DOMSTOLENS DOM (andra avdelningen)

den 8 december 2011 *

I mål C-272/09 P,

angående ett överklagande enligt artikel 56 i domstolens stadga, som ingavs den 15 juli 2009,

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

KME France SAS, tidigare Tréfimétaux SA, Courbevoie (Frankrike),

KME Italy SpA, tidigare Europa Metalli SpA, Florens (Italien),

företrädda av M. Siragusa, avvocato, A. Winckler, avocat, G.C. Rizza, avvocato, T. Graf, advokat och M. Piergiovanni, avvocato,

klagande,

* Rättegångsspråk: engelska.

i vilket den andra parten är:

Europeiska kommissionen, företrädd av E. Gippini Fournier och J. Bourke, båda i egenskap av ombud, biträdda av C. Thomas, solicitor, med delgivningsadress i Luxemburg,

meddelar

svarande i första instans,

DOMSTOLEN (andra avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden J.N. Cunha Rodrigues samt domarna U. Lõhmus, A. Rosas (referent), A. Ó Caoimh och A. Arabadjiev,

generaladvokat: E. Sharpston,
justitiesekreterare: handläggaren K. Malacek,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 6 oktober 2010,

och efter att den 10 februari 2011 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 KME Germany AG, tidigare KM Europa Metal AG, KME France SAS, tidigare Tréfimétaux SA, och KME Italy SpA, tidigare Europa Metalli SpA (nedan gemensamt kallade KME-koncernen), har yrkat att domstolen ska ogiltigförklara den dom som Europeiska unionens förstainstansrätt meddelade den 6 maj 2009 i mål T-127/04, KME Germany m.fl. mot kommissionen (REG 2009, s. II-1167) (nedan kallad den överklagade domen), genom vilken deras talan om upphävande eller nedsättning av de bötesbelopp som de hade ålagts med stöd av artikel 2 c–e i kommissionens beslut K(2003) 4820 slutlig av den 16 december 2003 om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/E-1/38.240 – Rör för industriellt bruk) (nedan kallat det omtvistade beslutet) ogillades.

Tillämpliga bestämmelser

2 I artikel 15.2 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar [81] och [82] (EGT 1962, 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8), föreskrevs följande:

”Kommissionen får ålägga företag och företagssammanslutningar böter om lägst etttusen och högst en miljon beräkningsenheter, eller ett högre belopp som dock inte får

överstiga tio procent av föregående räkenskapsårs omsättning för varje företag som har deltagit i överträdelsen genom att uppsåtligen eller av oaktsamhet

a) överträda bestämmelserna i … artikel [81.1 EG] eller artikel [82 EG], eller

b) åsidosätta ett åläggande som har beslutats med stöd av artikel 8.1.

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

3 I artikel 17 i förordning nr 17 föreskrivs följande:

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

4 Förordning nr 17 upphävdes och ersattes av rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (EGT L 1, 2003, s. 1), vilken blev tillämplig den 1 maj 2004. Artikel 31 i denna förordning motsvarar artikel 17 i förordning nr 17.

5 "I ingressen till kommissionen meddelande, med titeln "Riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget (EGT C 9, 1998, s. 3) (nedan kallat riktlinjerna), som var tillämpligt vid den tidpunkt då det omtvistade beslutet fattades, angavs följande:

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

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

6 Enligt punkt 1 i riktlinjerna fastställs ”[grundbeloppet] … på grundval av överträdelsens allvar och varaktighet. Dessa är de enda kriterier som anges i artikel 15.2 i förordning nr 17.”

7 I punkt 1 A i riktlinjerna anges att man vid bedömningen av överträdelsens allvar ska beakta överträdelsens art, dess konkreta påverkan på marknaden, om den är mätbar, och omfattningen av den relevanta geografiska marknaden. Överträdelserna delas in i tre kategorier, nämligen mindre allvarliga överträdelser, allvarliga överträdelser och mycket allvarliga överträdelser.

8 Mycket allvarliga överträdelser är enligt riktlinjerna horisontella begränsningar såsom ”priskarteller” och karteller för uppdelning av marknader. Möjliga grundbelopp för böterna uppgår till ”över 20 miljoner euro”. Riktlinjerna ger uttryck för nödvändigheten av att variera detta grundbelopp för att kunna beakta arten av de överträdelser

företagen begått, de överträdande företagens ekonomiska kapacitet att vålla andra aktörer, särskilt konsumenterna, betydande skada, böternas avskräckande verkan samt juridisk och ekonomisk kunskap och infrastruktur som gör det möjligt för dem att bättre bedöma den olagliga karaktären på deras beteenden. Vidare anges att det, om en överträdelse begås av flera företag, kan vara nödvändigt att ta hänsyn till vilken särskild vikt, och således vilken faktisk påverkan på konkurrensen, som varje företags förfarande i samband med överträdelsen har, särskilt när det är stor skillnad i storlek på de företag som begått en överträdelse av samma slag.

9 När det gäller överträdelsernas varaktighet görs i riktlinjerna skillnad mellan överträdelser med kort varaktighet (normalt kortare än ett år), överträdelser med medellång varaktighet (normalt ett till fem år) och överträdelser med lång varaktighet (normalt längre än fem år). Vad sistnämnda överträdelser beträffar föreskrivs att beloppet för varje år kan fastställas till 10 procent av det belopp som fastställts för överträdelsens allvar. I riktlinjerna föreskrivs dessutom en förstärkning av ökningarna för överträdelser med lång varaktighet, för att med eftertryck sanktionera begränsningar som varaktigt har medfört skadliga effekter för konsumenterna och öka incitamenten att anmäla överträdelsen eller att samarbeta med kommissionen.

10 Enligt punkt 2 i riktlinjerna kan grundbeloppet ökas vid försvårande omständigheter som till exempel att ett eller flera företag upprepar överträdelser av samma typ. Enligt punkt 3 i nämnda riktlinjer kan grundbeloppet minskas vid särskilt förmildrande omständigheter, som till exempel att företaget har haft en uteslutande passiv eller efterföljande roll i genomförandet av överträdelsen, att företaget i praktiken inte har tillämpat avtal eller att företaget har samarbetat effektivt i förfarandet utanför tillämpningsområdet för kommissionens meddelande om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden (EGT C 207, 1996, s. 4) (nedan kallat meddelandet om samarbete).

11 Riktlinjerna har ersatts från och med den 1 september 2006 med riktlinjerna för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003 (EUT C 210, 2006, s. 2).

12 I meddelandet om samarbete fastställs de villkor på vilka företag som samarbetar med kommissionen under dess undersökning av ett kartellärende kan befrias från böter eller beviljas nedsättning av de böter som annars skulle ha ålagts dem. Under avsnitt B i detta meddelande anges att ett företag beviljas en nedsättning med minst 75 procent av det bötesbelopp som det skulle ha ålagts om det inte hade valt att samarbeta med kommissionen, eller befrias helt från böter, bland annat om det har anmält den hemliga kartellen till kommissionen innan denna har fattat beslut om och påbörjat en undersökning hos de företag som deltar i kartellen och innan kommissionen har tillräckliga upplysningar för att kunna bevisa förekomsten av den anmälda kartellen. Under avsnitt D i nämnda meddelande anges att ett företag kan beviljas en nedsättning med 10–50 procent av bötesbeloppet, bland annat när det förser kommissionen med upplysningar, dokument eller annat bevismaterial som bidrar till att fastställa att överträdelsen har begåtts, innan ett meddelande om anmärkningar sänds ut.

13 Meddelandet om samarbete har från och med den 14 februari 2002 ersatts av kommissionens meddelande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden (EGT C 45, 2002, s. 3). Kommissionen tillämpade dock meddelandet om samarbete i förevarande fall, eftersom det var detta meddelande som företagen tog i beaktande i sitt samarbete med kommissionen.

Bakgrund till tvisten

14 Klagandena deltog, tillsammans med andra producenter av halvfabrikat av koppar och kopparlegeringar, nämligen företagen Wieland Werke AG och Outokumpu Oyj

och Outokumpu Copper Products Oy (nedan gemensamt kallade Outokumpu-koncernen), i en konkurrensbegränsande samverkan i syfte att fastställa priser och dela upp marknaden för kopparrör för industriellt bruk och närmare bestämt kopparrör levererade som glödgade precisionslindade rör.

15 Efter genomförda kontroller och undersökningar antog kommissionen den 16 december 2003 det omtvistade beslutet, av vilket en sammanfattning finns publicerad i *Europeiska unionens officiella tidning* av den 28 april 2004 (EUT L 125, s. 50).

16 De för överklagandet relevanta punkterna i den överklagade domen, i vilka förstainstansrätten analyserar den del av beslutet som rör beräkningen av böterna, är de nedanstående:

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

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

...

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

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

...

19 Kommissionen ansåg att överträdelsen, som varade mellan den 3 maj 1988 och den 22 mars 2001, hade pågått under 'lång' tid. Kommissionen bedömde därför att det var lämpligt att höja utgångsbeloppet för de böter som de berörda företagen ålades med 10 procent för varje år de hade deltagit i kartellen. ...

...

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

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

Förfarandet vid förstainstansrätten och den överklagade domen

17 Klagandena åberopade fem grunder som alla hänförde sig till fastställandet av storleken på de ålagda böterna. De rörde felaktigt beaktande av den konkurrensbegränsande samverkans konkreta påverkan vid beräkningen av böternas utgångsbelopp,

oriktig bedömning av hur stor den relevanta marknaden var, felaktig höjning av böterna med hänsyn till hur länge överträdelsen hade pågått, bortseende från vissa förmildrande omständigheter och otillräcklig nedsättning av bötesbeloppet med tillämpning av meddelandet om samarbete.

18 Förstainstansrätten underkände samtliga fem grunder och ogillade talan i dess helhet.

Parternas yrkanden

19 KME-koncernen har yrkat att domstolen ska

— upphäva den överklagade domen,

— i den mån det är möjligt med hänsyn till de omständigheter som framförts vid domstolen, ogiltigförklara delar av beslutet och sätta ned beloppet för KME-koncernens böter, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna, inklusive de rättegångskostnader som förstainstansrätten ålade KME-koncernen att ersätta, och återförvisa målet till tribunalen för förnyad prövning, eller

— i andra hand, upphäva den överklagade domen, inklusive beslutet att ålägga KME-koncernen att ersätta rättegångskostnaderna, och återförvisa målet till tribunalen för förnyad prövning.

20 Kommissionen har yrkat att domstolen ska

— ogilla överklagandet, och

— förplikta KME-koncernen att ersätta rättegångskostnaderna.

Prövning av överklagandet

21 KME-koncernen har anfört fem grunder som avser dels en rad felaktiga rättstillämpningar avseende överträdelsens påverkan på marknaden, beaktandet av omsättningen, överträdelsens varaktighet och klagandenas samarbete, dels åsidosättande av rätten till ett effektivt rättsmedel.

Den första grunden: En rad felaktiga rättstillämpningar avseende överträdelsens påverkan på marknaden

Parternas argument

22 Klagandena har angett att deras första grund avser punkterna 60–74 i den överklagade domen. Dessa punkter föregås av en sammanfattning av parternas argument och ett ställningstagande från förstainstansrätten angående huruvida den kunde tillåta två nya ekonomiska rapporter som klagandena upprättat i syfte att visa att det inte förelåg någon reell påverkan på marknaden. Förstainstansrätten kom i punkt 59 i den överklagade domen fram till att nämnda rapporter kunde tas upp till sakprövning.

23 Punkterna 60–74 i den överklagade domen har följande lydelse:

”60 Såvitt avser frågan huruvida [klagandena] kan vinna framgång med denna grund kan det noteras att [de] genom sitt ombud har ifrågasatt såväl kommissionens bedömning av hur allvarlig överträdelsen var … som den åtgärd genom vilken kommissionen behandlade de berörda företagen olika beroende på deras marknadsandelar … .

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

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

63 När det gäller bedömningen av hur allvarlig överträdelsen var ska det även noteras att även om kommissionen inte hade bevisat att den konkurrensbegränsande samverkan haft en konkret påverkan på marknaden, skulle det inte ha haft någon betydelse för kvalificeringen av överträdelsen såsom ’mycket allvarlig’ och, följaktligen, för bötesbeloppet.

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

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

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

67 Vad beträffar [klagandenas] antagande att kommissionen, då den hänvisar till den konkurrensbegränsande samverkans konkreta påverkan för att fastställa bötesbeloppet, är skyldig att på ett vetenskapligt sätt påvisa en påtaglig ekonomisk påverkan på marknaden och ett orsakssamband mellan påverkan och överträdelsen, betonar förstainstansrätten att detta antagande redan har underkänts i rättspraxis.

68 Förstainstansrätten har nämligen vid flera tillfällen slagit fast att den konkreta påverkan på marknaden som en konkurrensbegränsande samverkan haft ska anses vara tillräckligt styrkt, om kommissionen kan ge konkreta och tillförlitliga indikationer på att samverkan med skälig sannolikhet har påverkat marknaden (se bland annat förstainstansrättens dom [av den 18 juli 2005 i mål T-241/01], Scandinavian Airlines System mot kommissionen, [REG 2005, s. II-2917], punkt 122, och domar av den 27 september 2006 i mål T-59/02, Archer Daniels Midland mot kommissionen, REG 2006, s. II-3627, punkterna 159–161, i mål T-43/02, Jungbunzlauer mot kommissionen, REG 2006, s. II-3435, punkterna 153–155, i mål T-329/01, Archer Daniels Midland mot kommissionen, REG 2006, s. II-3255, punkterna 176–178, och i mål T-322/01, Roquette Frères mot kommissionen, REG 2006, s. II-3137, punkterna 73–75).

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

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

71 Vad beträffar [klagandenas] argument att handlingarna i målet innehåller exempel på att avtalen om samverkan inte följdes, ska det påpekas att den omständigheten att avtalen inte alltid följts av medlemmarna i kartellen i sig inte utesluter att marknaden har påverkats (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom i det [ovannämnda] målet Groupe Danone mot kommissionen, punkt 148).

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

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

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

24 Klagandena har gjort gällande att förstainstansrätten lämnade en ologisk och bristfällig motivering i den överklagade domen och att den gjorde en felaktig rättstillämpning när den slog fast att kommissionen hade rätt att, när den fastställde utgångsbeloppet i förhållande till överträdelsens allvar, beakta den konkurrensbegränsande samverkans påverkan på den relevanta marknaden utan att behöva styrka att avtalen verkligen hade haft en sådan påverkan och, i vart fall, när den drog en sådan slutsats med stöd av enbart indicier. Genom att fastställa att kommissionen hade styrkt att avtalen hade påverkat marknaden, är det uppenbart att förstainstansrätten dessutom missuppfattade de omständigheter och den bevisning av ekonomisk art som KME-koncernen hade ingett.

25 Kommissionen har inledningsvis gjort gällande att den första grunden ska lämnas utan avseende. Klagandena har nämligen inte anfört några argument mot punkterna 60–65 i den överklagade domen, i vilka förstainstansrätten slog fast att det inte är nödvändigt att visa att överträdelsen har haft en konkret påverkan på marknaden, vare sig med avseende på att företagen har behandlats olika eller när det gäller överträdelsens allvar. De har endast ifrågasatt ett uttalande som förstainstansrätten gjort i förbigående i punkt 67 och följande punkter i den överklagade domen, i vilka den slog fast att kommissionen i tillräcklig mån hade styrkt att den konkurrensbegränsande samverkan hade haft en konkret påverkan på marknaden.

26 Kommissionen menar att den första grunden i vilket fall som helst inte kan tas upp till sakprövning eftersom den avser bedömningen av omständigheter och bevisning.

27 Kommissionen menar vidare att förstainstansrätten har gjort en korrekt bedömning av bevisningen.

28 Slutligen har den hävdat att förstainstansrätten motiverade den överklagade domen på ett korrekt sett, bland annat i punkt 72 däri, vari förstainstansrätten underkände klagandenas argument och bevisning.

Domstolens bedömning

29 Klagandena har inte ifrågasatt förstainstansrättens slutsatser när det gäller klassificeringen såsom en ”mycket allvarlig överträdelse” i den mening som avses i riktlinjerna, eller att företagen behandlats olika till följd av sina andelar på den relevanta marknaden, i syfte att ta hänsyn till den särskilda vikten, och således den faktiska påverkan på konkurrensen, av varje företags beteende i samband med överträdelsen. Klagandena har nöjt sig med att ifrågasätta förstainstansrättens slutsatser avseende den konkurrensbegränsande samverkans konkreta påverkan, såsom en faktor att beakta vid fastställandet av böternas utgångsbelopp.

30 Enligt punkt 1 A i riktlinjerna ska man vid bedömningen av kriteriet överträdelsens allvar endast beakta dess konkreta påverkan på marknaden, om den är mätbar.

31 För att kunna fastställa en överträdelses konkreta påverkan på marknaden, måste nämligen en jämförelse göras mellan den marknadssituation som uppstått till följd av den konkurrensbegränsande samverkan och den som skulle ha varit rådande vid fri konkurrens. En sådan jämförelse bygger med nödvändighet på antaganden med hänsyn till den mängd olika variabler som kan påverka marknaden.

32 I skäl 300 i det omtvistade beslutet underströk kommissionen det omöjliga i att avgöra på vilket sätt priserna hade utvecklats utan konkurrensbegränsande samverkan under den period på över tolv år som överträdelsen pågick. Efter att ha vederlagt klagandenas argument lade den fram indicier som gjorde det möjligt för den att i skäl

314 i detta beslut fastställa att det konkurrensfientliga systemet sammantaget hade påverkat marknaden, även om det inte går att mäta exakt hur mycket.

33 Det framgår sålunda av det omtvistade beslutet att kommissionen, i förevarande fall, inte har ansett det vara möjligt vid beräkningen av böterna att beakta denna fakultativa omständighet som överträdelsens konkreta påverkan på marknaden är, eftersom den inte var mätbar. Denna slutsats har inte ifrågasatts i den överklagade domen.

34 Förstainstansrätten erinrade i punkterna 68 och 70 i den överklagade domen om rättspraxis angående kraven på att en konkurrensbegränsande samverkans konkreta påverkan på marknaden ska kunna styrkas. Vidare prövade den, i punkt 69 och i punkterna 71–73 i denna dom, om kommissionen hade lyckats styrka att den konkurrensbegränsande samverkan hade haft en konkret påverkan på marknaden. Förstainstansrätten gjorde emellertid denna prövning för fullständighetens skull, såsom anges i punkt 66 i nämnda dom, och efter att, i punkt 64 däri, korrekt ha påpekat att den konkreta påverkan på marknaden inte är något avgörande kriterium för att fastställa bötesnivån. Härav följer att den grund som klagandena har gjort gällande avseende denna del av förstainstansrättens resonemang således kan lämnas utan avseende.

35 Förstainstansrättens resonemang angående det omtvistade beslutets motivering är, i vilket fall som helst, ett svar på klagandenas argument, sammanfattade i punkt 38 i den överklagade domen, enligt vilka resonemanget och slutsatsen i det angripna beslutet i fråga om kartellens konkreta påverkan är felaktiga, inte styrkta och motsägelsefulla. Förstainstansrätten kom fram till att det förelåg omständigheter som styrkte en sådan påverkan, men ifrågasatte inte att den inte gick att mäta.

36 Förstainstansrätten har således utan att motsäga sig själv dels erinrat om principen om att en överträdelses konkreta påverkan på marknaden inte är ett avgörande kriterium för att fastställa bötesnivån, dels prövat motiveringen i det omtvistade beslutet med avseende på förekomsten av en sådan påverkan.

37 Klagandena har därför av förstainstansrättens prövning, såsom framgår av den första grunden, felaktigt slutit sig till att konsekvenserna av en överträdelses konkreta påverkan på marknaden ska beaktas vid beräkningen av böternas utgångsbelopp. Detta argument grundar sig på ett felaktigt antagande.

38 Beträffande kritiken mot att förstainstansrätten skulle ha missförstått den ekonomiska bevisning som klagandena hade ingett till den, påstås inte att förstainstansrätten tolkade de ekonomiska rapporterna på ett sätt som uppenbarligen strider mot deras lydelse (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 februari 2011 i mål C-260/09 P, Activision Blizzard Germany mot kommissionen, REU 2011, s. I-419, punkt 57), utan snarare att den felbedömde innehållet i dessa rapporter. Klagandena har i vilket fall som helst inte uttryckligen angett vilka avsnitt i dessa rapporter som, det klara och precisa innehållet till trots, kommissionen ska ha missförstått. Argumentet kan därför inte tas upp till sakprövning.

39 Av det anförda följer att den första grunden inte kan tas upp till sakprövning.

Den andra grunden: En rad felaktiga rättstillämpningar vid beaktandet av omsättningen

Parternas argument

40 Den andra grunden avser punkterna 85–94 i den överklagade domen. Den avser i synnerhet punkterna 90–94 däri, vilka har följande lydelse:

”90 [Klagandena] har i detta hänseende hävdat dels att kopparpriset inte kontrolleras av tillverkarna av rör för industriellt bruk, eftersom priset fastställs i enlighet

med noteringen på [London Metal Exchange], dels att det är köparna av rör för industriellt bruk som själva bestämmer till vilket pris metallen ska köpas. [Klagandena] har även understrukit att variationerna i metallpriset inte har någon påverkan på deras lönsamhet.

91 Det finns emellertid inget giltigt skäl till att omsättningen på en relevant marknad ska beräknas med uteslutande av vissa produktionskostnader. Såsom kommissionen korrekt har påpekat finns det inom alla industrisektorer kostnader som utgör en naturlig del i framställningen av slutprodukten och som producenten inte kan kontrollera, men som inte desto mindre utgör en väsentlig del av producentens samtliga verksamheter och som följaktligen inte kan uteslutas från dennes omsättning vid fastställandet av böternas utgångsbelopp (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 15 mars 2000 i de förenade målen T-25/95, T-26/95, T-30/95-T-32/95, T-34/95-T-39/95, T-42/95-T-46/95, T-48/95, T-50/95-T-65/95, T-68/95-T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 och T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. II-491, punkterna 5030 och 5031). Den omständigheten att kopparpriset utgör en stor del av slutpriset på rör för industriellt bruk eller att risken för variationer i kopparpriserna är mycket högre än för andra råvaror påverkar inte denna slutsats.

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

som följer av likabehandlingsprincipen och förordning nr 17, välja vilka omständigheter och sifferuppgifter som den kommer att beakta, i syfte att genomföra en politik som säkerställer att de förbud som avses i artikel 81 EG iakttas.

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

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

41 Klagandena anser att förstainstansrätten åsidosatte gemenskapsrätten och lämnade en bristfällig motivering i den överklagade domen genom att godkänna kommissionens hänvisning – för att avgöra storleken på den marknad som påverkats av överträdelsen i syfte att fastställa de ålagda böterna med hänsyn till överträdelsens allvar – till ett marknadsvärde som felaktigt inkluderade inkomster från försäljning på en separat marknad i föregående led i förhållande till den marknad som kartellen verkade på, trots att kartelldeltagarna inte var vertikalt integrerade på marknaden i detta föregående led.

42 De har anfört att förädlingsindustrin för koppar har vissa särdrag. Det är till exempel kunden som avgör köptidpunkten för metall på London Metal Exchange, och således dess pris. Även om rörtillverkaren fakturerar kunden detta pris med en förädlingsmarginal, innebär ett beaktande av detta pris när företagets omsättning fastställs att man bortser från marknadens ekonomiska verklighet, som bland annat karakteriseras av att råvaran utgör en avgörande del av produktionskostnaden och de enorma prisvariationerna på denna råvara. Förstainstansrätten fastställde enligt klagandena dessa omständigheter.

43 Klagandena anser att förstainstansrätten åsidosatte proportionalitetsprincipen genom att inte slå fast att kommissionen var skyldig att beakta förstainstansrättens och kommissionens praxis, enligt vilken kommissionen är skyldig att, vid beräkningen av böternas utgångsbelopp och/eller när den tillämpar taket på 10 procent av omsättningen, beakta den relevanta marknadens särdrag.

44 Vidare har de hävdat att förstainstansrätten åsidosatte principen om icke-diskriminering, enligt vilken olika situationer ska behandlas olika, genom att inte särskilja klagandena från andra företag vars omsättning inte påverkas av råvarupriset i lika stor utsträckning.

45 Slutligen har de ifrågasatt den rättspraxis som förstainstansrätten hänvisade till i fråga om kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning. De anser att förstainstansrätten underlät att pröva huruvida de kriterier som kommissionen använde för att fastställa överträdelsens allvar var relevanta och ändamålsenliga.

46 Kommissionen har gjort gällande att grunden inte kan tas upp till sakprövning, eftersom klagandena har bett domstolen att göra en annan bedömning av huruvida sektorn för rör för industriellt bruk är unik, än den som förstainstansrätten har gjort. Den har dessutom bestritt dels KME-koncernens beskrivning av omständigheterna,

att rörtillverkarna ofta agerar som mellanhand för kunden vid inköp av koppar, dels att förstainstansrätten skulle ha uttalat sig angående detta.

47 Kommissionen anser att förstainstansrätten hur som helst gjorde en korrekt bedömning, i punkt 91 i den överklagade domen, när den angav att det inom alla industrisektorer finns kostnader som utgör en naturlig del i framställningen av slutprodukten och som producenten inte kan kontrollera, men som inte desto mindre utgör en väsentlig del av producentens samtliga verksamheter och som följaktligen inte kan uteslutas från dennes omsättning vid fastställandet av böternas utgångsbelopp.

48 Domstolen delar även förstainstansrättens uppfattning, i punkt 93 i den överklagade domen att omsättningen, även om den till sin natur är ungefärlig, av gemenskapslagstiftaren, kommissionen och domstolen för närvarande anses vara ett lämpligt kriterium i konkurrensrätten för att bedöma de berörda företagens storlek och ekonomiska styrka.

Domstolens bedömning

49 Det framgår av fast rättspraxis att, vid bedömningen av hur allvarlig en överträdelse är, hänsyn måste tas till en rad faktorer, vars slag och betydelse varierar alltefter överträdelsen i fråga och de särskilda omständigheterna i fallet. Till dessa faktorer hör, alltefter omständigheterna, volymen av och värdet på de varor som överträdelsen gäller samt företagets storlek och ekonomiska styrka och, följaktligen, det inflytande som det kunde utöva på marknaden (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovannämnda förenade målen Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 120).

50 Domstolen har visserligen slagit fast att det är lämpligt att vid fastställandet av böterna beakta såväl företagets totala omsättning, som är en indikation på företagets storlek och ekonomiska styrka, som den del av företagets omsättning som härrör från de varor som är föremål för överträdelsen och som ger en god anvisning om överträdelsens omfattning, men har samtidigt medgett att ett företags totala omsättning endast är en ungefärlig och ofullständig indikation på hur stort företaget är (domen i de ovannämnda förenade målen Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 121, dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen, REG 1998, s. I-8417, punkt 139, av den 28 juni 2005 i de förenade målen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P och C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, REG 2005, s. I-5425, punkt 243, av den 18 maj 2006 i mål C-397/03 P, Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, REG 2006, s. I-4429, punkt 100, och av den 19 mars 2009 i mål C-510/06 P, Archer Daniels Midland mot kommissionen, REG 2009, s. I-1843, punkt 74).

51 Domstolen har upprepade gånger slagit fast att varken den ena eller den andra av dessa siffror får ges en oproportionerlig betydelse i förhållande till andra bedömningskriterier vid fastställandet av överträdelsens allvar (se domarna i de ovannämnda förenade målen Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 121, och Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 243, samt i det ovannämnda målet av den 18 maj 2006, Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, punkt 100, och dom av den 19 mars 2009, Archer Daniels Midland mot kommissionen, punkt 74).

52 Förstainstansrätten har följaktligen inte gjort en felaktig rättstillämpning genom att, i punkt 93 i den överklagade domen, påpeka att omsättningen, om än ungefärlig och ofullständig, fortfarande är ett lämpligt kriterium för att bedöma de berörda företagens storlek och ekonomiska styrka.

53 Förstainstansrätten gjorde inte heller en felaktig rättstillämpning när den, i punkt 91 i den överklagade domen, slog fast att det inte finns något giltigt skäl till att omsättningen på en relevant marknad ska beräknas med uteslutande av vissa produktionskostnader. Generaladvokaten har, i punkt 141 i sitt förslag till avgörande, påpekat att det, om bruttoomsättningen inte beaktas i vissa fall men däremot i andra, skulle vara

nödvändigt att etablera en tröskel i form av ett förhållande mellan netto- och bruttoomsättningen, vilken skulle vara svår att tillämpa och ge utrymme för ständiga och olösliga tvister, bland annat påståenden om särbehandlig.

54 Domstolen finner slutligen att förstainstansrätten motiverade den överklagade domen på ett korrekt sätt och företog den prövning som åligger den. Eftersom klagandena hade ifrågasatt att omsättningen användes för att fastställa storleken på den relevanta marknaden, förkastade förstainstansrätten, i punkt 88 i den överklagade domen, kommissionens påstående att utgångsbeloppet för de böter som klagandena hade ålagts inte nödvändigtvis skulle ha varit lägre än 35 miljoner euro om kopparpriset hade dragits ifrån summan av den totala omsättningen på marknaden. Vidare prövade den, i punkterna 90 och 91 i den överklagade domen, om det var felaktigt av kommissionen att, vid fastställandet av storleken på marknaden, beakta kopparpriset.

55 Av det anförda följer att förstainstansrätten företog den prövning som åligger den, att den bemötte de grunder som klagandena hade anfört och att den inte gjorde en felaktig rättstillämpning när den, i punkt 94 i den överklagade domen, slog fast att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den tog hänsyn till kopparpriset vid fastställandet av den relevanta marknadens storlek.

56 När det gäller kritiken enligt vilken förstainstansrätten påstås ha underlåtit att pröva huruvida de kriterier som kommissionen använt för att fastställa överträdelsens allvar var relevanta och ändamålsenliga, påpekas att det ankommer på klaganden i en talan mot ett konkurrensbeslut att framställa grunder i det avseendet och inte på förstainstansrätten att på eget initiativ omvärdera de omständigheter som kommissionen beaktat för att fastställa bötesbeloppet.

57 Av det anförda följer att talan inte kan vinna bifall på den andra grunden.

Den tredje grunden: En rad felaktiga rättstillämpningar vid beaktandet av överträdelsens varaktighet

Parternas argument

58 Klagandena har angett att deras tredje grund avser punkterna 100–105 i den överklagade domen. De har gjort gällande att förstainstansrätten åsidosatte gemenskapsrätten och lämnade en otydlig, ologisk och bristfällig motivering i den överklagade domen – genom att fastställa den delen av det omtvistade beslutet där kommissionen gjorde en felaktig tillämpning av riktlinjerna – samt åsidosatte proportionalitetsprincipen och principen om likabehandling, genom att lägga på den högsta procentuella höjningen på grundbeloppet för de böter de ålagts utifrån varaktigheten.

59 Det framgår enligt klagandena av punkt 1 B i riktlinjerna att syftet med att höja böterna av hänsyn till överträdelsens varaktighet är att ”med eftertryck sanktionera begränsningar som varaktigt har medfört skadliga effekter för konsumenterna”. Kravet på ett samband mellan överträdelsens varaktighet och dess skadliga effekter framgår även av rättspraxis. Förstainstansrätten undersökte dock inte om kommissionen, när den bedömde överträdelsens allvar, lade tillräcklig vikt vid omständigheten att kartellen över tid varierade i intensitet och effektivitet. Förstainstansrätten slog därför i punkt 104 i den överklagade domen felaktigt fast att höjningen med 125 procent av utgångsbeloppet för böterna inte var uppenbart oproportionerlig.

60 Kommissionen har hävdat att domstolen saknar behörighet att ersätta förstainstansrättens beräkning av bötesbeloppet med sin egen. Talan kan således inte tas upp till prövning såvitt avser denna grund.

61 Förstainstansrätten gav en tydlig och logisk förklaring till sin bedömning, vilken bemötte samtliga grunder som KME-koncernen åberopat.

Domstolens bedömning

62 Klagandena har under sin tredje grund ifrågasatt såväl regeln om att höja böterna i syfte att beakta överträdelsens allvar som resultatet av att nämnda regel har tillämpats på dem. En tillämpning av denna regel ledde nämligen till en höjning av utgångsbeloppet för böterna, som fastställts till 35 miljoner euro, med 125 procent, med beaktande av att överträdelsen pågått i 12 år och 10 månader, där varje överträdelseår motsvarade en 10-procentig höjning. Utgångsbeloppet hade därmed höjts till 56,88 miljoner euro.

63 Kritiken grundar sig, såsom generaladvokaten har anfört i punkt 162 i sitt förslag till avgörande, på det felaktiga antagandet att böterna höjdes med 125 procent, då de i själva verket endast höjdes med 62,51 procent (56,88/35 = 1,6251).

64 Vad gäller principen om en höjning av böterna med beaktande av hur länge överträdelsen har pågått, är det inte nödvändigt att det föreligger ett direkt samband mellan denna varaktighet och en förhöjd negativ inverkan på unionens mål på området för konkurrensrätt.

65 De faktiska verkningarna av ett avtal behöver nämligen inte beaktas vid bedömningen av om artikel 81.1 EG är tillämplig, om avtalets syfte är att begränsa, hindra eller snedvrida konkurrensen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 juli 1966

i de förenade målen 56/64 och 58/64, Consten och Grundig mot kommissionen, REG 1966, s. 429, svensk specialutgåva, volym 1, s. 277). Detta gäller bland annat avtal som, såsom i förevarande fall gäller, innehåller uppenbara konkurrensbegränsningar, som till exempel fastställande av priser och uppdelning av marknader. Om en konkurrensbegränsande samverkan stabiliserar marknaden vid den tidpunkt då den inleds, kan det faktum att den pågår under en längre tid innebära att marknadsstrukturen stelnar, vilket kan minska incitamenten till innovation och utveckling, för deltagarna i samverkan. Återgången till fri konkurrens blir desto svårare och mer tidskrävande ju längre tid samverkan har pågått.

66 Även om intensiteten och verkningarna av en överträdelse varierar över tid, fortsätter den trots allt att existera och leder till ytterligare förstelning av marknadsstrukturerna.

67 Domstolen påpekar att det, för det fall ett avtal inte har genomförts till någon del, i punkt 3 i riktlinjerna anges att det faktum att ett företag i praktiken inte har vare sig tillämpat avtal eller agerat rättsstridigt kan utgöra en sådan förmildrande omständighet som leder till en minskning av utgångsbeloppet för böterna. Detta förefaller emellertid inte ha skett i förevarande fall, eftersom klagandena inte har bestritt sin medverkan i genomförandet av den konkurrensbegränsande samverkan, utan endast bestritt det faktum att förstainstansrätten inte beaktade vare sig att genomförandet varierade i intensitet eller överträdelsens konkreta påverkan på konsumenterna och dess syfte.

68 Det kan dessutom vara svårt att mäta den verkliga skadan för konsumenten med hänsyn till den mängd olika variabler som kan påverka bland annat prisbildningen på en tillverkad produkt.

69 Lagstiftaren har i vart fall angett överträdelsens varaktighet som en faktor att beakta som sådan när bötesbeloppet fastställs.

70 Av det anförda följer att förstainstansrätten gjorde en riktig bedömning när den i punkt 105 i den överklagade domen slog fast att talan inte kunde vinna bifall på den grund som avsåg höjningen av böterna med hänsyn till hur länge överträdelsen hade pågått.

71 Talan kan således inte bifallas på klagandenas tredje grund.

Den fjärde grunden: En rad felaktiga rättstillämpningar i fråga om beaktandet av klagandenas samarbete

Parternas argument

72 Klagandena har angett att deras fjärde grund avser punkterna 123–134 i den överklagade domen. De har gjort gällande att förstainstansrätten åsidosatte gemenskapsrätten genom att fastställa den relevanta del av det omtvistade beslutet vari kommissionen, i strid med punkt 3 sjätte strecksatsen i riktlinjerna samt skälighetsprincipen och principen om likabehandling, nekade dem en nedsättning av böterna för deras samarbete utanför tillämpningsområdet för meddelandet om samarbete.

73 Klagandena anser att endast de borde ha fått sina böter nedsatta eftersom de hade styrkt överträdelsens varaktighet, i motsats till Outokumpu-koncernen som endast hade inkommit med uppgifter om kartellens totala varaktighet.

74 Kommissionen har hävdat att denna grund inte kan tas upp till sakprövning då KME-koncernen har anmodat domstolen att ersätta förstainstansrättens bedömning med sin egen.

75 Vidare saknas det fog för denna grund. Kommissionen har gjort gällande att förstainstansrätten gav en tydlig och logisk förklaring till sin bedömning av de fall i vilka partiell immunitet kan beviljas, vilken bemötte samtliga rättsliga argument som KME-koncernen hade anfört.

76 Kommissionen har, beträffande den omständigheten att Outokumpu-koncernen beviljades en nedsättning av bötesbeloppet, angett att koncernens uppgifter gjorde det möjligt för kommissionen att göra sin undersökning och skaffa fram bevis. Klagandena underlättade uppgiften genom att inge bevisning, mer än sexton månader efter Outokumpu-koncernen, men det var allt. I motsats till vad klagandena har påstått hade de inte heller kunnat beviljas partiell immunitet enligt kommissionens meddelande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden i den mån sådan immunitet avser ”bevismaterial som gäller för kommissionen tidigare okända sakförhållanden”, vilket inte var fallet avseende kartellens totala varaktighet.

77 Kommissionen har slutligen understrukit att en tillämpning av partiell immunitet i den situation som klagandena har beskrivit skulle strida mot punkt D i meddelandet om samarbete, vari det föreskrivs en nedsättning av bötesbeloppet när företaget förser kommissionen med upplysningar, dokument eller annat bevismaterial som bidrar till att fastställa att överträdelsen har begåtts.

Domstolens bedömning

78 Domstolen påpekar att det enligt meddelandet om samarbete endast är det företag som först inger bevismaterial som bidrar till att fastställa att överträdelsen har begåtts som kan komma i åtnjutande av en befrielse från böter eller en betydande nedsättning av bötesbeloppet.

79 Det var i punkterna 144 och 145 i den överklagade domen som förstainstansrätten undersökte de omständigheter under vilka klagandena och Outokumpu-koncernen hade samarbetat. Det rör sig emellertid om påståenden och bedömningar som det inte ankommer på domstolen att pröva inom ramen för ett överklagande.

80 Dessutom gjorde förstainstansrätten en riktig bedömning när den i punkt 147 i den överklagade domen, med avseende på konstaterandet att klagandena hade inlett sitt samarbete senare än Outokumpu-koncernen, slog fast att klagandena inte befann sig i samma situation som Outokumpu-koncernen och att de därför inte hade utsatts för diskriminerande behandling.

81 Klagandena har slutligen inte angett på vilket sätt förstainstansrättens resonemang i punkterna 130 och 131 i den överklagade domen innebär en felaktig rättstillämpning, och har i synnerhet inte förklarat hur förebringandet av bevisning som gäller för kommissionen redan kända sakförhållanden skulle väga tyngre som förmildrande omständighet än det tidigare ingivandet av för kommissionen nya uppgifter. Detta argument är således alltför vagt för att kunna prövas.

82 Av det anförda följer att den fjärde grunden till viss del inte kan prövas och i övriga delar inte kan läggas till grund för ett bifall av överklagandet.

Den femte grunden: Åsidosättande av rätten till ett effektivt rättsmedel

Parternas argument

83 Klagandena har gjort gällande att förstainstansrätten åsidosatte gemenskapsrätten och deras grundläggande rätt till ett effektivt rättsmedel genom att inte grundligt och ingående pröva deras argument och genom att i alltför hög och oskälig grad hänvisa till kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning.

84 Klagandena har anfört att doktrinen rörande ”utrymmet för skönsmässig bedömning” och ”hänsyn och återhållsamhet vid domstolsprövningen” inte längre borde vara tillämplig, då gemenskapsrätten numera karakteriseras av de enorma bötesbelopp som kommissionen ålägger, en utveckling som ofta beskrivs som en de facto-”kriminalisering” av gemenskapens konkurrensrätt.

85 En direkt tillämpning av undantaget i artikel 81.3 EG, som infördes genom förordning nr 1/2003 i utbyte mot det tidigare tillståndssystemet, innebär enligt klagandena per definition att kommissionen saknar utrymme för skönsmässig bedömning när den tillämpar konkurrensreglerna och medför ett mycket begränsat krav på återhållsamhet för de domstolar som ska kontrollera kommissionens tillämpning av dessa regler i det enskilda fallet.

86 Klagandena har gjort gällande att kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning inte kan motiveras av kommissionens påstått större förmåga att bedöma komplicerade faktiska eller ekonomiska förhållanden. De gör i det avseendet gällande att såväl domstolen som förstainstansrätten framgångsrikt har genomfört särskilt noggranna prövningar i komplicerade mål.

87 Med hänsyn till den obegränsade behörighet som förstainstansrätten har tillerkänts i artikel 229 EG och artikel 31 i förordning nr 1/2003, bör kommissionen inte tillerkännas något utrymme för skönsmässig bedömning av huruvida bötesbeloppet, eller den metod som används för att beräkna detta belopp, är lämpligt och proportionerligt. Förstainstansrätten ska enligt klagandena undersöka hur kommissionen bedömde överträdelsens allvar och varaktighet i varje enskilt fall och kan således ersätta kommissionens bedömning med sin egen genom att upphäva, sätta ned eller höja böterna.

88 Klagandena har även erinrat om att Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna har slagit fast att genomförandet av administrativ lagstiftning genom förvaltningsbeslut och böter inte i sig strider mot artikel 6.1 i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad Europakonventionen). Detta genomförande kräver dock att det finns tillräckligt starka processuella garantier och ett verksamt rättsligt skydd, inklusive möjlighet till en fullständig domstolsprövning av administrativa beslut. Rätten till ett ”effektivt rättsmedel inför en domstol” har även införts i artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan).

89 Kommissionen har inledningsvis gjort gällande att den femte grunden är alltför vag och allmänt hållen för att domstolen ska kunna pröva den. Vidare har den angett att KME-koncernen inte har ifrågasatt den grundläggande strukturen för domstolprövningen av kommissionens beslut samt att den inte har inkommit med några uppgifter som förklarar på vilket sätt förstainstansrättens hänvisning till kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning utgör bevis för att den inte på ett korrekt sätt prövade det omtvistade beslutet mot bakgrund av den andra och den fjärde grunden som KME-koncernen åberopade vid förstainstansrätten.

90 Slutligen anser kommissionen att KME-koncernen har nöjt sig med att anspela på ”anklagelser för brott” och artikel 6.1 i Europakonventionen, utan att ange vilka följder detta medför.

Domstolens bedömning

91 Klagandena har under sin femte grund ifrågasatt både det sätt på vilket förstainstansrätten förklarade sig skyldig att beakta kommissionens stora utrymme för skönsmässig bedömning och det sätt på vilket den faktiskt prövade det omtvistade beslutet. De har åberopat såväl artikel 6 i Europakonventionen som stadgan, utan att för den skull exakt ange om de avser att ifrågasätta principerna för domstolsprövningen eller det sätt på vilket förstainstansrätten utövade sin kontroll i förevarande fall.

92 Principen om ett effektivt rättsmedel inför en domstol utgör en allmän princip i unionsrätten, vilken numera kommer till uttryck i artikel 47 i stadgan (se dom av den 22 december 2010 i mål C-279/09, DEB, REU 2010, s. I-13849, punkterna 30 och 31, beslut av den 1 mars 2011 i mål C-457/09, Chartry, REU 2011, s. I-819, punkt 25, och dom av den 28 juli 2011 i mål C-69/10, Samba Diouf, REU 2011, s. I-7151, punkt 49).

93 Domstolsprövningen av beslut fattade av institutioner regleras i de grundläggande fördragen. Förutom granskningen av lagenligheten, som nu föreskrivs i artikel 263 FEUF, föreskrivs en obegränsad behörighet i fråga om de påföljder som föreskrivs i förordningarna.

94 Domstolen har beträffande granskningen av lagenligheten slagit fast att kommissionen, på de områden som kräver komplexa ekonomiska bedömningar, har ett utrymme för skönsmässig bedömning avseende ekonomiska frågor, men att detta emellertid inte innebär att unionsdomstolen inte ska pröva kommissionens tolkning av ekonomiska uppgifter. Unionsdomstolen ska nämligen inte bara pröva huruvida de bevis som åberopats är materiellt riktiga, tillförlitliga och samstämmiga, utan även om dessa bevis utgör samtliga relevanta uppgifter som ska beaktas för att bedöma en komplicerad situation och om de styrker de slutsatser som dragits (se dom av den 15 februari 2005 i mål C-12/03 P, kommissionen mot Tetra Laval, REG 2005, s. I-987,

punkt 39, och av den 22 november 2007 i mål C-525/04 P, Spanien mot Lenzing, REG 2007, s. I-9947, punkterna 56 och 57).

95 Beträffande påföljderna för överträdelser av konkurrensreglerna föreskrivs i artikel 15.2 andra stycket i förordning nr 17 att, när bötesbeloppet fastställs, hänsyn ska tas både till hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den pågått.

96 Domstolen har slagit fast att, när bötesbeloppet fastställs, hänsyn ska tas till hur länge överträdelserna pågått och till alla omständigheter som kan påverka bedömningen av överträdelsernas allvar, såsom de enskilda företagens beteende och roll vid genomförandet av de samordnade förfarandena, den vinst företagen kunnat göra genom dessa förfaranden, deras storlek och värdet på de aktuella varorna samt den risk som överträdelser av detta slag innebär för genomförandet av Europeiska gemenskapens mål (se domarna i de ovannämnda förenade målen Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 129, och Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 242, samt dom av den 3 september 2009 i mål C-534/07 P, Prym och Prym Consumer mot kommissionen, REG 2009, s. I-7415, punkt 96).

97 Domstolen har även fastställt att sådana objektiva omständigheter som innehållet i och varaktigheten av de konkurrensbegränsande beteendena, deras antal och deras intensitet, omfattningen av den berörda marknaden och den skada som samhällsekonomin har lidit ska beaktas. Vid bedömningen ska även de ansvariga företagens relativa storlek och marknadsandel beaktas, liksom en eventuell upprepning (dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. I-123, punkt 91).

98 En sådan mängd faktorer fordrar en fördjupad prövning av de faktiska omständigheterna.

99 Kommissionen antog riktlinjerna för att öka insynen. I dessa anges skälen till varför den beaktar den ena eller den andra omständigheten för överträdelsen och vilka konsekvenser detta kan få för bötesbeloppet.

100 Riktlinjerna, som enligt domstolen ska betraktas som vägledande förhållningsregler för den praxis som ska följas och från vilka kommissionen, i ett enskilt fall, inte kan avvika utan att ange skäl som är förenliga med likabehandlingsprincipen (domen i det ovannämnda målet av den 18 maj 2006, Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, punkt 91), begränsar sig till att beskriva den metod som kommissionen använder när den bedömer överträdelsen och de kriterier som den förbinder sig att beakta när den fastställer bötesbeloppet.

101 Domstolen erinrar om skyldigheten att motivera unionens rättsakter. Denna skyldighet är särskilt viktig i förevarande fall. Kommissionen ska motivera sitt beslut och bland annat förklara sin viktning och bedömning av de omständigheter som tagits i beaktande (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Prym och Prym Consumer mot kommissionen, punkt 87). Rätten ska ex officio pröva huruvida ett beslut är motiverat.

102 Vidare ankommer det på unionsdomstolen att, på grundval av de omständigheter som klaganden har anfört till stöd för sina grunder, utföra den granskning av lagenligheten som åligger den. Rätten får inte i samband med denna prövning hänvisa till kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning, vare sig när det gäller valet av omständigheter som har beaktats vid tillämpningen av de kriterier som omnämns i riktlinjerna eller med avseende på bedömningen av dessa omständigheter, och på så sätt avstå från att göra en fördjupad prövning av såväl rättsliga som faktiska omständigheter.

103 Lagenlighetsgranskningen kompletteras med den obegränsade behörighet som unionsdomstolarna har tillerkänts genom artikel 17 i förordning nr 17 och som de nu tillerkänns genom artikel 31 i förordning nr 1/2003, enligt artikel 261 FEUF. Förutom att kontrollera påföljdens lagenlighet är således unionsdomstolarna behöriga att ersätta kommissionens bedömning med sin egen bedömning. Följaktligen kan unionsdomstolarna undanröja, sätta ned eller höja de böter som ålagts (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 oktober 2002 i de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P-C-252/99 P och C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, REG 2002, s. I-8375, punkt 692).

104 Domstolen understryker emellertid att utövandet av den obegränsade behörigheten inte är detsamma som en prövning ex officio och påpekar att förfarandet vid unionsdomstolarna är kontradiktoriskt. Förutom omständigheter som omfattas av tvingande rätt och som domstolen är skyldig att behandla ex officio, såsom det omtvistade beslutets bristande motivering, ankommer det på klaganden att åberopa grunder och förete bevisning till stöd för sin talan mot nämnda beslut.

105 Detta processuella krav strider inte mot regeln att det, vid överträdelser av konkurrensreglerna, ankommer på kommissionen att bevisa den överträdelse som den har konstaterat och förete den bevisning som krävs för att på ett tillfredsställande sätt styrka förekomsten av de faktiska omständigheter som utgör en överträdelse. Det som nämligen krävs av klaganden i en talan vid domstol är att identifiera de ifrågasatta omständigheterna i det omtvistade beslutet, åberopa grunder och förete bevisning, som kan bestå i starka indicier på att det finns fog för anmärkningarna.

106 Den granskning som föreskrivs i fördragen innebär således att unionsdomstolarna ska kontrollera såväl rättsliga som faktiska omständigheter och att de har behörighet att pröva bevisningen, ogiltigförklara det angripna beslutet och ändra bötesbeloppet. Lagenlighetsgranskningen i artikel 263 FEUF, kompletterad med den obegränsade behörigheten med avseende på bötesbeloppet i artikel 31 i förordning nr 1/2003,

förefaller således inte strida mot principen om ett effektivt rättsmedel inför en domstol i artikel 47 i stadgan.

107 Härav följer att talan inte kan vinna bifall på den femte grunden i den mån den avser reglerna för domstolprövning enligt principen om ett effektivt rättsligt skydd.

108 I den mån den femte grunden avser det sätt på vilket förstainstansrätten prövade det omtvistade beslutet, sammanfaller den med den andra och den fjärde grunden för överklagandet och har således redan prövats av domstolen.

109 Domstolen påpekar i det avseendet att, även om förstainstansrätten upprepade gånger, bland annat i punkterna 35–37, 92, 103, 115, 118, 129 och 141 i den överklagade domen, hänvisade till kommissionens ”utrymme för skönsmässig bedömning”, ”betydande utrymme för skönsmässig bedömning” eller ”stora utrymme för skönsmässig bedömning”, hindrade inte dessa uttryck förstainstansrätten från att företa en sådan fullständig prövning av de rättsliga och faktiska omständigheterna som den var skyldig att göra.

110 Av det anförda följer att överklagandet inte kan vinna bifall på den femte grunden.

111 Överklagandet kan således inte vinna bifall på någon av de grunder som KME-koncernen har åberopat och ska därför ogillas.

Rättegångskostnader

112 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna, som enligt artikel 118 i dessa regler ska tillämpas i mål om överklagande, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att KME-koncernen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom KME koncernen har tappat målet, ska kommissionens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (andra avdelningen) följande:

1) Överklagandet ogillas.

2) KME Germany AG, KME France SAS och KME Italy SpA förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

Underskrifter