

ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

8 december 2011*

In zaak C-389/10P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie, ingesteld op 28 juli 2010,

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

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

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

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

rekwirantes,

* Procestaal: Engels.

andere partij bij de procedure:

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

verweester in eerste aanleg,

wijst

HET HOF (Tweede kamer),

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

advocaat-generaal: E. Sharpston,
griffier: L. Hewlett, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 12 mei 2011,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

Arrest

- 1 KME Germany AG, voorheen KM Europa Metal AG (hierna: „KME Germany”), KME France SAS, voorheen Tréfinmétaux SA (hierna: „KME France”), en KME Italy SpA, voorheen Europa Metalli SpA (hierna: „KME Italy”) (hierna samen: „KME-groep”), verzoeken om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 19 mei 2010, KME Germany e.a./Commissie (T-25/05; hierna: „bestreden arrest”), waarbij is verworpen hun beroep tot vermindering van de geldboeten die hun zijn opgelegd krachtens artikel 2, sub g tot en met i, van beschikking C(2004) 2826 van de Commissie van 3 september 2004 in een procedure op grond van artikel 81 [EG] en artikel 53 van de EER-overeenkomst (Zaak COMP/E-1/38.069 — Koperen leidingbuizen) (hierna: „litigieuze beschikking”).

Rechtskader

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

„Wanneer ondernemingen of ondernemersverenigingen opzettelijk of uit onachtzaamheid:

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

- b) zich gedragen in strijd met een verplichting opgelegd krachtens artikel 8, lid 1,

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

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

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

- 4 Artikel 23, leden 2 en 3, van verordening nr. 1/2003 luidt:

„2. De Commissie kan bij beschikking geldboetes opleggen aan ondernemingen en ondernemersverenigingen wanneer zij opzettelijk of uit onachtzaamheid:

- a) inbreuk maken op artikel 81 of artikel 82 van het Verdrag; [...]

[...]

Voor elke bij de inbreuk betrokken onderneming en ondernemersvereniging is de geldboete niet groter dan 10% van de totale omzet die in het voorafgaande boekjaar is behaald.

[...]

3. Bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete wordt zowel met de ernst, als met de duur van de inbreuk rekening gehouden.”

5 Artikel 31 van die verordening luidt:

„Het Hof van Justitie heeft volledige rechtsmacht terzake van beroep tegen beschikkingen van de Commissie waarin een geldboete of een dwangsom wordt vastgesteld. Het kan de opgelegde geldboete of dwangsom intrekken, verlagen of verhogen.”

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

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

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

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

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

- 9 Volgens de richtsnoeren gaat het bij zeer zware inbreuken in hoofdzaak om horizontale beperkingen van het type prijskartel en marktverdelingsregeling. Het mogelijke basisbedrag van de geldboete is „meer dan 20 miljoen [EUR]”. De richtsnoeren zetten uiteen dat dit basisbedrag moet worden gedifferentieerd teneinde rekening te houden met de aard van de gepleegde inbreuk, met de daadwerkelijke economische macht van de inbreukmakers om andere marktdeelnemers, met name de consumenten, aanzienlijke schade te berokkenen, met de afschrikkende werking van de geldboete en met de juridisch-economische kennis en middelen van ondernemingen waarmee het voor deze mogelijk is zich van het inbreukmakende karakter van hun gedragingen rekenschap te geven. Ook is gepreciseerd dat het in het geval van inbreuken waarbij verscheidene ondernemingen betrokken zijn, wenselijk kan zijn rekening te houden met het specifieke gewicht, en derhalve met de daadwerkelijke invloed van het inbreukmakende gedrag van elke onderneming afzonderlijk op de mededinging, met name wanneer er een aanzienlijk verschil bestaat in de grootte van de ondernemingen die eenzelfde soort inbreuk hebben gepleegd.

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

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

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

- 13 De mededeling inzake medewerking geeft de voorwaarden aan waaronder ondernemingen die met de Commissie samenwerken wanneer deze een onderzoek naar een mededingingsregeling instelt, van geldboeten kunnen worden vrijgesteld of aanspraak kunnen maken op een vermindering van de boete die hun anders zou worden opgelegd. Volgens titel B van die mededeling komt een onderneming die de mededingingsregeling bij de Commissie aanbrengt voordat deze een verificatie heeft verricht en zonder dat de Commissie nog over voldoende gegevens beschikt om het bestaan

van de aangebrachte mededingingsregeling te bewijzen, of die als eerste materiaal heeft verstrekt dat van doorslaggevend belang is om het bestaan van deze regeling te bewijzen, in aanmerking voor een vermindering van ten minste 75 % van de geldboete of voor een volledige niet-oplegging van die geldboete. Volgens titel D van die mededeling komt een onderneming met name in aanmerking voor een vermindering van 10 tot 50 % van de geldboete wanneer zij voordat een mededeling van de punten van bezwaar is verzonden, aan de Commissie inlichtingen dan wel schriftelijke of andere bewijsstukken verstrekt die bijdragen tot het bewijs van het bestaan van de inbreuk.

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

Voorgeschiedenis van het geding

- 15 Samen met andere ondernemingen die halffabrikaten in koper en in koperlegeringen produceren, hebben rekwirantes deelgenomen aan een mededingingsregeling waarbij de prijzen zijn vastgesteld, de markten zijn verdeeld en vertrouwelijke informatie is uitgewisseld in de sector koperen leidingbuizen.
- 16 Na verificaties en onderzoek heeft de Commissie op 3 september 2004 de litigieuze beschikking gegeven. Een samenvatting ervan is bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 13 juli 2006 (PB L 192, blz. 21).

- 17 Bij de beoordeling van de zwaarte van de betrokken inbreuk heeft de Commissie rekening gehouden met de eigen aard van de inbreuk, met de concrete weerslag ervan op de markt en met de omvang en grootte van de betrokken geografische markt. Zij heeft aangevoerd dat de praktijk van marktverdeling en prijsafspraken, waarom het in casu gaat, naar haar aard een zeer zware inbreuk was, en was van mening dat de door het kartel bestreken geografische markt overeenkwam met het grondgebied van de Europese Economische Ruimte (EER). De Commissie heeft ook rekening gehouden met het feit dat de markt voor koperen leidingbuizen een zeer belangrijke industriële sector was. Met betrekking tot de concrete weerslag op de markt heeft de Commissie vastgesteld dat voldoende bewijs voorhanden was dat het kartel in het algemeen een weerslag op de betrokken markt had gehad. De Commissie heeft daaruit afgeleid dat de betrokken ondernemingen een zeer zware inbreuk hadden gepleegd.
- 18 De Commissie heeft in de litigieuze beschikking vier groepen onderscheiden die volgens haar representatief waren voor het relatieve belang van de ondernemingen die bij de aan de orde zijnde inbreuk betrokken waren. De KME-groep is als de grootste speler op de betrokken markt aangemerkt en is in de eerste categorie ingedeeld.
- 19 De marktaandelen zijn bepaald aan de hand van de omzet die elke overtredende onderneming uit de verkoop van koperen leidingbuizen op de gecombineerde markt voor niet-omhulde koperen leidingbuizen en voor met plastic omhulde koperen leidingbuizen heeft gehaald. De Commissie heeft bijgevolg het uitgangsbetrag van de geldboeten vastgesteld op 70 miljoen EUR voor de KME-groep.
- 20 Aangezien KME France en KME Italy tot juni 1995 samen een onderneming vormden die losstond van KME Germany, is het voor de KME-groep op in totaal 70 miljoen EUR vastgestelde uitgangsbetrag van de geldboeten verdeeld als volgt: 35 miljoen EUR voor de KME-groep, 17,5 miljoen EUR voor KME Germany, 17,5 miljoen EUR voor KME Italy en KME France hoofdelijk.

21 Uit de litigieuze beschikking blijkt dat de Commissie de uitgangsbetragten van de geldboeten heeft vermeerderd met 10 % per volledig inbreukjaar en met 5 % voor elke bijkomende periode van gelijk aan of meer dan zes maanden, maar minder dan een jaar. Aldus is vastgesteld dat:

- het uitgangsbetrag van de geldboete van de KME-groep van 35 miljoen EUR wegens deelneming aan het kartel gedurende vijf jaar en zeven maanden met 55 % moest worden verhoogd;
- het uitgangsbetrag van de geldboete van KME Germany van 17,5 miljoen EUR wegens deelneming aan het kartel gedurende zeven jaar en twee maanden met 70 % moest worden verhoogd, en
- het uitgangsbetrag van de geldboete van KME France en KME Italy van 17,5 miljoen EUR wegens deelneming aan het kartel gedurende vijf jaar en tien maanden met 55 % moest worden verhoogd.

22 Zoals uit punt 719 van de litigieuze beschikking blijkt, zijn de basisbetragten van de aan rekwirantes opgelegde geldboeten na berekening van de verhoging wegens de duur van de inbreuk derhalve vastgesteld als volgt:

- KME-groep: 54,25 miljoen EUR;
- KME Germany: 29,75 miljoen EUR, en
- KME France en KME Italy (hoofdelijk): 27,13 miljoen EUR.

- 23 De Commissie heeft, zoals uit de punten 758 en 759 van de litigieuze beschikking blijkt, als verzachtende omstandigheid in aanmerking genomen dat de KME-groep en de groep gevormd door Outokumpu Oyj en Outokumpu Copper Products Oy (hierna samen: „Outokumpu-groep”) haar in het kader van hun respectieve medewerking informatie hadden verstrekt die niet onder de mededeling inzake medewerking viel. De Commissie heeft derhalve het basisbedrag van de aan de Outokumpu-groep opgelegde geldboete met 40,17 miljoen EUR verlaagd, hetgeen overeenkomt met de geldboete die haar zou zijn opgelegd voor de inbreukperiode van september 1989 tot juli 1997, die aan de hand van de door haar aan de Commissie verstrekte informatie kon worden vastgesteld. Het basisbedrag van de aan de KME-groep opgelegde geldboete is blijkens de punten 760 en 761 van de litigieuze beschikking met 7,93 miljoen EUR verlaagd wegens haar medewerking, die de Commissie in staat had gesteld vast te stellen dat de betrokken inbreuk ook de met plastic omhulde koperen leidingbuizen betrof.
- 24 Overeenkomstig artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 en artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 heeft de Commissie de bedragen van de aan de adressaten van de litigieuze beschikking op te leggen geldboeten vastgesteld als volgt:

— KME-groep: 32,75 miljoen EUR;

— KME Germany: 17,96 miljoen EUR, en

— KME France en KME Italy (hoofdelijk): 16,37 miljoen EUR.

Procesverloop voor het Gerecht en bestreden arrest

- 25 Rekwirantes hebben zeven middelen aangevoerd, die alle betrekking hadden op het bedrag van de geldboete die hun was opgelegd. Daarbij stelden zij respectievelijk dat de concrete weerslag van het kartel op de markt onjuist in aanmerking was genomen bij de berekening van het uitgangsbetrag van de geldboete, dat de omvang van de betrokken sector onjuist was beoordeeld, dat het belang van de KME-groep op de markt voor koperen leidingbuizen onjuist was beoordeeld, dat het uitgangsbetrag van de geldboete wegens de duur van het kartel onjuist was vermeerderd, dat bepaalde verzachtende omstandigheden niet in aanmerking waren genomen, dat de mededeling inzake medewerking onjuist was toegepast en dat de wankelende financiële situatie van de KME-groep niet in aanmerking was genomen.
- 26 Het Gerecht heeft alle middelen afgewezen en het beroep in zijn geheel verworpen.
- 27 Het heeft ook de reconventionele vordering van de Commissie tot verhoging van de geldboeten afgewezen.

Conclusies van partijen en procesverloop voor het Hof

- 28 De KME-groep verzoekt het Hof:

- het bestreden arrest te vernietigen;

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

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

- subsidiair, het bestreden arrest te vernietigen en de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht.

²⁹ De Commissie verzoekt het Hof:

- de hogere voorziening af te wijzen, en

- de KME-groep te verwijzen in de kosten.

³⁰ Het Hof heeft in algemene vergadering beslist dat de onderhavige zaak zonder conclusie zou worden berecht en dat de terechtzitting op dezelfde dag zou plaatsvinden als die in de zaak Chalkor/Commissie (C-386/10 P), die dezelfde mededingingsregeling betreft. Aangezien rekwirantes diverse middelen hebben aangevoerd die vergelijkbaar zijn met die welke zij hebben aangevoerd in de zaak KME Germany e.a./Commissie (C-272/09 P), waarvan de terechtzitting vroeger plaatsvond, die ook tegen de Commissie aanhangig was en betrekking had op een eerste beschikking waarbij een parallelle mededingingsregeling op de markt voor industriële koperen buizen was bestraft, zijn partijen echter verzocht om ter terechtzitting rekening te houden met de conclusie die advocaat-generaal Sharpston op 10 februari 2011 in deze zaak heeft uitgebracht.

Hogere voorziening

- 31 De KME-groep voert zes middelen aan. Daarbij stelt zij dat blijk is gegeven van diverse onjuiste opvattingen van het recht met betrekking tot de weerslag van de inbreuk op de markt en de inaanmerkingneming van de omzet en van de duur van de inbreuk, dat de richtsnoeren en de beginselen van billijkheid en gelijke behandeling zijn geschonden omdat bepaalde verzachtende omstandigheden niet in aanmerking zijn genomen, dat de richtsnoeren zijn geschonden, dat de motivering onjuist is en tot slot dat het recht op een effectief rechtsmiddel is geschonden.

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

Argumenten van partijen

- 32 Rekwirantes geven te kennen dat hun eerste middel de punten 81 tot en met 92 van het bestreden arrest betreft. Die punten worden voorafgegaan door een samenvatting van de argumenten van partijen en door een stellingname van het Gerecht over de ontvankelijkheid van bepaalde argumenten en van twee nieuwe economische rapporten die rekwirantes hadden overgelegd om aan te tonen dat de inbreuk geen concrete weerslag op de markt had, waarbij het Gerecht in punt 77 van het bestreden arrest heeft geconcludeerd dat deze argumenten en rapporten ontvankelijk waren.

33 De punten 81 tot en met 92 van het bestreden arrest luiden:

- „81 Wat vervolgens de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk betreft, zou, zelfs indien de Commissie niet had aangetoond dat het kartel een concrete weerslag op de markt heeft gehad, dit irrelevant zijn geweest voor de kwalificatie van de inbreuk als ‚zeer zwaar’ en dus voor het bedrag van de geldboete.
- 82 In dit verband blijkt uit het stelsel van sancties voor schending van de mededingingsregels, zoals opgezet door verordening nr. 17 en verordening nr. 1/2003 en uitgelegd door de rechtspraak, dat mededingingsregelingen zoals kartels op grond van de aard ervan de zwaarste geldboeten verdienen. Hun eventuele concrete weerslag op de markt, met name de vraag in hoeverre de mededingingsbeperking tot een hogere marktprijs heeft geleid dan het geval zou zijn geweest indien er geen kartel was, is geen doorslaggevend criterium voor de bepaling van het niveau van de geldboeten (zie in die zin arresten Hof van 7 juni 1983, *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, 100/80–103/80, *Jurispr. blz.* 1825, punten 120 en 129, en 16 november 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie*, C-286/98 P, *Jurispr. blz.* I-9925, punten 68-77; zie ook conclusie van advocaat-generaal Mischo in zaak C-283/98 P, arrest Hof van 16 november 2000, *Mo och Domsjö/Commissie*, *Jurispr. blz.* I-9855, I-9858, punten 95-101).
- 83 Voorts volgt uit de richtsnoeren dat overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die er met name toe strekken, zoals in casu, de prijzen vast te leggen en de klanten te verdelen, alleen al naar hun aard als ‚zeer zwaar’ kunnen worden aangemerkt, zonder dat dit soort gedragingen door een bepaalde weerslag of geografische omvang hoeft te worden gekenmerkt. Deze conclusie vindt steun in het feit dat, hoewel de beschrijving van ‚zware’ inbreuken uitdrukkelijk de weerslag op de markt en de gevolgen voor uitgestrekte gebieden van de gemeenschappelijke markt vermeldt, de beschrijving van ‚zeer zware’ inbreuken geen eisen stelt aangaande de concrete weerslag op de markt of de gevolgen voor

een bepaald geografisch gebied (arrest Gerecht van 25 oktober 2005, Groupe Danone/Commissie, T-38/02, Jurispr. blz. II-4407, punt 150).

- 84 Ten overvloede overweegt het Gerecht dat de Commissie rechtens afdoende heeft aangetoond dat het kartel een concrete weerslag op de betrokken markt heeft gehad.
- 85 In deze context dient te worden benadrukt dat verzoeksters' uitgangspunt dat de Commissie, indien zij zich op een concrete weerslag van het kartel beroept om de geldboete vast te stellen, wetenschappelijk dient aan te tonen dat er een tastbaar economisch effect op de markt is en een causaal verband bestaat tussen de weerslag en de inbreuk, door de rechtspraak is afgewezen.
- 86 Het Gerecht heeft immers herhaaldelijk geoordeeld dat de concrete weerslag van een mededingingsregeling op de markt rechtens afdoende bewezen is indien de Commissie in staat is concrete en geloofwaardige aanwijzingen te verstrekken waaruit met redelijke waarschijnlijkheid blijkt dat de mededingingsregeling een weerslag op de markt heeft gehad (zie met name arrest[en Gerecht van 18 juli 2005,] *Scandinavian Airlines System/Commissie*, [T-241/01, Jurispr. blz. II-2917], punt 122; [...] 27 september 2006, *Archer Daniels Midland/Commissie*, T-59/02, Jurispr. blz. II-3627, punten 159-161; *Jungbunzlauer/Commissie*, T-43/02, Jurispr. blz. II-3435, punten 153-155; *Archer Daniels Midland/Commissie*, T-329/01, Jurispr. blz. II-3255, punten 176-178, en *Roquette Frères/Commissie*, T-322/01, Jurispr. blz. II-3137, punten 73-75).
- 87 In dit verband moet eraan worden herinnerd dat de Commissie zich hoofdzakelijk op de volgende feiten heeft beroepen om te concluderen dat het kartel een concrete weerslag op de markt heeft gehad: de uitvoering van een systeem van gegevensuitwisseling inzake de verkoopvolumes en de prijsniveaus, het bestaan van in het kader van de kartelvergaderingen opgestelde documenten waarin sprake is van prijsverhogingen in bepaalde kartelperiodes en van de

omstandigheid dat het kartel de betrokken ondernemingen in staat had gesteld hun prijsdoelstellingen te bereiken, het aanzienlijke marktaandeel van alle kartelleden en de omstandigheid dat de respectieve marktaandelen van de kartel-deelnemers vrij stabiel zijn gebleven tijdens de gehele duur van de inbreuk [...].

- 88 Verzoeksters betogen dat de uitvoering van het kartel beperkt was en dat de overige door de Commissie aangevoerde elementen niet kunnen aantonen dat de aan de orde zijnde inbreuk een concrete weerslag op de markt heeft gehad.
- 89 Uit de rechtspraak volgt dat de Commissie uit de in punt 87 hierboven vermelde aanwijzingen kan afleiden dat de inbreuk een concrete weerslag op de markt heeft gehad (zie in die zin [reeds aangehaalde] arresten *Jungbunzlauer/Commissie*, punt 159, *Roquette Frères/Commissie*, punt 78; *Archer Daniels Midland/Commissie*, T-59/02, punt 165, en *Archer Daniels Midland/Commissie*, T-329/01, punt 181; arrest van 14 december 2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a./Commissie*, T-259/02–T-264/02 en T-271/02, *Jurispr. blz. II-5169*, punten 285-287).
- 90 Evenmin kan de Commissie worden verweten dat zij in de [litigieuze] beschikking heeft vastgesteld dat haar conclusies inzake de concrete weerslag van het kartel op de markt niet konden worden weerlegd op basis van het aanvankelijke rapport. Het aanvankelijke rapport heeft immers enkel betrekking op cijfergegevens over verzoeksters. Volgens de rechtspraak is de feitelijke houding die een onderneming naar eigen zeggen heeft aangenomen, irrelevant voor de beoordeling van de weerslag van een mededingingsregeling op de markt; enkel de gevolgen van de inbreuk in haar geheel dienen in aanmerking te worden genomen (arrest Hof van 8 juli 1999, *Commissie/Anic Partecipazioni*, C-49/92 P, *Jurispr. blz. I-4125*, punten 150 en 152; arresten Gerecht van 17 december 1991, *Hercules Chemicals/Commissie*, T-7/89, *Jurispr. blz. II-1711*, punt 342, en 9 juli 2003, *Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie*, T-224/00, *Jurispr. blz. II-2597*, punt 167).

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

92 Bovendien is het Gerecht in het kader van de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht en in het licht van het voorgaande van oordeel dat er geen reden is om het op basis van de zwaarte van de inbreuk vastgestelde uitgangsbetrag van de aan verzoeksters opgelegde geldboete, zoals de Commissie dit in punt 693 van de [litigieuze] beschikking heeft bepaald, opnieuw aan de orde te stellen.”

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

35 De Commissie betoogt om te beginnen dat het eerste middel niet slaagt. Dat middel houdt immers geen rekening met het feit dat het Gerecht in punt 92 van het bestreden arrest zijn volledige rechtsmacht heeft uitgeoefend om het uitgangsbetrag van de aan de KME-groep opgelegde geldboete, dat op basis van de zwaarte van de inbreuk is vastgesteld in punt 693 van de litigieuze beschikking, te bevestigen.

36 De Commissie voert vervolgens aan dat het Gerecht terecht heeft geconcludeerd dat de vaststellingen inzake de weerslag van de inbreuk op de markt niet doorslaggevend waren en dat het hoe dan ook de juiste juridische criteria heeft toegepast bij het onderzoek van deze weerslag. Tot slot merkt de Commissie op dat het eerste middel niet-ontvankelijk is omdat het de beoordeling van de feiten en het bewijs betreft en de conclusies van het Gerecht naar behoren gemotiveerd waren, met name punt 90 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht benadrukt dat enkel de gevolgen van de

inbreuk in haar geheel in aanmerking dienen te worden genomen, hetgeen verklaart waarom het de door rekwirantes voorgelegde hen betreffende econometrische rapporten niet in aanmerking nam.

Beoordeling door het Hof

- 37 Rekwirantes betwisten de vaststelling van het Gerecht, dat de inbreuk een „zeer zware inbreuk” in de zin van de richtsnoeren is, niet, maar wel de vaststellingen betreffende de inaanmerkingneming van de concrete weerslag van de mededingingsregeling op de markt bij de bepaling van het basisbedrag van de geldboete.
- 38 Volgens punt 1, A, van de richtsnoeren dient bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk slechts rekening te worden gehouden met de concrete weerslag ervan op de markt wanneer die meetbaar is.
- 39 Om de concrete weerslag van een mededingingsregeling op de markt te bepalen, dient namelijk de situatie waarin de markt als gevolg van de mededingingsregeling verkeert, te worden vergeleken met de situatie die bij vrije mededinging zou hebben bestaan. Aangezien een groot aantal variabelen een weerslag op de markt kunnen hebben, moet bij die vergelijking noodzakelijkerwijs van veronderstellingen worden uitgegaan.
- 40 In punt 629 van de litigieuze beschikking heeft de Commissie benadrukt dat onmogelijk kan worden bepaald hoe de prijzen tijdens de inbreukperiode zouden zijn geëvolueerd indien er geen mededingingsregeling was geweest. Na rekwirantes’ argumenten te hebben weerlegd, heeft zij aanwijzingen verstrekt waaruit zij in punt 673 van die beschikking kon afleiden dat de mededingingsbepalende regeling in haar geheel

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

- 41 Uit de litigieuze beschikking volgt dan ook dat de Commissie het in casu niet mogelijk heeft geacht om bij de berekening van de geldboete met de facultatieve factor „concrete weerslag van de inbreuk op de markt” rekening te houden omdat deze weerslag niet meetbaar was. Dit is niet aan de orde gesteld in het bestreden arrest.
- 42 Het Gerecht heeft in de punten 86 en 89 van het bestreden arrest herinnerd aan de rechtspraak inzake de bewijsvereisten in verband met de concrete weerslag van een mededingingsregeling op de markt. In de punten 87 en 90 van dat arrest heeft het overigens onderzocht of de Commissie rechtens afdoende had aangetoond dat de mededingingsregeling een concrete weerslag op de betrokken markt had. Het heeft dit onderzoek echter ten overvloede verricht, zoals het in punt 84 van dat arrest heeft vermeld, en nadat het in punt 82 van dat arrest correct in herinnering had gebracht dat de concrete weerslag van mededingingsregelingen op de markt niet doorslaggevend is bij de bepaling van de hoogte van de geldboeten. Bijgevolg slaagt rekwirantes' middel tegen dit gedeelte van de redenering van het Gerecht niet.
- 43 Hoe dan ook antwoordt de redenering van het Gerecht betreffende het bewijs van de weerslag van de inbreuk op de markt op het in de punten 58 tot en met 62 van het bestreden arrest samengevatte argument van rekwirantes dat de Commissie dit bewijs in de litigieuze beschikking niet heeft geleverd. Het Gerecht heeft geconcludeerd dat er gegevens waren die het bestaan van deze weerslag konden aantonen, maar heeft de onmogelijkheid om deze weerslag nauwkeurig te meten niet in twijfel getrokken.
- 44 Het Gerecht heeft zichzelf dan ook niet tegengesproken toen het herinnerde aan het beginsel dat de concrete weerslag van de inbreuk op de markt niet doorslaggevend is bij de bepaling van het bedrag van geldboeten en tegelijkertijd het bewijs van het bestaan van deze weerslag onderzocht.

- 45 Bijgevolg leiden rekwirantes ten onrechte uit het door het Gerecht verrichte onderzoek af, zoals uit de bewoordingen van hun eerste middel blijkt, dat de concrete weerslag van de inbreuk op de markt bij de berekening van het uitgangsbetrag van de hun opgelegde geldboete in aanmerking was genomen. Dat argument berust op een onjuist uitgangspunt.
- 46 Met betrekking tot de stelling dat het Gerecht het door rekwirantes overgelegde economisch bewijs onjuist heeft voorgesteld, wordt niet beweerd dat het Gerecht de economische rapporten heeft gelezen op een wijze die kennelijk in strijd is met de bewoordingen ervan (zie in die zin arrest van 10 februari 2011, Activision Blizzard Germany/Commissie, C-260/09 P, Jurispr. blz. I-419, punt 57), maar veeleer dat het Gerecht de inhoud van deze rapporten onjuist heeft beoordeeld. Hoe dan ook vermelden rekwirantes niet precies van welke gedeelten van die rapporten het Gerecht de duidelijke en nauwkeurige betekenis verkeerd heeft voorgesteld. Dat argument is dan ook niet-ontvankelijk.
- 47 Het eerste middel moet bijgevolg worden afgewezen.

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

Argumenten van partijen

- 48 Het tweede middel heeft in hoofdzaak betrekking op de punten 97 tot en met 101 van het bestreden arrest, die luiden als volgt:

„97 Om te beginnen moet worden vastgesteld dat er geen enkele geldige reden is om bij de berekening van de omzet op een betrokken markt bepaalde

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

- 98 De diverse bezwaren van verzoeksters volgens welke, in plaats van een beroep te doen op het criterium inzake de omzet op de betrokken markt, met het oog op de afschrikkende werking van geldboeten en gelet op het beginsel van gelijkheid van behandeling de geldboeten zouden moeten worden vastgesteld op basis van de rentabiliteit van de getroffen sector of van de desbetreffende toegevoegde waarde, zijn irrelevant.
- 99 Om te beginnen wordt de zwaarte van de inbreuk bepaald aan de hand van een groot aantal factoren ten aanzien waarvan de Commissie over een beoordelingsmarge beschikt (arrest Gerecht van 12 december 2007, BASF/Commissie, T-101/05 en T-111/05, Jurispr. blz. II-4949, punt 65), zonder dat een dwingende of uitputtende lijst van verplicht in aanmerking te nemen criteria is opgesteld (arrest Hof van 25 januari 2007, Dalmine/Commissie, C-407/04 P, Jurispr. blz. I-829, punt 129), en staat het niet aan de gemeenschapsrechter, maar aan de Commissie om in het kader van haar beoordelingsmarge en overeenkomstig de grenzen die uit het beginsel van gelijke behandeling en verordening nr. 17 en verordening nr. 1/2003 voortvloeien, de factoren en cijfers te kiezen waarmee zij rekening zal houden om een beleid te voeren dat waarborgt dat de in artikel 81 EG bedoelde verboden worden nageleefd.

- 100 Vervolgens lijdt het geen twijfel dat de omzet van een onderneming of een markt als factor voor de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk noodzakelijkerwijs vaag en gebrekkig is. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen de sectoren met grote toegevoegde waarde en de sectoren met kleine toegevoegde waarde en evenmin tussen de winstgevende ondernemingen en de ondernemingen die minder winstgevend zijn. Ondanks het feit dat het approximatief is, wordt het criterium inzake de omzet thans echter zowel door de gemeenschapswetgever als door de Commissie en door het Hof in het kader van het mededingingsrecht beschouwd als een geschikt criterium om de omvang en de economische macht van de betrokken ondernemingen te beoordelen [zie met name arrest *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, [reeds aangehaald], punt 121; artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, en punt 10 van de considerans en de artikelen 14 en 15 van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 24, blz. 1)].
- 101 Gelet op al het voorgaande heeft de Commissie dus terecht rekening gehouden met de koperprijs om de omvang van de betrokken markt te bepalen.”
- 49 Volgens rekwirantes heeft het Gerecht het Unierecht geschonden en het bestreden arrest ontoereikend gemotiveerd. Het was het namelijk eens met de verwijzing die de Commissie voor de beoordeling van de omvang van de betrokken markt — ter bepaling van de zwaarte van de hun opgelegde geldboete — maakte naar een marktwaarde die ten onrechte de verkoopinkomsten op een van de „kartel”markt onderscheiden upstreammarkt omvatte, hoewel de kartelleden niet verticaal geïntegreerd waren in de upstreammarkt.
- 50 Zij zetten uiteen dat de koperverwerkingsindustrie specifieke kenmerken heeft. In het bijzonder bepaalt de klant wanneer het metaal op de London Metal Exchange wordt gekocht en dus de prijs ervan. Zelfs al factureert de buizenproducent deze prijs met de verwerkingsmarge aan de klant, zou, indien deze prijs in aanmerking werd genomen bij de berekening van de omzet van de onderneming, geen rekening worden gehouden met de economische realiteit van de markt, die met name wordt gekenmerkt door het aanzienlijke aandeel van de grondstof in de kostprijs van het product

en de zeer aanzienlijke schommelingen in de prijs van deze grondstof. Het Gerecht zou die feiten hebben vastgesteld.

- 51 Volgens rekwirantes heeft het Gerecht het evenredigheidsbeginsel geschonden doordat het niet heeft geoordeeld dat de Commissie rekening diende te houden met de rechtspraak van het Gerecht en met haar eigen beschikkingspraktijk volgens welke zij bij de berekening van het uitgangsbetrag van de geldboete en/of bij de toepassing van de bovengrens van 10% van de omzet de kenmerken van de betrokken markt in aanmerking moet nemen.
- 52 Zij betogen voorts dat het Gerecht het non-discriminatiebeginsel, volgens hetwelk verschillende situaties verschillend moeten worden behandeld, heeft geschonden omdat het geen onderscheid heeft gemaakt tussen rekwirantes en andere ondernemingen waarvan de omzet niet dermate wordt beïnvloed door de prijs van de grondstof.
- 53 Rekwirantes betwisten tot slot de rechtspraak waarop het Gerecht zich heeft gebaseerd, die op de beoordelingsmarge van de Commissie berust. Het Gerecht heeft niet onderzocht of de criteria die de Commissie heeft gebruikt om de zwaarte van het kartel te bepalen, relevant en geschikt waren.
- 54 Volgens de Commissie heeft het Gerecht in punt 97 van het bestreden arrest terecht te kennen gegeven dat er in alle industriële sectoren aan het eindproduct inherente kosten bestaan die de fabrikant niet kan beheersen, maar die toch een wezenlijk element van het geheel van zijn activiteiten vormen en dus niet van zijn omzet kunnen worden uitgesloten bij de bepaling van het uitgangsbetrag van de geldboete.

- 55 Zij betoogt voorts dat het middel niet-ontvankelijk is voor zover rekwirantes het Hof verzoeken om de vraag of de sector koperen leidingbuizen al dan niet uniek is, anders te beoordelen dan het Gerecht.
- 56 De Commissie is van mening dat het Gerecht een objectieve beoordeling heeft gemaakt door met de omzet rekening te houden en niet met de omstreden gegevens die de aftrek van kosten „die niet kunnen worden beheerst” zou hebben meegebracht. Die conclusie is in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel.
- 57 De Commissie betwist tot slot de beweringen van rekwirantes over de wijze waarop de prijzen op de betrokken markt zijn vastgesteld. Er is geen sprake van een upstreammarkt die onderscheiden is van de door de mededingingsregeling bestreken markt. Er bestaat slechts één markt, die van koperen buizen, en koper is slechts een van de kosten.

Beoordeling door het Hof

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

- 59 Het Hof heeft hieruit weliswaar afgeleid dat bij de vaststelling van de geldboete rekening mag worden gehouden met zowel de totale omzet van de onderneming, die een aanwijzing vormt voor de omvang en de economische macht van de onderneming, als het gedeelte van deze omzet dat betrekking heeft op de goederen in verband waarmee de inbreuk is gepleegd, en dat dus een aanwijzing vormt voor de omvang van de inbreuk, maar het heeft toegegeven dat de totale omzet van een onderneming slechts een benaderende en onvolkomen aanwijzing vormt voor de omvang van deze onderneming (arrest *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, reeds aangehaald, punt 121; arresten van 17 december 1998, *Baustahlgewebe/Commissie*, C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punt 139; 28 juni 2005, *Dansk Rørindustri e.a./Commissie*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punt 243; 18 mei 2006, *Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie*, C-397/03 P, Jurispr. blz. I-4429, punt 100, en 19 maart 2009, *Archer Daniels Midland/Commissie*, C-510/06 P, Jurispr. blz. I-1843, punt 74).
- 60 Het heeft overigens meermaals benadrukt dat aan geen van deze cijfers een belang dient te worden toegekend dat onevenredig is aan dat van de andere factoren bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk (reeds aangehaalde arresten *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, punt 121; *Dansk Rørindustri e.a./Commissie*, punt 243; 18 mei 2006, *Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie*, punt 100, en 19 maart 2009, *Archer Daniels Midland/Commissie*, punt 74).
- 61 Het Gerecht heeft dus geen blijk gegeven van een onjuiste opvatting van het recht en heeft in het bijzonder noch het evenredigheidsbeginsel noch het non-discriminatiebeginsel geschonden toen het in punt 100 van het bestreden arrest in herinnering bracht dat het criterium inzake de omzet, ondanks het feit dat het vaag en onvolledig is, geschikt is om de omvang en de economische macht van de betrokken ondernemingen te beoordelen.
- 62 Voorts heeft het Gerecht evenmin van een onjuiste opvatting van het recht blijk gegeven toen het in punt 97 van het bestreden arrest oordeelde dat er geen enkele geldige reden bestaat om bij de berekening van de omzet op een betrokken markt bepaalde productiekosten uit te sluiten. Zoals het Hof in zijn arrest van heden, dat ook een geding tussen *rekwirantes* en de Commissie betreft (C-272/09 P), heeft geoordeeld, zou, indien het bruto-omzetcijfer in bepaalde gevallen wel en in andere gevallen niet

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

- 63 Met betrekking tot het verwijt dat het Gerecht niet heeft onderzocht of de criteria die de Commissie heeft gebruikt om de zwaarte van het kartel te bepalen, relevant en geschikt waren, dient in herinnering te worden gebracht dat het bij een beroep tegen een beslissing in mededingingszaken aan de verzoeker staat daarover middelen te formuleren, en niet aan het Gerecht om ambtshalve toezicht te houden op de weging van de factoren die de Commissie in aanmerking heeft genomen om het bedrag van de geldboete te bepalen.
- 64 In het bestreden arrest heeft het Gerecht het van hem vereiste toezicht uitgeoefend. Het heeft het door rekwirantes aangevoerde middel beantwoord en het heeft geen blijk gegeven van een onjuiste opvatting van het recht toen het in punt 101 van het bestreden arrest concludeerde dat de Commissie terecht rekening heeft gehouden met de koperprijs om de omvang van de betrokken markt te bepalen.
- 65 Het tweede middel is bijgevolg ongegrond.

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

Argumenten van partijen

- 66 Rekwirantes geven te kennen dat hun derde middel de punten 111 tot en met 117 van het bestreden arrest betreft. Zij betogen dat het Gerecht het Unierecht heeft

geschonden en het bestreden arrest op verwarrende, onlogische en ontoereikende wijze heeft gemotiveerd door het gedeelte van de litigieuze beschikking waarin de Commissie de richtsnoeren onjuist heeft toegepast, te bevestigen, en het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van gelijke behandeling heeft geschonden door het maximumpercentage voor verhoging van het uitgangsbetrag van hun geldboete wegens de duur van de inbreuk te hanteren.

- 67 Volgens rekwirantes blijkt uit punt 1, B, van de richtsnoeren dat het doel van de verhoging van de geldboete wegens de duur van de inbreuk is, „bepalingen van de concurrentie die de consument op duurzame wijze schade hebben berokkend, daadwerkelijk te bestraffen”. Ook uit de rechtspraak blijkt dat er een band moet bestaan tussen de duur van de inbreuk en de schadelijkheid ervan. Het Gerecht heeft niet onderzocht of de Commissie bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk daadwerkelijk het nodige belang heeft gehecht aan de omstandigheid dat de intensiteit en de doeltreffendheid van het kartel in de loop van de jaren zijn gewijzigd. Het Gerecht heeft dan ook in punt 116 van het bestreden arrest ten onrechte geoordeeld dat de verhoging van het uitgangsbetrag van de geldboete met 125 % niet kennelijk onevenredig is.
- 68 Overigens hebben de omstandigheid dat het Gerecht niet heeft erkend dat de KME-groep zich in een situatie bevond die zeer vergelijkbaar was met die van de verzoekende ondernemingen in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest van 19 mei 2010, IMI e.a./Commissie (T-18/05, Jurispr. blz. II-1769), en de omstandigheid dat het, anders dan in dat arrest, heeft geweigerd om het uitgangsbetrag van de geldboete opnieuw te bepalen, geleid tot een onrechtmatig verschil in behandeling van de KME-groep en van die ondernemingen.
- 69 Volgens de Commissie hebben rekwirantes de in de punten 111 tot en met 115 van het bestreden arrest gedane vaststellingen van het Gerecht niet weerlegd. Daar komt bij dat artikel 23, lid 3, van verordening nr. 1/2003 volgens haar zelf een onderscheid maakt tussen de zwaarte en de duur van de inbreuk en dat de inaanmerkingneming van de gelijke behandeling in verband met de duur van de inbreuk vereist dat deze duur wordt onderzocht, en niet de factoren betreffende de zwaarte van de inbreuk, zoals de intensiteit van de mededingingsregeling en de gevolgen ervan.

- 70 Met betrekking tot de verzoekende ondernemingen in voormelde zaak IMI e.a./Commissie herinnert de Commissie eraan dat het Gerecht de beschikking waarbij de inbreuk tegen die ondernemingen is vastgesteld heeft nietig verklaard voor een periode van zestien maanden. Die ondernemingen bevonden zich dus in een andere situatie dan rekwirantes.
- 71 De Commissie benadrukt tot slot dat de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, sub a, van verordening nr. 1/2003 worden opgelegd, om rekening te houden met de schade die een mededingingsregeling veroorzaakt, bepalen dat de geldboete voor elk inbreukjaar met 100 % wordt verhoogd. De verhoging met 10 % voor elk extra jaar, die in casu is toegepast, is in werkelijkheid zeer gering en kennelijk niet onevenredig.

Beoordeling door het Hof

- 72 Met hun derde middel betwisten rekwirantes zowel het beginsel dat de geldboete is verhoogd om rekening te houden met de duur van de inbreuk, als het resultaat van de toepassing van dit beginsel in hun geval, te weten de verhoging van het uitgangsbetrag van de geldboete, dat 70 miljoen EUR bedroeg, met 125 % om rekening te houden met een inbreukduur van 12 jaar en 9 maanden, waarbij voor elk jaar van deelneming een verhoging van 10 % is toegepast. Volgens de cijfers in punt 719 van de litigieuze beschikking, die in punt 22 van het onderhavige arrest zijn overgenomen, is het basisbedrag voor de KME-groep aldus op 111,13 miljoen EUR vastgesteld.
- 73 Het bezwaar tegen het resultaat is echter gebaseerd op het onjuiste uitgangspunt dat het verhogingspercentage 125 % bedroeg. Het was immers slechts 58,75 % ($111,13 / 70 = 1,5875$).

- 74 Met betrekking tot het beginsel dat de geldboete is verhoogd om rekening te houden met de duur van de inbreuk, hoeft niet feitelijk te worden aangetoond dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen deze duur en een grotere aantasting van de door de mededingingsregels nagestreefde Uniedoelstellingen.
- 75 Voor de toepassing van artikel 81, lid 1, EG is het namelijk overbodig om met de concrete gevolgen van een overeenkomst rekening te houden wanneer blijkt dat deze overeenkomst tot doel heeft de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalslen (zie in die zin arrest van 13 juli 1966, Consten en Grundig/Commissie, 56/64 en 58/64, Jurispr. blz. 450). Dit is met name het geval wanneer overeenkomsten, zoals in casu, duidelijke beperkingen van de mededinging bevatten, zoals de vaststelling van prijzen en de verdeling van de markt. Indien een mededingingsregeling de toestand van de markt op het tijdstip waarop zij wordt gesloten bepaalt, kan de lange duur ervan de marktstructuren doen verstarren en ertoe leiden dat de deelnemers aan de mededingingsregeling minder gestimuleerd zijn om te vernieuwen en te ontwikkelen. Hoe langer de mededingingsregeling heeft geduurd, hoe moeilijker het is en hoe meer tijd het vergt om terug te keren naar een toestand van vrije mededinging.
- 76 Zelfs al wijzigen de intensiteit en het kartel in de loop van de jaren, blijft dit kartel voortbestaan en dus de marktstructuren verder verstarren.
- 77 Voor het geval dat een overeenkomst helemaal niet is uitgevoerd, bepaalt punt 3 van de richtsnoeren dat het feit dat de inbreukmakende overeenkomsten of gedragsregels niet daadwerkelijk zijn toegepast, een verzachtende omstandigheid kan vormen op basis waarvan het basisbedrag van de geldboete wordt verminderd. Hiervan was echter in casu geen sprake. Rekwirantes hebben immers niet betwist dat zij de mededingingsregeling hebben uitgevoerd, maar enkel dat de wijzigende intensiteit van deze uitvoering en de concrete en objectieve impact van de mededingingsregeling op de consument niet in aanmerking zijn genomen.

- 78 Voorts kan het moeilijk zijn om de daadwerkelijke schade voor de consument in cijfers te vertalen. Een groot aantal variabelen speelt immers een rol bij met name de prijsvorming voor een fabriekaart.
- 79 Hoe dan ook vermeldt de Uniewetgever de duur van de inbreuk als een factor die als dusdanig in aanmerking moet worden genomen bij de vaststelling van de geldboeten.
- 80 Het Gerecht heeft in punt 117 van het bestreden arrest dan ook terecht geoordeeld dat het middel inzake de verhoging van de geldboete wegens de duur van de mededingingsregeling ongegrond was.
- 81 Met betrekking tot de verzoekende ondernemingen in voormelde zaak IMI e.a./Commissie, heeft het Gerecht, zoals uit punt 96 van dat arrest blijkt, geoordeeld dat de inbreuk gedurende een periode van iets meer dan zestien maanden onderbroken was. De situatie van die ondernemingen was dus zeer anders dan die van rekwirantes, die nooit hebben beweerd dat er een onderbreking van de inbreuk was, maar enkel hebben gesteld dat de intensiteit ervan had gevarieerd. Het Gerecht heeft het non-discriminatiebeginsel dan ook niet geschonden door rekwirantes en die ondernemingen anders te behandelen.
- 82 Het derde middel is bijgevolg ongegrond.

Vierde middel: schending van de richtsnoeren en van de beginselen van billijkheid en gelijke behandeling omdat bepaalde verzachtende omstandigheden niet in aanmerking zijn genomen

Argumenten van partijen

- 83 Rekwirantes geven te kennen dat hun vierde middel de punten 125 tot en met 142 van het bestreden arrest betreft. Zij betogen dat het Gerecht het Unierecht heeft geschonden door het vijfde middel van het beroep af te wijzen en het relevante gedeelte van de litigieuze beschikking, waarin de Commissie hun een vermindering van de geldboete wegens ten eerste de beperkte uitvoering van de overeenkomsten, ten tweede de crisis in de sector koperen leidingbuizen en ten derde hun medewerking buiten de werkings sfeer van de mededeling inzake medewerking heeft geweigerd, in strijd met de richtsnoeren en de beginselen van billijkheid en gelijke behandeling te bevestigen.
- 84 Rekwirantes betogen in de eerste plaats dat het Gerecht blijkt heeft gegeven van een onjuiste opvatting van het recht doordat het in het bestreden arrest totaal geen rekening heeft gehouden met de omstandigheid dat zij de overeenkomsten niet hebben uitgevoerd en dat zij concurrentie zijn aangegaan. Zij betwisten in dit verband het in punt 127 van dat arrest vermelde criterium dat het Gerecht heeft toegepast om te beoordelen of zij voldeden aan de voorwaarden voor toepassing van de verzachtende omstandigheid, te weten de vraag of zij zo duidelijk en in aanzienlijke mate waren tekortgeschoten in hun verplichtingen tot toepassing van de mededingingsregeling dat zij de werking van deze laatste hadden verstoord. Volgens rekwirantes is dat criterium strenger dan het criterium dat wordt toegepast om te bepalen wanneer een deelneming beëindigd is, te weten de vraag of openlijk afstand is genomen van de verboden afstemming, wat onlogisch is.

- 85 Zij betogen in de tweede plaats dat het Gerecht het non-discriminatiebeginsel heeft geschonden omdat het de moeilijke situatie in de sector leidingbuizen niet als verzachtende omstandigheid in aanmerking heeft genomen.
- 86 Rekwirantes betogen in de derde plaats dat het Gerecht het Unierecht heeft geschonden door het gedeelte van de litigieuze beschikking waarin de Commissie hun een vermindering van de geldboete wegens hun medewerking buiten de werkingssfeer van de mededeling inzake medewerking heeft geweigerd, te bevestigen. Alleen zij kwamen in aanmerking voor een vermindering van of gedeeltelijke immuniteit voor de geldboete, aangezien zij bewijs van de duur van de inbreuk hebben geleverd, wat de Outokumpu-groep, die slechts informatie over de totale duur van het kartel verstrekke, niet heeft gedaan.
- 87 Volgens de Commissie heeft het Gerecht de rechtspraak volgens welke de geldboete wegens niet-toepassing van de mededingingsregeling kan worden verminderd, juist toegepast.
- 88 Zij herinnert er voorts aan dat beslissingen betreffende andere mededingingsregelingen geen basis kunnen zijn voor een middel inzake schending van het non-discriminatiebeginsel. Hoe dan ook heeft de moeilijke periode in de sector zich na de mededingingsregeling voorgedaan.
- 89 Wat tot slot de medewerking betreft, betoogt de Commissie dat het vierde middel niet-ontvankelijk is voor zover de KME-groep het Hof verzoekt om zijn beoordeling in de plaats te stellen van die van het Gerecht.
- 90 Dit middel is volgens de Commissie bovendien ongegrond. Het Gerecht heeft een duidelijke en logische verklaring gegeven voor zijn beoordeling van de gevallen waarin gedeeltelijke immuniteit kan worden verleend en heeft daarbij geantwoord op alle argumenten rechtens van de KME-groep.

- 91 De geldboete van de Outokumpu-groep is verminderd omdat de door deze groep meegeedeelde informatie de Commissie in staat heeft gesteld onderzoek te verrichten en bewijs te vergaren. Rekwirantes hebben de taak vergemakkelijkt door bewijs te leveren, maar meer niet. Anders dan rekwirantes in hun hogere voorziening laten verstaan, genoten zij evenmin gedeeltelijke immuniteit op basis van de mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken. Die immuniteit heeft immers betrekking op bewijs van „feiten die de Commissie niet eerder bekend waren”, hetgeen niet het geval was voor de totale duur van het kartel.
- 92 De Commissie benadrukt tot slot dat de toepassing van een gedeeltelijke immuniteit in het door rekwirantes vermelde geval, in strijd zou zijn met titel D van de mededeling inzake medewerking, die reeds voorziet in een vermindering van de geldboete wanneer de onderneming aan de Commissie inlichtingen dan wel schriftelijke of andere bewijsstukken verstrekt die bijdragen tot het bewijs van het bestaan van de inbreuk.

Beoordeling door het Hof

- 93 Het eerste argument heeft betrekking op punt 127 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht heeft verwezen naar zijn rechtspraak dat de overtreders pas in aanmerking kunnen komen voor de verzachtende omstandigheid van punt 3, tweede streepje, van de richtsnoeren indien zij aantonen dat zij concurrentie zijn aangegaan of, althans, dat zij zo duidelijk en in aanzienlijke mate zijn tekortgeschoten in hun verplichtingen tot toepassing van de mededingingsregeling dat zij de werking van deze laatste hebben verstoord, en dat zij niet ogenschijnlijk met de overeenkomst hebben ingestemd en daardoor andere ondernemingen niet ertoe hebben aangezet de betrokken mededingingsregeling uit te voeren (arresten Gerecht van 8 juli 2004, Dalmine/Commissie, T-50/00, Jurispr. blz. II-2395, punt 292, en 15 maart 2006, Daiichi Pharmaceutical/Commissie, T-26/02, Jurispr. blz. II-713, punt 113).

- 94 In punt 491 van voormeld arrest Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a./Commissie heeft het Gerecht met name deze rechtspraak toegelicht en in herinnering gebracht dat een onderneming die in weerwil van de onderlinge afstemming met haar concurrenten een hiervan min of meer afwijkend beleid op de markt voert, gewoonweg kan proberen zich het kartel ten nutte te maken. Indien in een dergelijk geval verzachtende omstandigheden werden aanvaard, zou het immers al te gemakkelijk zijn voor ondernemingen om het risico van een zware geldboete tot een minimum te beperken, aangezien zij van een ongeoorloofd kartel zouden kunnen profiteren en vervolgens een vermindering van de geldboete zouden kunnen verkrijgen omdat zij slechts een beperkte rol bij de uitvoering van de inbreuk zouden hebben gespeeld, terwijl hun houding andere ondernemingen ertoe heeft aangezet zich te gedragen op een wijze die schadelijker is voor de mededinging (zie ook arrest Gerecht van 8 juli 2004, Mannesmannröhren-Werke/Commissie, T-44/00, Jurispr. blz. II-2223, punten 277 en 278).
- 95 Anders dan rekwirantes betogen bevindt een onderneming die haar deelneming aan een mededingingsregeling beëindigt, zich niet in dezelfde situatie als een onderneming die lid is van de mededingingsregeling, maar deze niet of niet langer uitvoert. In het laatste geval blijft de onderneming immers de mededinging schade berokkenen door haar deelneming aan eventuele discussies en door het — door het Gerecht opgemerkte — feit dat haar deelneming aan de mededingingsregeling andere ondernemingen kan aanzetten tot een gedrag dat schadelijk is voor de mededinging.
- 96 Het Gerecht heeft dus geen blijk gegeven van een onjuiste opvatting van het recht door de voorwaarden voor toepassing van de verzachtende omstandigheid van punt 3, tweede streepje, van de richtsnoeren eng uit te leggen. Zoals het Gerecht in punt 128 van het bestreden arrest heeft opgemerkt, hebben rekwirantes niet beweerd dat zij die voorwaarden vervulden. Het eerste argument is dan ook ongegrond.
- 97 Met betrekking tot het tweede argument kan ermee worden volstaan in herinnering te brengen dat kartels over het algemeen ontstaan wanneer een economische sector moeilijkheden ondervindt en dat deze moeilijkheden in beginsel geen verzachtende omstandigheid kunnen vormen.

- 98 De moeilijkheid om het niveau te vergelijken van geldboeten die zijn opgelegd aan ondernemingen die op verschillende markten, op soms totaal verschillende tijdstippen, aan verschillende overeenkomsten hebben deelgenomen, kan overigens voortvloeien uit de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om een efficiënt mededingingsbeleid te voeren (arrest van 2 oktober 2003, *Aristrain/Commissie*, C-196/99 P, Jurispr. blz. I-11005, punt 81). Het Gerecht heeft het non-discriminatiebeginsel dan ook niet geschonden toen het in punt 129 van het bestreden arrest oordeelde dat de omstandigheid dat de Commissie in vroegere zaken de economische situatie van de sector als verzachtende omstandigheid in aanmerking heeft genomen, niet betekent dat zij noodzakelijkerwijs deze praktijk moet blijven volgen.
- 99 Met betrekking tot het derde argument betwisten rekwirantes het bestreden arrest, maar preciseren en motiveren zij niet waarom het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting van het recht bij de redenering in de punten 136 tot en met 140 van dit arrest en zetten zij niet uiteen waarom er bij de overlegging van bewijs van feiten die de Commissie reeds bekend waren, eerder sprake zou zijn van verzachtende omstandigheden dan bij de vroegere overlegging van informatie die nieuw was voor de Commissie. Dat argument is te vaag en dus niet-ontvankelijk.
- 100 Het vierde middel is bijgevolg gedeeltelijk niet-ontvankelijk en gedeeltelijk ongegrond.

Vijfde middel: schending van de richtsnoeren en onjuiste motivering

Argumenten van partijen

- 101 Rekwirantes geven te kennen dat hun vijfde middel de punten 163 tot en met 174 van het bestreden arrest betreft. Zij betogen dat het Gerecht blijk heeft gegeven van

een onjuiste opvatting van het recht en op onlogische en ontoereikende wijze heeft gemotiveerd waarom het het zevende middel van het beroep heeft afgewezen en de weigering van de Commissie om hun een vermindering van de geldboete te verlenen wegens hun onvermogen om te betalen, met name door de financiële last die hun reeds was opgelegd in de zaak betreffende industriële koperen buizen, heeft bevestigd. Zij betogen dat het Gerecht niet het juiste criterium heeft toegepast, aangezien een onderneming enkel dient aan te tonen dat een zware sanctie haar zeer ernstige economische en financiële schade zou berokkenen. Zij stellen voorts dat het Gerecht het tweede onderdeel van het criterium van punt 5, sub b, van de richtsnoeren onjuist heeft uitgelegd doordat het heeft geconcludeerd dat geen „bepaalde sociale context” in de zin van dit punt een vermindering van de geldboete rechtvaardigde. Zij betogen tot slot dat het bestreden arrest niet heeft verholpen aan de onrechtmatige discriminerende behandeling waaraan de Commissie hen heeft onderworpen in vergelijking met SGL Carbon AG in de zaken die aanleiding hebben gegeven tot de arresten van 29 juni 2006, SGL Carbon/Commissie (C-308/04 P, Jurispr. blz. I-5977), en 10 mei 2007, SGL Carbon/Commissie (C-328/05 P, Jurispr. blz. I-3921).

- 102 De Commissie wijst er om te beginnen op dat het eerste argument van rekwirantes geen betrekking heeft op een in het bestreden arrest aan het licht gebrachte onjuiste opvatting van het recht en dat het Gerecht zich niet heeft uitgesproken over de betekenis van de uitdrukking „onvermogen om te betalen”. Bovendien is het vraagstuk van de „bepaalde sociale context” niet aan het Gerecht voorgelegd. Hoe dan ook zijn de beweringen van rekwirantes vaag en betreffen zij beoordelingen inzake de feiten en het bewijs, wat in een hogere voorziening niet-ontvankelijk is. Tot slot heeft het Gerecht rekwirantes argument inzake discriminatie terecht afgewezen op grond dat de praktijk van de Commissie in vroegere beschikkingen niet als rechtskader voor geldboeten dient. De situatie van SGL Carbon AG was hoe dan ook anders.

Beoordeling door het Hof

- 103 Het Gerecht heeft in punt 165 van het bestreden arrest geen blijk gegeven van een onjuiste opvatting van het recht toen het in herinnering bracht dat de Commissie

niet verplicht is om rekening te houden met de verliesgevende situatie van de betrokken onderneming, aangezien de erkenning van een dergelijke verplichting zou neerkomen op het verschaffen van een ongerechtvaardigd concurrentievoordeel aan de ondernemingen die het minst zijn aangepast aan de eisen van de markt (zie arrest van 8 november 1983, IAZ International Belgium e.a./Commissie, 96/82–102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, Jurispr. blz. 3369, punten 54 en 55, arresten Dansk Rørindustri e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 327, 29 juni 2006, SGL Carbon/Commissie, reeds aangehaald, punt 105, en 10 mei 2007, SGL Carbon/Commissie, reeds aangehaald, punt 100).

- 104 De Commissie hoeft nog minder rekening te houden met een vermeend onvermogen om te betalen omdat een financiële sanctie is opgelegd voor een andere inbreuk op het mededingingsrecht. De onderneming is immers de eerste verantwoordelijke voor een dergelijke situatie, die is ontstaan door haar onrechtmatig gedrag.
- 105 Zoals in punt 98 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, kan de moeilijkheid om het niveau te vergelijken van geldboeten die zijn opgelegd aan ondernemingen die op verschillende markten, op soms totaal verschillende tijdstippen, aan verschillende overeenkomsten hebben deelgenomen, overigens voortvloeien uit de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om een efficiënt mededingingsbeleid te voeren. Het Gerecht heeft het non-discriminatiebeginsel dan ook niet geschonden toen het in punt 164 van het bestreden arrest oordeelde dat de omstandigheid dat de Commissie in vroegere zaken de financiële moeilijkheden van een onderneming in aanmerking heeft genomen, niet betekent dat zij in een latere zaak diezelfde beoordeling moet maken.
- 106 Tot slot is het vijfde middel voor het overige bijzonder algemeen, aangezien rekwirantes enkel beweren dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting van het recht, maar niet preciseren waarin deze juist bestaat. Hoe dan ook is het Hof niet bevoegd om de feitelijke beoordelingen van het Gerecht, zoals die in de punten 169 en 170 van het bestreden arrest, te onderzoeken.

107 Het vijfde middel is bijgevolg gedeeltelijk niet-ontvankelijk en gedeeltelijk ongegrond.

Zesde middel: schending van het recht op een effectief rechtsmiddel

Argumenten van partijen

108 Rekwirantes betogen dat het Gerecht het Unierecht en hun fundamenteel recht op een effectief en onbelemmerd rechtsmiddel heeft geschonden omdat het hun argumenten niet aandachtig en zorgvuldig heeft onderzocht en zich op buitensporige en onredelijke wijze op de beoordelingsbevoegdheid van de Commissie heeft verlaten. Zij betwisten meer bepaald de wijze waarop het Gerecht het tweede middel van het beroep, inzake de omvang van de markt, het vierde middel van het beroep, inzake de duur van de inbreuk, en het vijfde middel van het beroep, inzake verzachtende omstandigheden, heeft onderzocht. Dat het Gerecht heeft geweigerd om de middelen en argumenten die zij in hun verzoekschrift hebben aangevoerd, zorgvuldig en aandachtig te onderzoeken, komt neer op een schending van hun fundamenteel recht op een volledig, effectief en rechtvaardig rechterlijk toezicht op de litigieuze beschikking door een onpartijdige en onafhankelijke rechter.

109 Rekwirantes zetten uiteen dat de doctrine van de „beoordelingsmarge” en de „rechterlijke terughoudendheid” thans geen toepassing meer mag vinden. Het Unierecht wordt nu immers gekenmerkt door de enorme geldboeten die de Commissie oplegt. Deze ontwikkeling wordt vaak aangeduid als de facto „verstrafrechtelijking” van het Unierecht inzake mededinging.

- 110 Bovendien sluit de rechtstreekse werking van de in artikel 81, lid 3, EG neergelegde uitzondering, die bij verordening nr. 1/2003 is ingevoerd ter vervanging van de vroegere machtigingsregeling, per definitie uit dat de Commissie een beoordelingsmarge heeft bij de toepassing van de mededingingsregels en vereist zij dus slechts een zeer beperkte terughoudendheid van de rechters die toezicht uitoefenen op de wijze waarop de Commissie deze regels in een concreet geval toepast.
- 111 Rekwirantes betogen bovendien dat de beoordelingsmarge van de Commissie niet kan worden gerechtvaardigd door de vermeende grotere deskundigheid van de Commissie om ingewikkelde feiten of economische vraagstukken te beoordelen. Zij merken in dit verband op dat zowel het Hof als het Gerecht met goed resultaat bijzonder intens rechterlijk toezicht op ingewikkelde gevallen hebben uitgeoefend.
- 112 Evenzo mag het Gerecht de Commissie gelet op de volledige rechtsmacht die het Gerecht bij artikel 261 VWEU en artikel 31 van verordening nr. 1/2003 is verleend, geen beoordelingsmarge toekennen, en dit niet alleen met betrekking tot de passendheid en evenredigheid van de hoogte van een geldboete, maar ook ter zake van de werkwijze die de Commissie hanteert om haar berekeningen te maken. Volgens rekwirantes moet het Gerecht onderzoeken hoe de Commissie in elk concreet geval de zwaarte en de duur van een onrechtmatige handelwijze heeft beoordeeld en kan het dus zijn eigen beoordeling in de plaats stellen van die van de Commissie door de geldboete nietig te verklaren, te verminderen of te vermeerderen.
- 113 Volgens rekwirantes dient de Commissie steeds een samenhangend en niet-discriminerend beleid te voeren bij de bepaling van de hoogte van een sanctie die wegens schending van de mededingingsregels wordt opgelegd. Dit houdt in dat zij ondernemingen die zich in het kader van afzonderlijke, bij aparte beschikkingen vastgestelde inbreuken in vergelijkbare situaties bevinden, op dezelfde wijze behandelt. Indien dat niet het geval was, zou de beoordelingsmarge van de Commissie een zuiver arbitraire handelwijze worden omdat de Commissie haar beleid inzake geldboeten in elk individueel geval naar eigen goeddunken zou mogen wijzigen.

- 114 Rekwirantes herinneren er ook aan dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van oordeel is dat de uitvoering van het bestuursrecht door middel van bestuurlijke beslissingen en geldboeten op zich niet in strijd is met artikel 6, lid 1, van het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM”). Die uitvoering moet echter worden beheerst door voldoende sterke procedurele waarborgen en vergezeld gaan van een regeling inzake effectief rechterlijk toezicht, die volle rechtsmacht voor het toezicht op bestuurlijke beslissingen omvat. Het recht op een „doeltreffende voorziening in rechte” is ook neergelegd in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”).
- 115 Om te beginnen benadrukt de Commissie dat rekwirantes hun beroepen tot vermindering van de geldboete hebben gebaseerd op artikel 230 EG en niet op de in artikel 31 van verordening nr. 1/2003 neergelegde volledige rechtsmacht.
- 116 Met betrekking tot het antwoord op het tweede, het vierde en het vijfde middel van het beroep is de Commissie van mening dat het Gerecht niettegenstaande de verwijzingen naar de beoordelingsbevoegdheid van de Commissie een doeltreffend en grondig toezicht heeft uitgeoefend op de berekening van de aan de KME-groep opgelegde geldboete en tot zijn eigen conclusies is gekomen die bevestigden dat deze middelen ongegrond waren.
- 117 Tot slot zinspeelt de KME-groep volgens de Commissie enkel op „strafrechtelijke beschuldigingen” en op artikel 6, lid 1, EVRM, maar gaat het niet in op de gevolgen die daaraan moeten worden verbonden.

Beoordeling door het Hof

- 118 Rekwirantes betwisten zowel de wijze waarop het Gerecht heeft verklaard rekening te moeten houden met de ruime beoordelingsmarge van de Commissie als de wijze waarop het daadwerkelijk toezicht op de litigieuze beschikking heeft uitgeoefend. Zij beroepen zich in dit verband op artikel 6 EVRM en op het Handvest.
- 119 Het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming vormt een algemeen beginsel van Unierecht, dat thans is neergelegd in artikel 47 van het Handvest (zie arrest van 22 december 2010, *DEB*, C-279/09, Jurispr. blz. I-13849, punten 30 en 31; beschikking van 1 maart 2011, *Chartry*, C-457/09, Jurispr. blz. I-819, punt 25, en arrest van 28 juli 2011, *Samba Diouf*, C-69/10, Jurispr. blz. I-7151, punt 49).
- 120 Het rechterlijk toezicht op beslissingen van de instellingen is opgezet bij de oprichtingsverdragen. Naast het wettigheidstoezicht, dat thans in artikel 263 VWEU is neergelegd, is een toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht voorzien voor de door verordeningen bepaalde sancties.
- 121 Met betrekking tot het wettigheidstoezicht heeft het Hof geoordeeld dat de Commissie in economisch ingewikkelde kwesties weliswaar een beoordelingsmarge heeft, maar dat dit niet wegneemt dat de Unierechter de interpretatie van de Commissie van economische gegevens mag toetsen. Met name dient de Unierechter immers niet enkel de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen, en de betrouwbaarheid en samenhang ervan, te onderzoeken, maar moet hij ook nagaan of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe toestand en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen onderbouwen (zie arresten van 15 februari 2005, *Commissie/Tetra Laval*, C-12/03 P, Jurispr. blz. I-987, punt 39, en 22 november 2007, *Spanje/Lenzing*, C-525/04 P, Jurispr. blz. I-9947, punten 56 en 57).

- 122 Met betrekking tot de sanctie voor inbreuken op het mededingingsrecht bepaalt artikel 15, lid 2, tweede alinea, van verordening nr. 17 dat bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete niet alleen rekening wordt gehouden met de zwaarte, maar ook met de duur van de inbreuk. Diezelfde tekst is te vinden in artikel 23, lid 3, van verordening nr. 1/2003.
- 123 Het Hof heeft geoordeeld dat voor de vaststelling van de hoogte van de geldboeten rekening moet worden gehouden met de duur van de inbreuken en met alle factoren die van belang kunnen zijn voor de beoordeling van de zwaarte ervan, zoals het gedrag van elk van de ondernemingen, de rol die elk van hen heeft gespeeld om te komen tot de onderling afgestemde feitelijke gedragingen, de winst die zij uit deze gedragingen hebben kunnen behalen, hun omvang, de waarde van de betrokken goederen en het gevaar dat dergelijke inbreuken opleveren voor de Europese Gemeenschap (reeds aangehaalde arresten *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, punt 129, en *Dansk Rørindustri e.a./Commissie*, punt 242, en arrest van 3 september 2009, *Prym en Prym Consumer/Commissie*, C-534/07 P, Jurispr. blz. I-7415, punt 96).
- 124 Het Hof heeft ook te kennen gegeven dat rekening moet worden gehouden met objectieve factoren zoals de inhoud en de duur van de mededingingsversturende gedragingen, het aantal en de intensiteit daarvan, de grootte van de betrokken markt en de schade die de economische openbare orde heeft geleden. Bij het onderzoek moet ook rekening worden gehouden met de relatieve grootte en het marktaandeel van de verantwoordelijke ondernemingen, en met een eventuele recidive (arrest van 7 januari 2004, *Aalborg Portland e.a./Commissie*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 91).
- 125 Door dat grote aantal factoren dient de Commissie een grondig onderzoek van de omstandigheden van de inbreuk te verrichten.
- 126 Met het oog op transparantie heeft de Commissie de richtsnoeren vastgesteld. Daarin geeft zij te kennen op welke basis zij een bepaalde omstandigheid van de inbreuk in aanmerking zal nemen en welke gevolgen daaraan zullen kunnen worden verbonden voor de hoogte van de geldboete.

- 127 De richtsnoeren, waarvan het Hof heeft geoordeeld dat zij een gedragsregel vormen voor de te volgen praktijk waarvan de administratie in een concreet geval niet mag afwijken zonder redenen te geven die verenigbaar zijn met het beginsel van gelijke behandeling (arrest van 18 mei 2006, Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie, reeds aangehaald, punt 91), beschrijven enkel de wijze waarop de Commissie de inbreuk onderzoekt en de criteria die de Commissie zichzelf verplicht in aanmerking te nemen bij de vaststelling van de geldboete.
- 128 Handelingen van de Unie moeten worden gemotiveerd. In casu is die verplichting van bijzonder belang. Het staat aan de Commissie haar beslissing te motiveren en met name uiteen te zetten hoe zij de in aanmerking genomen factoren heeft gewogen en beoordeeld (zie in die zin arrest Prym en Prym Consumer/Commissie, reeds aangehaald, punt 87). De rechter moet ambtshalve nagaan of een motivering aanwezig is.
- 129 Bovendien staat het aan de Unierechter het hem toevertrouwde wettigheidstoezicht uit te oefenen op basis van de gegevens die de verzoeker ter onderbouwing van de aangevoerde middelen voorlegt. Bij dat toezicht kan de rechter zich niet verlaten op de beoordelingsmarge waarover de Commissie beschikt, noch met betrekking tot de keuze van de factoren die bij de toepassing van de in de richtsnoeren vermelde criteria in aanmerking worden genomen, noch met betrekking tot de beoordeling van deze factoren, om af te zien van een grondig toezicht in rechte en in feite.
- 130 Het wettigheidstoezicht wordt aangevuld door de toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht die de Unierechter bij artikel 17 van verordening nr. 17 werd verleend en die thans is neergelegd in artikel 31 van verordening nr. 1/2003, overeenkomstig artikel 261 VWEU. Naast het eenvoudige wettigheidstoezicht op de sanctie is de rechter op basis van zijn volledige rechtsmacht bevoegd om zijn beoordeling in de plaats te stellen van die van de Commissie en dus de opgelegde geldboete of dwangsom in te trekken, te verminderen of te vermeerderen (zie in die zin arrest van 15 oktober 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P en C-254/99 P, Jurispr. blz. I-8375, punt 692).

- 131 Benadrukt moet echter worden dat de uitoefening van de volledige rechtsmacht niet neerkomt op een ambtshalve toezicht. Voorts zij eraan herinnerd dat de procedure voor de Unierechters op tegenspraak wordt gevoerd. Met uitzondering van de middelen van openbare orde die de rechter ambtshalve moet opwerpen, zoals de omstandigheid dat de betrokken beslissing niet is gemotiveerd, staat het aan de verzoeker middelen tegen deze beslissing aan te voeren en bewijs te leveren ter onderbouwing van deze middelen.
- 132 Dat procedurevoorschrift is niet in strijd met de regel dat het bij inbreuken op de mededingingsregels aan de Commissie staat de door haar vastgestelde inbreuken te bewijzen en de elementen aan te dragen die rechtens afdoende bewijzen dat de feiten die een inbreuk vormen, bestaan. Aan een verzoeker wordt in het kader van een beroep in rechte namelijk gevraagd de bestreden elementen van de betrokken beslissing te identificeren, grieven daarover te formuleren en bewijs te leveren, dat uit ernstige aanwijzingen kan bestaan, om aan te tonen dat zijn grieven gegrond zijn.
- 133 Het in de Verdragen bepaalde toezicht houdt dus in dat de Unierechter een toezicht in feite en in rechte uitoefent en dat hij het bewijs kan beoordelen, de betrokken beslissing kan nietig verklaren en de hoogte van de geldboeten kan wijzigen. Het in artikel 263 VWEU neergelegde wettigheidstoezicht, aangevuld met de in artikel 31 van verordening nr. 1/2003 neergelegde toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht ter zake van de hoogte van de geldboete, is bijgevolg niet in strijd met het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming dat in artikel 47 van het Handvest is verankerd.
- 134 Daaruit volgt dat het zesde middel ongegrond is voor zover het de toetsing van de regels inzake het rechterlijk toezicht aan het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming betreft.

- 135 Voor zover het betrekking heeft op de wijze waarop het Gerecht het toezicht op de litigieuze beschikking in het kader van het tweede, het vierde en het vijfde middel van het beroep heeft uitgeoefend, valt het onderhavige middel samen met het tweede, het derde en het vierde middel van de hogere voorziening en is het dus reeds door het Hof onderzocht.
- 136 In dit verband heeft het Gerecht weliswaar herhaaldelijk, met name in de punten 52 tot en met 54, 99, 114, 136 en 150 van het bestreden arrest, verwezen naar de „beoordelingsbevoegdheid”, de „aanzienlijke beoordelingsmarge” of de „ruime beoordelingsmarge” van de Commissie, maar dit heeft het Gerecht niet belet het volledige toezicht in rechte en in feite uit te oefenen waartoe het gehouden is.
- 137 Het zesde middel is bijgevolg ongegrond.
- 138 Derhalve kan geen van de middelen die de KME-groep ter onderbouwing van haar hogere voorziening heeft aangevoerd, worden aanvaard. De hogere voorziening dient dan ook te worden afgewezen.

Kosten

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

Het Hof (Tweede kamer) verklaart:

- 1) **De hogere voorziening wordt afgewezen.**

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

ondertekeningen