infört i riktlinjerna genom att göra detta. Förstainstansrätten bedömer för övrigt att denna höjning med 125 procent inte är uppenbart oproportionerlig i förevarande fall.”

Sammanfattning av parternas argument

KME:s överklagande

147. KME har gjort gällande att tribunalens motivering är otydlig, ologisk och bristfällig, eftersom den inte slår fast någon tydlig regel.

148. Tolkningen och tillämpningen av punkt 1.B i riktlinjerna har ofta diskuterats i rättspraxis. Trots detta har inte några kriterier slagits fast till grund för kommissionens justering av utgångsbeloppet, för överträdelser som pågått i över fem år, i intervallet 0–10 procent per år som överträdelsen varat. Rättspraxis verkar endast ge för handen att en ökning utifrån varaktigheten inte är begränsad till fall som uppvisar ett direkt samband mellan varaktigheten och en förhöjd negativ inverkan på de syften på gemenskapsnivå

som eftersträvas med konkurrensreglerna. Med andra ord kan utgångsbeloppet höjas med hänsyn till varaktigheten, även om den negativa inverkan på de syften på gemenskapsnivå som eftersträvas med konkurrensreglerna inte förvärrades som en direkt följd av denna omständighet, eller om någon sådan skada inte alls uppkommit. Ett sådant betraktelsesätt måste vara felaktigt.

149. Detta strider mot den uttryckliga ordalydelsen i punkt 1.B, som talar om att med eftertryck sanktionera begränsningar ”som varaktigt har medfört skadliga effekter för konsumenterna”. Kommissionen införde således själv kravet på ett direkt samband mellan varaktighet och skadliga effekter. Detta samband har sedan länge erkänts i rättspraxis. Tribunalen har anfört att när kommissionen fastställer utgångsbeloppet med beaktande av överträdelsens svårighetsgrad med hänsyn till den konkreta påverkan på marknaden, måste denna påverkan ”till fullo ... bevisas under hela den tid som den konkurrensbegränsande samverkan varade”. Om detta inte är fallet ska utgångsbeloppet sänkas. [41]

150. Eftersom tribunalen angett att kommissionen i riktlinjerna inte avsett att det skulle föreligga någon överlappning eller något inbördes beroende mellan bedömningen av hur allvarlig överträdelsen är och bedömningen av hur länge överträdelsen pågått godtog tribunalen kommissionens argument att den höjning som gjordes med hänsyn till överträdelsens varaktighet endast återspeglade överträdelsens varaktighet och inte dess allvar, vilket innebär att relevanta omständigheter rörande överträdelsens intensitet redan har beaktats när överträdelsens allvar bedöms. Tribunalen undersökte dock inte om kommissionen, när den bedömde överträdelsens allvar, lade tillräcklig vikt vid omständigheten att kartellen över tid varierade i intensitet och effektivitet och det förekom betydande perioder med spänning och avvikelser. I stället för att godta kommissionens uppgift att den ville undvika att räkna samma omständigheter två gånger till fördel för kartellens deltagare, skulle tribunalen ha granskat huruvida detta verkligen var fallet i det omtvistade beslutet. Faktum är att kommissionen vid två tillfällen bortsåg från den varierande graden av intensitet, bland annat två perioder då kartellen inte var aktiv. Den ena gången var när kommissionen fastställde utgångsbeloppet utifrån överträdelsens allvar och den andra när den fastställde höjningen med hänsyn till varaktigheten.

151. Vidare drog tribunalen rent logiskt en felaktig slutsats, när den avgjorde att en ökning på 10 procent per år var förenlig med principerna i riktlinjerna, enbart på grund av att de föreskriver en höjning med upp till 10 procent per år. Slutsatsen skulle ha varit riktig om de hade föreskrivit en ökning *med* (och inte *med upp till)* 10 procent. Kommissionens skönsmässiga utrymme att fastställa böter till ett belopp mellan ett minimum och

41 — Dom av den 5 april 2006 i mål T-279/02, Degussa mot kommissionen (REG 2006, s. II-897), punkterna 247 och 254.

ett maximum är dock inte obegränsat och kommissionen måste förklara sitt val med hänvisning till omständigheterna i varje enskilt fall, vilket ska kunna prövas av domstolarna. Tribunalen skulle inte ha godtagit en höjning med maximibeloppet utan att först bedöma hur kommissionen utövade sitt utrymme för skönsmässig bedömning.

152. Slutligen var det också fel av tribunalen att finna att höjningen av utgångsbeloppet med 125 procent inte var uppenbart oproportionerlig. I det omtvistade beslutet medgav kommissionen att kartellen varierade i intensitet och verkan och det förekom betydande perioder med spänning och avvikelser. Trots detta ålade kommissionen den maximala höjning som tilläts med hänsyn till överträdelsens varaktighet. KME skulle således ha behandlats på samma sätt även om kartellen hade haft samma intensitet och verkan hela tiden. Genom att inte uppmärksamma och lägga vikt vid den omständigheten samt då den inte korrigerade kommissionens bedömning i fråga om höjningen, åsidosatte tribunalen proportionalitets- och likabehandlingsprinciperna.

153. KME anser därför att den överklagade domen ska upphävas i denna del och att tribunalen ska utöva sin obegränsade behörighet för att bestämma en lämplig lägre procentuell höjning med hänsyn till överträdelsens varaktighet, ompröva utgångsbeloppet och, följaktligen, det totala bötesbeloppet.

Kommissionens svar

154. Enligt kommissionen ansåg tribunalen att den inte behövde fastställa höjningen med hänsyn till överträdelsens varaktighet utifrån kartellens intensitet eller effekter, och inte heller utifrån överträdelsens allvar. KME har med denna grund helt enkelt ifrågasatt denna bedömning och bett att domstolen ska ersätta den med sin egen bedömning. Grunden ska således avvisas.

155. Tribunalen gav en tydlig och logisk förklaring för sin bedömning, vilken bemötte samtliga KME:s rättsliga argument. Tribunalen fann att en höjning med hänsyn till varaktigheten inte var begränsad till fall där det fanns ett direkt samband mellan varaktigheten och en förhöjd negativ inverkan på de syften på gemenskapsnivå som eftersträvas med konkurrensreglerna. Därefter förklarade tribunalen att det i riktlinjerna inte föreligger någon överlappning eller något inbördes beroende mellan bedömningen av en överträdelses allvar och dess varaktighet. I stället

föreskriver riktlinjerna fyra klart avgränsade steg. Kommissionen ska

a) bedöma hur allvarlig överträdelsen var i sig för att fastställa böternas utgångsbelopp,

b) analysera överträdelsens allvar utifrån företagens enskilda egenskaper, vilket kan medföra en differentiering av utgångsbeloppet,

c) vid fastställandet av grundbeloppet beakta ur länge överträdelsen pågått, och

d) beakta försvårande och förmildrande omständigheter, vilket medger att böternas storlek kan anpassas.

156. Följaktligen utgör inte överträdelsens allvar eller kartellens intensitet eller effekter nödvändigtvis en del av den höjning som görs i det tredje steget med hänsyn till hur länge överträdelsen pågått. Eftersom KME:s argument att höjningen skulle ha varit lägre än 10 procent per år helt grundade sig på dessa aspekter saknade de relevans. Tribunalen fann likväl att höjningen med 125 procent inte var uppenbart oproportionerlig.

157. KME har nu gjort gällande att denna bedömning var oskälig och att domstolen ska ersätta den med sin egen bedömning. Emellertid, ”... [i]nom ramen för ett överklagande syftar domstolens kontroll dels till att bedöma i vilken omfattning [tribunalen] på ett tillfredsställande sätt har beaktat alla de faktorer som är väsentliga för bedömningen av hur allvarligt ett visst beteende har varit ..., dels kontrollera om [tribunalen] på ett tillfredsställande sätt har besvarat samtliga argument som sökanden har anfört avseende undanröjande eller nedsättning av böterna ... Vad gäller bötesbeloppets påstått oproportionella storlek ... [ankommer] det inte ... på domstolen, när den prövar rättsfrågor i ett mål om överklagande, att göra en skälighetsbedömning som ändrar den bedömning som [tribunalen] med stöd av sin fulla prövningsrätt har gjort av det bötesbelopp som företag har ålagts på grund av att de har åsidosatt [unionsrätten]”. [42]

158. KME:s talan kan således inte upptas till sakprövning såvitt avser den tredje grunden. Av de skäl som tribunalen framför saknar grunden dessutom relevans.

42 — Dom av den 29 april 2004 i mål C-359/01 P, British Sugar mot kommissionen (REG 2004, s. I-4933), punkterna 47 och 48.

159. Med avseende på frågan om tribunalens prövning var tillfredsställande, har kommissionen (inom ramen för den femte grunden för överklagandet, men med hänsyn till behandlingen av den tredje grunden i första instans) åberopat punkt 103 i domen, där tribunalen, med hänsyn till riktlinjerna, hänvisade till kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning avseende den höjning som ska göras utifrån hur länge en överträdelse har pågått. I punkt 100 hade dock tribunalen redan funnit att ”en höjning av böterna till följd av överträdelsens varaktighet inte är begränsad till sådana fall där det föreligger ett direkt samband mellan hur länge överträdelsen har pågått och en förhöjd[43] negativ inverkan på de syften som eftersträvas genom ... konkurrensregler[na]”. Med avseende på KME:s argument att kommissionen i detta avseende hade begränsat sig genom att anta riktlinjerna, förklarade tribunalen i punkt 102 dessa riktlinjers systematik och drog i punkt 103 slutsatsen att ”[a]v detta följer att enbart det faktum att kommissionen har förbehållit sig en möjlighet att höja böterna för varje år som överträdelsen pågått med, när det gäller överträdelser som pågått länge, upp till 10 procent av det belopp som fastställts utifrån hur allvarlig överträdelsen är, på intet sätt förpliktar kommissionen att fastställa detta belopp utifrån intensiteten i aktiviteten i den konkurrensbegränsande samverkan eller utifrån verkan av denna samverkan eller ens utifrån hur allvarlig överträdelsen har varit. Det ankommer nämligen på kommissionen att, inom ramen för dess utrymme för skönsmässig bedömning ... välja den nivå på höjningar som den avser att tillämpa utifrån hur länge överträdelsen har pågått.” Tribunalen prövade således KME:s argument att kommissionen hade begränsat sig på ett visst sätt genom att anta riktlinjerna och fann att detta inte var riktigt.

Bedömning

160. En oväntad aspekt av föreliggande grund (och den motsvarande grunden i första instans, och till och med den relevanta delen av det omtvistade beslutet) är att hela frågan visar sig vara grundad på ett enkelt räknefel som framgår av den överklagade domen. Detta fel verkar dock ha undgått alla inblandade.

161. KME har hela tiden gjort gällande att böterna, på grund av överträdelsens varaktighet, höjdes med 125 procent, en proportionerlig höjning som KME anser är alltför hög. Kommissionen har inte gjort några invändningar mot detta (vilket helt säkert är skälet till att det godtogs av tribunalen utan fråga) och verkar till och med själv ha ansett att den höjde KME:s böter med 125 procent i det omtvistade beslutet. Emellertid var detta inte fallet.

162. Det faktum att höjningen var betydligt lägre framgår tydligt, utan något behov för komplicerade beräkningar. Om man höjer en summa med 100 procent blir den dubbelt så stor. Om man höjer en summa med 125 procent blir den således mer än dubbelt

43 — [Motsvarande fotnot i originalversionen saknar relevans för den svenska versionen. Övers. anm.]

så stor. Om vi jämför de totala beloppen för hela KME-koncernen i punkterna 17 och 19 i den överklagade domen (35 miljoner euro respektive 56,88 miljoner euro) [44] kan vi dock se att den höjning som angavs i punkt 19 ledde till ett utgångsbelopp som inte var dubbelt så stort. Faktum är att den verkliga höjningen var 62,5 procent, [45] bara hälften så stor som påstått, förutsatts eller godtagits under detta mål. I praktiken behandlade kommissionen KME:s uppträdande som medverkan i två olika överträdelser, nämligen en som varade i sju år och en som varade i fem och ett halvt år, vilket resulterade i en lägre total höjning utifrån varaktigheten än som var fallet avseende Outokumpu och Wieland, trots att kartellen varade i minst tolv år och tio månader för alla deltagare. [46]

163. Det är anmärkningsvärt att en sådan skillnad på nära 22 miljoner euro inte har upptäckts. [47] Kanske kontrollerade KME:s revisorer inte beräkningarna i det omtvistade beslutet, eller kanske fann de ingen anledning att påpeka förhållandet. Vidare saknade kanske KME:s jurister de relevanta matematiska kunskaperna eller en känsla för storleksordningar. Kanske kontrollerade kommissionen inte summorna, vare sig när de beräknade bötesbeloppen eller i samband med domstolsförfarandena. Om (vilket verkar osannolikt) syftet faktiskt var att tillämpa en total höjning på 62,5 procent, verkar det i varje fall ha brustit i kommunikationen på kommissionen mellan de som ansvarade för att bestämma bötesbeloppet och de som ansvarade för försvaret mot KME:s talan.

44 — Se punkt 26 ovan.

45 — För att vara exakt var höjningen drygt 62,5 procent, eftersom kommissionen, efter att ha utfört sina beräkningar, rundade av beloppet uppåt från 56,875 miljoner euro till 56,88 miljoner euro. Vid ett senare tillfälle kompenserades detta dock med en avrundning nedåt när en minskning på 30 procent tillämpades. De belopp som kommissionen tillämpade i det omtvistade beslutet verkar i samtliga fall ha avrundats till närmaste 10 000-tal.

46 — Eftersom KME-koncernen som sådan inte grundades förrän 1995 (även om de ingående företagen deltog i det konkurrensbegränsande samarbetet under hela perioden) delade kommissionen upp den totala bötessumman i två lika delar – en som avsåg perioden 1988 till 1995 och en som avsåg perioden från 1995 till 2001. Bötessumman för den första perioden delades därefter upp mellan de olika företagen, medan bötessumman för den senare avsåg koncernen som helhet. På det första beloppet tillämpade kommissionen vidare en höjning på 70 procent och på det senare en höjning på 55 procent, vilket – enligt vad kommissionen verkar ha trott – innebar en total höjning på 125 procent, vilket var den höjning som tillämpades på utgångsbeloppen för Outokumpu och Wieland (ovan fotnot 16). Faktum är dock att om man höjer den ena halvan av ett belopp med en procentsats och den andra halvan med en annan procentsats, blir den totala höjningen inte summan av dessa procentsatser utan av genomsnittet av dem. Detta blir tydligare om man ponerar att varje halva höjs med samma procentsats, exempelvis 55 procent, vilket skulle innebära att den sammanlagda höjningen är 55 procent och inte 110 procent.

47 — Om utgångsbeloppet på 35 miljoner euro hade höjt med 125 procent, skulle det ha gett ett resultat på 78,75 miljoner euro, det vill säga 21,87 miljoner euro mer än de totalt 56,88 miljoner euro som beloppet faktiskt fastställdes till.

164. Under alla förhållanden verkar nettoresultatet vara att, emedan böterna för Outokumpu och Wieland höjdes med 125 procent (en kumulativ summa av strax under 10 procent per år som överträdelsen pågick) i den delen av beräkningen, höjdes böterna för KME endast med 62,4 procent (strax under 5 procent per år), trots att KME hade deltagit i kartellen, som koncern eller som separata bolag, under lika lång tid. [48] Detta blottlägger något som verkar vara ett fel i det omtvistade beslutet, vilket om det hade uppmärksammats, kunde ha överklagats av Outokumpu eller Wieland eller kunde ha fått till följd att tribunalen ökade böterna för KME.

165. Frågan är dock hur detta påverkar föreliggande grund.

166. Enligt min uppfattning innebär det att grunden saknar verkan. Det verkar till och med innebära att den ursprungliga grunden i första instans saknade verkan samt att kommissionens argument, jämte tribunalens avgörande, saknar relevans. KME:s argument är att kommissionen inte skulle ha tillämpat den maximala höjningen på 10 procent per år för varje år som överträdelsen varade utifrån den antagna varaktigheten på (drygt) tolv och ett halvt år, som innebar en total höjning om 125 procent. Kommissionen gjorde inte det och därför bör saken bero.

167. Teoretiskt sätt skulle det visserligen vara möjligt att bedöma frågan om det var riktigt av kommissionen att tillämpa maximihöjningen på 10 procent per år på det sätt den gjorde, vilket gav en total höjning på 62,5 procent. Både tribunalens motivering och KME:s argumentation i överklagandet utgår dock från förutsättningen att den sammanlagda höjningen var 125 procent. Det skulle vara ren spekulation att behandla frågan i ljuset av vad sagda motivering och argumentation kunde ha varit om rätt höjning hade beaktats.

168. Man kan tycka att det faktum att tribunalen inte uppmärksammade felet utgjorde stöd för KME:s påstående att den rättsliga prövningen inte var tillfredsställande. Det enda tribunalen gjorde var dock att basera sin dom på en förutsättning som hade godtagits av båda parter. Om tribunalen hade konstaterat att förutsättningen var felaktig, kunde detta dessutom inte ha varit till KME:s fördel.

48 — Om samma höjning hade tillämpats på KME:s böter skulle det totala bötesbeloppet, enligt mina beräkningar, efter den efterföljande minskningen på 30 procent, ha uppgått till 55,125 miljoner euro (35 + 125 procent = 78,75; 78,75 – 30 procent = 55,125) och inte 39,81 miljoner euro. Denna summa kunde sedan i nödvändig utsträckning ha fördelats enligt förhållandet 7:5,5, vilket representerade de två tidpersonerna från 1998 till 1995 respektive 1995 till 2001.

KME kan därför inte hävda att dess rättigheter på något sätt åsidosatts.

Den fjärde grunden för överklagandet: Nedsättning av böterna med hänsyn till samarbete

Relevanta delar av den överklagade domen

169. I det omtvistade beslutet satte kommissionen ned Outokumpus böter med hänsyn till att företaget hade tillhandahållit bevismaterial som gjorde att överträdelsens varaktighet kunde bestämmas till tolv år och tio månader, snarare än bara fyra år. Genom nedsättningen försattes Outokumpu i samma ställning som om höjningen utifrån varaktigheten endast hade varit 40 procent och inte 125 procent.

170. I fjärde grundens fjärde del i första instans gjorde KME gällande att kommissionen, i strid med riktlinjerna och principerna om skälighet och lika behandling, inte korrekt tagit hänsyn till deras medverkan vid fastställandet av hur länge överträdelsen pågått totalt. KME var det företag som först bidrog med avgörande bevismaterial (i motsats till bara information) för två perioder som överträdelsen pågick (maj 1988 till november 1992 och maj 1998 till slutet av 1999) och KME:s böter för dessa perioder borde därför ha satts ned på samma sätt som Outokumpus böter sattes ned.

171. Tribunalen underkände argumentet i punkterna 123–133 i den överklagade domen:

”123 ... konstaterar förstainstansrätten inledningsvis att i enlighet med 1996 års meddelande om samarbete kunde varken Outokumpu eller sökandena åtnjuta en nedsättning som översteg 50 procent av det slutliga bötesbelopp som de ålades. De hade nämligen inte avslöjat överträdelsen för kommissionen innan denna företog de kontroller som försåg den med tillräckliga skäl att inleda det överträdelseförfarande som har lett till det angripna beslutet.

124 Det är vidare utrett att det var genom en skrivelse från Outokumpu, daterad den 30 maj 2001, som kommissionen för första gången informerades om hur länge kartellen faktiskt hade existerat. På grundval av upplysningar som tidigare lämnats av företaget Mueller Industries var kommissionen nämligen endast i stånd att påvisa att en överträdelse pågått från maj 1994 till maj 1998. Sökandena har emellertid hävdat att det var tack vare de upplysningar som

de tillhandahöll kommissionen i oktober 2002 som denna institution slutgiltigt kunde påvisa kartellens existens under perioderna maj 1988–november 1992 och maj 1998–slutet av år 1999.

125 I och med att kommissionen fastställde att överträdelsen hade pågått under längre tid kunde kommissionen höja utgångsbeloppen för de böter som ålades dem som hade gjort sig skyldiga till överträdelsen med 125 procent i stället för 40 procent, med stöd av punkt 1 B i riktlinjerna. De företag som hade tillhandahållit kommissionen upplysningar om den ytterligare tid under vilken överträdelsen hade pågått riskerade följaktligen att utgångsbeloppet för deras böter skulle komma att höjas med ytterligare 85 procentenheter.

126 Det rör sig här om en paradox som följer av 1996 års meddelande om samarbete, i den meningen att ett företag som omfattas av punkt D i meddelandet och som tillhandahåller kommissionen nya upplysningar riskerar att få en hårdare sanktion än om det inte hade tillhandahållit kommissionen upplysningarna. Man kan emellertid komma till rätta med paradoxen genom punkt 3 sjätte strecksatsen i riktlinjerna, enligt vilken den omständigheten ’att företaget har samarbetat effektivt i förfarandet utanför tillämpningsområdet för [1996 års meddelande om samarbete]’ kan utgöra en förmildrande omständighet.

127 I detta fall beviljade kommissionen i själva verket Outokumpu immunitet, genom att – dock utan att ange det – tillämpa punkt 3 sjätte strecksatsen i riktlinjerna, med avseende på den ytterligare tid under vilken den konkurrensbegränsande samverkan hade pågått. Kommissionen hade inte kännedom om den nämnda ytterligare tiden före mottagandet av Outokumpus skrivelse av den 30 maj 2001 (skäl 386 i det angripna beslutet).

128 Det ska följaktligen prövas huruvida kommissionen var skyldig, antingen enligt punkt 3 sjätte strecksatsen i riktlinjerna eller enligt likabehandlingsprincipen, att även bevilja sökandena en nedsättning för de upplysningar som de tillhandahållit kommissionen, mer än 16 månader efter Outokumpu, såvitt avser perioderna 1988–1992 och 1998–1999.

129 Förstainstansrätten erinrar först om att kommissionen har ett utrymme för skönsmässig bedömning såvitt avser tillämpningen av förmildrande omständigheter (förstainstansrättens dom av den 8 juli 2004 i mål T-44/00, Mannesmannröhren-Werke mot kommissionen, REG 2004, s. II-2223, punkt 307).

130 Det ska härefter understrykas att en logisk följd av immuniteten mot böter är att den endast kan åtnjutas av en av deltagarna i en konkurrensbegränsande samverkan, eftersom den verkan som eftersträvas är att det skapas osäkerhet inom kartellerna genom att det uppmuntras till att dessa fall avslöjas för kommissionen. Osäkerheten uppstår just därför att deltagarna i kartellen är medvetna om att endast en av dem kommer att kunna åtnjuta immunitet mot böter genom att avslöja de andra deltagarna i överträdelsen, som således utsätts för risken att åläggas strängare böter.

131 I en sådan situation som den i förevarande mål, i vilken kommissionen har kännedom om att konkurrensbegränsande samverkan förekommer men saknar vissa grundläggande uppgifter för att fastställa hur länge överträdelsen totalt har pågått, är tillgången till ett sådant medel särskilt önskvärd, i synnerhet för att hindra att de som har gjort sig skyldiga till överträdelsen kommer överens om att undanhålla nämnda uppgifter.

132 En sådan situation skiljer sig från den där kommissionen redan har kännedom om bevisning, som den emellertid önskar komplettera. I sistnämnda fall är det motiverat att bevilja dem som har gjort sig skyldiga till överträdelsen en nedsättning av böterna i stället för att bevilja ett enda företag immunitet mot böter, eftersom syftet inte längre är att avslöja en omständighet som kan medföra en höjning av böterna, utan att samla in så många bevis som möjligt för att förbättra kommissionens möjligheter att fastställa omständigheterna i fråga.

133 Vad beträffar påståendet att Outokumpu och sökandena behandlades olika, räcker det med att påpeka att de inte befann sig i en likadan situation. Outokumpu tillhandahöll nämligen kommissionen – mer än ett år före sökandena – upplysningar om den ytterligare tid på åtta och ett halvt år som den konkurrensbegränsande samverkan hade pågått."

Sammanfattning av parternas argument

KME:s överklagande

172. KME har anmärkt att den förmildrande omständigheten "samarbete utanför meddelandet om samarbete" fyller en lucka i 1996 års meddelande om samarbete – som avhjälptes 2002 – genom att se till att ett företag som förser kommissionen med bevismaterial om faktiska omständigheter som kommissionen inte redan kände till, avseende överträdelsens allvar och/eller varaktighet, inte åläggs

strängare böter än om företaget inte hade försett kommissionen med bevismaterialet. Ett sådant företag beviljas partiell immunitet i förhållande till aspekter av överträdelsen som tidigare var okända för kommissionen och som kommissionen, tack vare företaget, kunde fastställa. Per definition kan endast ett företag åtnjuta denna fördel. Eftersom KME inte ifrågasatte denna princip, var det på grund av en misstolkning av vad KME gjort gällande som tribunalen fastställde huruvida kommissionen var skyldig ”att även bevilja sökandena en nedsättning för de upplysningar som de tillhandahållit kommissionen, mer än 16 månader efter Outokumpu, såvitt avser perioderna 1988–1992 och 1998–1999”.

173. KME har gjort gällande att det finns två möjliga alternativa kriterier för att tillämpa denna förmildrande omständighet. Den ska tillämpas på det första företag som förser kommissionen med a) *uppgifter* eller b) *bevismaterial* som denna inte redan kände till och som har en betydelse för en överträdelses allvar eller varaktighet. Enligt KME är det andra kriteriet det rätta, och tribunalen gjorde fel som tillämpade det första kriteriet när den bedömde vilken av de två samarbetande kartelldeltagarna – KME eller Outokumpu – som hade rätt att dra nytta av bestämmelsen. KME har åberopat följande omständigheter till stöd för sitt påstående:

(i) Motsvarande bestämmelser i meddelandena om samarbete från 2002 respektive 2006 [49] anger tydligt att endast ett företag som inger bevismaterial (och inte bara uppgifter) till kommissionen kan åtnjuta partiell immunitet.

(ii) 2002 och 2006 års meddelanden om samarbete föranledde inte kommissionen att ändra några delar av sin bötessättning och ”samarbete utanför meddelandet om samarbete” ska därför inte tolkas i strid med 2006 års meddelande.

(iii) Enligt 2002 och 2006 års meddelanden om samarbete hindrade inte den omständigheten att kommissionen eventuellt hade viss kännedom om kartellverksamhet att samarbetande part beviljades full immunitet från böter, även om kommissionens kännedom räckte för att genomföra en kontroll (men inte för att konstatera en överträdelse). På motsvarande sätt bör det faktum att kommissionen har viss kännedom om att en konkurrensbegränsande samverkan pågått under en viss period – bland annat till följd av obekräftade *uppgifter* från en kartelldeltagare – inte hindra en samarbetande

49 — Ovan fotnot 13.

part från att beviljas partiell immunitet om den senare inkommer med lämpligt *bevismaterial* om sådan samverkan, som gör att kommissionen kan slå fast att en kartell existerade under perioden i fråga.

(iv) Slutligen skulle företag vara mycket mindre benägna att samarbeta med kommissionen om de riskerade böter för perioder, för vilka de var de enda som tillhandahöll nödvändigt bevismaterial. Utan KME:s samarbete skulle kommissionen inte ha kunna slå fast att överträdelsen pågick kontinuerligt mellan 1988 och 2001. Skälen till att den förmildrande omständigheten i fråga kunde tillämpas till förmån för Outokumpu för perioderna 1988–1993 och 1999–2001 kan även åberopas vad avser KME under de nämnda perioderna. Följaktligen var det oskäligt att KME, som hade försett kommissionen med bevismaterial som denna inte tidigare kände till, avseende både överträdelsens allvar och varaktighet, ålades böter för en längre överträdelse som kommissionen endast hade kunnat fastställa (och inte bara misstänka) tack vare KME:s samarbete.

174. KME har därför yrkat att domstolen ska upphäva den överklagade domen i den mån tribunalen inte fann att KME skulle beviljas en nedsättning av den procentsats varmed böternas utgångsbelopp för perioderna från maj 1988 till november 1992 samt från maj 1998 till slutet av 1999 höjdes utifrån varaktigheten, ska ogiltigförklara den relevanta delen av det omtvistade beslutet och, inom ramen för sin obegränsade behörighet, räkna om böterna i enlighet därmed.

Kommissionens svar

175. Kommissionen har, med avseende på bedömningen av när partiell immunitet – i motsats till en nedsättning av böterna med hänsyn till samarbete – bör kunna tillämpas, anfört att tribunalen lämnade en tydlig och logisk förklaring som bemötte alla KME:s rättsliga argument. I punkterna 123–127 i sin dom, förklarade tribunalen att Outokumpu, genom att avslöja hur länge den konkurrensbegränsande samverkan verkligen varade, hade gjort det möjligt för kommissionen att höja utgångsbeloppet för böterna med 85 procent, medan den maximala nedsättning som kunde förekomma till följd av samarbete var 50 procent. Kommissionen bemötte denna paradox genom att sätta ned Outokumpus böter med ett belopp som motsvarade partiell immunitet för den ytterligare kartellperiod som företaget hade avslöjat. I punkterna 131 och 132 förklarade tribunalen hur den situationen skiljer sig från en situation där ett företag endast förser kommissionen med

bevismaterial avseende en kartellperiod som kommissionen redan kände till.

176. KME har begärt att domstolen ska ersätta tribunalens bedömning med en bedömning enligt det kriterium som KME har förordat. Inte nog med att en sådan begäran inte kan prövas i sak, men tribunalens bedömning var dessutom uppenbart riktig och KME:s bedömning är uppenbart felaktig. I och med att Outokumpu tillhandahöll uppgifter som inte tidigare var kända för kommissionen avslöjade Outokumpu hur länge kartellen verkligen hade pågått och kommissionen kunde för första gången undersöka och söka efter bevisning som kunde bevisa varaktighetens fulla längd. Utan detta avslöjande skulle det inte ha varit möjligt att i beslutet finna att en överträdelse pågått under den okända tiden. KME tillhandahöll endast bevisning som, även om den inte i sig redan fanns i kommissionens besittning, avsåg aspekter av överträdelsen som kommissionen redan kände till (inom den period som Outokumpu redan avslöjat). Därför hade denna bevisning inte någon sådan grundläggande påverkan på utredningen. Kommissionen undersökte redan och försökte finna bevisning för hur länge kartellen hade varat och skulle eventuellt ha fått tag på den även utan KME:s hjälp. KME underlättade kommissionens arbete, men det var allt.

177. Den skillnad KME gör mellan uppgifter och bevismaterial är inte avgörande. I verkligheten utgjorde de ”uppgifter” som Outokumpu tillhandahöll också bevismaterial. Den av Outokumpu utfärdade promemorian av den 30 maj 2001 som åberopades i punkt 124 i den överklagade domen användes som bevisning i det omtvistade beslutet. På motsvarande sätt fick kommissionen tack vare den ”bevisning” som KME tillhandahöll tveklöst vissa uppgifter om vissa förhållanden rörande kartellen. Den avgörande faktorn är huruvida ”uppgifter” eller ”bevismaterial” för första gången avslöjar ett förhållande avseende kartellen som har betydelse för dess allvar eller varaktighet och som inte kunde ha utretts utan det ifrågavarande företagets bistånd.

178. Dessutom skulle inte KME ha beviljats partiell immunitet enligt 2002 års meddelande om samarbete såsom åberopats. Det meddelandet beviljar endast partiell immunitet åt företag som ”lämnar in bevismaterial som gäller för kommissionen tidigare okända sakförhållanden som har ett direkt samband med den misstänkta kartellens betydelse och varaktighet”. Den bevisning som KME lämnade in avsåg sakförhållanden som redan var kända för kommissionen, nämligen hur länge kartellen hade varat.

179. KME:s alternativa kriterier skulle vara en kopia av de kriterier som uppställs för att bevilja nedsättning för samarbete enligt punkt D i 1996 års meddelande om samarbete, och göra den senare bestämmelsen omöjlig att tillämpa. Enligt denna bestämmelse ska ett företag som förser kommissionen med ”upplysningar, dokument eller annat bevismaterial som bidrar till att fastställa att överträdelsen har begåtts” beviljas en nedsättning med 10–50 procent. Enligt KME:s kriterier

skulle immunitet beviljas när meddelandet om samarbete uttryckligen anger att en högsta nedsättning om 50 procent ska tillämpas, vilket skulle förstöra det system som skapats genom meddelandet om samarbete. KME belönades vederbörligen för sitt samarbete, med en nedsättning av böterna med 30 procent, vilken fastställdes av tribunalen och inte har ifrågasatts i överklagandet.

180. Med avseende på huruvida tribunalens prövning var tillfredsställande, har kommissionen (i samband med den femte grunden för överklagandet, men med hänvisning till behandlingen av dess fjärde grund i första instans) anmärkt att KME har åberopat punkt 115 i den överklagade domen, där tribunalen angav att kommissionen, i avsaknad av tvingande anvisningar i riktlinjerna, hade bevarat ett visst utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om förmildrande omständigheter, samt punkt 129, där tribunalen återigen anmärkte att kommissionen hade ett utrymme för skönsmässig bedömning i detta hänseende. Dessa anmärkningar gjordes dock inom ramen för KME:s argument att kommissionen hade åsidosatt punkt 3 i riktlinjerna genom att bortse från vissa förmildrande omständigheter. Den fråga som tribunalen skulle avgöra var huruvida dessa argument rörde frågor där kommissionen var bunden enligt riktlinjerna eller om de rörde frågor där kommissionen fortfarande hade ett utrymme för skönsmässig bedömning. Detta är inte ett tecken på att tribunalen inte genomförde en tillfredsställande prövning, utan återspeglar bara arten av de argument som KME gjorde gällande i första instans. Med avseende på invändningen att KME skulle ha beviljats partiell immunitet till följd av samarbetet och inte ”bara” en nedsättning av böterna fann tribunalen i alla händelser att detta skulle ha varit felaktigt och angav, exempelvis, i punkt 132 att det var ”motiverat att bevilja dem som har gjort sig skyldiga till överträdelsen en nedsättning av böterna i stället för att bevilja ett enda företag immunitet mot böter, eftersom syftet inte längre är att avslöja en omständighet som kan medföra en höjning av böterna”.

Bedömning

181. Jag noterar att om KME:s böter hade beviljats en nedsättning i det omtvistade beslutet som, i praktiken, motsvarade den höjning av böterna som gjorts utifrån varaktigheten för de perioder som totalt uppgick till sex år och en månad, för vilka KME har påstått att företaget försåg kommissionen med ”avgörande bevisning”, skulle detta ha gett samma resultat som om en höjning endast hade tillämpats på den del av böterna som avsåg den återstående perioden på sex år och nio månader. Om höjningen per år hade uppgått till 10 procent, liksom för övriga deltagare, skulle detta ha inneburit en höjning på 67,5 procent, det vill säga 5 procent mer än den totala höjning som faktiskt (och kanske ofrivilligt) tillämpades. [50]

50 — Se ovan punkt 161 och följande punkter.

Även i detta avseende verkar det således troligt att resultatet, om tribunalen hade haft full överblick över situationen, kanske inte skulle ha varit till KME:s fördel, även om KME:s argument i denna del hade godtagits.

182. Under dessa förhållanden kan det måhända vara möjligt att inta samma betraktelsesätt som jag föreslagit avseende den tredje grunden för överklagandet och finna att föreliggande grund (jämte det argument som framfördes i första instans) saknar verkan. I föreliggande fall tycks dock frågan huruvida KME skulle ha behandlats som om företaget inte hade deltagit i kartellen under de tidsperioder för vilka det hade försett kommissionen med bevisning inte vara oskiljaktigt sammanflätad med frågan om höjningens procentsats. Frågan kan därför bemötas för sig.

183. KME:s argument vilar huvudsakligen på tre påståenden, som i princip alla måste ha konstaterats vara riktiga för att argumentet ska kunna godtas: a) Uppgifter som avslöjar en period under vilken en överträdelse pågått ska särskiljas från bevismaterial som bevisar att överträdelsen ägde rum under perioden i fråga. b) Om uppgifter tillhandahålls av en part först och bevismaterial tillhandahålls av en annan part senare, ska endast den senare parten åtnjuta immunitet avseende den relevanta perioden. c) Med avseende på perioderna från maj 1988 till november 1992 och från maj 1998 till slutet av 1999, tillhandahöll KME bevismaterial medan Outokumpu tidigare endast hade tillhandahållit uppgifter.

184. Vad gäller a) håller jag med kommissionen om att det inte går att dra någon meningsfull skiljelinje mellan uppgifter (med vilket KME synes mena uttalanden baserade på hågkomster) och bevismaterial (med vilket KME synes mena dokumentation eller andra handgripliga föremål från vilka slutsatser kan dras). Det är dock så att uppgifter tillhandahåller bevismaterial (annars skulle det aldrig finnas skäl att höra vittnen i rättegångar) och bevismaterial tillhandahåller uppgifter (utan vilka bevismaterialet inte skulle ha något värde). Tribunalen gjorde därför inte fel när den behandlade Outokumpus och KME:s bidrag på samma nivå med avseende på bidragens ändamålsenlighet för kommissionens undersökningar.

185. Med avseende på b) är det helt rimligt att olika bidrag, vare sig de utgör ”uppgifter” eller ”bevismaterial” uppvisar stora skillnader när det gäller deras ändamålsenlighet för en viss utredning, även om det i allmänhet inte är möjligt att skilja mellan uppgifter och bevismaterial på grund av deras beskaffenhet när det gäller ändamålsenligheten för en utredning. Således kan en kartelldeltagare tillhandahålla uppgifter eller bevismaterial avseende en period under vilken överträdelsen pågått, som är så oklar och ofullständig att den saknar praktisk nytta för kommissionen, medan en annan deltagare vid ett senare tillfälle tillhandahåller ingående uppgifter eller bevismaterial som är avgörande för att

fastställa att överträdelsen pågick under den aktuella tidsperioden. I sådana fall skulle det inte framstå som oskäligt om kommissionen, för det fall den beviljade en nedsättning av böterna i det hänseendet, behandlade den senare parten mer förmånligt. Om kommissionen i stället behandlade den första parten mer förmånligt skulle den senare parten med fog kunna yrka att tribunalen ska pröva detta förhållande inom ramen för sin obegränsade behörighet, även om resultatet skulle vara beroende av tribunalens bedömning av de faktiska omständigheterna. I alla händelser är det otvistigt att den ”logisk[a] följd av immuniteten mot böter” som tribunalen hänvisar till i punkt 130 i den överklagade domen ger stöd för att endast belöna den första deltagare som förser kommissionen med adekvat information eller bevisning.

186. Vad avser c) är frågan om KME:s ”bevismaterial” var avgörande för att kommissionen skulle kunna fastställa att kartellen varit verksam under tidsperioderna i fråga, medan de ”uppgifter” som Outokumpu tidigare hade lämnat in inte hade varit av sådan art att de kunde läggas till grund för några slutsatser, en faktisk omständighet som inte kan prövas i ett överklagande. Det följer vidare av punkterna 128 och 131–133 i den överklagade domen att tribunalen i denna del fann att Outokumpu hade tillhandahållit uppgifter som var avgörande för att fastställa överträdelsens totala varaktighet, vilka KME mer än 16 månader senare kompletterade med bevismaterial som förbättrade kommissionens möjlighet att fastställa de faktiska omständigheterna. Mot bakgrund av en sådan bedömning av sakförhållandena, kan det inte råda något tvivel om att tribunalen inte gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den underkände KME:s fjärde grunds fjärde del.

187. Slutligen, med avseende på frågan om tribunalen genomförde en tillfredsställande prövning, är det tydligt att de uttalanden som tribunalen gjorde avseende kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning vid beslutet att beakta förmildrande omständigheter inte på något sätt hindrade tribunalen från att på ett tillfredsställande sätt pröva och bemöta KME:s argument och att tribunalen grundade sin slutsats på en verklig bedömning av de faktiska omständigheter och argument som gjorts gällande.

Rättegångskostnader

188. Enligt artikel 122 första stycket i rättegångsreglerna ska domstolen, när överklagandet lämnas utan bifall[*], besluta om rättegångskostnaderna. [* I artikel 122 i den svenska versionen av rättegångsreglerna föreskrivs i denna del ”när överklagandet avvisas”. Övers. anm.] Enligt artikel 69.2 ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Jag anser att överklagandet i förevarande mål ska lämnas utan bifall. Kommissionen har yrkat ersättning för rättegångskostnaderna. KME ska därför förpliktas att ersätta kommissionens rättegångskostnader.

Förslag till avgörande

189. Mot bakgrund av det ovanstående anser jag att domstolen ska

— ogilla överklagandet, och

— förelägga KME Germany AG, KME France SAS och KME Italy SpA att ersätta kommissionens rättegångskostnader.