Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
P. MENGOZZI
fremsat den 28. februar 2013 [1]

Sag C-287/11 P

Europa-Kommissionen
mod
Aalberts Industries NV
Comap SA, tidligere Aquatis France SAS,

Simplex Armaturen + Fittings GmbH & Co. KG

»Appel — karteller — det europæiske marked for kobberfittings og fittings af kobberlegeringer — artikel 81 EF og artikel 53 i EØS-aftalen — fastsættelse af priser, afslag og rabatter, indførelse af koordineringsmekanismer for prisforhøjelser, fordeling af kunder og udveksling af forretningsoplysninger — begrebet virksomhed — samlet og vedvarende overtrædelse — delvis eller fuldstændig annullation af Kommissionens beslutning«

I – Indledning

1. Med sin appel nedlægger Europa-Kommissionen påstand om ophævelse af Den Europæiske Unions Rets dom af 24. marts 2011, Aalberts Industries m.fl. mod Kommissionen [2] (herefter »den appellerede dom«), hvormed Retten har annulleret artikel 1 og artikel 2, litra a) og b), nr. 2), i Kommissionens beslutning K(2006) 4180 af 20. september 2006 om en procedure efter artikel 81 EF og artikel 53 i EØS-aftalen (sag COMP/F-1/38 121 - Fittings) [3] (herefter »den anfægtede beslutning«), for så vidt som det i denne beslutning blev fastslået, at Aalberts Industries NV (herefter »Aalberts«) og dets datterselskaber Aquatis France SAS (herefter »Aquatis«) og Simplex Armaturen + Fittings GmbH & Co. KG (herefter »Simplex«) havde deltaget i et kartel i perioden fra den 25. juni 2003 til den 1. april 2004, og Aalberts blev pålagt en bøde på 100,80 mio. EUR, heraf 55,15 mio. EUR til solidarisk hæftelse med hvert af dets datterselskaber samt med hensyn til sidstnævnte et ekstra beløb på 2,04 mio. EUR til solidarisk hæftelse.

2. Dette kartel – som Kommissionen mente, at Aquatis og Simplex havde deltaget i allerede i perioden fra den 31. januar 1991 til den 22. marts 2001, inden de blev overdraget til Aalberts i 2002 – [4] blev af Kommissionen kvalificeret som en samlet, kompleks og vedvarende overtrædelse af de fællesskabsretlige konkurrenceregler i form af en flerhed af konkurrencebegrænsende aftaler og

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Sag T-385/06, Sml. II, s. 1223.

3 — EUT 2007 L 283, s. 63.

4 — Denne del af den anfægtede beslutning, som ligeledes vedrørte det tidligere moderselskab (IMI plc) til Aquatis (tidligere Raccord Orléanais SA) og Simplex (tidligere R. Woeste & Co. Yorkshire GmbH), er ikke omfattet af denne sag. Den gav anledning til Rettens dom af 24.3.2011, sag T-378/06, IMI m.fl. mod Kommissionen, hvormed de berørte selskaber ikke fik medhold i deres søgsmål, og den er ikke blevet appelleret.

samordnet praksis på markedet for kobberfittings og fittings af kobberlegeringer. Overtrædelsen bestod i fastsættelse af priser, mekanismer til gennemførelse af prisforhøjelser, fordeling af nationale markeder samt deltagelse i regelmæssige møder og opretholdelse af andre kontakter for at lette overtrædelsen.

3. Til støtte for deres søgsmål ved Retten har Aalberts og dets datterselskaber fremført fem anbringender, hvoraf de tre første vedrørte henholdsvis ulovligheden af at pålægge moderselskabet ansvaret for overtrædelsen, en manglende overtrædelse af artikel 81 EF og manglende deltagelse i den samlede, komplekse og vedvarende overtrædelse omhandlet i den anfægtede beslutnings artikel 1.

4. Retten behandlede i sin dom det andet og det tredje anbringende, mens den ikke tog stilling til de øvrige anbringender, der blev fremsat for den [5].

5. Retten har for det første i forbindelse med det andet anbringende i det væsentlige fundet, at Kommissionen ikke har ført fornødent bevis for den konkurrencebegrænsende karakter af de to hændelser, som Simplex kritiseres for i den anfægtede beslutning [6]. Under behandlingen af det tredje anbringende udelukkende i forhold til Aquatis fandt Retten for det andet, at Kommissionen ikke, selv om selskabet i den omtvistede periode deltog i dele af den samlede, komplekse og vedvarende overtrædelse, havde godtgjort, at Aquatis havde kendskab til, at selskabet på grund af sin adfærd havde tilsluttet sig et kartel, der er sammensat af forskellige elementer, der har et fælles formål, eller et kartel, som det allerede havde deltaget i før marts 2001, og som fortsatte [7]. Retten annullerede derfor den anfægtede beslutnings artikel 1 og hele den bøde, der var blevet pålagt Aalberts og dets datterselskaber, samt det ekstra beløb på 2,04 mio. EUR, der udelukkende var blevet pålagt datterselskaberne, idet dette beløb var baseret på en fejlagtig beregning [8].

6. Kommissionen iværksatte den 7. juni 2011 nærværende appel til prøvelse af alle disse vurderinger.

7. Aalberts og dets datterselskaber nedlagde påstand om, at appellen forkastes, og iværksatte en kontraappel for det tilfælde, at Domstolen skulle imødekomme hele eller en del af hovedappellen, hvormed de opfordrer Domstolen til at omgøre den appellerede dom, for så vidt som den fastslår, at der var tale om en samlet, kompleks og vedvarende overtrædelse, som fortsatte efter Kommissionens kontrolbesøg i marts 2001, og til at annullere den anfægtede beslutning for så vidt angår dem og/eller nedsætte det bødebeløb, de er blevet pålagt, betragteligt.

8. Parterne i denne sag har afgivet mundtlige indlæg under retsmødet, der blev afholdt den 27. september 2012.

9. I medfør af artikel 62, stk. 1, i Domstolens procesreglement blev parterne på min foranledning opfordret til at fremsætte deres bemærkninger til betydningen af dommen af 6. december 2012, Kommissionen mod Verhuizingen Coppens [9], med hensyn til velbegrundetheden af andet anbringende i hovedappellen. Parterne har efterkommet disse anmodninger inden for den fastsatte frist.

5 — Den appellerede dom, præmis 28 og 121.

6 — Den appellerede dom, præmis 68.

7 — Ibidem, præmis 85, 110 og 119.

8 — Ibidem, præmis 122.

9 — Sag C-441/11 P.

II – Bedømmelse

10. Kommissionen har gjort tre anbringender gældende til støtte for hovedappellen. Det første anbringende vedrører en manglende begrundelse og retlige fejl i forbindelse med anvendelsen af de principper, der ligger til grund for bevisbyrden, samt en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder og af visse beviselementer. Det andet anbringende vedrører den omstændighed, at der er begået retlige fejl i forbindelse med annullationen af den anfægtede beslutning i sin helhed. Det tredje anbringende vedrører en manglende begrundelse, overtrædelse af forbuddet mod at træffe afgørelse ultra petita og en tilsvarende krænkelse af retten til forsvar.

11. Den kontraappel, som Aalberts og dets datterselskaber har iværksat subsidiært, er baseret på et enkelt anbringende, hvormed Retten kritiseres for fejlagtigt at have fastslået, at der er tale om en samlet, kompleks og vedvarende overtrædelse.

12. Af årsager, som jeg vil redegøre nærmere for, finder jeg, at hovedappellens første anbringende i det mindste for en stor dels vedkommende skal antages, og at den appellerede dom derfor skal ophæves. Det er derfor hensigtsmæssigt at behandle kontraappellens eneste anbringende, som i øvrigt vedrører vurderinger i den pågældende dom, der ud fra et rent logisk synspunkt går forud for den kritik, som Kommissionen har fremsat i hovedappellens andet og tredje anbringende, som jeg kun vil behandle subsidiært.

A – *Principalt hovedappellens første anbringende, der vedrører en manglende begrundelse og retlige fejl i forbindelse med anvendelsen af de principper, der regulerer bevisbyrden, samt en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder og af visse beviselementer*

13. Selv om hovedappellens første anbringende er noget uordenligt, kan det i det væsentlige opdeles i to led. Første led vedrører en metodologisk fejl og en manglende begrundelse for den isolerede og fragmentariske behandling af beviselementerne. Andet led vedrører den urigtige gengivelse af beviselementerne.

1. Første led om en metodologisk fejl og en manglende begrundelse for den isolerede og fragmentariske behandling af beviselementerne

a) Parternes argumenter

14. Med første led kritiserer Kommissionen Retten for ikke at have vurderet den fortsatte deltagelse af den økonomiske enhed, som udgjordes af Aalberts og dets datterselskaber, mens den i stedet har foretaget en isoleret og individuel vurdering af beviselementerne for hvert af de to datterselskabers deltagelse i overtrædelsen, idet der uden tilstrækkelig begrundelse ses bort fra forbindelserne mellem dem. En sådan isoleret og fragmentarisk undersøgelse af beviselementerne kunne dog eventuelt kun gennemføres, hvis Retten på forhånd havde besvaret det første anbringende i sagen i første instans, hvormed Aalberts og dets datterselskaber bestred, at de udgjorde en enkelt virksomhed med henblik på anvendelsen af artikel 81 EF. Kommissionen tilføjer, at det ene eller det andet af datterselskabernes deltagelse i kartellet skal betragtes som udtryk for, at det selskab, som dette datterselskab udgør en del af, har deltaget i kartellet, mens Retten nåede frem til den modsatte konklusion. Rettens manglende forklaring af årsagerne til, at beviselementerne vedrørende hvert af datterselskaberne inden for den samme virksomhed skal behandles særskilt, nærmer sig en klart manglende begrundelse.

15. Aalberts og dets datterselskaber er af den opfattelse, at dette led lige som appellens første anbringende generelt er åbenbart uantageligt, da Kommissionen under dække af retlige spørgsmål gør en fejlagtig bedømmelse af de faktiske omstændigheder og af beviselementerne, der ikke er omfattet Domstolens prøvelsesret i forbindelse med appellen, gældende. Under alle omstændigheder er

Kommissionens klagepunkter åbenbart ubegrundede. Retten har angiveligt logisk nok vurderet de to selskabers påståede deltagelse i kartellet og har dernæst undersøgt alle beviselementerne i den sammenhæng, de indgår i. Rettens argumentation er sammenhængende, og den appellerede dom er fyldestgørende begrundet.

b) Bedømmelse

16. I modsætning til hvad Aalberts og dets datterselskaber hævder, kan der ikke herske nogen tvivl om, at det foreliggende led i Kommissionens første appelanbringende kan antages til realitetsbehandling, for det er på ingen måde begrænset til en kritik af Rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder eller beviselementer.

17. Kommissionen kritiserer i hovedsagen Retten for, at den appellerede dom er usammenhængende. Retten har således angiveligt bedømt elementer vedrørende Simplex' og Aquatis' deltagelse i den samlede, komplekse og vedvarende overtrædelse isoleret set, mens den ved at undlade at pådømme det første anbringende fremsat af Aalberts og dets datterselskaber i første instans hverken har afkræftet forudsætningen i den anfægtede beslutning, hvorefter disse selskaber tilhørte den samme økonomiske enhed i henhold til EU's konkurrenceretlige regler, eller forklaret årsagerne til, at den har foretaget en særskilt bedømmelse af beviselementerne inden for den samme økonomiske enhed.

18. Et sådant klagepunkt, der både vedrører sammenhængen i Rettens argumentation og begrundelsen for dens dom, er selvsagt et retligt spørgsmål, som kan indbringes for Domstolen i forbindelse med en appel [10].

19. Jeg mener, at dette led skal lægges til grund.

20. For det første skal det fremhæves, at begrebet virksomhed i forbindelse med anvendelse af artikel 81 EF ifølge fast retspraksis betegner en økonomisk enhed, selv om denne økonomiske enhed ud fra et juridisk synspunkt udgøres af flere fysiske eller juridiske personer [11].

21. Det fremgår ligeledes af retspraksis, at et datterselskabs adfærd kan tilskrives moderselskabet, når dette datterselskab ikke frit bestemmer sin adfærd på markedet, for i en sådan situation er moderselskabet og datterselskabet en del af samme økonomiske enhed og udgør én virksomhed [12].

22. Når en sådan økonomisk enhed overtræder konkurrencereglerne, påhviler det den ligeledes ifølge princippet om personligt ansvar at stå til regnskab for overtrædelsen [13].

23. Endvidere er det i den foreliggende sag ubestridt, at Retten ikke af procesøkonomiske hensyn har besvaret det første anbringende fremsat i første instans af Aalberts og dets datterselskaber om det ulovlige i at pålægge Aalberts ansvaret for overtrædelsen i dets egenskab af moderselskab. Med dette anbringende bestred Aalberts og dets datterselskaber således Kommissionens vurdering i den anfægtede beslutning, hvorefter disse selskaber udgjorde en virksomhed, dvs. en økonomisk enhed i henhold til artikel 81 EF og førnævnte retspraksis, og at Aalberts i sin egenskab af moderselskab udøvede en afgørende indflydelse på sine to datterselskabers adfærd.

24. Anvendelsen af procesøkonomiske hensyn er naturligvis ikke i sig selv kritisabel. Det gør det endog generelt muligt for Retten at sikre overholdelse af kravet om en ordentlig retspleje.

10 — Jf. navnlig med hensyn til spørgsmålstegnet ved sammenhængen i Rettens argumentation, dom af 22.11.2012, sag C-89/11 P, E.ON Energie mod Kommissionen, præmis 84 og den deri nævnte retspraksis.

11 — Jf. i denne retning dom af 3.5.2012, sag C-289/11 P, Legris Industries mod Kommissionen, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis.

12 — Ibidem.

13 — Jf. i denne retning dom af 10.9.2009, sag C-97/08 P, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 8237, præmis 56 og den deri nævnte retspraksis.

25. I forbindelse med formodningen om, at retsakter, der vedtages af Unionens institutioner [14], er lovlige, lader den omstændighed, at Retten ikke har påkendt det første anbringende, mens den har antaget det andet og det tredje anbringende og kritiseret Aalberts og dets datterselskabers deltagelse i de pågældende overtrædelser, i det mindste formode, at den har taget udgangspunkt i den forudsætning, der fremgår af den anfægtede beslutning, hvorefter Aalberts og dets datterselskaber ganske rigtigt udgjorde en enkelt virksomhed i henhold til artikel 81 EF.

26. Det giver således ingen mening at overflødiggøre undersøgelsen af et anbringende, hvis Retten agter at antage det.

27. Det er således rimeligt at formode, at Retten, eftersom den har fundet det hensigtsmæssigt ikke at behandle det første anbringende for udelukkende at koncentrere sig om det andet og det tredje anbringende fremsat i første instans, har skønnet, at dette anbringende, som rent logisk burde behandles inden de øvrige anbringender, sandsynligvis ikke ville blive taget til følge.

28. I forbindelse med vurderingen af, om det andet og det tredje anbringende fremsat i sagen i første instans var velbegrundede, begrænsede Retten sig til for hver af Aalberts datterselskaber isoleret set eller med andre ord fragmentarisk at undersøge de beviselementer, som Kommissionen havde fremlagt for den økonomiske enhed, som Aalberts og dets datterselskaber udgjorde, uden at kontrollere samspillet mellem disse elementer inden for den pågældende enhed eller redegøre for årsagerne til, at den havde handlet således.

29. Der skal således mindes om, at den adfærd, som Kommissionen kritiserer Simplex for, er blevet behandlet af Retten i forbindelse med søgsmålets andet anbringende om en manglende overtrædelse af artikel 81 EF, mens Retten har vurderet den adfærd, som Aquatis kritiseres for, i forbindelse med søgsmålets tredje anbringende om manglende deltagelse i den samlede, komplekse og vedvarende overtrædelse.

30. Hvad angår Simplex fandt Retten, at Kommissionen ikke havde godtgjort, at dette selskab havde deltaget i overtrædelsen.

31. Retten fandt i første omgang, at ingen af de to hændelser, som Kommissionen havde baseret den anfægtede beslutning på for så vidt angår Simplex, underbyggede selskabets deltagelse i overtrædelsen i 2003.

32. For det andet fandt Retten for 2004, at den første omtvistede hændelse, nemlig telefonkontakten mellem en repræsentant for Simplex og en repræsentant for en anden virksomhed, som havde deltaget i kartellet (i det foreliggende tilfælde FRA.BO.SpA, herefter »FRA.BO«), vedrørende en påstået prisforhøjelse på det græske marked for fittings i sidste ende var baseret på en række håndskrevne notater fra repræsentanten for FRA.BO, »som ikke alene var tilstrækkelige til at bevise Simplex' deltagelse i den overtrædelse, der er tale om i den foreliggende sag. *Det kan således ikke udelukkes, at denne kontakt kan betragtes som et enkeltstående tilfælde*« [15] .

33. Med hensyn til den anden hændelse, som Simplex kritiseres for, nemlig et møde på messen i Essen (Tyskland) den 18. marts 2004 mellem en repræsentant for en virksomhed, som havde deltaget i overtrædelsen (i det foreliggende tilfælde IBP Ltd, herefter »IBP«), og to repræsentanter for Simplex, fandt Retten, at de erklæringer, der er fremsat i forbindelse med en anmodning om bødenedsættelse fra IBP, ikke var mere troværdige end dem, de ansatte i Simplex havde fremsat [16].

14 — Jf. navnlig dom af 15.6.1994, sag C-137/92 P, Kommissionen mod BASF m.fl., Sml. I, s. 2555, præmis 48, og af 21.12.2011, sag C-27/09 P, Frankrig mod People's Mojahedin Organization of Iran, Sml. I, s. 14327, præmis 74.

15 — Den appellerede doms præmis 61 (min fremhævning).

16 — Den appellerede doms præmis 67.

34. Med hensyn til Aquatis fandt Retten, at selskabet i perioden mellem juni 2003 og april 2004 havde deltaget i møderne i logistikudvalget under Fédération française des négociants en appareils sanitaires, chauffage, climatisation et canalisations (herefter »FNAS«), som vedrørte priskoordinering, og disse møder svarede kun til en del af overtrædelsen, som fandt sted mellem 1991 og marts 2001 [17].

35. Retten fandt imidlertid, at Kommissionen ikke havde godtgjort, at Aquatis – i forbindelse med selskabets deltagelse i FNAS' møder i den omtvistede periode – havde kendskab til de andre virksomheders konkurrencebegrænsende aktiviteter, eller at det med rimelighed havde kunnet forudse dem, og således at dets adfærd indgik i en samlet plan, der dækkede samtlige elementer, der udgør det konstaterede kartel [18]. I denne forbindelse fandt Retten, at Kommissionen ikke havde godtgjort, at Aquatis på ny havde tilsluttet sig kartellet efter marts 2001, at der ikke er noget, der tyder på, at Aquatis havde kendskab til, at IBP, Comap SA (tidligere Aquatis) og FRA.BO fortsatte denne overtrædelse, at drøftelserne i logistikudvalget under FNAS udelukkende vedrørte det franske marked, og at den ulovlige samordning under disse møder derfor ikke havde en fælleseuropæisk dimension, og at de skriftlige notater taget af repræsentanten for FRA.BO til trods for kontakterne mellem Aquatis og FRA.BO i april 2004 ikke var noget bevis for, at der var blevet drøftet emner af konkurrencebegrænsende karakter [19].

36. Det må således fastslås, at Retten navnlig ikke har forklaret, hvorfor der ikke, i modsætning til hvad der anførtes i den anfægtede beslutning, som var blevet indbragt for den, skulle tages samlet hensyn til hvert af de enkelte datterselskabers individuelle adfærd, selv om forudsætningen for dens argumentation indirekte, men nødvendigvis er baseret på vurderingen i den anfægtede beslutning, hvorefter disse sammen med deres moderselskab udgjorde en enkelt økonomisk enhed, der drives af en fælles adfærd.

37. Dette problem, der vedrører såvel Rettens argumentation som begrundelsen for den appellerede dom, kommer navnlig til udtryk, når Retten uden yderligere forklaring i den appellerede doms præmis 61 fastslår, at *det [ikke] kan […] udelukkes*, at kontakten mellem en repræsentant for FRA.BO og en repræsentant for Simplex kan betragtes som et *enkeltstående tilfælde*, uden at det overhovedet fremgår, at Retten har undersøgt spørgsmålet om, hvilken indflydelse det kunne have på denne vurdering, at Aquatis i samme periode og inden for samme økonomiske enhed deltog i møder om priskoordinering på det franske marked for fittings med deltagelse af især FRA.BO.

38. Som Kommissionen med rette har gjort gældende, afhænger bedømmelsen af spørgsmålet om, hvorvidt det pågældende tilfælde var »enkeltstående«, af de øvrige beviselementer i sagsakterne og kan tilskrives den økonomiske enhed, der udgøres af Aalberts og dets datterselskaber, og som er omhandlet i den anfægtede beslutning.

39. Det er ligeledes vanskeligt at forstå, hvordan Retten i den appellerede doms præmis 117 har kunnet konkludere, at Aquatis ikke med rimelighed kunne forudse, at de møder i FNAS, som selskabet deltog i, var en del af en mere omfattende overtrædelse, der var omfattet af en samlet plan, uden i det mindste at tage hensyn til den påståede enkeltstående adfærd fra Simplex' side vedrørende det græske marked, når den ikke har afkræftet bedømmelsen i den anfægtede beslutning, hvorefter disse to selskaber ikke handlede selvstændigt, men udgjorde en økonomisk enhed sammen med moderselskabet Aalberts.

17 — Den appellerede doms præmis 110.

18 — Den appellerede doms præmis 112.

19 — Den appellerede doms præmis 113, 114, 116 og 118.

40. Rettens undladelse af at foretage en samlet bedømmelse af Kommissionens beviselementer mod Aalberts og dets datterselskaber er endnu mere uforståelig, da det ifølge fast retspraksis er tilstrækkeligt, at Kommissionen beviser, at *den pågældende virksomhed* har deltaget i møder, hvorunder der blev indgået konkurrencestridige aftaler, uden klart at have taget afstand herfra, for at føre tilstrækkeligt bevis for, at *denne virksomhed* deltog i kartellet [20].

41. Der er naturligvis ikke tale om at se bort fra den individuelle bedømmelse af de beviselementer, som Kommissionen har fremlagt mod de selskaber, der angiveligt har deltaget i overtrædelsen.

42. Når sådanne beviselementer vedrører adfærden i en enkelt virksomhed i artikel 81 EF's forstand, selv om den består af flere juridiske enheder, skal disse elementer dog nødvendigvis bedømmes samlet for at bedømme den pågældende virksomheds deltagelse i den påståede overtrædelse [21].

43. En anden fortolkning ville fratage artikel 81 EF dens effektive virkning, da det ville svare til at acceptere, at en gruppe af selskaber kan gøre den formelle adskillelse mellem de nævnte selskaber, som er en følge af deres status som selvstændige juridiske personer, gældende for at bestride antagelsen om, at de optræder samlet på markedet i henseende til anvendelsen af konkurrencereglerne [22].

44. Det følger heraf, at Retten ved at undlade at behandle beviselementerne mod Simplex og Aquatis i den anfægtede beslutning samlet, mens den ikke har afkræftet forudsætningen i den pågældende beslutning om, at Aalberts og dets datterselskaber udgjorde en enkelt virksomhed i artikel 81 EF's forstand, har begået en retlig fejl i den appellerede dom.

45. En sådan fejl bør efter min mening medføre ophævelse af den appellerede dom, for så vidt som Retten har annulleret den anfægtede beslutnings artikel 1 og artikel 2, litra a), hvormed Aalberts solidarisk med Aquatis og Simplex blev pålagt en bøde på 100,80 mio. EUR.

46. Tilsvarende bør en sådan fejl føre til en ophævelse af Rettens annullation af den anfægtede beslutnings artikel 2, litra b), nr. 2), som pålagde Aquatis og Simplex en bøde på 2,04 mio. EUR, som de hæftede solidarisk for.

47. Denne annullation er således fejlagtigt baseret på den implicitte begrundelse [23], at Kommissionen ikke kunne tage hensyn til Aalberts omsætning ved beregningen af det bødebeløb, der blev pålagt dets to datterselskaber, idet Kommissionen ikke på fyldestgørende vis havde godtgjort, at disse datterselskaber havde deltaget i den samlede, komplekse og vedvarende overtrædelse, som de anklages for.

48. Som det fremgår af det ovenstående, var den appellerede dom behæftet med en retlig fejl i sidstnævnte henseende, og jeg foreslår således, at punkt 1 og 2 i den nævnte doms konklusion ophæves.

49. Under disse omstændigheder er det ufornødent at udtale sig om velbegrundetheden af hovedappellens første anbringendes andet led eller om andet og tredje anbringende [24].

20 — Jf. navnlig 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 81.

21 — Ifølge fast retspraksis skal Kommissionen således navnlig føre bevis for samtlige de elementer, der gør det muligt at konkludere, at en *virksomhed* har deltaget i en overtrædelse, og at den er ansvarlig for de forskellige elementer, som den omfatter, jf. navnlig dom af 8.7.1999, sag C-49/92, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, Sml. I, s. 4125, præmis 86.

22 — Jf. i denne retning dom af 14.7.1972, sag 48/69, Imperial Chemical Industries mod Kommissionen, Sml. 1972, s. 151, org.ref.: Rec. s. 619, præmis 140.

23 — Ifølge fast retspraksis kan begrundelsen for en dom afsagt af Retten være underforstået, såfremt den gør det muligt for de berørte parter at forstå den og for Domstolen at råde over tilstrækkelige elementer til, at den kan udøve sin prøvelsesret i forbindelse med appellen (jf. i denne retning navnlig dom af 21.12.2011, sag C-320/09 P, A2A mod Kommissionen, præmis 97).

24 — Som allerede anført vil appellens andet og tredje anbringende dog blive behandlet kort under punkt C i dette forslag til afgørelse.

50. Derimod skal den kontraappel, som Aalberts og dets datterselskaber iværksatte subsidiært, såfremt et eller flere af hovedappellens anbringender blev antaget, behandles.

B – *Kontraappellen*

1. Parternes argumenter

51. Aalberts og dets datterselskaber gør gældende, at Retten havde begået en retlig fejl, idet den i den appellerede doms præmis 106 udtalte, at kartellet fortsatte efter Kommissionens kontrolbesøg i marts 2001, og ved at fastslå, at der var tale om en samlet, kompleks og vedvarende overtrædelse.

52. Ifølge Aalberts og dets datterselskaber forfulgte det kartel, der fandtes forud for kontrolbesøgene, og de handlinger, der blev udført efter kontrolbesøgene, ikke et enkelt mål. Det kartel, der fandtes forud for kontrolbesøgene, havde til formål at skabe et paneuropæisk kartel med henblik på praktisk taget at fjerne alle potentielle kilder til konkurrence ved ikke blot at koncentrere sig om prisfastsættelse, men også om fordeling af de nationale markeder og kunder samt koordinering over for producenter og distributører, der ikke var medlemmer af kartellet. De handlinger, der blev gennemført efter 2001, vedrørte ganske enkelt udveksling af informationer om priser og omfattede ikke nogen form for hemmelig adfærd, som havde til formål at fjerne andre konkurrenceaspekter, navnlig fordelingen af kunder, mens dette var en integrerende del af det kartel, der fandtes forud for kontrolbesøgene.

53. Aalberts og dets datterselskaber mener, at de forskellige handlinger forud for kontrolbesøgene klart var sammenhængende og komplementære, men dette er ikke tilfældet med de handlinger, der blev udført efter 2001. Dette skulle vise, at kartellets grundlæggende kendetegn forud for kontrolbesøgene ikke længere fandtes efter 2001.

54. Forskellene i geografisk område, anvendte metoder og perioder, hvor den samlede overtrædelse fandt sted, giver angiveligt ligeledes anledning til tvivl med hensyn til forholdet mellem adfærden før og adfærden efter 2001, som efter Rettens opfattelse skulle komme dem til gavn.

55. Aalberts og dets datterselskaber fastslår således, at det må konstateres, at der helt klart mangler et tilstrækkeligt præcist og samstemmende bevismateriale, som kan begrunde den faste overbevisning, at de påståede overtrædelser udgjorde en samlet og vedvarende overtrædelse i artikel 81 EF's forstand. Retten har således angiveligt anlagt en fejlagtig fortolkning af dette begreb.

56. I sit svar på kontraappellen påstår Kommissionen først og fremmest, at denne ikke kan antages, da Aalberts og dets datterselskaber i realiteten anmoder om en ny bedømmelse af de faktiske omstændigheder.

57. Dernæst mener Kommissionen, at kontraappellen er irrelevant, idet Aalberts og dets datterselskaber ikke havde nogen interesse i at handle. Hvis der, som det påstås i kontraappellen, var tale om to særskilte overtrædelser, hvor den ene havde fundet sted før og den anden efter Kommissionens kontrolbesøg, ville det samlede bødebeløb mindst være det samme for de tre selskaber.

58. Endelig gør Kommissionen gældende, at kontraappellen er helt ubegrundet. Kommissionen gør gældende, at klagepunktet til støtte for kontraappellen er afgrænset til spørgsmålet om, hvorvidt den konkurrencebegrænsende adfærd efter kontrolbesøgene udgjorde en forlængelse af den overtrædelse, der blev begået forud for disse besøg. Den mener i denne forbindelse, at Retten har foretaget en korrekt anvendelse af Domstolens retspraksis, hvorefter det drejede sig om at kontrollere, om de handlinger, der blev foretaget før og efter kontrolbesøgene, havde det samme mål. Det kræves ikke, at

adfærden før og adfærden efter kontrolbesøgene ligner hinanden særligt meget. Der findes heller ikke i EU-retten en »formodning om særskilte overtrædelser«, som Aalberts og dets datterselskaber hævder. Efter Kommissionens opfattelse ville det ganske enkelt være ulogisk at påstå, at det i tilfælde af tvivl nødvendigvis måtte formodes, at der var tale om særskilte overtrædelser.

2. Bedømmelse

a) Formaliteten med hensyn til kontraappellen og dens relevans

59. Det skal først præciseres, at spørgsmålet om kontraappellens antagelse til realitetsbehandling ville kunne opstå, hvis den ikke var blevet fremsat subsidiært, såfremt Domstolen imødekom et eller flere af hovedappellens anbringender. Der er således tale om Aalberts og dets datterselskabers retlige interesse, idet Retten havde taget deres påstande om annullation iværksat i første instans til følge [25].

60. I en sag som den foreliggende, hvor kontraappellen er iværksat på ovenfor beskrevne måde, synes dens antagelse til realitetsbehandling derimod ikke at give anledning til diskussion. Dels har denne appel ganske rigtigt til formål at opnå i det mindste en delvis ophævelse af den appellerede dom med en begrundelse, som ikke blev rejst i hovedappellen [26]. Dels er der tale om den eneste processuelle foranstaltning, som Aalberts og dets datterselskaber kan iværksætte for at bestride Rettens begrundelser, der bekræfter, at der er tale om en samlet, kompleks og vedvarende overtrædelse. Hvis en sådan kontraappel ikke var blevet iværksat, og hvis Domstolen efter at have imødekommet hovedappellen fandt, at tvisten kunne pådømmes, ville den ikke kunne pådømme de dele af den appellerede dom, der ikke var blevet bestridt, herunder altså dem, der vedrører fastslåelsen af, at der er tale om en samlet, kompleks og vedvarende overtrædelse [27]. Hvis Aalberts og dets datterselskaber fratages retten til at iværksætte en kontraappel, vil det svare til en retsnægtelse.

61. I øvrigt har Kommissionen, som helt klart er bevidst om en sådan uønskelig konsekvens, ikke påberåbt sig en så generel begrundelse for, at kontraappellen ikke kan antages til realitetsbehandling.

62. Den har således begrænset sig til at påstå, dels at kontraappellen udelukkende havde til formål at sætte spørgsmålstegn ved Rettens faktuelle vurderinger, dels ud fra det synspunkt, at den snarere er irrelevant end uantagelig, at kontraappellen, selv om den skulle blive imødekommet, ikke ville påvirke niveauet for de bøder, der er pålagt Aalberts og dets datterselskaber.

63. Disse to begrundelser bør efter min opfattelse forkastes.

64. Hvad angår den første begrundelse skal det fremføres, at Aalberts og dets datterselskaber ikke forsøger at sætte spørgsmålstegn hverken ved eksistensen af overtrædelsen forud for Kommissionens kontrolbesøg i 2001, som den blev konstateret af Retten i den appellerede doms præmis 91-100, og heller ikke ved vurderingen, hvorefter adfærden efter disse kontrolbesøg, der behandles i den pågældende doms præmis 101-105, vedrørte udveksling af oplysninger om priser.

25 — Ifølge fast retspraksis forudsætter en appellants retlige interesse, at kontraappellen med sit resultat kan tilføre den appellerende part en fordel, jf. navnlig dom af 6.10.2009, forenede sager C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services m.fl. mod Kommissionen m.fl., Sml. I, s. 9291, præmis 33.

26 — Jf. navnlig dom af 10.7.2008, sag C-413/06 P, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, Sml. I, s. 4951, præmis 186, og af 15.11.2012, forenede sager C-539/10 P og C-550/10 P, Al-Aqsa mod Rådet og Nederlandene mod Al-Aqsa, præmis 94.

27 — Jf. i denne forbindelse dom af 26.2.2002, sag C-32/00, Kommissionen mod Boehringer, Sml. I, s. 1917, præmis 64 og 65. Aalberts og dets datterselskabers mulighed for at indgive en anmodning om ændring af præmisserne i stedet for en kontraappel er tilsyneladende udelukket, idet denne anmodning ville overskride grænserne for hovedappellens genstand, jf. i denne retning punkt 24 og 25 i generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse fremsat den 13.12.2012 i den verserende sag C-439/11 P, Ziegler mod Kommissionen, med henvisning til dom af 21.12.2011, sag C-329/09 P, Iride (tidligere AMGA) mod Kommissionen, præmis 48.

65. De gør derimod gældende, at Rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder burde have foranlediget den til at forkaste den konklusion, som Kommissionen var kommet frem til, hvorefter det kartel, som det var blevet fastslået fandtes inden kontrolbesøgene i 2001, var fortsat efter disse kontrolbesøg og tog form af en samlet, kompleks og vedvarende overtrædelse.

66. Da kontraappellen således blot begrænser sig til at kritisere begrundelsen for den appellerede dom vedrørende den retlige kvalificering af den pågældende adfærd som en samlet, kompleks og vedvarende overtrædelse, kan den antages til realitetsbehandling [28].

67. Hvad angår kontraappellens påståede irrelevante karakter er den i modsætning til, hvad Kommissionen hævder, ikke begrænset til at kritisere de af den appellerede doms præmisser, der udelukkende har indflydelse på de bødebeløb, der er pålagt Aalberts og dets datterselskaber, men er derimod rettet mod Rettens konstateringer vedrørende undersøgelsen af, om der var tale om en overtrædelse af artikel 81 EF, der kan tilregnes disse selskaber. Hvis Domstolen i øvrigt imødekom kontraappellen og dermed fandt, at Retten med urette har fastslået, at der er tale om en samlet, kompleks og vedvarende overtrædelse, bliver spørgsmålet om Aquatis' deltagelse i denne overtrædelse, der i sig selv er genstand for det andet anbringende i Kommissionens hovedappel, uden interesse. Kontraappellen vedrører således de af den appellerede doms præmisser, der har indflydelse på Rettens konstateringer, og som går ud over præmisserne vedrørende pålæggelse af bøder i forhold til Aalberts og dets datterselskaber.

b) Velbegrundetheden af kontraappellen

68. Som allerede anført bestrider Aalberts og dets datterselskaber ikke hverken eksistensen af overtrædelsen forud for Kommissionens kontrolbesøg i 2001, som den blev konstateret af Retten i den appellerede doms præmis 91-100, eller vurderingen, hvorefter adfærden efter disse kontrolbesøg, der behandles i den pågældende doms præmis 101-105, vedrørte udveksling af oplysninger om priser.

69. Hvad angår disse sidstnævnte punkter i den appellerede dom gør Aalberts og dets datterselskaber i det væsentlige gældende, at Retten fejlagtigt har fastslået, at begivenhederne efter kontrolbesøgene i 2001 udgjorde en forlængelse af den (komplekse) overtrædelse, således som den forelå før kontrolbesøgene. De gør således gældende, at overtrædelsen ikke var »vedvarende«, og at den pågældende adfærd derfor var to særskilte overtrædelser (og ikke en samlet overtrædelse).

70. Denne argumentation er ikke overbevisende.

71. Ifølge den retspraksis, der i det væsentlige er omhandlet i den appellerede doms præmis 86 og 87, kan tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF foreligge ikke alene ved en enkeltstående handling, men også ved en række handlinger eller en sammenhængende adfærd, selv om et eller flere elementer i rækken af handlinger eller i den sammenhængende adfærd også i sig selv kan udgøre en overtrædelse af den pågældende bestemmelse [29].

72. Det afgørende er, at de forskellige handlinger indgår i en »samlet plan«, fordi de har det samme formål, nemlig at fordreje konkurrencen på det indre marked [30].

28 — Jf. dom af 21.9.2006, sag C-105/04 P, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen, Sml. I, s. 8725, præmis 153.

29 — Dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, præmis 81, i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, præmis 258, og i sagen Kommissionen mod Verhuizingen Coppens, præmis 41.

30 — Jf. i denne retning dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, præmis 258 og 260.

73. Under disse omstændigheder har Domstolen udtalt, dels at det ville være kunstigt at opdele en aftale, der kendetegnes ved et antal foranstaltninger med det samme økonomiske mål, dels at en afbrydelse på nogle måneder i kartellets aktiviteter i forbindelse med en samlet aftale, der strækker sig over flere år, er af mindre betydning [31].

74. Som svar på et argument om forskellen mellem to beslutninger truffet af en sammenslutning af virksomheder vedrørende fastsættelse af henholdsvis priser og forretningspolitikken vedrørende den pågældende sammenslutnings medlemmers publikationer, hvilken forskel der ifølge denne sammenslutning burde have foranlediget Kommissionen og Retten til at kvalificere de pågældende beslutninger som selvstændige beslutninger i henhold til artikel 81 EF, har Domstolen præciseret, at disse forskelle var uden betydning for kvalificeringen af de pågældende beslutninger som en »enkelt overtrædelse«, idet de er omfattet af en række former for praksis med samme formål, nemlig at begrænse priskonkurrencen [32].

75. I den foreliggende sag har Retten anvendt den nævnte retspraksis korrekt ved i den appellerede doms præmis 102-105 at kontrollere, om den adfærd, virksomhederne kritiseres for, og som lå efter Kommissionens kontrolbesøg i 2001, havde det samme formål som den konkurrencebegrænsende adfærd forud for denne dato, nemlig samordning af priserne på fittings.

76. Ud fra det samme perspektiv, der består i at prioritere formålet med konkurrencebegrænsende adfærd snarere end de forskellige måder, den kommer til udtryk på, eller retningslinjerne for anvendelse af denne adfærd [33], er det ligeledes med rette, at Retten i den appellerede doms præmis 105 fandt, at den omstændighed, at visse kendetegn ved eller intensiteten af denne praksis er ændret, ikke var afgørende, da det i den forbindelse er sandsynligt, at kartellet efter Kommissionens kontrolbesøg havde en mindre struktureret form, og aktiviteterne var af forskellig intensitet.

77. Den omstændighed, at visse aspekter af kartellet ophørte, og det blev mindre struktureret end før Kommissionens kontrolbesøg, forekommer fuldstændig logisk, da de virksomheder, der fortsatte med at deltage i det efter disse kontrolbesøg, vidste, at de var genstand for Kommissionens undersøgelser. Der er således tale om en »normal« reaktion af forsigtighedshensyn hos økonomiske aktører, som ønskede fortsat at forfølge målet med deres tidligere praksis, nemlig at fastsætte prisen på fittings, i en form og inden for rammer, der nødvendigvis var mere diskrete.

78. I modsætning til hvad Aalberts og dets datterselskaber hævder, kan den forskellige anvendelse af kartellet før og efter Kommissionens kontrolbesøg ikke gøres gældende til at bestride konstateringen i den appellerede dom af, at der er tale om en samlet og vedvarende overtrædelse.

79. Der er derfor ikke længere grund til at tage stilling til Aalberts og dets datterselskabers lidt mærkelige argument om, at Rettens tvivl om, hvorvidt der var tale om en samlet og vedvarende overtrædelse, burde have foranlediget denne til at fastslå, at der var tale om to særskilte overtrædelser, da denne påståede tvivl var ubegrundet.

80. Derfor foreslår jeg, at den kontraappel, som Aalberts og dets datterselskaber har iværksat subsidiært, afvises som ubegrundet.

31 — Ibidem, præmis 259 og 260. I dette tilfælde er der tale om en afbrydelse på 14 måneder.

32 — Dommen i sagen Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen, præmis 163.

33 — Jf. i denne forbindelse ligeledes navnlig 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 4127, og af 8.7.2008, sag T-54/03, Lafarge mod Kommissionen, præmis 482.

C – *Subsidiært hovedappellens andet og tredje anbringende*

1. Hovedappellens tredje anbringende om en manglende begrundelse for overtrædelsen af forbuddet mod at træffe afgørelse ultra petita og en tilsvarende krænkelse af retten til forsvar

81. Domstolen bør ikke bruge megen tid på hovedappellens tredje anbringende, hvormed Kommissionen hovedsageligt kritiserer Retten for ikke at have forklaret årsagerne til, at den annullerede bøden på 2,04 mio. EUR pålagt Aquatis og Simplex til solidarisk betaling i medfør af den anfægtede beslutnings artikel 2, litra b), nr. 2).

82. Som jeg har anført i punkt 47 i dette forslag til afgørelse, er denne annullation, selv om den efter min mening er behæftet med en retlig fejl, letforståelig i den foreliggende sag og er baseret på Kommissionens påståede fejlagtige hensyntagen til Aalberts omsætning ved beregningen af det pågældende bødebeløb. Kommissionen kunne derfor uden problemer forstå Rettens argumentation i den appellerede doms præmis 123 og 124.

83. Hovedappellens andet anbringende fortjener mere opmærksomhed, hvis Domstolen skulle beslutte sig til ikke at tilslutte sig mit forslag om at tage appellens første anbringende til følge.

2. Hovedappellens andet anbringende om retlige fejl i forbindelse med annullationen af den anfægtede beslutning i det hele.

a) Parternes argumenter

84. Kommissionen mener, at Retten har begået en åbenbar fejl ved at annullere hele beslutningens artikel 2, litra a), vedrørende datterselskabet Aquatis og moderselskabet Aalberts, mens Retten bekræftede Aquatis' deltagelse i kartellets aktiviteter vedrørende det franske marked.

85. Kommissionen gør gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 106 skulle have konkluderet, at det samme kartel fortsatte efter Kommissionens kontrolbesøg, og at møderne i FNAS, som Aquatis deltog i, udgjorde en del af denne overtrædelse i den form, den antog efter 2001. Retten annullerede imidlertid hele den anfægtede beslutning samt den bøde, der blev pålagt Aquatis og moderselskabet, med den eneste begrundelse, at Kommissionen ikke havde godtgjort, at Aquatis vidste (den appellerede doms præmis 111 og 119) eller nødvendigvis burde vide (den appellerede doms præmis 111), at selskabet indgik i kredsen af deltagere i det fælleseuropæiske kartel, og at det havde haft kendskab til de to andre elementer, der udgjorde den samlede og vedvarende overtrædelse.

86. Ifølge Kommissionen er den appellerede dom behæftet med tre retlige fejl.

87. Den første fejl består i, at Retten skulle have anvendt et fejlagtigt juridisk kriterium. I modsætning til hvad Retten måtte have fastslået, begrænser retspraksis sig ikke til et faktisk kendskab eller antagelsen om, at en virksomhed »nødvendigvis burde vide«, at den deltog i en global overtrædelse, men omfatter også en påvisning af, at virksomheden med rimelighed kunne forudse en sådan deltagelse, og at den var villig til at acceptere risikoen.

88. Den anden fejl kom til udtryk i den omstændighed, at Retten annullerede den anfægtede beslutning med den begrundelse, at Aquatis havde et andet kendskab til kartellet end de øvrige deltagere i møderne i FNAS i Frankrig. Ifølge Kommissionen fremgår det imidlertid af fast retspraksis, at en deltagers varierende kendskab til et kartel ikke burde medføre en fuldstændig annullation af hele den samlede og vedvarende overtrædelse, men højst kunne medføre en delvis annullation af konstateringen af overtrædelsen og sandsynligvis en nedsættelse af bøden.

89. Den tredje fejl, der hænger sammen med den foregående, ligger i den omstændighed, at Retten skulle have overskredet sine beføjelser ved at annullere beslutningen vedrørende Aalberts og dets to datterselskaber i det hele, hvor en delvis annullation ville have været den mest hensigtsmæssige løsning i henhold til retspraksis.

90. Som svar på det spørgsmål, der blev fremsat i forlængelse af afsigelsen af ovennævnte dom i sagen Kommissionen mod Verhuizingen Coppens, fandt Kommissionen i det væsentlige, at Domstolens bedømmelse i denne dom underbyggede dens argumentation og burde føre til, at det andet anbringende i dens appel tages til følge, og medføre, at den appellerede dom ophæves delvist for så vidt angår Aquatis og Aalberts.

91. Aalberts og dets datterselskaber gør gældende, at dette anbringende i hovedappellen bør afvises som værende delvist uantageligt, for så vidt som Kommissionen anmoder Domstolen om at foretage en ny bedømmelse af de faktiske omstændigheder, der blev fastslået i første instans.

92. Desuden mener de, at dette anbringende er baseret på en fejlagtig fortolkning af den appellerede dom og en ukorrekt anvendelse af begrebet samlet, kompleks og vedvarende overtrædelse.

93. For det første hævder Aalberts og dets datterselskaber, at Kommissionen baserer sig på en ukorrekt læsning af den appellerede dom, når den fortolker begreberne i denne doms præmis 119 isoleret. Retten begrænsede sig således ikke til at undersøge, om Aquatis rent faktisk havde kendskab til de øvrige elementer i den påståede samlede, komplekse og vedvarende overtrædelse, men undersøgte ligeledes, om Aquatis nødvendigvis burde have kendskab til disse elementer. Dette fremgår utvetydigt af den appellerede doms præmis 117.

94. For det andet hævder de, at Kommissionen ser bort fra den omstændighed, at den anfægtede beslutning begrænsede sig til at fastslå, at møderne i FNAS udgjorde en del af en længere række aftaler, der tilsammen udgjorde en samlet, kompleks og vedvarende overtrædelse. Kommissionen har ikke pålagt Aquatis og Aalberts en bøde, idet møderne i FNAS i sig selv udgjorde en overtrædelse i henhold til artikel 81 EF. Det var således med rette, at Retten, da den fastslog, at Aquatis ikke havde deltaget i de overtrædelser, selskabet blev kritiseret for i den anfægtede beslutning, annullerede hele den bøde, der var blevet pålagt dette selskab og Aalberts. Det nye argument, som Kommissionen har rejst, hvorefter Retten burde have fastslået Aquatis' deltagelse i en særskilt overtrædelse, er ubegrundet, da det ikke har været genstand for den administrative procedure.

95. Som svar på spørgsmålet om konsekvenserne af ovennævnte dom i sagen Kommissionen mod Verhuizingen Coppens for dette anbringende i hovedappellen fandt Aalberts og dets datterselskaber i det væsentlige, at de betingelser, som Domstolen fastsatte i nævnte dom, som kunne have foranlediget Retten til, i stedet for helt at annullere den anfægtede beslutning, blot at annullere den delvist, ikke er opfyldt. De mener derfor, at det er med rette, at Retten annullerede den anfægtede beslutning i det hele.

b) Bedømmelse

96. Der hersker ikke den mindste tvivl om, at dette anbringende kan antages til realitetsbehandling, da Kommissionen blot gør nogle retlige fejl, som Retten skulle have begået, gældende.

97. For så vidt angår realiteten skal der kort redegøres for visse præmisser i den appellerede dom.

98. I den pågældende doms præmis 89 nævner Retten med rette Domstolens retspraksis, hvorefter Kommissionen med henblik på at godtgøre en virksomheds deltagelse i en samlet, kompleks og vedvarende overtrædelse skal føre bevis for, at virksomheden har haft til hensigt ved sin egen adfærd at bidrage til de fælles mål, deltagerne som helhed har fulgt, og at den havde kendskab til de konkrete

handlinger, som de øvrige virksomheder har planlagt eller foretaget med de samme mål for øje, eller at den med rimelighed havde kunnet forudse dem og været indstillet på at løbe den dermed forbundne risiko [34].

99. I den appellerede doms efterfølgende præmis fremhæver Retten ligeledes i overensstemmelse med Domstolens retspraksis, at den omstændighed, at en virksomhed ikke har deltaget i samtlige de elementer, som skal være til stede, for at der er tale om et kartel, ikke er relevant med hensyn til beviset for, at virksomheden har begået en overtrædelse. Dette element skal kun tages i betragtning ved vurderingen af overtrædelsens grovhed og, i givet fald, ved udmålingen af bøden [35].

100. Efter i den appellerede doms præmis 109 at have fastslået, at de elementer, der udgjorde en samlet, kompleks og vedvarende overtrædelse efter marts 2001, bestod i bilaterale kontakter, kontakter, der blev etableret på handelsmesser, og kontakter, der blev etableret i forbindelse med FNAS' møder med henblik på at koordinere priser, og, i den pågældende doms præmis 110, at Aquatis udelukkende havde deltaget i FNAS' møder og ikke i overtrædelsens to andre elementer, fastslog Retten i samme doms præmis 111, at det skulle afgøres, om »Aquatis – da selskabet deltog i FNAS' møder – vidste eller nødvendigvis burde vide, at det indgik i kredsen af deltagere i det fælleseuropæiske kartel. Det er alene, hvis det er godtgjort, at Aquatis *havde kendskab til* de to øvrige elementer, *som skal være til stede*, for at der er tale om et kartel, at selskabets deltagelse i aftalen om det franske marked vil kunne betragtes som et udtryk for dets medvirken i den konstaterede overtrædelse« [36].

101. I den appellerede doms præmis 114 fastslog Retten, at der ikke er noget, der tyder på, at Aquatis »havde kendskab til«, at IBP, Comap SA og FRA.BO fortsatte denne overtrædelse, mens den i præmis 119 fastslog, at det ikke var godtgjort, at Aquatis »havde kendskab til«, at selskabet på grund af sin adfærd havde tilsluttet sig et kartel, der er sammensat af forskellige elementer, der havde et fælles formål, eller et kartel, som det allerede havde deltaget i før marts 2001, og som fortsatte.

102. Umiddelbart kunne en sådan læsning af den appellerede dom, som Kommissionen i øvrigt har foretaget, foranledige til, at man imødekommer dennes argumentation, hvorefter Retten ikke havde kontrolleret, om Aquatis »med rimelighed kunne forudse« den konkurrencebegrænsende adfærd hos de øvrige virksomheder, som deltog i en samlet plan omfattende alle de elementer, der udgør den konstaterede overtrædelse.

103. Det skal dog fremhæves, at Retten både i den appellerede doms præmis 112 og præmis 117 har foretaget en kontrol af dette kriterium i forhold til Aquatis og udelukket, at selskabet »med rimelighed har kunnet forudse«, at møderne i FNAS, der alene vedrørte det franske marked, og som indgik i en videre overtrædelse med deltagere på globalt plan, blev brugt af de øvrige deltagere som forum for drøftelser med henblik på koordinering af priserne for fittings på andre nationale markeder.

104. Jeg foreslår således, at det første klagepunkt fremsat af Kommissionen til støtte for det andet anbringende i dens appel forkastes [37].

34 — Dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazione, præmis 83, 87 og 203, og i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, præmis 83. Jf. ligeledes dommen i sagen Kommissionen mod Verhuizingen Coppens, præmis 42 og 44.

35 — Dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazione, præmis 90, og i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, præmis 86. Jf. ligeledes dommen i sagen Kommissionen mod Verhuizingen Coppens, præmis 45.

36 — Min fremhævning.

37 — Med det forbehold naturligvis, at Domstolen forkaster hovedappellens første anbringende. Den bedømmelse, som Retten kritiseres for i det andet anbringende i Kommissionens appel, er således ikke – i modsætning til hvad Domstolens faste retspraksis kræver – blevet gennemført i forhold til den virksomhed i henhold til artikel 81 EF, som Aalberts og dets to datterselskaber udgør, men udelukkende i forhold til Aquatis.

105. I det andet og det tredje klagepunkt, som efter min mening skal undersøges samlet, bestrider Kommissionen annullationen af den anfægtede beslutning i det hele, for så vidt som den vedrører Aquatis (og moderselskabet Aalberts), mens Retten i den appellerede doms præmis 110 fastslog, at Aquatis havde deltaget i et af de tre elementer i den samlede, komplekse og vedvarende overtrædelse, hvis formål var sammenfaldende med de to øvrige elementer, nemlig koordinering af priser.

106. Som Domstolen allerede har haft lejlighed til at præcisere, giver den blotte omstændighed, at Retten tager et anbringende, som sagsøgeren har påberåbt sig til støtte for sit annullationssøgsmål, til følge, ikke Retten ret til automatisk at annullere den anfægtede retsakt i sin helhed, når det nævnte anbringende, der udelukkende vedrører et konkret forhold i den anfægtede retsakt, blot kan medføre en delvis annullation [38].

107. En EU-retsakt kan kun annulleres delvist, hvis de elementer, der påstås annulleret, kan udskilles fra den øvrige del af retsakten. Kravet om, at elementerne skal kunne udskilles, er ikke opfyldt, når en delvis ophævelse af en retsakt bevirker, at det materielle indhold ændres, hvilket skal bedømmes på grundlag af et objektivt kriterium [39].

108. For at kontrollere, at Retten med rette har annulleret hele den anfægtede beslutning for så vidt angår Aquatis, herunder den bøde, der blev pålagt virksomheden solidarisk med Aalberts, skal det undersøges, om en delvis annullation af beslutningen ville have ændret det materielle indhold [40].

109. Generelt, og som det fremgår af ovennævnte dom i sagen Kommissionen mod Verhuizingen Coppens, kan Kommissionen kun med føje pålægge en virksomhed ansvaret for den adfærd, som den direkte har deltaget i, og den adfærd, som de øvrige deltagere havde planlagt eller foretaget med de samme mål for øje, som virksomheden forfulgte, og hvorom det er godtgjort, at virksomheden havde kendskab til eller med rimelighed kunne forudse adfærden og var indstillet på at løbe den dermed forbundne risiko, hvis virksomheden var direkte involveret i en eller flere af de former for konkurrencebegrænsende adfærd, som den samlede og vedvarende overtrædelse består af, men det ikke er godtgjort, at virksomheden ved sin egen adfærd havde til hensigt at bidrage til samtlige de fælles mål, som de øvrige karteldeltagere forfulgte, og at den havde kendskab til al den øvrige konkurrencebegrænsende adfærd, som de nævnte deltagere havde planlagt eller foretaget med de samme mål for øje, eller at den med rimelighed kunne forudse dem og var indstillet på at løbe den dermed forbundne risiko [41].

110. Denne vurdering kan imidlertid ikke føre til, at virksomheden fritages for ansvaret for den adfærd, som det er ubestridt, at den har deltaget i, eller som den faktisk kan holdes ansvarlig for i overensstemmelse med den i punkt 99 i dette forslag til afgørelse nævnte retspraksis.

111. Domstolen accepterer dog kun at opdele en beslutning fra Kommissionen, i henhold til hvilken et samlet kartel kvalificeres som en samlet og vedvarende overtrædelse, hvis to kumulative betingelser er opfyldt. Dels er det nødvendigt, at den nævnte virksomhed under den administrative procedure er blevet sat i stand til at forstå, at den også blev foreholdt hver enkelt adfærd, som kartellet består af, og derfor at forsvare sig desangående. Dels skal den nævnte beslutning være tilstrækkeligt klar i denne henseende [42].

38 — Jf. dom af 11.12.2008, sag C-295/07 P, Kommissionen mod Département du Loiret, Sml. I, s. 9363, præmis 104, og i sagen Kommissionen mod Verhuizingen Coppens, præmis 37.

39 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Département du Loiret, præmis 105 og 106, og i sagen Kommissionen mod Verhuizingen Coppens, præmis 38.

40 — Jf. analogt hermed dommen i sagen Kommissionen mod Verhuizingen Coppens, præmis 39.

41 — Dommen, præmis 44.

42 — Jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Verhuizingen Coppens, præmis 46.

112. Det følger heraf, at hvis disse betingelser ikke er opfyldt, og hvis Kommissionen ikke i tilstrækkelig grad har godtgjort, at en virksomhed har deltaget i den samlede og vedvarende overtrædelse i dens helhed, må den anfægtede beslutning derfor anses for at savne grundlag i denne udstrækning [43].

113. Under disse omstændigheder må Unionens retsinstanser begrænse sig til at foretage en delvis annullation af Kommissionens beslutning. Da selve formålet med en sådan beslutning er at fastslå en eller flere handlinger, der betragtes som en overtrædelse af artikel 81 EF, kan en sådan delvis annullation således ikke ændre selve beslutningens materielle indhold [44].

114. Når mindst en af de to betingelser, som Domstolen har opstillet, og som er nævnt i punkt 111 til dette forslag til afgørelse, derimod ikke er opfyldt, kan Unionens retsinstanser kun annullere hele Kommissionens beslutning, hvis de mener, at den er retsstridig.

115. I den foreliggende sag er der, som Kommissionen påstår, ingen begrundelse i den appellerede dom, der tyder på, at Retten, inden den annullerede hele den anfægtede beslutning, skulle have undersøgt spørgsmålet om, hvorvidt en delvis annullation af denne kunne komme på tale.

116. Retten burde således have kontrolleret, om Aalberts og dets datterselskaber under den administrative procedure, og navnlig i forbindelse med den af Kommissionen fremsendte klagepunktsmeddelelse, var blevet sat i stand til at forstå, at møderne i FNAS *i sig selv* kunne betragtes som en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF, og om selve den anfægtede beslutning var tilstrækkeligt klar i denne henseende.

117. I deres respektive svar på det spørgsmål, der blev stillet efter afsigelsen af dommen i sagen Kommissionen mod Verhuizingen Coppens, gjorde Aalberts og dets datterselskaber gældende, at ingen af de to betingelser, som Domstolen havde opstillet, var opfyldt i den foreliggende sag, mens Kommissionen hævder det modsatte, idet den henviser til en række punkter både i klagepunktsmeddelelsen, i Aalberts og dets datterselskabers svar på denne samt til flere punkter i den anfægtede beslutning, der skulle godtgøre, at disse betingelser var opfyldt.

118. Rent personligt mener jeg, at den anfægtede beslutning langt fra er uden tvetydigheder med hensyn til kvalificeringen af Aquatis' (og Aalberts') deltagelse i møderne i FNAS som en selvstændig overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF, således at det ville være muligt at antage, at en af de to betingelser for en delvis annullation af den pågældende beslutning ikke er opfyldt.

119. Jeg mener dog ikke, at Domstolen er i stand til at foretage en ændring af præmisserne til den appellerede dom, for så vidt som den forud herfor nødvendigvis, for at efterprøve velbegrundetheden af den appellerede doms konklusion, må foretage en vurdering af de faktuelle elementer, som parterne i appellen har drøftet, og som ikke på nogen måde er blevet taget i betragtning i nævnte dom [45].

120. Såfremt Domstolen ikke er enig i mit forslag om, at hovedappellens første anbringende lægges til grund, mener jeg, at dens andet anbringende bør lægges til grund, og at punkt 1 og 2 i den appellerede doms konklusion ophæves, for så vidt som de vedrører Aquatis' deltagelse i overtrædelsen og bødebeløbet på 55,15 mio. EUR, som denne pålægges solidarisk med Aalberts.

43 — Ibidem, præmis 47.

44 — Ibidem, præmis 50 og 51.

45 — En retlig fejl begået af Retten kan netop kun afhjælpes af Domstolen i appelsagen, når den prøvelse, som denne skal foretage, udelukkende vedrører rent retlige begrundelser, men ikke når den, i hvert fald delvist, kræver en bedømmelse af faktiske omstændigheder, som Retten ikke har behandlet. Jf. i denne henseende punkt 91 og den deri nævnte retspraksis i mit forslag til afgørelse i den sag, der gav anledning til dom af 26.1.2010, sag C-362/08 P, Internationaler Hilfsfonds mod Kommissionen, Sml. I, s. 669.

III – Om sagens hjemvisning til Retten

121. I henhold til artikel 61, stk. 1, i statutten for Den Europæiske Unions Domstol kan Domstolen, når den giver appellanten medhold, ophæve den af Retten trufne afgørelse. Domstolen kan herefter selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse, eller hjemvise den til Retten til afgørelse.

122. Da Retten ikke har taget stilling til tre af de fem anbringender fremsat af Aalberts og dets datterselskaber i første instans, herunder anbringendet om, at datterselskabernes adfærd ikke kan tilskrives moderselskabet Aalberts, og heller ikke spørgsmålet om, hvorvidt en delvis annullation af den anfægtede beslutning for så vidt angår Aquatis var mulig i lyset af de faktiske elementer, som retten i første instans ikke havde taget hensyn til, mener jeg ikke, at sagen er moden til at blive påkendt af Domstolen.

123. Jeg foreslår derfor, at sagen hjemvises til Retten, og at afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.

IV – Forslag til afgørelse

124. Henset til det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen kender følgende for ret:

»1) Dommen afsagt af Den Europæiske Unions Ret i Første Instans den 24. marts 2011, Aalberts NV m.fl. mod Kommissionen (sag T-385/06), ophæves.

2) Sagen hjemvises til Retten.

3) Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.«