DOMSTOLENS DOM (Anden Afdeling)

8. december 2011 *

I sag C-389/10 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statutten for Den Europæiske Unions Domstol, iværksat den 28. juli 2010,

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 S. Noë, 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: ekspeditionssekretær L. Hewlett,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 12. maj 2011,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

Dom

1 Ved deres appel har KME Germany AG, tidligere KM Europa Metal AG (herefter »KME Germany«), KME France SAS, tidligere Tréfimétaux SA (herefter »KME France«), og KME Italy SpA, tidligere Europa Metalli SpA (herefter »KME Italy«) (herefter samlet »KME-koncernen«), nedlagt påstand om ophævelse af dom afsagt af Den Europæiske Unions Ret den 19. maj 2010, KME Germany m.fl. mod Kommissionen (sag T-25/05, herefter »den appellerede dom«), hvori sagsøgerne ikke fik medhold i deres påstand om nedsættelse af de bøder, de var blevet pålagt i henhold til artikel 2, litra g)-i), i Kommissionens beslutning K(2004) 2826 af 3. september 2004 om en procedure efter [artikel 81 EF] og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/E-1/38.069 — VVS-rør af kobber) (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 Forordning nr. 17 blev 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.

4 Artikel 23, stk. 2 og 3, i forordning nr. 1/2003 har følgende ordlyd:

»2. Kommissionen kan ved beslutning pålægge virksomheder og virksomhedssammenslutninger bøder, hvis de forsætligt eller uagtsomt:

a) overtræder traktatens artikel 81 eller 82, [...]

[...]

Bøden kan for hver af de virksomheder, som har deltaget i overtrædelsen, ikke overstige 10 % af den samlede omsætning i det foregående regnskabsår.

[...]

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

5 Forordningens artikel 31 lyder således:

»Domstolen har fuld prøvelsesret med hensyn til klager over beslutninger, hvorved Kommissionen fastsætter en bøde eller en tvangsbøde. Den kan ophæve, nedsætte eller forhøje den pågældende bøde eller tvangsbøde.«

6 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.«

7 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«.

8 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.

9 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.

10 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.

11 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 Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (EFT 1996 C 207, s. 4, herefter »meddelelsen om samarbejde«).

12 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).

13 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.

14 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

15 Sagsøgerne har sammen med andre virksomheder, der producerer halvfærdige kobberprodukter og kobberlegeringer, deltaget i et kartel med henblik på prisfastsættelse, fordeling af markeder og udveksling af fortrolige oplysninger på markedet for VVS-rør af kobber.

16 Efter kontrol og undersøgelse har Kommissionen den 3. september 2004 vedtaget den anfægtede beslutning, hvoraf et sammendrag er offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* af 13. juli 2006 (EUT L 192, s. 21).

17 For at vurdere den pågældende overtrædelses grovhed tog Kommissionen dens art, overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet, det pågældende geografiske markeds udstrækning og størrelsen af nævnte marked i betragtning. Kommissionen gjorde gældende, at markedsopdelings- og prisfastsættelsespraksis som dem, der er omfattet af den foreliggende sag, ved deres beskaffenhed udgjorde en meget alvorlig overtrædelse, og vurderede, at det geografiske marked, der var berørt af kartellet, svarede til Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS). Kommissionen tog ligeledes hensyn til den omstændighed, at markedet for VVS-rør af kobber udgjorde en meget betydelig industrisektor. For så vidt angår den konkrete indvirkning på markedet bemærkede Kommissionen, at der fandtes tilstrækkelige beviser for, at kartellet ud fra en helhedsbetragtning havde haft en indvirkning på det pågældende marked. Kommissionen konkluderede heraf, at de pågældende virksomheder havde begået en meget alvorlig overtrædelse.

18 Kommissionen identificerede i den anfægtede beslutning fire koncerner, som den vurderede var repræsentative for virksomhedernes relative betydning for den pågældende overtrædelse. KME-koncernen blev følgelig anset for værende den største aktør på det pågældende marked og blev klassificeret i den første kategori.

19 Markedsandelene blev fastsat ud fra den omsætning, som stammer fra salg af VVS-rør af kobber på det samlede marked for almindelige VVS-rør af kobber og plastisolerede VVS-rør af kobber, der var opnået af hver lovovertræder. Kommissionen fastsatte følgelig udgangsbeløbet for bøderne til 70 mio. EUR for KME-koncernen.

20 Henset til den omstændighed, at KME France og KME Italy i hvert fald indtil juni 1995 samlet udgjorde en særskilt virksomhed i forhold til KME Germany, blev udgangsbeløbet for bøderne fastsat til i alt 70 mio. EUR for KME-koncernen, fordelt på følgende måde: 35 mio. EUR for KME-koncernen, 17,5 mio. EUR for KME Germany og 17,5 mio. EUR for KME Italy og KME France in solidum.

21 Det fremgår af den anfægtede beslutning, at Kommissionen forhøjede bødernes udgangsbeløb med 10 % for hvert hele år, overtrædelsen havde varet, og med 5 % for hver yderligere periode på eller over seks måneder, men på under et år. Det blev således fastslået, at:

— For KME-koncernen, der havde deltaget i kartellet gennem fem år og syv måneder, fandt en forhøjelse på 55 % af bødens udgangsbeløb på 35 mio. EUR anvendelse.

— For KME Germany, der havde deltaget i kartellet gennem syv år og to måneder, fandt en forhøjelse på 70 % af bødens udgangsbeløb på 17,5 mio. EUR anvendelse.

— For KME France og KME Italy, der havde deltaget i kartellet gennem fem år og ti måneder, fandt en forhøjelse på 55 % af bødens udgangsbeløb på 17,5 mio. EUR anvendelse.

22 Det fremgår af 719. betragtning til den anfægtede beslutning, at efter beregning af forhøjelsen på grund af varigheden af deltagelsen i overtrædelsen fastsættes grundbeløbene for de bøder, der blev pålagt appellanterne, følgelig således:

— KME-koncernen: 54,25 mio. EUR

— KME Germany: 29,75 mio. EUR

— KME France og KME Italy (in solidum): 27,13 mio. EUR.

23 Kommissionen tog i forbindelse med de formildende omstændigheder hensyn til den omstændighed, som det fremgår af 758. og 759. betragtning til den anfægtede beslutning, at KME-koncernen og den koncern, der består af Outokumpu Ovj og Outokumpu Copper Products Oy (herefter samlet »Outokumpu-koncernen«), i forbindelse med deres respektive samarbejde havde fremlagt oplysninger, der ikke var omfattet af meddelelsen om samarbejde. Kommissionen nedsatte følgelig grundbeløbet for den bøde, der var pålagt Outokumpu-koncernen, med 40,17 mio. EUR, hvilket svarer til den bøde, der var blevet pålagt koncernen for overtrædelsesperioden mellem september 1989 og juli 1997, hvis fastlæggelse var gjort mulig af de oplysninger, som koncernen havde fremlagt for Kommissionen. Hvad angår KME-koncernen, som det fremgår af 760. og 761. betragtning til den anfægtede beslutning, blev grundbeløbet for den bøde, som den var blevet pålagt, nedsat med 7,93 mio. EUR som følge af koncernens samarbejde, der havde gjort det muligt for Kommissionen at fastslå, at den pågældende overtrædelse omfattede de plastisolerede VVS-rør af kobber.

24 Kommissionen fastsatte i overensstemmelse med artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 de bøder, der skulle pålægges de virksomheder, som var adressater for den anfægtede beslutning, således:

— KME-koncernen: 32,75 mio. EUR

— KME Germany: 17,96 mio. EUR

— KME France og KME Italy (in solidum): 16,37 mio. EUR.

Sagen for Retten og den anfægtede dom

25 Appellanterne gjorde syv anbringender gældende, alle vedrørende fastsættelsen af den bøde, som de er blevet pålagt. Disse anbringender vedrørte henholdsvis en utilstrækkelig hensyntagen til kartellets konkrete indvirkning på markedet i forbindelse med beregningen af udgangsbeløbet for bøden, en urigtig vurdering af størrelse af den sektor, der var påvirket af kartellet, en urigtig vurdering af KME-koncernens betydning på markedet for VVS-rør af kobber, en urigtig forhøjelse af udgangsbeløbet for bøden på grund af kartellets varighed, manglende hensyntagen til visse formildende omstændigheder, en urigtig anvendelse af meddelelsen om samarbejde og manglende hensyntagen til KME-koncernens skrøbelige finansielle situation.

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

27 Den forkastede ligeledes den af Kommissionen nedlagte modpåstand om en forhøjelse af bøderne.

Parternes påstande og retsforhandlingerne for Domstolen

28 KME-koncernen har 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, og sagen hjemvises til Retten.

29 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— KME-koncernen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

30 Domstolen har på et almindeligt møde besluttet, at den foreliggende sag behandles uden forslag til afgørelse og behandles samme dag som sagen Chalkor mod Kommissionen (C-386/10 P) vedrørende det samme kartel. Da appellanterne har nedlagt flere påstande lignende dem, de har gjort gældende i forbindelse med sagen KME Germany m.fl. mod Kommissionen (sag C-272/09 P), behandlet i et tidligere retsmøde, hvor de også havde anlagt sag imod Kommissionen i forbindelse med en første beslutning om en sanktion over for et parallelt kartel i sektoren for kobberindustrirør, er parterne under retsmødet blevet opfordret til at tage generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse af 10. februar 2011 i denne sag i betragtning.

Appellen

31 KME-koncernen har påberåbt sig seks anbringender om henholdsvis forskellige retlige fejl med hensyn til overtrædelsens indvirkning på markedet, hensynstagen til omsætningen og overtrædelsens varighed, tilsidesættelse af retningslinjerne og rimelighedsprincippet og princippet om ligebehandling ved manglende hensyntagen til visse formildende omstændigheder, tilsidesættelse af retningslinjerne og manglende begrundelse og endeligt tilsidesættelse af retten til en effektiv domstolsprøvelse.

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

Parternes argumenter

32 Appellanterne har anført, at deres første anbringende vedrører den appellerede doms præmis 81-92. Forud for disse præmisser har Retten gennemgået parternes argumenter og har statueret i forhold til formaliteten med hensyn til visse argumenter og to nye økonomiske rapporter, som appellanterne havde fremlagt for at bevise den manglende faktiske indvirkning på markedet, og Retten har i præmis 77 i den appellerede dom fastslået, at disse argumenter og rapporter kunne antages til realitetsbehandling.

33 Præmis 81-92 i den appellerede dom har følgende ordlyd:

»81 Herefter bemærkes, 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.

82 I denne forbindelse må det fastslås, at det følger af ordningen om sanktioner for tilsidesættelser af konkurrencereglerne som indført ved forordning nr. 17 og nr. 1/2003 og fortolket i retspraksis, at karteller, på grund af deres særlige art, bør pålægges de største bøder. Deres eventuelle konkrete indvirkning på 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, og af 16.11.2000, sag C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags mod Kommissionen, Sml. I, s. 9925, præmis 68-77; 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, punkt 95-101).

83 Det skal tillige bemærkes, at i henhold til retningslinjerne kan 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 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).

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

85 I denne sammenhæng må det fremhæves, at [appellanternes] påstand 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.

86 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 (Rettens dom [af 18.7.2005, sag T-241/01,] Scandinavian Airlines System mod Kommissionen, [Sml. II, s. 2917,] præmis 122, og 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).

87 Det bemærkes i denne forbindelse, at de faktiske omstændigheder, som Kommissionen hovedsageligt har lagt til grund for at fastslå, at kartellet havde en konkret indvirkning på markedet, er gennemførelsen af en ordning om udveksling af oplysninger vedrørende salgsmængder og prisniveauer, tilstedeværelse af dokumenter fremstillet i forbindelse med kartellets møder, der henviste til, at priserne var blevet forhøjet i løbet af visse kartelperioder, og som anførte, at kartellet havde

tilladt de pågældende virksomheder at nå deres prismålsætninger, den store markedsandel, som deltagerne i overtrædelsen tilsammen besad, og den omstændighed, at disse deltageres respektive markedsandele forblev relativt stabile under hele overtrædelsesperioden [...].

88 [Appellanterne] har gjort gældende, at gennemførelsen af kartellet var begrænset, og at de andre elementer, som Kommissionen har fremlagt, ikke godtgør, at den omhandlede overtrædelse havde haft en konkret indvirkning på markedet.

89 Det følger af retspraksis, at Kommissionen er berettiget til, på grundlag af de i præmis 87 i denne dom nævnte indicier, at udlede, at den pågældende overtrædelse 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 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).

90 Kommissionen kan i øvrigt ikke kritiseres for i den [anfægtede] beslutning at have fastslået, at den oprindelige rapport ikke imødegik konklusionerne vedrørende kartellets faktiske indvirkning på markedet. Den oprindelige rapport vedrører nemlig kun taloplysninger vedrørende [appellanterne]. Det fremgår dog af retspraksis, at den faktiske adfærd, som en virksomhed hævder at have udvist, er uden betydning ved vurderingen af kartellets virkning på markedet, idet kun virkningerne af den samlede overtrædelse skal tages i betragtning (Domstolens dom af 8.7.1999, sag C-49/92 P, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, Sml. I, s. 4125, præmis 150 og 152, samt Rettens dom af 17.12.1991, sag T-7/89, Hercules Chemicals mod Kommissionen, Sml. II, s. 1711, præmis 342, og af 9.7.2003, sag T-224/00, Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen, Sml. II, s. 2597, præmis 167).

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

92 Desuden er Retten af den opfattelse, at det som led i dens fulde prøvelsesret og i lyset af de ovenstående bemærkninger er ufornødent igen at behandle udmålingen af udgangsbeløbet for den bøde, som [appellanterne] er blevet pålagt, og som Kommissionen fastsatte ud fra overtrædelsens grovhed i 693. betragtning til den [anfægtede] beslutning.«

34 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 den bøde, som de var blevet pålagt, 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.

35 Kommissionen har for det første gjort gældende, at det første anbringende er uvirksomt. Dette anbringende tager ikke hensyn til, at Retten i præmis 92 i den appellerede dom har udøvet sin fulde prøvelsesret og opretholdt udgangsbeløbet for den bøde, som er pålagt KME-koncernen under hensyn til overtrædelsens grovhed i 693. betragtning til den anfægtede beslutning.

36 Kommissionen har derefter gjort gældende, at Retten med føje har fastslået, at indsigelserne om overtrædelsens indvirkning på markedet ikke var afgørende, og at Retten under alle omstændigheder har anvendt de relevante retlige kriterier ved prøvelsen af denne påvirkning. Kommissionen har endeligt gjort gældende, at det første anbringende ikke kan antages til realitetsbehandling, idet det vedrører en bedømmelse af de faktiske omstændigheder og bevismateriale, og at Rettens konklusioner var behørigt begrundet, bl.a. i den anfægtede doms præmis 90, hvori Retten anfører, at det

udelukkende er overtrædelsens påvirkning i sin helhed, der skal tages i betragtning, hvilket forklarer, hvorfor den ikke tager de økonometriske undersøgelser vedrørende appellanterne, som disse har fremlagt, i betragtning.

Domstolens bemærkninger

37 Appellanterne har ikke bestridt Rettens konklusioner om kvalificeringen af overtrædelsen som en »meget alvorlig overtrædelse« i retningslinjernes forstand, men Rettens konklusioner vedrørende kartellets konkrete indvirkning på markedet som et element, der blev taget i betragtning ved fastsættelsen af bødens grundbeløb.

38 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.

39 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.

40 I 629. 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, 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 673. 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.

41 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.

42 Retten har i præmis 86 og 89 i den appellerede dom henvist til retspraksis vedrørende beviskravet i forhold til kartellets konkrete indvirkning på markedet. Retten har i øvrigt i præmis 87 og 90 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 84, og efter at den korrekt i dommens præmis 82 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.

43 Under alle omstændigheder har Rettens begrundelse om beviset for overtrædelsens indvirkning på markedet besvaret appellanternes argumentation, sammenfattet i præmis 58-62 i den appellerede dom, hvorefter Kommissionen ikke har fremlagt et sådant bevis i den anfægtede beslutning. 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.

44 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 beviset for en sådan indvirkning.

45 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.

46 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.

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

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

Parternes argumenter

48 Det andet anbringende vedrører hovedsageligt præmis 97-101 i den appellerede dom, som har følgende ordlyd:

»97 Det bemærkes indledningsvis, 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 VVS-rør, eller at risikoen for svingningerne i prisen på kobber er langt større end for andre råmaterialer, anfægter ikke denne konklusion.

98 For så vidt angår [appellanternes] forskellige argumenter for, at det, i stedet for at anvende kriteriet om omsætningen på det relevante marked, 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, fastslås, at disse er uden relevans.

99 I den forbindelse må det for det første fastslås, at det, da overtrædelsens grovhed er bestemt 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), og da der ikke herved er opstillet en bindende eller udtømmende liste over de kriterier, som obligatorisk skal tages i betragtning (Domstolens dom af 25.1.2007, C-407/04 P, Dalmine mod Kommissionen, Sml. I, s. 829, præmis 129), ikke tilkommer dommeren, men Kommissionen, inden for rammerne af sit skøn og i overensstemmelse med de begrænsninger, der følger af ligebehandlingsprincippet og forordning nr. 17 og nr. 1/2003, 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.

100 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 unionslovgiver, 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 (EUT L 24, s. 1)).

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

49 Ifølge appellanterne har Retten tilsidesat EU-retten 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 den bøde, der er pålagt appellanterne — 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.

50 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.

51 Ifølge appellanterne har Retten tilsidesat proportionalitetsprincippet ved ikke at have fundet, at Kommissionen burde have taget hensyn til Rettens og Kommissionens 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.

52 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.

53 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.

54 Kommissionen har gjort gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 97 med føje kunne bemærke, 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.

55 Den har i øvrigt 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 sektoren for VVS-rør af kobber er unik, må dette anbringende afvises.

56 Ifølge Kommissionen har Retten foretaget en objektiv vurdering og har taget omsætningen i betragtning snarere end de kontroversielle beløb, som en fratrækning af omkostninger, »som ikke kan kontrolleres«, ville have medført. Denne konklusion er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

57 Kommissionen har endelig bestridt appellanternes påstande vedrørende fastsættelse af priserne på det pågældende marked. Det ville være forkert at sondre mellem et øvre marked forskelligt fra det af kartellet berørte marked. Der eksisterede kun ét marked, markedet for kobberrør, og kobber udgjorde kun en omkostning.

Domstolens bemærkninger

58 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).

59 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).

60 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).

61 Retten har derfor ikke begået en retlig fejl og har navnlig hverken tilsidesat proportionalitetsprincippet eller princippet om forbud mod forskelsbehandling, idet den i præmis 100 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.

62 Retten har desuden ligeledes ikke begået en retlig fejl ved i præmis 97 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 Domstolen har fastslået i dom af dags dato, ligeledes mellem appellanterne og Kommissionen (sag C-272/09 P), 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.

63 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.

64 I den appellerede dom har Retten foretaget den prøvelse, som den er forpligtet til. Den har besvaret det anbringende, som appellanterne havde gjort gældende, og den har ikke begået en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 101 at konkludere, at Kommissionen med føje indregnede kobberprisen med henblik på at fastlægge størrelsen af det berørte marked.

65 Det andet anbringende er derfor ugrundet.

Det tredje anbringende om forskellige retlige fejl vedrørende hensyntagen til overtrædelsens varighed

Parternes argumenter

66 Appellanterne har anført, at deres tredje anbringende vedrører den appellerede doms præmis 111-117. De har gjort gældende, at Retten tilsidesatte EU-retten 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 den bøde, som appellanterne blev pålagt, med den maksimale procentsats på grund af varigheden af overtrædelsen.

67 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 116 vurderede, at en forhøjelse på 125 % af bødens udgangsbeløb ikke var åbenbart uforholdsmæssig.

68 Rettens manglende anerkendelse af den omstændighed, at KME-koncernen befandt sig i en situation meget sammenlignelig med den, som de sagsøgende virksomheder i den sag, der gav anledning til dommen af 19. maj 2010, IMI m.fl. mod Kommissionen (sag T-18/05, Sml. II, s. 1769), befandt sig i, og dens afvisning af på ny at fastsætte bødens udgangsbeløb, i modsætning til hvad den gjorde i den dom, medførte en ulovlig forskelsbehandling mellem KME-koncernen og disse virksomheder.

69 Kommissionen har gjort gældende, at appellanterne ikke har tilbagevist Rettens konklusioner i den appellerede doms præmis 111-115. Den har tilføjet, at artikel 23, stk. 3, i forordning nr. 1/2003 selv fastsætter en sondring mellem overtrædelsens grovhed og dennes varighed, og at det er nødvendigt af hensyn til lighedsbehandling i forbindelse med overtrædelsens varighed at undersøge denne varighed og ikke omstændigheder i forbindelse med overtrædelsens grovhed, såsom kartellets intensitet og dens virkninger.

70 For så vidt angår de sagsøgende virksomheder i den sag, der gav anledning til dommen i sagen IMI m.fl. mod Kommissionen, har Kommissionen henvist til, at Retten annullerede den beslutning, der konstaterede en overtrædelse i forhold til disse virksomheder for en periode på 16 måneder. Disse virksomheder befandt sig derfor i en situation, der var forskellig fra appellanternes.

71 Kommissionen har endelig gjort gældende, at retningslinjerne for beregning af bøder efter artikel 23, stk. 2, litra a), i forordning nr. 1/2003 med henblik på at tage hensyn til den skade, et kartel har forårsaget, fastsætter, at bøden forhøjes med 100 % for hvert år, kartellet bestod. Forhøjelsen på 10 % for hvert yderligere år, der er anvendt i det foreliggende tilfælde, var i realiteten meget lav og var åbenlyst ikke uforholdsmæssig.

Domstolens bemærkninger

72 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 70 mio. EUR, med 125 % for at tage hensyn til overtrædelsens varighed på tolv år og ni måneder, idet hvert års deltagelse svarer til en forhøjelse på 10 %. Ifølge de tal, der fremgår af 719. betragtning til den anfægtede beslutning og er gengivet i denne doms præmis 22, udgør grundbeløbet for KME-koncernen således 111,13 mio. EUR.

73 Kritikken af resultatet støtter sig dog på den forkerte antagelse, at forhøjelsen udgjorde 125 %, idet den kun udgjorde 58,75 % (111,13/70 = 1,5875).

74 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 unionsformål, der er tilstræbt ved traktatens konkurrenceregler.

75 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.

76 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.

77 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.

78 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.

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

80 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.

81 For så vidt angår de sagsøgende virksomheder i den sag, der gav anledning til dommen i sagen IMI m.fl. mod Kommissionen, fremgår det af dommens præmis 96, at Retten var af den opfattelse, at overtrædelsen var blevet afbrudt i en periode på en smule mere end 16 måneder. Disse virksomheders situation var således meget forskellig fra appellanternes, som ikke har påstået, at der er sket en afbrydelse af overtrædelsen, men alene har gjort gældende, at dennes intensitet har vekslet. Det følger heraf, at Retten ikke har tilsidesat princippet om forbud mod forskelsbehandling ved at behandle appellanterne og de pågældende virksomheder forskelligt.

82 Det følger af alle disse betragtninger, at det tredje anbringende ikke er begrundet.

Det fjerde anbringende om tilsidesættelse af retningslinjerne samt rimelighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet ved manglende hensyntagen til visse formildende omstændigheder

Parternes argumenter

83 Appellanterne har anført, at deres fjerde anbringende vedrører den appellerede doms præmis 125-142. De har gjort gældende, at Retten tilsidesatte EU-retten ved at forkaste det femte søgsmålsanbringende og ved at stadfæste den relevante del af den anfægtede beslutning, hvori Kommissionen i strid med retningslinjerne samt rimelighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet afviste at lade dem få en nedsættelse af bøden på grund af for det første den begrænsede gennemførelse af aftalerne, for det andet den krise, som industrien for VVS-rør af kobber er ramt af, og for det tredje deres samarbejde ud over anvendelsesområdet for meddelelsen om samarbejde.

84 Appellanterne har for det første gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl ved i den appellerede dom fuldstændig at ignorere den omstændighed, at de har afholdt sig fra at gennemføre aftalerne, og at de har anlagt en konkurrencebetonet adfærd. De har i den forbindelse bestridt det kriterium, der er fastslået i dommens præmis 127 og anvendt af Retten for at vurdere, om de opfyldte de betingelser, der kræves for anvendelsen af formildende omstændigheder, dvs. klart og i væsentlig udstrækning at overtræde de forpligtelser, hvorved kartellet skulle gennemføres, i en sådan grad, at det forstyrrede selve dets funktion. Ifølge appellanterne er et sådant kriterium strengere end det, som anvendes for at fastslå tidspunktet, hvor en deltagelse blev bragt til ophør, dvs. at tage åbent afstand fra den konkurrencestridende samordning, hvilket er ulogisk.

85 De har for det andet gjort gældende, at Retten tilsidesatte princippet om forbud mod forskelsbehandling, idet den skulle have taget hensyn til den svære situation, som VVS-rørsindustrien befandt sig i, som en formildende omstændighed.

86 Appellanterne har for det tredje gjort gældende, at Retten tilsidesatte EU-retten ved at stadfæste den del af den anfægtede beslutning, hvori Kommissionen afviste at lade dem få en nedsættelse af bøden på grund af deres samarbejde ud over anvendelsesområdet for meddelelsen om samarbejde. Ifølge appellanterne burde de have fået en nedsættelse af bøden eller en delvis bødefritagelse 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.

87 Kommissionen er af den opfattelse, at Retten korrekt har anvendt den retspraksis, hvorefter der kan indrømmes nedsættelse af en bøde på grund af en manglende gennemførelse af kartellet.

88 Den har i øvrigt henvist til, at beslutninger om andre karteller ikke kan danne grundlag for et anbringende om tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling. Under alle omstændigheder lå den svære periode for sektoren senere end kartellet.

89 Hvad endelig angår samarbejdet har Kommissionen gjort gældende, at det fjerde anbringende må afvises, for så vidt som KME-koncernen beder Domstolen om at erstatte Rettens vurdering med sin egen.

90 Dette anbringende 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.

91 Når Outokumpu-koncernen fik en nedsættelse af bøden, var det på grund af, at de oplysninger, som denne havde indgivet til Kommissionen, satte Kommissionen i stand til at efterforske og søge efter bevismateriale. Appellanterne havde været behjælpelige ved at bidrage med beviser, men ikke mere. I modsætning til hvad appellanterne har gjort gældende i deres appel, kunne de heller ikke få 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.

92 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

93 Hvad angår det første argument vedrører det den appellerede doms præmis 127, hvori Retten har henvist til sin praksis, hvorefter lovovertræderne for at nyde fordel af formildende omstændigheder som omhandlet i retningslinjernes punkt 3, andet led, skal bevise, at de har udvist en konkurrencemæssig adfærd, eller i det mindste, at de klart og i væsentlig udstrækning overtrådte de forpligtelser, hvorved kartellet skulle gennemføres, i en sådan grad, at det forstyrrede selve dets funktion, og at de ikke tilsyneladende har tilsluttet sig aftalen og dermed tilskyndet andre virksomheder til at gennemføre det pågældende kartel (Rettens dom af 8.7.2004, sag T-50/00, Dalmine mod Kommissionen, Sml. II, s. 2395, præmis 292, og af 15.3.2006, sag T-26/02, Daiichi Pharmaceutical mod Kommissionen, Sml. II, s. 713, præmis 113).

94 Retten har bl.a. i præmis 491 i dommen i sagen Raiffeisen Zentralbank Österreich m.fl. mod Kommissionen begrundet denne praksis ved at henvise til, at en virksomhed, der på trods af samordning med sine konkurrenter følger en mere eller mindre uafhængig politik på markedet, eventuelt søger at udnytte kartellet til sin fordel. Hvis formildende omstændigheder blev taget i betragtning i et sådant tilfælde, ville det være for let for virksomhederne at mindske risikoen for at skulle betale en stor bøde, da de kunne drage nytte af et ulovligt kartel og derefter opnå en nedsættelse af bøden med den begrundelse, at de kun havde spillet en begrænset rolle i gennemførelsen af overtrædelsen, selv om de ved deres holdning tilskyndede andre virksomheder til at udvise en adfærd, der var til større skade for konkurrencen (jf. ligeledes Rettens dom af 8.7.2004, sag T-44/00, Mannesmannröhren-Werke mod Kommissionen, Sml. II, s. 2223, præmis 277 og 278).

95 I modsætning til det, som appellanterne har gjort gældende, er den virksomhed, som ophører med at deltage i et kartel, ikke i samme situation som en virksomhed, som deltager i kartellet, men ikke gennemfører det eller ophører med at gennemføre det. I det sidste tilfælde fortsætter virksomheden med at hindre konkurrencen ved sin deltagelse i eventuelle diskussioner og ved den omstændighed, som Retten har fremhævet, at dens deltagelse i kartellet er i stand til at tilskynde de andre virksomheder til at handle på en måde, der bidrager til at hindre konkurrencen.

96 Retten har derfor ikke begået en retlig fejl ved at fortolke betingelserne for at drage fordel af formildende omstændigheder som omhandlet i retningslinjernes punkt 3, andet led, strengt. Som Retten har bemærket i den appellerede doms præmis 128, har appellanterne ikke gjort gældende, at de opfyldte disse betingelser. Det første argument er derfor ugrundet.

97 For så vidt angår det andet argument er det tilstrækkeligt at bemærke, at karteller som hovedregel opstår, når der er problemer i en økonomisk sektor, og at disse problemer i princippet ikke udgør en formildende omstændighed.

98 Vanskeligheden ved at sammenligne niveauet for bøder, der er pålagt virksomheder, som har deltaget i forskellige aftaler, på særskilte markeder, og på tidspunkter, der nogle gange ligger langt fra hinanden, kan i øvrigt følge af de betingelser, der er nødvendige for at gennemføre en effektiv konkurrencepolitik (dom af 2.10.2003, sag C-196/99 P, Aristrain mod Kommissionen, Sml. I, s. 11005, præmis 81). Retten har således ikke tilsidesat princippet om forbud mod forskelsbehandling ved i den appellerede doms præmis 129 at fastslå, at det forhold, at Kommissionen i tidligere sager har taget hensyn til en sektors økonomiske situation som en formildende omstændighed, ikke medfører, at den nødvendigvis skal fortsætte med at følge denne praksis.

99 For så vidt angår det tredje argument har appellanterne bestridt den appellerede dom uden at præcisere eller begrunde, hvorved Retten har begået en retlig fejl i begrundelsen i dommens præmis 136-140, og uden at begrunde, hvorved indgivelse af bevismateriale, som Kommissionen allerede var bekendt med, i større omfang begrunder formildende omstændigheder end tidligere fremskaffelse af oplysninger, der er nye for Kommissionen. Det følger heraf, at dette argument må afvises som værende for upræcist.

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

Det femte anbringende om en tilsidesættelse af retningslinjerne og en manglende begrundelse

Parternes argumenter

101 Appellanterne har anført, at deres femte anbringende vedrører den appellerede doms præmis 163-174. De har gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl og på ulogisk

og utilstrækkelig vis har begrundet sin afvisning af det syvende søgsmålsanbringende og sin stadfæstelse af Kommissionens afvisning af at nedsætte bøden på grundlag af deres manglende betalingsevne bl.a. som følge af den økonomiske byrde, de allerede var pålagt i forbindelse med sagen om kobberindustrirør. De har gjort gældende, at Retten ikke har anvendt det passende kriterium, idet virksomheden kun skulle bevise, at pålæggelse af en hård sanktion ville forårsage et meget alvorligt økonomisk og finansielt tab for den. De har i øvrigt gjort gældende, at Retten har anlagt en urigtig fortolkning af det andet led af det kriterium, der er fastsat i retningslinjernes punkt 5, litra b), idet den således konkluderede, at ingen »given social kontekst« i dette punkts forstand begrundede en nedsættelse af bøden. De har endelig gjort gældende, at den appellerede dom ikke afhjælper den ulovlige forskelsbehandling, som Kommissionen har givet dem set i forhold til SGL Carbon AG i de sager, der gav anledning til dom af 29. juni 2006, SGL Carbon mod Kommissionen (sag C-308/04 P, Sml. I, s. 5977), og af 10. maj 2007, SGL Carbon mod Kommissionen (sag C-328/05 P, Sml. I, s. 3921).

102 Kommissionen har for det første gjort gældende, at appellanternes første argument ikke vedrører en retlig fejl, der er påvist i den appellerede dom, og at Retten ikke har truffet afgørelse om betydningen af udtrykket »manglende betalingsevne«. Den har desuden gjort gældende, at spørgsmålet om en »given social kontekst« ikke er blevet forelagt Retten. Under alle omstændigheder var appellanternes udtalelser vage og vedrørte vurderinger i forhold til faktiske omstændigheder og beviser, hvilket må afvises i forbindelse med en appel. Endelig var det med rette, at Retten forkastede appellanternes argument om forskelsbehandling med den begrundelse, at Kommissionens praksis i tidligere afgørelser ikke udgør retsgrundlaget for bøder. Under alle omstændigheder var SGL Carbon AG's situation anderledes.

Domstolens bemærkninger

103 Uden at begå en retlig fejl har Retten i den appellerede doms præmis 165 bemærket, at Kommissionen ikke er forpligtet til at tage hensyn til den pågældende virksomheds

tab, eftersom anerkendelsen af en sådan forpligtelse ville medføre uberettigede konkurrencemæssige fordele for virksomheder, der er mindre tilpasset markedsvilkårene (jf. dom af 8.11.1983, forenede sager 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 og 110/82, IAZ International Belgium m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3369, præmis 54 og 55, samt dommen i sagen Dansk Rørinsustri m.fl. mod Kommissionen, præmis 327, dommen af 29.6.2006 i sagen SGL Carbon mod Kommissionen, præmis 105, og dommen af 10.5.2007 i sagen SGL Carbon mod Kommissionen, præmis 100).

104 Kommissionen er endnu mindre forpligtet til at tage hensyn til en påstået manglende betalingsevne på grund af en finansiel sanktion, der er pålagt på grundlag af en anden overtrædelse af konkurrenceretten, idet virksomheden er hovedansvarlig for en sådan situation, som den har bevirket ved en ulovlig handlemåde.

105 Som nævnt i denne doms præmis 98, kan vanskeligheden ved at sammenligne niveauet for bøder, der er pålagt virksomheder, som har deltaget i forskellige aftaler, på særskilte markeder, og på tidspunkter, der nogle gange ligger langt fra hinanden, i øvrigt følge af de betingelser, der er nødvendige for at gennemføre en effektiv konkurrencepolitik. Retten har således ikke tilsidesat princippet om forbud mod forskelsbehandling ved i den appellerede doms præmis 164 at fastslå, at det forhold, at Kommissionen i tidligere sager har taget hensyn til en virksomheds økonomiske vanskeligheder, ikke medfører, at den nødvendigvis er forpligtet til at anlægge den samme vurdering i en senere sag.

106 Endelig er det femte anbringende tillige særligt generelt, idet appellanterne blot har påstået, at Retten har begået en retlig fejl, uden imidlertid at præcisere, hvori den præcist består. Under alle omstændigheder er Domstolen ikke kompetent til at kontrollere Rettens bedømmelse af faktiske omstændigheder som den, der fremgår af den appellerede doms præmis 169 og 170.

107 Det følger heraf, at det femte anbringende delvist må afvises, delvis forkastes.

Det sjette anbringende om tilsidesættelse af effektiv domstolsprøvelse

Parternes argumenter

108 Appellanterne har gjort gældende, at Retten har tilsidesat EU-retten 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. De har især bestridt den måde, hvorpå Retten har prøvet det andet søgsmålsanbringende vedrørende markedets størrelse, det fjerde anbringende vedrørende overtrædelsens varighed og det femte søgsmålsanbringende om formildende omstændigheder. Ifølge appellanterne svarer Rettens afvisning af grundigt og nøje at undersøge de anbringender og de argumenter, de havde fremført i deres stævning, til en tilsidesættelse af deres grundlæggende ret til en fuld, effektiv og rimelig domstolsprøvelse af den anfægtede beslutning af en upartisk og uafhængig retsinstans.

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

110 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.

111 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.

112 Ydermere burde Retten i betragtning af den fulde prøvelsesret, der er tillagt den ved artikel 261 TEUF 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.

113 Appellanterne har anført, at Kommissionen skal udøve en sammenhængende og ikke-diskriminerende politik i alle sager, hvor den fastsætter en bøde for overtrædelse af konkurrencereglerne. Dette betyder, at den skal behandle de virksomheder, som befinder sig i sammenlignelige situationer, ens i forbindelse med særskilte overtrædelser, der er fastsat ved særskilte beslutninger. I mangel heraf bliver Kommissionens skønsmargen forvandlet til en ren arbitrær handlemåde, idet det tillades, at Kommissionen kan ændre sin politik for bøder efter forgodtbefindende i hver enkelt sag.

114 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«). Den skal 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«).

115 Kommissionen har indledningsvis anført, at appellanterne har støttet deres appel om nedsættelse af bøden på artikel 230 EF og ikke på den kompetence til fuld domstolsprøvelse, der foreskrives i artikel 31 i forordning nr. 1/2003.

116 Hvad angår svaret på andet, fjerde og femte anbringende er Kommissionen af den opfattelse, at Retten uanset henvisningerne til Kommissionens udøvelse af sit skøn foretog en effektiv og grundig prøvelse af fastsættelsen af den bøde, som KME-koncernen blev pålagt, og nåede til sin egen bekræftende konklusion, ifølge hvilken disse anbringender var ubegrundede.

117 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

118 Appellanterne har 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 både artikel 6 i EMRK og chartret gældende.

119 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).

120 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.

121 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 skal 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).

122 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. Den samme ordlyd findes i artikel 23, stk. 3, i forordning nr. 1/2003.

123 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).

124 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).

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

126 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.

127 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.

128 Det bemærkes, at der består en forpligtelse til at begrunde Unionens akter. 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.

129 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.

130 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).

131 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.

132 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.

133 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.

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

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

136 Det skal i den forbindelse bemærkes, at selv om Retten i flere omgange, bl.a. i den appellerede doms præmis 52-54, 99, 114, 136 og 150, 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.

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

138 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

139 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