DOMSTOLENS DOM (Anden Afdeling)

8. december 2011 *

I sag C-272/09 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statutten for Domstolen, iværksat den 15. juli 2009,

KME Germany AG, tidligere KM Europa Metal AG, Osnabrück (Tyskland),

KME Frankrig SAS, tidligere Tréfimétaux SA, Courbevoie (Frankrig),

KME Italy SpA, tidligere Europa Metalli SpA, Firenze (Italien),

ved avvocato M. Siragusa, avocat A. Winckler, avvocato G.C. Rizza, advokat T. Graf og avvocato M. Piergiovanni,

appellanter,

* Processprog: engelsk.

den anden part i appelsagen:

Europa-Kommissionen ved E. Gippini Fournier og J. Bourke, som befuldmægtigede, bistået af solicitor C. Thomas, med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt i første instans,

har

DOMSTOLEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J.N. Cunha Rodrigues, og dommerne U. Lõhmus, A. Rosas (refererende dommer), A. Ó Caoimh og A. Arabadjiev,

generaladvokat: E. Sharpston
justitssekretær: fuldmægtig K. Malacek,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 6. oktober 2010,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 10. februar 2011,

afsagt følgende

Dom

1 Ved deres appel har KME Germany AG, tidligere KM Europa Metal AG, KME France SAS, tidligere Tréfimétaux SA, og KME Italy SpA, tidligere Europa Metalli SpA (herefter samlet »KME-koncernen«), nedlagt påstand om ophævelse af dom afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 6. maj 2009, KME Germany m.fl. mod Kommissionen (sag T-127/04, Sml. II, s. 1167, herefter »den appellerede dom«), hvori sagsøgerne ikke fik medhold i deres påstand om annullation eller nedsættelse af de bøder, de var blevet pålagt i henhold til artikel 2, litra c)-e), i Kommissionens beslutning K(2003) 4820 endelig af 16. december 2003 om en procedure efter [artikel 81 EF] og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/E-1/38.240 — Industrielle kobberrør) (herefter »den anfægtede beslutning«).

Retsforskrifter

2 Artikel 15, stk. 2, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel [81] og [82] (EFT 1959-1962, s. 81), bestemmer:

»Ved beslutning kan Kommissionen pålægge virksomheder og sammenslutninger af virksomheder bøder på mindst 1 000 og højst 1 000 000 regningsenheder, idet sidstnævnte beløb dog kan forhøjes til 10 % af omsætningen i det sidste regnskabsår i hver

af de virksomheder, som har medvirket ved overtrædelsen, såfremt de forsætligt eller uagtsomt:

a) overtræder bestemmelserne i [artikel 81, stk. 1, EF] eller artikel [82 EF] eller

b) handler i strid med et påbud meddelt i henhold til artikel 8, stk. 1.

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

3 Artikel 17 i forordning nr. 17 bestemmer:

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

4 Forordning nr. 17 er blevet ophævet og erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EFT 2003 L 1, s. 1), der fandt anvendelse fra den 1. maj 2004. Forordningens artikel 31 svarer til artikel 17 i forordning nr. 17.

5 Kommissionens meddelelse »Retningslinjer for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, i EKSF-traktaten« (EFT 1998 C 9, s. 3, herefter »retningslinjerne«), der fandt anvendelse på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning, bestemmer i sin præambel:

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

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

6 I henhold til punkt 1 i retningslinjerne »fastsættes [dette grundbeløb] på grundlag af overtrædelsens grovhed og dens varighed, der er de eneste kriterier, der er anført i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17«.

7 For så vidt angår grovheden bestemmer retningslinjernes punkt 1, A, at der ved vurderingen af overtrædelsens grovhed skal tages hensyn til overtrædelsens art, overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet — når den kan måles — og det berørte markeds udstrækning. Overtrædelserne klassificeres i tre kategorier, lidet alvorlige, alvorlige og meget alvorlige overtrædelser.

8 Ifølge retningslinjerne er meget alvorlige overtrædelser især horisontale begrænsninger såsom »priskarteller« og markedsopdelende karteller. Den påregnelige beløbsramme er på »20 mio. [EUR] og derover«. Retningslinjerne påviser nødvendigheden af at variere grundbeløbet for at tage hensyn til overtrædelsens art, de overtrædende

virksomheders faktiske økonomiske muligheder for at påføre andre økonomiske beslutningstagere, herunder forbrugerne, alvorlig skade, bødens afskrækkende virkning og virksomhedernes juridisk-økonomisk ekspertise og infrastruktur, som sætter dem i stand til at vurdere, om deres adfærd er ulovlig. Det præciseres også i forbindelse med overtrædelser begået af flere virksomheder, at det i visse tilfælde kan være nødvendigt at tage højde for den specifikke vægt og dermed de faktiske konkurrencemæssige konsekvenser af den rolle, som hver enkelt virksomhed har spillet som led i overtrædelsen, navnlig når der er tale om betydelige størrelsesforskelle mellem virksomheder, der har begået en overtrædelse af samme art.

9 For så vidt angår overtrædelsernes varighed skelner retningslinjerne mellem overtrædelser af kort varighed, almindeligvis under et år, overtrædelser af mellemlang varighed, almindeligvis mellem et og fem år, og overtrædelser af lang varighed, almindeligvis over fem år. For de sidstnævnte foreskrives et bødetillæg, der for hvert år kan andrage 10 % af det beløb, der fastlægges for overtrædelsens grovhed. Retningslinjerne bestemmer også, at tillægget for langvarige overtrædelser vil blive sat i vejret for virkelig at sanktionere begrænsninger, der har medført varige skadelige virkninger for forbrugerne, og at øge incitamentet til at anmelde en overtrædelse eller til at samarbejde med Kommissionen.

10 I henhold til retningslinjernes punkt 2 kan grundbeløbet forhøjes i tilfælde af skærpende omstændigheder, bl.a. hvis en eller flere virksomheder gentager overtrædelser af samme art. Efter retningslinjernes punkt 3 kan bødens grundbeløb nedsættes i tilfælde af formildende omstændigheder, f.eks. hvis en virksomhed udelukkende har spillet en passiv rolle eller en rolle som medløber, hvis en virksomhed ikke reelt har fulgt aftalerne, eller hvis en virksomhed har samarbejdet effektivt i forbindelse med proceduren, uden for anvendelsesområdet for Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (EFT 1996 C 207, s. 4, herefter »meddelelsen om samarbejde«).

11 Retningslinjerne er blevet erstattet fra den 1. september 2006 af retningslinjer for beregning af bøder efter artikel 23, stk. 2, litra a), i forordning nr. 1/2003 (EUT 2006 C 210, s. 2).

12 Meddelelsen om samarbejde fastlægger betingelserne for, at virksomheder, der samarbejder med Kommissionen i forbindelse med dennes undersøgelser af en kartelsag, kan fritages for bøder eller få nedsat den bøde, de ellers ville være blevet pålagt. I henhold til punkt B i denne meddelelse indrømmes en virksomhed en nedsættelse på mindst 75 % af den bøde, som virksomheden ellers ville være blevet pålagt, eller fritages endog helt for denne bøde, hvis virksomheden gør Kommissionen opmærksom på et kartel, før Kommissionen ved beslutning har gennemført en kontrolundersøgelse, og hvor Kommissionen ikke allerede er i besiddelse af tilstrækkelige oplysninger til at kunne bevise det pågældende kartels eksistens, eller virksomheden er den første til at forelægge afgørende elementer med henblik på at bevise kartellets eksistens. I henhold til meddelelsens punkt D kan en virksomhed indrømmes en nedsættelse på mellem 10 % og 50 % af bøden, hvis virksomheden inden udsendelsen af en klagepunktsmeddelelse forsyner Kommissionen med oplysninger, dokumenter eller andet bevismateriale, som bidrager til at fastslå overtrædelsens eksistens.

13 Meddelelsen om samarbejde blev erstattet fra den 14. februar 2002 af Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (EFT 2002 C 45, s. 3). Kommissionen har dog anvendt meddelelsen om samarbejde i den foreliggende sag, idet det er denne meddelelse, som virksomhederne har taget hensyn til i deres samarbejde med Kommissionen.

Sagens baggrund

14 Sagsøgerne har sammen med andre virksomheder, Wieland Werke AG samt Outokumpu Oyj og Outokumpu Copper Products Oy (herefter samlet

»Outokumpu-koncernen«), der producerer halvfærdige kobberprodukter og kobberlegeringer, deltaget i et kartel med henblik på prisfastsættelse og fordeling af markeder for industrielle kobberrør, især præcisionsoprullet kobberrør.

15 Efter kontrol og undersøgelse har Kommissionen den 16. december 2003 vedtaget den anfægtede beslutning, hvoraf et sammendrag er offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* af 28. juli 2004 (EUT L 125, s. 50).

16 I denne appel er de relevante præmisser i den appellerede dom, hvori Retten har sammenfattet den relevante del af den anfægtede beslutning om beregningen af bøden, følgende:

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

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

[...]

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

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

[...]

19 For det fjerde kvalificerede Kommissionen varigheden af overtrædelsen, der forløb fra den 3. maj 1988 til den 22. marts 2001, som »lang«. Følgelig fandt Kommissionen det passende at forhøje udgangsbeløbet for den bøde, der blev pålagt de berørte virksomheder, med 10 % for hvert år, de deltog i kartellet. [...]

[...]

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

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

Sagen for Retten og den appellerede dom

17 Appellanterne har gjort fem anbringender gældende, alle vedrørende fastsættelsen af den bøde, som de er blevet pålagt. Disse anbringender vedrørte henholdsvis en utilstrækkelig hensyntagen til kartellets konkrete indvirkning i forbindelse med

beregningen af udgangsbeløbet for bøden, en utilstrækkelig vurdering af størrelse af den sektor, der var påvirket af overtrædelsen, en urigtig forhøjelse af udgangsbeløbet for bøden på grund af overtrædelsens varighed, manglende hensyntagen til visse formildende omstændigheder og en utilstrækkelig nedsættelse af bødens grundbeløb i henhold til meddelelsen om samarbejde.

18 Retten forkastede alle disse anbringender og frifandt sagsøgte i det hele.

Parternes påstande

19 KME-koncernen har i sin appel nedlagt følgende påstande:

— Dommen ophæves.

— I det omfang, det er muligt, og på grundlag af de for Domstolen foreliggende oplysninger annulleres den anfægtede beslutning delvist, og KME-koncernens bøde nedsættes.

— Kommissionen tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med appelsagen og sagen for Retten.

— Subsidiært ophæves den appellerede dom, herunder for så vidt angår Rettens beslutning om at pålægge koncernen sagens omkostninger, og sagen hjemvises til Retten.

20 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— KME-koncernen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Appellen

21 KME-koncernen har påberåbt sig fem anbringender om henholdsvis forskellige retlige fejl med hensyn til overtrædelsens indvirkning på markedet, til hensynstagen til omsætningen, til overtrædelsens varighed og til appellanternes samarbejde samt endeligt om tilsidesættelse af retten til en effektiv domstolsprøvelse.

Det første anbringende om forskellige retlige fejl med hensyn til overtrædelsens indvirkning på markedet

Parternes argumenter

22 Appellanterne har anført, at deres første anbringende vedrører den appellerede doms præmis 60-74. Forud for disse præmisser har Retten gennemgået parternes argumenter og har statueret i forhold til formaliteten med hensyn til to nye økonomiske rapporter, som appellanterne havde fremlagt for at bevise den manglende faktiske indvirkning på markedet, og Retten har i præmis 59 i den appellerede dom fastslået, at disse rapporter kunne antages til realitetsbehandling.

23 Den appellerede doms præmis 60-74 har følgende ordlyd:

»60 Hvad angår spørgsmålet, om dette anbringende er velbegrundet, bemærkes, at sagsøgerne ved hjælp heraf har gjort indsigelser mod både Kommissionens vurdering af overtrædelsens grovhed […] og dens forskellige behandling på grundlag af de berørte virksomheders markedsandele […]

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

62 Det følger nemlig af retspraksis, at hver af de berørte virksomheders markedsandele på det marked, som er genstand for en konkurrencebegrænsende praksis, er et objektivt element, som udgør en korrekt målestok for hver virksomheds ansvar for så vidt angår denne praksis' potentielle skadelighed for de normale konkurrencevilkår (jf. i denne retning Rettens dom af 29.4.2004, forenede sager T-236/01, T-239/01, T-244/01 - T-246/01, T-251/01 og T-252/01, Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1181, præmis 197).

63 Endvidere bemærkes det for så vidt angår bedømmelsen af overtrædelsens grovhed, at selv om Kommissionen ikke havde godtgjort, at kartellet havde en konkret indvirkning på markedet, ville dette ikke påvirke kvalificeringen af overtrædelsen som »meget alvorlig« og således bødens størrelse.

64 I denne forbindelse må det fastslås, at det følger af fællesskabsordningen om sanktioner for tilsidesættelser af konkurrencereglerne som indført ved forordning nr. 17 og fortolket i retspraksis, at karteller, på grund af deres særlige art, fortjener de største bøder. Deres eventuelle konkrete påvirkning af markedet, bl.a. i hvilket omfang konkurrencebegrænsningen har medført en markedspris, der er højere end den pris, som ville have været anvendt, såfremt der ikke forelå et kartel, er ikke et afgørende kriterium for fastsættelsen af bødens størrelse (jf. i denne retning Domstolens dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825, præmis 120 og 129, af 17.7.1997, sag C-219/95 P, Ferriere Nord mod Kommissionen, Sml. I, s. 4411, præmis 33, af 16.11.2000, sag C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags mod Kommissionen, Sml. I, s. 9925, præmis 68-77, og af 25.1.2007, sag C-407/04 P, Dalmine mod Kommissionen, Sml. I, s. 829, præmis 129 og 130, samt dommen i sagen Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, […] præmis 225. Jf. endvidere generaladvokat Mischos forslag til afgørelse til Domstolens dom af 16.11.2000, sag C-283/98 P, Mo och Domsjö mod Kommissionen, Sml. I, s. 9855, på s. 9858, [punkt] 95-101).

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

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

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

68 Retten har nemlig flere gange fastslået, at et kartels konkrete indvirkning på markedet skal anses for tilstrækkeligt godtgjort, hvis Kommissionen kan fremlægge konkrete og troværdige indicier, der med rimelig sandsynlighed viser, at kartellet har haft følger for markedet (jf. bl.a. Rettens dom [af 18.7.2005, sag T-241/01], Scandinavian Airlines System mod Kommissionen, [Sml. II, s. 2917,] præmis 122, samt domme af 27.9.2006, sag T-59/02, Archer Daniels Midland mod Kommissionen, Sml. II, s. 3627, præmis 159-161, sag T-43/02, Jungbunzlauer mod Kommissionen, Sml. II, s. 3435, præmis 153-155, sag T-329/01, Archer Daniels Midland mod Kommissionen, Sml. II, s. 3255, præmis 176-178, og sag T-322/01, Roquette Frères mod Kommissionen, Sml. II, s. 3137, præmis 73-75).

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

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

71 Hvad angår sagsøgernes argument om, at sagsakterne indeholder eksempler på, at de svigagtige aftaler ikke blev overholdt, bemærkes, at den omstændighed, at aftalerne ikke altid bliver overholdt af kartelmedlemmerne, ikke er tilstrækkelig til at udelukke en indvirkning på markedet (jf. i denne retning Rettens dom i sagen Groupe Danone mod Kommissionen, […] præmis 148).

72 Sagsøgernes argumenter vedrørende deres egen adfærd kan heller ikke tiltrædes. Den faktiske adfærd, som en virksomhed hævder at have udvist, er nemlig uden betydning ved vurderingen af kartellets virkning på markedet, og kun virkningerne af den samlede overtrædelse skal tages i betragtning (Rettens dom af 9.7.2003, sag T-224/00, Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen, Sml. II, s. 2597, præmis 167). Kommissionen kan heller ikke kritiseres for i 303. betragtning til den anfægtede beslutning at have fastslået, at den oprindelige rapport ikke imødegik konklusionerne vedrørende overtrædelsens faktiske indvirkning på markedet. Den økonometriske analyse heri vedrører nemlig kun taloplysninger vedrørende sagsøgerne.

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

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

24 Appellanterne har gjort gældende, at Retten har begrundet den appellerede dom på ulogisk og utilstrækkelig vis og har begået en retlig fejl ved at fastslå, at Kommissionen var berettiget til at tage hensyn til kartellets indvirkning på det relevante marked ved fastsættelsen af udgangsbeløbet for bøden på grundlag af overtrædelsens grovhed uden at være forpligtet til at bevise, at aftalerne faktisk havde haft en sådan indvirkning, og under alle omstændigheder ved at udlede denne indvirkning af simple indikatorer. I øvrigt har Retten foretaget en åbenbart urigtig gengivelse af de omstændigheder og de beviser af økonomisk karakter, som KME-koncernen fremlagde for den, idet den fandt, at Kommissionen på tilstrækkelig retlig vis havde bevist, at aftalerne havde haft en indvirkning på markedet.

25 Kommissionen har for det første gjort gældende, at det første anbringende er uvirksomt. Appellanterne har ikke fremført nærmere argumenter til anfægtelse af den appellerede doms præmis 60-65, i hvilke Retten har fastslået, at det ikke er nødvendigt at bevise overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet, hverken for så vidt angår en differentieret behandling af de pågældende virksomheder eller overtrædelsens grovhed. Appellanterne anfægter kun den begrundelse, som Retten for fuldstændighedens skyld har givet i den appellerede doms præmis 67 ff., som udtryk for dens opfattelse, hvorefter Kommissionen på tilstrækkelig vis har bevist, at kartellet havde en konkret indvirkning på det relevante marked.

26 Kommissionen har gjort gældende, at det første anbringende under alle omstændigheder ikke kan antages til realitetsbehandling, idet det vedrører en bedømmelse af de faktiske omstændigheder og bevismateriale.

27 Den har derefter gjort gældende, at Retten efter Kommissionens opfattelse har foretaget en korrekt undersøgelse af bevismaterialet.

28 Den har endelig gjort gældende, at Retten har begrundet den appellerede dom korrekt, navnlig i dommens præmis 72, hvori Retten har forkastet appellanternes argumenter og beviser.

Domstolens bemærkninger

29 Appellanterne har ikke bestridt Rettens konklusioner om kvalificeringen af overtrædelsen som en »meget alvorlig overtrædelse« i retningslinjernes forstand, heller ikke den forskellige behandling af de berørte virksomheder alt efter deres markedsandele på det relevante marked for at tage hensyn til hver enkelt virksomheds specifikke vægt, og således den reelle virkning, som dens ulovlige adfærd havde for konkurrencen. De bestrider udelukkende Rettens konklusioner vedrørende kartellets konkrete indvirkning på markedet som et element, der blev taget i betragtning ved fastsættelsen af bødens grundbeløb.

30 Ifølge punkt 1, A, i retningslinjerne skal der ved vurderingen af overtrædelsens grovhed kun tages hensyn til overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet, når den kan måles.

31 En vurdering af et kartels konkrete indvirkning på markedet forudsætter en sammenligning af den markedssituation, der opstår som følge af et kartel, med den, som ville være opstået under den frie konkurrence. En sådan sammenligning betyder nødvendigvis, at man må støtte sig på hypoteser, idet flere variabler kan påvirke markedet.

32 I 300. betragtning til den anfægtede beslutning har Kommissionen anført, at det er umuligt at fastslå, hvordan priserne ville have udviklet sig under fraværet af et kartel i den periode på mere end 12 år, hvor overtrædelsen fandt sted. Efter at have forkastet de argumenter, som appellanterne havde fremført, har den anført de oplysninger, som har sat den i stand til i 314. betragtning til denne beslutning at konkludere, at det

konkurrencebegrænsende system samlet set har indvirket på markedet, selv om det er umuligt at fastlægge indvirkningen præcist.

33 Det fremgår derfor af den anfægtede beslutning, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde ikke har vurderet, at det var muligt med henblik på beregningen af bøden at tage hensyn til det valgfrie element, som overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet udgør, når virkningen ikke er målbar. Denne konklusion er ikke blevet anfægtet i den appellerede dom.

34 Retten har i præmis 68 og 70 i den appellerede dom henvist til retspraksis vedrørende beviskravet i forhold til kartellets konkrete indvirkning på markedet. Retten har i øvrigt i præmis 69 og 71-73 i denne dom undersøgt, om Kommissionen havde fremlagt tilstrækkelig dokumentation for kartellets konkrete indvirkning på det berørte marked. Retten har imidlertid selv for fuldstændighedens skyld foretaget en undersøgelse, som anført i dommens præmis 66, og efter at den korrekt i dommens præmis 64 har henvist til, at kartellets konkrete indvirkning på markedet ikke er et afgørende kriterium for fastsættelsen af bødens størrelse. Det følger heraf, at appellanternes anbringende mod denne del af Rettens argumentation er uden betydning for sagens afgørelse.

35 Under alle omstændigheder har Rettens begrundelse om grundlaget for den anfægtede beslutning besvaret appellanternes argumentation, sammenfattet i den appellerede doms præmis 38, hvorefter begrundelsen og konklusionen i den anfægtede beslutning om kartellets konkrete indvirkning på markedet var fejlagtig, udokumenteret og selvmodsigende. Retten har konkluderet, at der forelå tilstrækkelige elementer til at fastslå eksistensen af en sådan virkning, men har ikke sat spørgsmålstegn ved umuligheden af at måle den præcist.

36 Retten har derefter, uden at modsige sig selv, dels henvist til princippet om, at overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet ikke er et afgørende kriterium for fastsættelsen af bødens størrelse, dels undersøgt begrundelsen i den anfægtede beslutning vedrørende en sådan indvirkning.

37 Det er derfor med urette, at appellanterne, som det fremgår af ordlyden af deres første anbringende, af Rettens undersøgelse udleder, at overtrædelsens konkrete indvirkning skal tages i betragtning i forbindelse med beregningen af udgangsbeløb for den bøde, de er blevet pålagt. Dette argument er baseret på en fejlagtig forudsætning.

38 For så vidt angår kritikken om Rettens urigtige gengivelse af de økonomiske beviser, som appellanterne har fremlagt, er det ikke blevet påstået, at Retten har fortolket de økonomiske rapporter i åbenbar modstrid med deres ordlyd (jf. i denne retning dom af 10.2.2011, sag C-260/09 P, Activison Blizzard Germany mod Kommissionen, Sml. I, s. 419, præmis 57), men snarere, at Retten har foretaget en urigtig vurdering af disse rapporters indhold. Under alle omstændigheder henviser appellanterne ikke præcist til de dele af disse rapporter, hvis klare og præcise indhold Retten angiveligt har misfortolket. Det følger heraf, at dette argument må forkastes.

39 Det følger af disse bemærkninger, at det første anbringende skal forkastes.

Det andet anbringende om forskellige retlige fejl i forhold til hensynstagen til omsætningen

Parternes argumenter

40 Det andet anbringende vedrører præmis 85-94 i den appellerede dom. Det vedrører hovedsageligt dommens præmis 90-94, som har følgende ordlyd:

»90 Sagsøgerne har i denne forbindelse hævdet, dels at prisen på kobber ikke kan kontrolleres af fabrikanterne af industrirør, eftersom den fastsættes i henhold til

[London Metal Exchange], dels at køberne af industrirør selv beslutter, til hvilken pris metallet erhverves. Sagsøgerne har endvidere fremhævet, at svingningerne i metalpriserne ikke påvirker deres fortjeneste.

91 Det skal imidlertid fastslås, at der ikke er nogen rimelig grund til, at omsætningen på det relevante marked beregnes ved at udelukke bestemte produktionsomkostninger. Som Kommissionen med føje har bemærket, findes der i alle erhvervsgrene omkostninger, der er knyttet til det endelige produkt, som fabrikanten ikke har kontrol over, men som ikke desto mindre udgør et væsentligt element i dennes samlede aktiviteter, og som følgelig ikke kan udelukkes fra omsætningen ved fastsættelsen af bødens udgangsbeløb (jf. i denne retning Rettens dom af 15.3.2000, forenede sager T-25/95, T-26/95, T-30/95 - T-32/95, T-34/95 - T-39/95, T-42/95 - T-46/95, T-48/95, T-50/95 - T-65/95, T-68/95 - T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 og T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 491, præmis 5030 og 5031). Den omstændighed, at kobberprisen udgør en væsentlig del af den endelige pris på industrirør, eller at risikoen for svingningerne i prisen på kobber er langt større end for andre råmaterialer, anfægter ikke denne konklusion.

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

de begrænsninger, der følger af ligebehandlingsprincippet og forordning nr. 17, at vælge de faktorer og taloplysninger, den vil lægge til grund for at gennemføre en politik, som sikrer overholdelsen af forbuddene i artikel 81 EF.

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

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

41 Ifølge appellanterne har Retten tilsidesat fællesskabsretten og har ikke begrundet den appellerede dom tilstrækkeligt, idet den har godkendt Kommissionens henvisning — for at fastsætte størrelsen af det marked, der blev påvirket af overtrædelsen, med det formål at fastslå grovhedselementet i fastsættelsen af bøden — til en markedsværdi, som fejlagtigt inkluderede indtægterne fra salg, der blev gennemført på et fra det »kartelramte« marked adskilt øvre marked, på trods af den omstændighed, at karteldeltagerne ikke var vertikalt integrerede på det øvre marked.

42 Appellanterne har anført, at industrien for omformning af kobber har særlige karakteristika. Navnlig er det kunden, der fastsætter tidspunktet for køb af metal på London Metal Exchange og dermed sin pris. Selv om prisen er faktureret til kunden af producenten af rørene med en margen for omformning, ville det være i strid med den økonomiske virkelighed på markedet at tage den i betragtning ved beregningen af omsætningen, idet markedet navnlig karakteriseres ved den store del, som råmaterialet repræsenterer af produktets pris, og de meget store variationer i prisen på dette råmateriale. Retten burde have fastslået disse faktiske omstændigheder.

43 Ifølge appellanterne har Retten begået en retlig fejl ved ikke at have fundet, at Kommissionen burde have taget hensyn til Rettens og sin egen praksis, ifølge hvilke Kommissionen ved beregningen af bødens udgangsbeløb og/eller ved anvendelsen af et loft på 10 % af omsætningen skal tage det berørte markeds karakteristika i betragtning.

44 De har i øvrigt gjort gældende, at Retten ved ikke at sondre mellem appellanterne og andre virksomheder, hvis omsætning ikke er lige så påvirket af råmaterialers pris, har tilsidesat princippet om forbud mod forskelsbehandling, som kræver, at forskellige omstændigheder skal behandles forskelligt.

45 Appellanterne har endelig bestridt den retspraksis, som Retten har anvendt, og som bygger på Kommissionen skønsbeføjelse. De er af den opfattelse, at Retten ikke har undersøgt, hvorvidt de kriterier, som Kommissionen havde anvendt til at fastslå kartellets grovhed, var relevante og hensigtsmæssige.

46 Kommissionen har gjort gældende, at for så vidt som appellanterne har anmodet Domstolen om at foretage en anden vurdering end den, der er foretaget af Retten, af, om industrirørsbranchen er unik, må dette anbringende afvises. Den har i øvrigt bestridt de faktiske omstændigheder, som beskrevet af KME-koncernen, dvs. at

rørproducenter tit handlede som befuldmægtigede på kundens vegne ved køb af kobber, og har bestridt, at Retten har udtalt sig om dette forhold.

47 Under alle omstændigheder er det med føje, at Retten i den appellerede doms præmis 91 fastslog, at der i alle erhvervsgrene findes omkostninger, der er knyttet til det endelige produkt, som fabrikanten ikke har kontrol over, men som ikke desto mindre udgør et væsentligt element i dennes samlede aktiviteter, og som følgelig ikke kan udelukkes fra omsætningen ved fastsættelsen af bødens udgangsbeløb.

48 Det er også med føje, at Retten i den appellerede doms præmis 93 fandt, at både fællesskabslovgiver, Kommissionen og Domstolen, på trods af den omtrentlige karakter, aktuelt anser omsætningen for et passende kriterium inden for rammerne af konkurrenceretten med henblik på at bedømme de berørte virksomheders størrelse og økonomiske vægt.

Domstolens bemærkninger

49 Det fremgår af retspraksis, at for at fastslå en overtrædelses grovhed skal der tages hensyn til en lang række faktorer af forskellig art og betydning alt efter den pågældende overtrædelse og de særlige omstændigheder i forbindelse hermed. Alt efter de enkelte tilfælde kan der f.eks. være tale om antallet og værdien af de varer, som overtrædelsen omfatter, samt virksomhedens størrelse og dens økonomiske betydning og som følge heraf, i hvor høj grad den kunne have indvirkning på markedet (jf. i denne retning dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, præmis 120).

50 Selv om Domstolen har konkluderet, at det ved fastsættelsen af bøden er lovligt at tage hensyn dels til virksomhedens samlede omsætning, der giver et indtryk af virksomhedens størrelse og økonomiske styrke, dels til den del af denne omsætning, som vedrører de varer, der er genstand for overtrædelsen, og som således kan give en indikation af overtrædelsens omfang, har den anerkendt, at en virksomheds globale omsætning kun udgør en omtrentlig og ufuldstændig indikation af den sidstnævntes omfang (dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, præmis 121, dom af 17.12.1998, sag C-185/95 P, Baustahlgewebe mod Kommissionen, Sml. I, s. 8417, præmis 139, af 28.6.2005, forenede sager C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P — C-208/02 P og C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5425, præmis 243, af 18.5.2006, sag C-397/03 P, Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen, Sml. I, s. 4429, præmis 100, og af 19.3.2009, sag C-510/06 P, Archer Daniels Midland mod Kommissionen, Sml. I, s. 1843, præmis 74).

51 Domstolen har i øvrigt flere gange fremhævet, at der ikke skal tillægges et enkelt af disse tal urimelig betydning i forhold til de andre skønsfaktorer ved fastsættelsen af overtrædelsens grovhed (dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, præmis 121, og i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, præmis 243, samt dommen af 18.5.2006 i sagen Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen, præmis 100, og af 19.3.2009 i sagen Archer Daniels Midland mod Kommissionen, præmis 74).

52 Retten har derfor ikke begået en retlig fejl, idet den i præmis 93 i den appellerede dom har henvist til, at omsætningen, om end det er et vagt og ufuldstændigt kriterium, forbliver et passende kriterium med henblik på at bedømme de berørte virksomheders størrelse og økonomiske vægt.

53 Retten har desuden ligeledes ikke begået en retlig fejl ved i præmis 91 i den appellerede dom at fastslå, at der ikke er nogen rimelig grund til, at omsætningen på det relevante marked beregnes ved at udelukke bestemte produktionsomkostninger. Som generaladvokaten har anført i punkt 141 i forslaget til afgørelse, vil det, hvis bruttoomsætningen tages i betragtning i nogle tilfælde, men ikke i andre, være nødvendigt

at fastsætte en tærskel i form af et forhold mellem netto- og bruttoomsætning, som vil være vanskelig at anvende og give anledning til endeløse og uløselige tvister, herunder påstande om forskelsbehandling.

54 Endelig har Retten begrundet den appellerede dom tilstrækkeligt og har udøvet den kontrol, den er forpligtet til. Eftersom appellanterne har bestridt anvendelsen af omsætningen for at vurdere størrelsen af det berørte marked, har Retten i den appellerede doms præmis 88 forkastet Kommissionens påstand om, at udgangsbeløbet for den bøde, der er pålagt sagsøgerne, ikke nødvendigvis ville have været mindre end 35 mio. EUR, hvis prisen på kobber var blevet fratrukket omsætningen på markedet. Retten har derefter i den appellerede doms præmis 90 og 91 undersøgt, om det var med urette, at Kommissionen ved vurderingen af markedets størrelse tog hensyn til prisen på kobber.

55 Det følger af disse betragtninger, at Retten i den appellerede dom har foretaget den prøvelse, som den er forpligtet til, at den har besvaret det anbringende, som appellanterne havde gjort gældende, og at den ikke har begået en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 94 at konkludere, at Kommissionen med føje indregnede kobberprisen med henblik på at fastlægge størrelsen af det relevante marked.

56 For så vidt angår kritikken om, at Retten ikke har undersøgt, hvorvidt de kriterier, Kommissionen havde brugt til at fastslå kartellets grovhed, var relevante og hensigtsmæssige, bemærkes, at det i forbindelse med et søgsmål anlagt til prøvelse af en afgørelse inden for konkurrenceretten tilkommer sagsøgeren at formulere anbringender herom og ikke Retten af egen drift at undersøge vægten af de elementer, som Kommissionen har taget i betragtning ved fastsættelsen af bødens størrelse.

57 Det andet anbringende er derfor ugrundet.

Det tredje anbringende om forskellige retlige fejl i forbindelse med hensynstagen til overtrædelsens varighed

Parternes argumenter

58 Appellanterne har anført, at deres tredje anbringende vedrører den appellerede doms præmis 100-105. De har gjort gældende, at Retten tilsidesatte fællesskabsretten og gav en uklar, ulogisk og utilstrækkelig begrundelse for dommen, idet den stadfæstede den del af den anfægtede beslutning, hvori Kommissionen anvendte retningslinjerne urigtigt og tilsidesatte principperne om proportionalitet og ligebehandling, idet den forhøjede grundbeløbet for bøden med den maksimale procentsats på grund af varigheden af overtrædelsen.

59 Ifølge appellanterne fremgår det af retningslinjernes punkt 1, B, at formålet med at forhøje bøden på grund af overtrædelsens varighed er »virkelig at sanktionere begrænsninger, der har medført varige skadelige virkninger for forbrugerne«. Det fremgår ligeledes af retspraksis, at der må være en forbindelse mellem overtrædelsens varighed og dens skadelige virkning. Retten undlod imidlertid at undersøge, om Kommissionen ved vurderingen af grovheden lagde tilstrækkelig vægt på den omstændighed, at kartellet vekslede i intensitet og effektivitet over tid. Det er derfor uberettiget, at Retten i den appellerede doms præmis 104 vurderede, at en forhøjelse på 125 % af bødens udgangsbeløb ikke var åbenbart uforholdsmæssig.

60 Kommissionen har anført, at Domstolen ikke har beføjelse til at erstatte Rettens vurdering af bødens beløb med sin egen. Anbringendet må således afvises.

61 Under alle omstændigheder har Retten givet en klar og logisk begrundelse for sin vurdering, der besvarede alle KME-koncernens retlige påstande.

Domstolens bemærkninger

62 Med det tredje anbringende har appellanterne bestridt både princippet om en forhøjelse af bøden for at tage hensyn til overtrædelsens varighed og resultatet af anvendelsen af dette princip for deres vedkommende, dvs. forhøjelse af udgangsbeløbet for bøden, der er fastsat til 35 mio. EUR, med 125 % for at tage hensyn til overtrædelsens varighed på tolv år og ti måneder, idet hvert års deltagelse svarer til en forhøjelse på 10 %. Grundbeløbet for KME-koncernen udgør således 56,88 mio. EUR.

63 Som generaladvokaten har anført i punkt 162 i forslaget til afgørelse, støtter kritikken af resultatet sig på den forkerte antagelse, at forhøjelsen udgjorde 125 %, idet den kun udgjorde 62,51 % (56,88/35 = 1,6251).

64 For så vidt angår princippet om en forhøjelse af bøden for at tage hensyn til overtrædelsens varighed er det ikke nødvendigt materielt at fastslå, at der foreligger en direkte forbindelse mellem varigheden og den forøgede skade, som er blevet tilføjet de fællesskabsformål, der er tilstræbt ved traktatens konkurrenceregler.

65 Med henblik på anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF er det nemlig ikke nødvendigt at tage hensyn til en aftales faktiske følger, såfremt aftalen har til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen (jf. i denne retning dom af 13.7.1966, forenede

sager 56/64 og 58/64, Consten og Grundig mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 245, org.ref.: Rec. s. 429). Dette er navnlig som i denne sag tilfældet i forbindelse med aftaler om åbenlyse konkurrencebegrænsninger som f.eks. prisaftaler og opdeling af markedet. Hvis et kartel fastsætter markedsforholdene på det tidspunkt, hvor det oprettes, kan dets lange varighed fastfryse strukturerne og mindske karteldeltagernes incitament til innovation og udvikling. Tilbagevenden til en tilstand af fri konkurrence er så meget desto sværere og længere, jo længere kartellets varighed selv var.

66 Selv om kartellet vekslede i intensitet og effektivitet over tid, er det et faktum, at kartellet fortsatte med at bestå og således så meget desto mere at fastfryse markedets strukturer.

67 I tilfælde af et fuldstændigt fravær af gennemførelsen af en aftale bemærkes, at retningslinjernes punkt 3 bestemmer, at manglende faktisk anvendelse af de ulovlige aftaler eller ulovlige former for praksis kan udgøre en formildende omstændighed, der kan bevirke en nedsættelse af bødens grundbeløb. Det lader imidlertid ikke til, at dette var tilfældet i den foreliggende sag, og appellanterne har heller ikke for deres vedkommende bestridt gennemførelsen af kartellet, men alene den manglende hensyntagen til gennemførelsens vekslende intensitet og kartellets konkrete og objektive betydning for forbrugerne.

68 Det kan i øvrigt være vanskeligt at kvantificere den reelle skade, som forbrugerne har lidt, i forhold til flerheden af variabler, navnlig ved fastsættelsen af prisen for et forarbejdet produkt.

69 Under alle omstændigheder er overtrædelsens varighed nævnt af lovgiver som et element, der i sig selv skal tages i betragtning ved fastsættelsen af bøder.

70 Henset til disse betragtninger er det berettiget, at Retten i den appellerede doms præmis 117 har forkastet anbringendet vedrørende forhøjelsen af bødens beløb på grundlag af kartellets varighed.

71 Det følger af alle disse betragtninger, at det tredje anbringende er ugrundet.

Det fjerde anbringende om forskellige retlige fejl i forbindelse med hensyntagen til appellanternes samarbejde

Parternes argumenter

72 Appellanterne har anført, at deres fjerde anbringende vedrører den appellerede doms præmis 123-134. De har gjort gældende, at Retten tilsidesatte fællesskabsretten ved at stadfæste den del af den anfægtede beslutning, hvori Kommissionen i strid med retningslinjernes punkt 3, sjette led, samt rimelighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet afviste at lade dem få en nedsættelse af bøden på grund af deres samarbejde ud over anvendelsesområdet for meddelelsen om samarbejde.

73 Ifølge appellanterne burde kun de have fået en nedsættelse af bøden med den begrundelse, at de havde fremlagt bevis for overtrædelsens varighed i modsætning til Outokumpu-koncernen, som kun havde fremlagt oplysninger om kartellets fulde varighed.

74 Kommissionen har gjort gældende, at dette anbringende må afvises, for så vidt som KME-koncernen beder Domstolen om at erstatte Rettens vurdering med sin egen.

75 Anbringendet er i øvrigt ugrundet. Kommissionen har gjort gældende, at Retten har givet en klar og logisk begrundelse for sin vurdering af de sager, hvor en delvis bødefritagelse kan indrømmes, som svar på alle KME-koncernens retlige påstande.

76 For så vidt angår bødenedsættelsen for Outokumpu-koncernen har Kommissionen gjort gældende, at de oplysninger, som denne havde indgivet til Kommissionen, satte den i stand til at efterforske og søge efter bevismateriale. Appellanterne havde været behjælpelige ved at bidrage med beviser mere end 16 måneder senere end Outokumpu-koncernen, men ikke mere. I modsætning til hvad appellanterne har gjort gældende i deres appel, fik de heller ikke en delvis bødefritagelse i overensstemmelse med Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager, idet en sådan fritagelse vedrører bevismateriale vedrørende »forhold, som Kommissionen ikke tidligere har haft kendskab til«, hvilket ikke var tilfældet for kartellets fulde varighed.

77 Kommissionen har endeligt anført, at en anvendelse af en delvis bødefritagelse i de tilfælde, som appellanterne har påberåbt sig, ville være i strid med overskrift D i meddelelsen om samarbejde, som allerede fastsætter en nedsættelse af bøden, når virksomheden forsyner Kommissionen med oplysninger, dokumenter eller andet bevismateriale, som bidrager til at fastslå overtrædelsens eksistens.

Domstolens bemærkninger

78 Det bemærkes, at det ifølge meddelelsen om samarbejde kun er den virksomhed, som er den første til at levere afgørende oplysninger, som bidrager til at fastslå overtrædelsens eksistens, der kan få bødefritagelse eller en meget stor nedsættelse af bøden.

79 Det er i den appellerede doms præmis 144 og 145, at Retten har undersøgt omstændighederne i forbindelse med samarbejdet fra appellanternes og Outokumpu-koncernens side. Det vedrører imidlertid beskrivelser og vurderinger af faktiske forhold, som Domstolen ikke er beføjet til at kontrollere ved en appel.

80 Henset til konstateringen af, at appellanternes samarbejde lå efter Otokumpu-koncernen, er det med føje, at Retten i den appellerede doms præmis 147 har konkluderet, at appellanterne ikke befandt sig i en situation, der er sammenlignelig med Outokumpu-koncernens, og som følge heraf ikke var blevet udsat for forskelsbehandling.

81 Endelig har appellanterne ikke angivet, hvorved Retten har begået en retlig fejl i begrundelsen i den appellerede doms præmis 130 og 131, og har navnlig ikke begrundet, hvorved indgivelse af bevismateriale, som Kommissionen allerede var bekendt med, i større omfang begrunder en nedsættelse af bøden for formildende omstændigheder end tidligere fremskaffelse af oplysninger, der er nye for Kommissionen. Det følger, at dette argument må afvises som værende for upræcist.

82 Det følger af disse bemærkninger, at det fjerde anbringende delvist må afvises, delvis forkastes.

Det femte anbringende om tilsidesættelse af en effektiv domstolsprøvelse

Parternes argumenter

83 Appellanterne har gjort gældende, at Retten har tilsidesat fællesskabsretten og deres grundlæggende ret til fuld og effektiv domstolsprøvelse ved ikke grundigt og nøje at undersøge deres argumenter og ved overdrevent og urimeligt at henvise til Kommissionens skønsbeføjelse.

84 Appellanterne har anført, at doktrinen om »skønsmargen« og »retligt hensyn« ikke længere på nuværende tidspunkt bør finde anvendelse, idet fællesskabsretten nu er kendetegnet ved enorme bøder pålagt af Kommissionen, en udvikling, som ofte er betegnet som en de facto-»straf« i den europæiske konkurrenceret.

85 Den direkte anvendelighed af undtagelsen i henhold til artikel 81, stk. 3, EF, der blev indført ved forordning nr. 1/2003 ved ændring af den tidligere godkendelsesordning, udelukker desuden pr. definition enhver skønsmargen for Kommissionen ved anvendelsen af konkurrencereglerne og medfører derfor kun et meget begrænset retligt hensyn for de retsinstanser, som kontrollerer Kommissionens anvendelse af reglerne i specifikke sager.

86 Appellanterne har i øvrigt gjort gældende, at Kommissionens skønsmargen ikke bør begrundes i Kommissionens angivelige bedre evne til at vurdere komplicerede faktiske omstændigheder eller økonomiske spørgsmål. De har i den forbindelse gjort gældende, at både Domstolen og Retten med succes har foretaget meget indgående domstolskontrol af komplekse sager.

87 Ydermere burde Retten i betragtning af den fulde prøvelsesret, der er tillagt den ved artikel 229 EF og artikel 31 i forordning nr. 1/2003, ikke indrømme Kommissionen en skønsmargen med hensyn til ikke alene den passende og forholdsmæssige karakter af en bødes størrelse, men også til den arbejdsmetode, der benyttes af Kommissionen til beregningen. Appellanterne er af den opfattelse, at Retten skal undersøge, hvordan Kommissionen har vurderet grovheden og varigheden af en ulovlig adfærd i hvert enkelt tilfælde, og den kan således sætte sin egen vurdering i stedet for Kommissionens og ophæve, nedsætte eller forhøje bøden.

88 Appellanterne har ligeledes henvist til, at gennemførelsen af administrativ ret ved administrative beslutninger og bøder i henhold til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ikke i sig selv er i strid med artikel 6, stk. 1, i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950 (herefter »EMRK«). Gennemførelsen burde dog være sikret af tilstrækkeligt stærke proceduremæssige garantier, herunder en ret til fuld domstolsprøvelse af de administrative beslutninger. Retten til en »effektiv domstolsprøvelse« er ligeledes blevet indskrevet i artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«).

89 Kommissionen har for det første gjort gældende, at det femte anbringende er for generelt og upræcist til at blive prøvet af Domstolen. Den har derefter gjort gældende, at KME-koncernen ikke anfægter den grundlæggende struktur for domstolsprøvelse af Kommissionens beslutninger og ikke giver nogen oplysninger, der forklarer, hvorved Rettens henvisninger til Kommissionens skønsmargen beviser, at Retten ikke har udført en tilstrækkelig prøvelse af beslutningens legalitet i betragtning af det andet til fjerde anbringende, som KME-koncernen har gjort gældende for Retten.

90 Endelig har Kommissionen anført, at KME-koncernen har begrænset sig til at henvise til »strafferetlige anklager« og til artikel 6, stk. 1, i EMRK, men ikke undersøger, hvilke konsekvenser der bør følge deraf.

Domstolens bemærkninger

91 Appellanterne har med deres femte anbringende bestridt både den måde, hvorpå Retten har udtalt, at den skal tage Kommissionens vide skønsmargen i betragtning, og den måde, hvorpå den faktisk har prøvet den anfægtede beslutning. De har i den forbindelse gjort artikel 6 i EMRK og chartret gældende, dog uden at angive præcist, om de i den forbindelse anfægter principperne for domstolsprøvelsen eller den måde, hvorpå Retten har udøvet denne kontrol i det foreliggende tilfælde.

92 Princippet om effektiv domstolsprøvelse er et generelt EU-retligt princip, som i dag er udtrykt i artikel 47 i chartret (jf. dom af 22.12.2010, sag C-279/09, DEB, Sml. I, s. 13849, præmis 30 og 31, kendelse af 1.3.2011, sag C-457/09, Chartry, Sml. I, s. 819, præmis 25, og dom af 28.7.2011, sag C-69/10, Samba Diouf, Sml. I, s. 7151, præmis 49).

93 Domstolsprøvelsen af institutionernes afgørelser er blevet fastlagt i de grundlæggende traktater. Ud over legalitetskontrollen, der er omhandlet i artikel 263 TEUF, er en fuld domstolsprøvelse forudset for så vidt angår sanktioner, der er foreskrevet i forordninger.

94 Hvad angår legalitetskontrollen har Domstolen fastslået, at hvis Kommissionen på et område, som giver anledning til komplicerede økonomiske vurderinger, er tillagt et vidt skøn for så vidt angår økonomiske vurderinger, indebærer det ikke, at Unionens retsinstanser skal afholde sig fra at kontrollere Kommissionens fortolkning af oplysninger af økonomisk art. Unionens retsinstanser skal bl.a. ikke blot tage stilling til den materielle nøjagtighed af de beviser, der henvises til, og til oplysningernes troværdighed og sammenhæng, men ligeledes kontrollere, om disse oplysninger udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og om disse oplysninger taler til støtte for de heraf dragne konklusioner (jf. i denne retning dom af 15.2.2005, sag C-12/03 P, Kommissionen

mod Tetra Laval, Sml. I, s. 987, præmis 39, og af 22.11.2007, sag C-525/04 P, Spanien mod Lenzing, Sml. I, s. 9947, præmis 56 og 57).

95 For så vidt angår sanktioner for overtrædelser af konkurrenceretten bestemmer artikel 15, stk. 2, andet led, i forordning nr. 17, at der ved fastsættelsen af bødens størrelse skal tages hensyn til både overtrædelsens grovhed og dens varighed.

96 Domstolen har fundet, at der med hensyn til fastsættelsen af bøder skal tages hensyn til overtrædelsernes varighed og alle de elementer, der kan indgå i bedømmelsen af overtrædelsers grovhed, såsom de enkelte virksomheders adfærd og rolle ved gennemførelsen af den samordnede praksis, den fortjeneste, virksomhederne har kunnet opnå ved denne praksis, deres størrelse og værdien af de omhandlede varer samt den risiko, som overtrædelser af den art indebærer for gennemførelsen af Det Europæiske Fællesskab (jf. dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, præmis 129, og i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, præmis 242, samt dom af 3.9.2009, sag C-534/07 P, Prym og Prym Consumer mod Kommissionen, Sml. I, s. 7415, præmis 96).

97 Domstolen har ligeledes bemærket, at objektive faktorer, såsom den konkurrencebegrænsende adfærds indhold og varighed, dens hyppighed og dens intensitet, hvor stort det påvirkede marked er, og hvilken skade der er påført de samfundsøkonomiske interesser, skal tages i betragtning. Ved bedømmelsen skal der endvidere tages hensyn til de ansvarlige virksomheders relative størrelse og markedsandel såvel som til en eventuel gentagelsessituation (dom af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 123, præmis 91).

98 Dette store antal elementer kræver, at Kommissionen foretager en tilbundsgående undersøgelse af omstændighederne i forbindelse med overtrædelsen.

99 For at sikre gennemsigtigheden har Kommissionen vedtaget retningslinjer, i hvilke den oplyser, i hvilket omfang den tager den ene eller den anden omstændighed i betragtning i forbindelse med en overtrædelse, og hvilke konsekvenser det kan have for bødens størrelse.

100 Retningslinjerne, som Domstolen har fastslået, fastsætter de vejledende regler for den praksis, der skal følges, og som myndighederne ikke kan fravige i konkrete tilfælde uden at angive grunde, som er i overensstemmelse med princippet om ligebehandling (dommen af 18.5.2006 i sagen Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen, præmis 91), begrænser sig til at beskrive den metode, som Kommissionen benytter ved undersøgelsen af en overtrædelse, og de kriterier, denne forpligter sig til at tage i betragtning ved fastsættelsen af en bøde.

101 Det bemærkes, at der består en forpligtelse til at begrunde fællesskabsakter. I det foreliggende tilfælde har denne forpligtelse en helt særlig betydning. Kommissionen er forpligtet til at begrunde sin beslutning og navnlig forklare vægten og vurderingen af de elementer, den har taget i betragtning (jf. i denne retning dommen i sagen Prym og Prym Consumer mod Kommissionen, præmis 87). Eksistensen af en begrundelse skal undersøges af dommeren af egen drift.

102 Det tilkommer i øvrigt Unionens retsinstanser at foretage den legalitetskontrol, som de er pålagt, på grundlag af oplysninger indgivet af sagsøgeren til støtte for dennes anbringender. I forbindelse med denne kontrol kan retsinstansen ikke støtte sig på den skønsmargen, som Kommissionen har, hverken for så vidt angår valget af de elementer, der tages i betragtning ved anvendelsen af de i retningslinjerne nævnte kriterier, eller hvad angår vurderingen af disse elementer for at afvise at udøve en tilbundsgående kontrol af både retlige og faktiske omstændigheder.

103 Legalitetskontrollen komplementeres af den fulde prøvelsesret, der er tillagt Unionens retsinstanser ved artikel 17 i forordning nr. 17 og nu ved artikel 31 i forordning nr. 1/2003, i henhold til artikel 261 TEUF. Denne kompetence giver dommeren beføjelse til, ud over en simpel legalitetskontrol af sanktionen, at anlægge sin egen vurdering i stedet for Kommissionens og derfor ophæve, nedsætte eller forhøje den pålagte bøde eller tvangsbøde (jf. i denne retning dom af 15.10.2002, forenede sager C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P — C-252/99 P og C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 8375, præmis 692).

104 Det skal imidlertid fastslås, at udøvelsen af den fulde prøvelsesret ikke svarer til en kontrol af egen drift, og bemærkes, at proceduren for Unionens retsinstanser er kontradiktorisk. Med undtagelse af spørgsmål om grundlæggende retsprincipper, som dommeren er forpligtet til at tage under påkendelse af egen drift, såsom en manglende begrundelse af den anfægtede afgørelse, er det op til sagsøgeren at gøre anbringender gældende til prøvelse af afgørelsen og at fremlægge oplysninger til støtte for disse anbringender.

105 Dette proceduremæssige krav er ikke i strid med reglen om, at det i forbindelse med overtrædelser af konkurrencereglerne påhviler Kommissionen at føre bevis for de fastslåede overtrædelser og for, at de omstændigheder, som udgør overtrædelsen, faktisk foreligger. Det, der kræves af en sagsøger inden for rammerne af et søgsmål, er at identificere de omtvistede elementer i den anfægtede afgørelse, formulere klagepunkter i den henseende og at fremlægge bevismateriale, som kan udgøre tungtvejende elementer, til støtte for at bevise, at klagepunkterne er begrundede.

106 Kontrollen i henhold til traktaterne indebærer således, at Unionens retsinstanser udøver en såvel retlig som faktisk kontrol, og at de har beføjelse til at bedømme beviser, annullere den anfægtede afgørelse og ændre bødebeløb. Det fremgår derfor ikke, at

legalitetskontrollen i henhold til artikel 263 TEUF, suppleret med den fulde prøvelsesret i forhold til bødens størrelse i henhold til artikel 31 i forordning nr. 1/2003, er i strid med kravene ifølge princippet om effektiv domstolsprøvelse i chartrets artikel 47.

107 Heraf følger, at det femte anbringende for så vidt angår bestemmelserne om domstolskontrol, henset til princippet om effektivdomstolsprøvelse, er ugrundet.

108 For så vidt som det femte anbringende angår den måde, hvorpå Retten har efterprøvet den anfægtede beslutning, sammenblandes det med det andet og fjerde appelanbringende og er således allerede blevet undersøgt af Domstolen.

109 Det skal i den forbindelse bemærkes, at selv om Retten i flere omgange, bl.a. i den appellerede doms præmis 35-37, 92, 103, 115, 118, 129 og 141, har henvist til Kommissionens »skønsbeføjelse« »væsentlige skønsmargen« eller »vide skønsmargen«, har disse henvisninger ikke hindret Retten i at udøve sin fulde prøvelsesret i forhold til såvel retlige som faktiske omstændigheder, som den er forpligtet til.

110 Det følger af alle disse betragtninger, at det sjette anbringende er ugrundet.

111 Det fremgår heraf, at ingen af de anbringender, som KME-koncernen har fremført til støtte for sin appel, kan tiltrædes, og følgelig bør appellen forkastes.

Sagens omkostninger

112 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, der i medfør af samme reglements artikel 118 finder tilsvarende anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at KME-koncernen tilpligtes at betale sagens omkostninger, og da den har tabt sagen, pålægges det denne at betale sagens omkostninger for denne instans.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Anden Afdeling):

1) Appellen forkastes.

2) KME Germany AG, KME France SAS og KME Italy SpA betaler sagens omkostninger.

Underskrifter