FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
fremsat den 11. februar 2003 [1]

Indhold

I — Sagens faktiske omstændigheder ..... I - 173

II — Sagen for Retten i Første Instans og den appellerede dom ..... I - 175

III — Sagen for Domstolen ..... I - 178

IV — Appelsagen ..... I - 178

1 — Aktindsigt og Rettens foranstaltninger med hensyn til sagens tilrettelæggelse I - 179

A — Parternes holdning ..... I - 179

1) Første anbringende (en del af dette) ..... I - 179

2) Andet anbringende ..... I - 180

3) Tredje anbringende ..... I - 180

a) Fjerde led ..... I - 180

b) Femte led ..... I - 181

4) Fjerde anbringendes ottende led ..... I - 181

B — Rettens kompetence til at træffe foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse ..... I - 181

C — Spørgsmålet, om der retsstridigt er pålagt en omvendt bevisbyrde .... I - 187

D — Spørgsmålet, om begrundelsen vedrørende Rettens domme i sagerne Solvay mod Kommissionen og ICI mod Kommissionen, er tilstrækkelig I - 190

2 — Et konkret eksempel på et dokument, som parterne blev nægtet aktindsigt i under den administrative procedure: Toscanos notat (en del af første anbringende og tredj e anbringendes ottende led) ..... I - 190

A — Parternes holdning ..... I - 190

B — Et argument, som alene vedrører de faktiske omstændigheder ..... I - 191

1 — Originalsprog: spansk.

3 — Bedømmelsen af visse dokumentbevisers relevans ..... I - 191

A — Kalogeropoulos' erklæring (tredje anbringendes sjette led og fjerde anbringendes første led) ..... I - 191

1) Parternes holdning ..... I - 191

2) Endnu et spørgsmål, som alene vedrører bevisbedømmelsen .... I - 192

3) Anbringendets manglende grundlag ..... I - 193

4) Tilstrækkelig begrundelse ..... I - 193

B — Notaterne fra Blue Circle m.fl. vedrørende Kalogeropoulos' erklæring (tredje anbringendes syvende led og fjerde anbringendes femte led) . I - 194

1) Parternes holdning ..... I - 194

2) Anbringendet kan antages til realitetsbehandling, ... I - 195

3) ... men det er grundløst ..... I - 195

4) Tilstrækkeligt begrundet besvarelse ..... I - 196

C — Indkaldelsen til mødet den 14. januar 1983 — Gil Braz de Oliveira (fjerde anbringendes sjette led) ..... I - 197

1) Parternes holdning ..... I - 197

2) Endnu et klagepunkt, som må afvises, og som er grundløst ..... I - 197

4 — Bøden ..... I - 198

A — Tredje anbringendes trettende led ..... I - 198

B — Fjerde anbringendes fjerde led ..... I - 199

C — Tredje argument i tredje anbringendes fjortende led ..... I - 199

D — Kommissionens kriterier ved bødeudmålingen ..... I - 200

E — Spørgsmålet om, hvorvidt proportionalitetsprincippet er blevet overholdt ..... I - 204

V — Sagens omkostninger ..... I - 207

VI — Forslag til afgørelse ..... I - 207

1. Irish Cement Ltd (herefter »Irish Cement«) har appelleret dommen af 15. marts 2000 afsagt af Retten i Første Instans, Fjerde Udvidede Afdeling, i den sag, der er kendt som cementsagen, anlagt af Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen [2].

I — Sagens faktiske omstændigheder

2. Den appellerede dom indeholder følgende faktiske omstændigheder, der er af interesse for appelsagen:

— Kommissionens tjenestegrene foretog i perioden fra april 1989 til juli 1990 i henhold til artikel 14, stk. 2 og 3, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 [3], kontrolundersøgelser hos forskellige europæiske cementproducenter og branchesammenslutninger. På baggrund af disse undersøgelser besluttede Kommissionen den 12. november 1991 at indlede en administrativ procedure [4] mod en række virksomheder, heriblandt Irish Cement [5].

— Den 25. november 1991 tilstillede Kommissionen de 76 berørte virksomheder og sammenslutninger af virksomheder en meddelelse af klagepunkter, hvortil Irish Cement fik lejlighed til at fremsætte skriftlige og dernæst mundtlige bemærkninger i de høringer, der blev afholdt mellem den 1. marts og den 1. april 1993 [6].

— Meddelelsen af klagepunkter, der var udarbejdet som ét dokument, blev ikke meddelt i sin fulde ordlyd til de berørte virksomheder og sammenslutninger af virksomheder. Hver adressat modtog en komplet indholdsfortegnelse over klagepunkterne samt en liste over samtlige sagsakter med nærmere angivelse af de dokumenter, de kunne få adgang til. Nogle af de berørte virksomheder anmodede Kommissionen om at fremsende de kapitler, der ikke var indeholdt i den meddelelse af klagepunkter, de havde fået tilsendt, og at give dem adgang til samtlige sagsakter, bortset fra interne og fortrolige dokumenter. Kommissionen afslog at imødekomme denne anmodning [7].

— Ved beslutning 94/815/EF af 30. november 1994 (herefter »beslutningen«) [8] foreholdt Kommissionen Irish

2 — 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, Sml. II, s. 491, herefter »den appellerede dom«.

3 — EFT 1959-1962, s. 81.

4 — Sag IV/33.126 og 33.322 — Cement.

5 — Den appellerede doms præmis 2 og 3.

6 — Den appellerede doms præmis 3, 9 og 12.

7 — Den appellerede doms præmis 4-6.

8 — EFT L 343, s. 1.

Cement følgende konkurrencebegrænsende adfærd, der indebar en tilsidesættelse af EF-traktatens artikel 85, stk. 1 (nu artikel 81, stk. 1, EF)[9]:

1. Fra den 14. januar 1983 at have deltaget i en aftale om overholdelse af hjemmemarkedsprincippet og regulering af cementleverancerne fra det ene land til det andet (artikel 1). Dette er den såkaldte »Cembureau-aftale«.

2. Fra den 14. januar 1983 til den 14. april 1986 at have deltaget i aftaler, der blev indgået på møder mellem delegationslederne og i eksekutivkomitéen for Cembureau — Association européenne du Ciment (herefter »Cembureau«), om udveksling af oplysninger om priser for at lette gennemførelsen af den i artikel 1 omhandlede aftale (artikel 2, stk. 1).

3. Fra den 1. januar 1984 til den 31. december 1988 med samme formål at have deltaget i en samordnet praksis om udveksling af oplysninger om:

   a) de belgiske og nederlandske producenters minimumspriser for levering af cement i lastbiler samt den luxembourgske producents priser, inklusive rabat

   b) danske og irske producenters individuelle prislister, de gældende prislister inden for cementindustrien i Grækenland, Italien og Portugal samt de gennemsnitlige priser i Tyskland, Frankrig, Spanien og Det Forenede Kongerige (artikel 2, stk. 2).

4. Fra den 28. maj 1986 at have deltaget i en aftale om oprettelse af Cembureau Task Force eller European Task Force (artikel 4, stk. 1).

5. Fra den 17. juni 1986 til den 15. marts 1987 at have deltaget i en samordnet praksis, der gik ud på, at den italienske virksomhed Calcestruzzi skulle ophøre med at være kunde hos græske producenter og navnlig Titan Cement Company, SA [artikel 4, stk. 3, litra a)].

9 — Den appellerede doms præmis 22.

6. Fra den 14. marts 1984 til den 22. september 1989 inden for rammerne af European Cement Export Committee at have deltaget i samordnet praksis, der gik ud på udveksling af oplysninger om udbuds- og efterspørgselssituationen i importerende tredjelande, eksportpriser, importsituationen i medlemslandene samt om udbuds- og efterspørgselssituationen på de interne markeder, og som havde til formål at undgå konkurrenters indtrængen på de respektive nationale markeder inden for Fællesskabet (artikel 5).

— Kommissionen påbød Irish Cement at bringe de omhandlede overtrædelser til ophør og for fremtiden at afstå fra enhver form for aftale eller samordnet praksis, der kunne hindre den frie konkurrence på markederne for grå og hvid cement (artikel 8), og pålagde virksomheden en bøde på 3 524 000 ECU, der forrentedes med virkning fra udløbet af den frist, der var fastsat for betalingen, nemlig tre måneder fra meddelelsen af beslutningen (artikel 9 og 11).

3. Da Irish Cement ikke var enig i det af Kommissionen anførte, indbragte virksomheden sagen for Retten i Første Instans.

II — Sagen for Retten i Første Instans og den appellerede dom

4. I stævningen nedlagde Irish Cement påstand om annullation af beslutningen samt om ophævelse eller nedsættelse af bøden. Under alle omstændigheder nedlagde Irish Cement påstand om, at Kommissionen blev pålagt at betale sagens omkostninger.

5. Ved en foranstaltning med henblik på sagernes tilrettelæggelse (der blev meddelt sagsøgerne mellem den 19.1. og den 2.2.1996) opfordrede Retten Kommissionen til at fremlægge en række dokumenter, og Kommissionen efterkom opfordringen den 29. februar og fremlagde [10]:

1) Meddelelsen af klagepunkter, således som denne var meddelt de sagsøgende virksomheder.

2) Referatet af høringen af hver virksomhed.

3) Listen over samtlige akter, der indgik i sagerne.

10 — Jf. den appellerede doms præmis 163, sammenholdt med præmis 5 og 95.

4) Kasserne, der indeholdt de dokumenter, på hvilke Kommissionen støttede de faktiske omstændigheder, den lagde til grund for meddelelsen af klagepunkter.

5) Den korrespondance, der under den administrative procedure var udvekslet mellem Kommissionen og de sagsøgende virksomheder.

6. Ved to andre foranstaltninger med henblik på sagernes tilrettelæggelse, der blev meddelt parterne henholdsvis den 2. oktober 1996 og den 18. og 19. juni 1987, fastsatte Retten de nærmere forholdsregler for sagsøgernes gennemgang af samtlige originale dokumenter, der indgik i sagen, bortset fra dokumenter indeholdende forretningshemmeligheder eller andre fortrolige oplysninger og Kommissionens interne dokumenter [11].

7. Efter at have tilsendt dem samtlige sagsakter opfordrede Retten de sagsøgende virksomheder og sammenslutninger af virksomheder til at fremlægge et processkrift, hvis indhold var begrænset til en nøjagtig angivelse af de dokumenter, de ikke havde haft adgang til under den administrative procedure, og som kunne have haft betydning for deres muligheder for at varetage deres forsvar, og en redegørelse for grundene til, at den administrative procedure efter deres opfattelse kunne have fået et andet udfald, hvis de havde haft adgang til disse dokumenter. Processkriftet skulle bilægges en kopi af de dokumenter, de havde gennemgået. Alle sagsøgerne på nær én [12] efterkom opfordringen. Kommissionen besvarede alle sagsøgernes bemærkninger [13].

8. I den appellerede dom gav Retten Irish Cement delvis medhold og fastslog følgende:

»— Artikel 1 i beslutning 94/815 annulleres, for så vidt som det i bestemmelsen er fastslået, at sagsøgeren deltog i den heri omhandlede overtrædelse efter den 31. december 1988.

— Artikel 2, stk. 1, i beslutning 94/815 annulleres, for så vidt som det i bestemmelsen er fastslået, at der under møderne i eksekutivkomitéen i Cembureau — Association européenne du ciment forelå aftaler om udveksling af oplysninger om priser, og for så vidt som det i bestemmelsen er fastslået, at sagsøgeren deltog i den heri omhandlede overtrædelse efter den 19. marts 1984.

11 — Jf. den appellerede doms præmis 164-168.

12 — Ciments luxembourgeois SA.

13 — Den appellerede doms præmis 169 og 170.

— Artikel 2, stk. 2, i beslutning 94/815 annulleres i forhold til sagsøgeren, for så vidt som det i bestemmelsen er fastslået, at den regelmæssige udveksling af oplysninger mellem Cembureau — Association européenne du ciment og sammenslutningens medlemmer for så vidt angår de belgiske og nederlandske priser vedrørte de to landes producenters minimumspriser for levering af cement i lastbiler og for så vidt angår Luxembourg vedrørte dette lands producents priser, inklusive rabat.

— Artikel 4, stk. 1, i beslutning 94/815 annulleres, for så vidt som det i bestemmelsen er fastslået, at sagsøgeren deltog i den heri omhandlede overtrædelse før den 9. september 1986 og efter den 31. maj 1987.

— Artikel 4, stk. 3, litra a), i beslutning 94/815 annulleres, for så vidt som det i bestemmelsen er fastslået, at sagsøgeren deltog i den heri omhandlede overtrædelse før den 9. september 1986.

— Artikel 5 i beslutning 94/815 annulleres i forhold til sagsøgeren.

— Den bøde, der er pålagt sagsøgeren ved artikel 9 i beslutning 94/815, fastsættes til 2 065 000 EUR.

— I øvrigt frifindes Kommissionen.

— Sagsøgeren bærer sine egne omkostninger og betaler en tredjedel af Kommissionens.

— Kommissionen bærer to tredjedele af sine egne omkostninger.«

9. Retten fastslog således, at Irish Cement havde udvist en konkurrencebegrænsende adfærd derved, at virksomheden havde deltaget:

1) i Cembureau-aftalen om overholdelse af hjemmemarkedsprincippet for så vidt angår grå cement (beslutningens artikel 1) fra den 14. januar 1983 til den 31. december 1988

2) i aftaler om udveksling af oplysninger om priser på grå cement (beslutningens artikel 2, stk. 1) fra den 14. januar 1983 til den 19. marts 1984

3) fra den 1. januar 1984 til den 31. december 1988 i en regelmæssigt tilbagevendende udveksling af oplysnin-

ger om danske og irske producenters individuelle prislister, de gældende prislister inden for cementindustrien i Grækenland, Italien og Portugal og om de gennemsnitlige priser i Tyskland, Frankrig, Spanien og Det Forenede Kongerige [beslutningens artikel 2, stk. 2, litra b)]

4) i en aftale om oprettelse af European Task Force (beslutningens artikel 4, stk. 1) fra den 9. september 1986 til den 31. maj 1987

5) i en samordnet praksis, der gik ud på, at Calcestruzzi skulle ophøre med at være kunde hos de græske producenter [beslutningens artikel 4, stk. 3, litra a)] fra den 9. september 1986 til den 15. marts 1987.

III — Sagen for Domstolen

10. Efter at sagen var blevet anlagt, og den skriftlige del af retsforhandlingerne var tilendebragt, forkastede Domstolen ved kendelse af 5. juni 2002 det tredje anbringendes første, andet, tredje, niende, tiende, ellevte og tolvte led og en del af dets fjortende led samt det fjerde anbringendes andet, tredje og syvende led, i medfør af artikel 119 i procesreglementet [14].

11. For så vidt angår de øvrige anbringender blev der den 4. juli 2002 afholdt et fælles retsmøde i de seks sager angående appel af den af Retten afsagte dom, hvori appellanterne og Kommissionen deltog.

IV — Appelsagen

12. Irish Cement har nedlagt påstand om, at den appellerede dom ophæves i sin helhed i forhold til virksomheden, for så vidt som den opretholder beslutningen, eller, at den i det mindste ophæves delvist. Hvis Irish Cement ikke kan få medhold heri, har virksomheden subsidiært nedlagt påstand om, at beslutningen erklæres ugyldig eller annulleres, og mere subsidiært at bøden nedsættes. Irish Cement har endelig nedlagt påstand om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

13. Til støtte for ovennævnte påstande har Irish Cement fremført fire anbringender, hvoraf nogle indeholder mange argumenter. Som jeg netop har anført, er det tredje anbringendes første, andet, tredje, niende, tiende, ellevte og tolvte led og en del af dets fjortende led samt det fjerde anbringendes andet, tredje og syvende led blevet forkastet undervejs.

14 — Den konsoliderede udgave er offentliggjort i EFT 2001 C 34, s. 1.

14. I det følgende vil jeg redegøre for og analysere Irish Cements klagepunkter og Kommissionens modargumenter for at kunne begrunde mit forslag.

1 — *Aktindsigt og Rettens foranstaltninger med hensyn til sagens tilrettelæggelse*

A — Parternes holdning

1) Første anbringende (en del af dette)

15. Irish Cement har anført, at når Kommissionen i forbindelse med vedtagelsen af en beslutning har tilsidesat grundlæggende procedureregler, har Retten kompetence til at annullere beslutningen, men ikke til at forsøge efterfølgende at afhjælpe de fejl, Kommissionen har begået. Den, der er genstand for en procedure, der kan føre til pålæggelse af sanktioner, har krav på, at proceduren gennemføres på en retfærdig måde i alle dens faser, og det kan ikke uden videre antages, at proceduren ville have fået det samme udfald, hvis den havde været korrekt.

16. Appellanten er af den opfattelse, at den første faktor, som Retten tager hensyn til i sin bedømmelse, er et egnet kriterium, nemlig, at hvis der ikke er en objektiv forbindelse mellem et dokument, som ikke var tilgængeligt under den administrative procedure, og et af de faktiske forhold, der er lagt til grund i beslutningen, ville proceduren ikke have fået et andet udfald, selv om parterne havde haft adgang til dokumentet. Derimod er det andet af de kriterier, der anvendes i den appellerede dom, efter appellantens opfattelse urimeligt. Når der er en objektiv forbindelse mellem det dokument, som ikke var tilgængeligt, og de faktiske forhold, der er lagt til grund i beslutningen, har Retten ikke kompetence til at tage stilling til, om der havde været en — selv begrænset — mulighed for, at proceduren ville have fået et andet udfald, hvis dokumentet var blevet gjort tilgængeligt.

17. Ifølge Kommissionen har Retten ikke efterfølgende afhjulpet proceduremanglerne. Den har blot undersøgt, om den fratagelse af muligheden for at varetage deres interesser, som sagsøgerne har påberåbt sig, har fundet sted, og i hvilket omfang retten til kontradiktion er blevet tilsidesat. Det var umuligt på forhånd at afgøre, om de dokumenter, som de blev nægtet adgang til under den administrative procedure, kunne have haft betydning for procedurens udfald [15], og Retten gav derfor de sagsøgende virksomheder og sammenslutninger af virksomheder adgang til samtlige sagsakter, således at de kunne angive de

15 — Kommissionen har anført, at omstændighederne i denne sag er anderledes end de omstændigheder, som lå til grund for Rettens domme af 29.6.1995 (sag T-30/91, Solvay mod Kommissionen, Sml. II, s. 1775, og sag T-36/91, ICI mod Kommissionen, Sml. II, s. 1847), hvori Retten fastslog, at visse dokumenter, som sagsøgeren ikke havde haft adgang til, konkret var relevante, fordi de kunne sætte de faktiske omstændigheder i et andet lys. I dommen af samme dato i sagen ICI mod Kommissionen (sag T-37/91, Sml. II, s. 1901) fandt Retten derimod, at de pågældende dokumenter ikke var relevante og ikke ville have været nyttige for sagsøgeren.

dokumenter, der kunne have været nyttige for dem, og som det havde indvirket negativt på deres muligheder for at varetage deres forsvar ikke at have fået aktindsigt i.

18. Kommissionen har hertil anført, at det af Irish Cement fremførte argument bygger på den forudsætning, at det forhold, at der ikke blev givet adgang til visse dokumenter, er en proceduremangel, som nødvendigvis må føre til, at den endelige beslutning annulleres, hvilket er i strid med retspraksis og almindelige retsgrundsætninger.

2) Andet anbringende

19. Irish Cement har i forbindelse med dette andet anbringende gentaget de argumenter, som er fremført i forbindelse med det første anbringende. Kommissionen har anført, at appellanten blot gentager, at Retten ikke havde kompetence til at tilrettelægge aktindsigten på det grundlag, dette skete, og har herved henvist til de argumenter, den har fremført angående det første anbringende.

3) Tredje anbringende

a) Fjerde led

20. Irish Cement har anført, at Retten i den appellerede dom [16] tiltrådte Kommissionens argument om, at den ikke var forpligtet til at tage hensyn til hverken forklaringerne om den økonomiske sammenhæng, hvori møderne indgik, eller de dokumenter, der blev påberåbt til støtte for, at beviserne kunne sættes i et andet lys; derimod forkastede Retten argumentet om, at Kommissionen, når der foreligger specifikke beviser, som kan fortolkes forskelligt, skal tage dem op til fornyet overvejelse i lyset af den økonomiske sammenhæng og de supplerende dokumenter. Ved ikke at gøre dette handlede Kommissionen retsstridigt og tilsidesatte fællesskabsretten, og det samme gjorde Retten, da den godkendte dens handlemåde.

21. Kommissionen har forklaret, at modpartens tese er ekstremt forenklende og abstrakt og blander to vidt forskellige begreber sammen, nemlig den retlige kvalifikation af visse bevismidler og bedømmelsen af disse. Kommissionen anvendte med henblik på bødepålæggelsen dokumenter, som Retten betegnede som direkte beviser, hvorfor de økonomiske realiteter, som eventuelt kunne sætte de faktiske forhold i et andet lys, ikke var relevante. Retten har i den appellerede dom bedømt disse beviser og gennemgået og forkastet de argumenter, hvormed de forskellige sagsøgere anfægtede den måde, hvorpå disse beviser var blevet fortolket. Efter Kommissionens opfattelse må anbringendet afvises, for så vidt som Irish Cement forsøger at drage Rettens bevisbedømmelse i tvivl.

16 — Præmis 263 og 264, 1243 og 1251.

b) Femte led

22. Appellanten har anført, at det kriterium, som Retten har anvendt, gør det umuligt for virksomheden at udnytte sin ret til kontradiktion, når Kommissionen henviser til specifikke dokumentbeviser med henblik på at føre bevis for en overtrædelse.

23. Kommissionen har heroverfor anført, at Retten ikke blot har accepteret, at det — i det omfang beslutningen blev truffet på grundlag af en række specifikke og direkte dokumentbeviser — ikke var fornødent at undersøge de af proceduren omfattede virksomheders alternative forklaringer vedrørende de faktiske omstændigheder. Retten har derimod gennemgået og forkastet de argumenter, der blev fremført med henblik på at rejse tvivl om de faktiske omstændigheder, som Kommissionen udledte af disse beviser. Dette kan — hvad angår Irish Cement — konstateres blot ved at læse den appellerede doms præmis 1244-1251. Kommissionen har tilføjet, at appellantens argument på dette punkt er så vagt, at det er vanskeligt at tage stilling til, og at argumentet må afvises, for så vidt som det også lægger op til, at Domstolen foretager en ny vurdering af de faktiske omstændigheder, som blev lagt til grund i førsteinstansen.

4) Fjerde anbringendes ottende led

24. Irish Cement har med dette anbringende gjort gældende, at Rettens behandling af virksomhedens påberåbelse af Rettens domme af 29. juni 1995 i sagen Solvay mod Kommissionen [17] og sagen ICI mod Kommissionen [18] er utilstrækkelig. Den sondring mellem disse to sager og den foreliggende sag, som Retten foretager i den appellerede dom, er efter appellantens opfattelse åbenbart forkert, eftersom situationen i de tre sager er den samme.

25. Efter Kommissionens opfattelse angår appellantens anbringende ikke en utilstrækkelig begrundelse; appellanten er ganske enkelt uenig med Retten, nærmere bestemt i dens vurdering af de faktiske omstændigheder, og anbringendet må derfor afvises. Kommissionen har tilføjet, at anbringendet under alle omstændigheder er åbenbart ugrundet.

B — Rettens kompetence til at træffe foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse

26. I forbindelse med spørgsmålet om aktindsigt i de administrative sagsakter har Irish Cement rejst tre forskellige spørgsmål. Det første, som er det mest abstrakte og vidtgående, og som er omhandlet i de to første anbringender i

17 — Nævnt i fodnote 15.
18 — Nævnt i fodnote 15.

appelsagen, vedrører gyldigheden af de foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, som Retten har truffet, og navnlig Rettens kompetence til at træffe disse foranstaltninger og afgøre sagen på grundlag af resultatet af disse.

27. Det andet spørgsmål, som er genstanden for det tredje anbringendes fjerde og femte led, vedrører anbringendet om, at Rettens holdning til de specifikke og direkte dokumentbeviser har medført en omvendt bevisbyrde.

28. Endelig har Irish Cement med det fjerde anbringendes ottende led gjort gældende, at Retten tager fejl, når den antager, at denne sag og de allerede nævnte sager Solvay mod Kommissionen og ICI mod Kommissionen er forskellige.

29. For at kunne tage stilling til, om den administrative procedure var forløbet forskriftsmæssigt, og for i givet fald at rette op på den skade, der var blevet tilføjet sagsøgeren som følge af den manglende aktindsigt i bestemte dokumenter, anmodede Retten Kommissionen om at fremsende samtlige sagsakter og stillede dem herefter til disposition for parterne [19], for at de kunne angive, hvilke dokumenter de ikke havde haft adgang til i undersøgelsesfasen, og redegøre for grundene til, at proceduren kunne have fået et andet resultat, hvis de havde haft mulighed for at konsultere disse dokumenter.

30. I dommen blev parternes anbringender og bemærkninger gennemgået, og Retten nåede for Irish Cements vedkommende frem til det resultat, der er anført i domskonklusionens punkt 29, og som jeg har gentaget ovenfor i punkt 8. Retten anvendte herunder følgende princip: Appellanternes ret til kontradiktion var blevet tilsidesat, hvis der havde været en — selv begrænset — mulighed for, at proceduren ville have fået et andet udfald, såfremt de havde kunnet påberåbe sig de dokumenter, som de var blevet nægtet aktindsigt i [20].

31. Irish Cement har sat spørgsmålstegn ved Rettens resultater og har i det væsentlige anført, at når det først var konstateret, at der under den administrative procedure ikke blev givet fuldstændig indsigt i sagsakterne, burde Retten blot have annulleret beslutningen, idet den ikke havde kompetence til at vurdere, hvordan de dokumenter, som var blevet forholdt virksomhederne under den administrative procedure, men

19 — Med undtagelse af de dokumenter, der indeholdt forretningshemmeligheder eller andre fortrolige oplysninger, og Kommissionens interne dokumenter.

20 — Jf. den appellerede doms præmis 241. Retten skelner mellem dokumenter, som den afviser fra begyndelsen, fordi der ikke er en objektiv forbindelse mellem dokumentet og et af klagepunkterne, og dokumenter, hvor en sådan forbindelse består, hvorfor den undersøger, om det pågældende dokument indeholder oplysninger, som havde kunnet medføre, at sagen fik et andet udfald.

som blev fremlagt under retssagen, kunne have ført til, at proceduren fik et andet udfald. Ved ikke at gøre dette har Retten undladt at tage hensyn til, at dens stilling ikke er den samme som Kommissionens, og ignoreret betydningen af, at der var forløbet nogen tid. Som det ses, sætter Irish Cement spørgsmålstegn ved selve grundlaget for det arbejde, der er udført af Retten i den appellerede dom.

32. Den procedure, der er fastsat med henblik på at afgøre, om der er sket overtrædelser af artikel 81 EF og 82 EF, har strafferetlig karakter. Den har — ud over at bringe den konkurrencebegrænsende praksis til ophør — til formål at reagere mod den adfærd, der fremkalder den, hvorfor Kommissionen er tillagt en beføjelse til at pålægge de ansvarlige økonomiske sanktioner. Til dette formål har Kommissionen en vidtgående beføjelse til efterforskning og undersøgelse, men netop af denne grund, og fordi en og samme myndighed udøver både efterforsknings- og beslutningsbeføjelser, bør retten til kontradiktion for dem, der er underlagt proceduren, anerkendes og respekteres uden tøven [21].

33. Dette er meningen med de bestemmelser, der er indeholdt i forordning nr. 17, navnlig i artikel 19, og i Kommissionens forordning (EF) nr. 2842/98 af 22. december 1998 om høring af parter i visse procedurer efter artikel 81 EF og 82 EF [22], og det er også den betydning, som de i praksis er blevet tillagt af Domstolen [23] og Retten [24]. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har udstrakt anvendelsen af garantierne i Rom-konventionens artikel 6 til administrative procedurer af disciplinær karakter [25].

Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder [26] går videre i denne retning, eftersom det — sammen med den sigtedes ret til at forsvare sig under en retfærdig og offentlig rettergang for en uafhængig og upartisk domstol, der forudgående er oprettet ved lov [27] — også

21 — For så vidt angår retten til kontradiktion i konkurrenceretlige sager kan der henvises til K. Lenaerts' og I. Maselis' artikel »Le justiciable face à la Commission européenne dans les procédures de constatation d'infraction aux articles 81 et 82 CE«, der er trykt i *Journal des tribunaux*, nr. 5973 (2000), s. 496-504, L. Goossens afhandling »Concurrence et droits de la défense: la phase administrative devant la Commission«, der er udkommet i *Journal des tribunaux. Droit européen*, nr. 52 (1998), s. 169-175, og nr. 53 (1998), s. 200-204, er også af interesse. Selv om den er relativt gammel, er den artikel, der er skrevet af Ole Due, der tidligere har været præsident for Domstolen, fortsat af interesse: »Le respect des droits de la défense dans le droit administratif communautaire«, der er trykt i *Cahier de Droit Européen*, nr. 1/2 (1987), s. 383-396.

22 — EFT L 354, s. 18. Den erstatter Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF af 25.7.1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i forordning nr. 17, EFT 1963-1964, s. 42, der var gældende på det tidspunkt, hvor den administrative procedure i denne sag udspandt sig.

23 — Jf. i nyere praksis dom af 8.7.1999, sag C-51/92 P, Hercules Chemicals mod Kommissionen, Sml. I, s. 4235, præmis 75 ff.

24 — Selve sagen, der er genstand for denne appel, er et eksempel herpå (jf. præmis 142-144 og 240).

25 — Jf. DEMD's dom af 8.6.1976, Engel m.fl. mod Nederlandene, Serie A, nr. 22, om disciplinærsager inden for forsvaret, og af 23.6.1981, Le Compte, Van Leuven og De Meyere mod Belgien, Serie A, nr. 43, om disciplinærsager inden for lægestanden.

26 — EFT 2000 C 364, s. 1.

27 — Jf. artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 2.

garanterer retten for enhver til at blive hørt af Den Europæiske Unions institutioner, før de træffer en individuel foranstaltning, som måtte berøre den pågældende på en ugunstig måde, samt retten til aktindsigt [28].

34. Aktindsigt er endnu et hjælpemiddel, der indgår i retten til forsvar [29]. Den er ikke et mål i sig selv [30]. De formelle garantier under retssager og administrative sager er begrundet i dette mål, der simpelt hen er en effektiv beskyttelse af alles rettigheder og legitime interesser. Når der foreligger en processuel fejl, når formforskrifter tilsidesættes, får det retsvirkninger, hvis mulighederne for at forsvare sig mindskes. Sagt med andre ord, er begrebet krænkelse af retten til forsvar et materielt begreb, forstået således, at uanset hvor mange fejl der er sket under proceduren, har de ingen betydning, hvis den pågældende trods alt har rådet over tilstrækkelige midler til sit forsvar.

35. Den instrumentale karakter af retten til aktindsigt har endnu en konsekvens. Selv i tilfælde, hvor den forkerte og mangelfulde indrømmelse heraf har reduceret den pågældendes muligheder for at varetage sit forsvar, medfører det kun annullation af den beslutning, der træffes, hvis det konstateres, at resultatet kunne have været mere gunstigt for den pågældende, hvis de proceduremæssige forskrifter var blevet fulgt minutiøst, eller hvis man netop på grund af den formelle mangel ikke kan vide, om beslutningen ville have været en anden. I begge tilfælde bevirker det, at den endelige beslutning annulleres, og proceduren må i givet fald starte forfra for at rette op på manglerne.

36. De formelle mangler har kort sagt ikke nogen selvstændig interesse, hvis de betragtes adskilt fra sagens materielle indhold. Hvis en beslutning annulleres efter et forløb med formelle mangler, fordi den som følge af procedurefejlene ved dens vedtagelse er materielt forkert, skyldes annullationen, at beslutningen i betydeligt omfang er fejlagtig, og ikke, at der foreligger en procedurefejl. Den formelle mangel har kun en selvstændig betydning, når det ikke er muligt at bedømme den beslutning, der er vedtaget, på grund af manglen.

37. Det følger af de ovenstående betragtninger, at de foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, som Retten har truffet, var relevante.

28 — Artikel 41, stk. 2, første og andet led.

29 — Hvilket også gør sig gældende for så vidt angår retten til at blive hørt, til at få meddelelse om, at der rejses en straffesag, til at benytte de bevismidler, der er relevante for forsvaret, og i givet fald til at få beskikket en forsvarer.

30 — Jf. de forslag til afgørelse, som generaladvokat Mischo fremsatte den 25.10.2001 i sagerne C-244/99 P og C-251/99 P, henholdsvis punkt 331 og 125, i hvilke Domstolen afsagde dom den 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, Sml. I, s. 8375, herefter »PVC II«-dommen.

38. Da de sagsøgende virksomheder og sammenslutninger havde påberåbt sig, at de formelle krav til proceduren var blevet tilsidesat ved, at Kommissionen havde afvist at give dem adgang til de muligt diskulperende dokumenter, der indgik i sagen, og Retten havde givet dem medhold heri, var det nødvendigt at undersøge, hvilken indvirkning den formelle fejl havde haft på deres ret til forsvar. Med henblik herpå var det nødvendigt at kende de diskulperende oplysninger, som de var blevet nægtet adgang til, samt deres betydning for den enkelte virksomhed. På baggrund af disse elementer undersøgte Retten, i hvilket omfang beslutningen ville have fået et andet og mere gunstigt indhold for de anklagede, hvis de havde kunnet konsultere og påberåbe sig disse oplysninger over for Kommissionen.

39. Retten har således ikke fortrængt Kommissionen og har heller ikke uberettiget sat sig i dennes sted. Retten har derimod begrænset sig til inden for rammerne af sin kompetence at udøve sin judicielle funktion med stor omhu, idet den har efterprøvet korrektheden af den sanktionsprocedure, som Kommissionen har gennemført. I denne situation skal dommen, der retter sig mod fortiden, afsiges på baggrund af alle de aktuelt foreliggende oplysninger, hvilket gør dommen mere righoldig og giver den en højere grad af sikkerhed [31].

40. Der er intet retsstridigt ved fremgangsmåden under retssagen. Den aktindsigt, som ved Rettens mellemkomst blev indrømmet de berørte virksomheder og sammenslutninger af virksomheder, var processuelt »lig med« den aktindsigt, de burde have haft under den administrative procedure. Det er rigtigt nok, at tiden ikke stod stille mellem de to tidspunkter, og at der derfor indtraf begivenheder, hvoraf nogle var relevante for sagsbehandlingen og udfaldet af proceduren, men ingen af disse begivenheder forringede appellantens muligheder for at varetage sit forsvar. Desuden har Retten og sagens parter ved tvistens afgørelse rådet over faktiske oplysninger, som de ikke tidligere havde, hvilket som allerede anført giver dommen en højere grad af sikkerhed.

41. I mit forslag til afgørelse af dags dato i sag C-204/00 P, Aalborg Portland mod Kommissionen [32], anfører jeg, at Rettens fremgangsmåde på ingen måde er i strid med Domstolens praksis. I dommen i sagen Hercules Chemicals mod Kommissionen, som jeg allerede har omtalt, har Domstolen fastslået, at når sagsøgerens ret til kontradiktion er blevet tilsidesat, kan denne mangel ikke afhjælpes ved, at der senere gives adgang til sagsakterne, så den berørte virksomhed sættes i stand til at udlede de anbringender og argumenter, som støtter dens påstande, for virksomheden bliver ikke derved bragt i den situation, den ville

31 — Såvel dommeren som historikeren rekonstruerer fortiden, og i den forbindelse må de sortere beviser og vidneudsagn for at genskabe de faktiske omstændigheder, således som de forelå. Hverken dommeren eller historikeren kan sætte sig i samme situation som dem, der er genstand for undersøgelsen. De må begge favne videre end denne situation. For så vidt angår forholdet mellem jura og historie, kan jeg henvise til C. Ginzburgs bog *El juez y el historiador (Consideraciones al margen del proceso Sofri)*, der er udgivet af forlaget Anaya og Mario Muchnik, Madrid, 1993.

32 — Sml. 2004 I, s. 133, punkt 34.

have stået i, såfremt den havde kunnet anvende disse dokumenter til at fremsætte skriftlige og mundtlige bemærkninger over for Kommissionen [33].

42. Retten har ikke forsøgt efterfølgende at afhjælpe en krænkelse af retten til forsvar, der allerede er fuldbyrdet, den har blot på et tidligere stadium af sagen undersøgt, om denne krænkelse af retten til forsvar har fundet sted [34]. Da den konstaterede, at dette var tilfældet, annullerede den beslutningen for så vidt angår den berørte virksomhed [35]. Hvis der derimod ikke var sket en krænkelse af retten til forsvar, fastslog Retten, at den formelle mangel, som behandlingen af den administrative sag var behæftet med, ikke var relevant.

43. Det er desuden også den betydning, som dommen i sagen Hercules Chemicals mod Kommissionen har. Hvis man læser præmis 80, kan man konstatere, at det afgørende ikke er den formelle fejl i sig selv, men dens indvirkning på virksomhedens mulighed for at varetage sit forsvar. Den indvirkning kan være lig nul, hvis den pågældende virksomhed ikke godtgør, at det forhold, at den ikke havde kendskab til visse diskulperende beviser, berøvede den midler, der var egnede til at overbevise Kommissionen om, at der ikke kunne pålægges virksomheden et ansvar.

44. Retten har heller ikke underkendt sin egen retspraksis, således som denne fremgår af de allerede nævnte domme i sagerne Solvay mod Kommissionen og ICI mod Kommissionen. Den har tværtimod anvendt denne praksis helt korrekt.

45. I begge disse domme tog Retten sagsøgerens påstand om annullation til følge, fordi det i betragtning af, at visse dokumenter ikke var blevet stillet til rådighed for parterne under den administrative procedure, ikke kunne udelukkes, »at Kommissionen ville have fastslået, at overtrædelsen var mindre langvarig og mindre alvorlig, og følgelig have fastsat en mindre bøde« [36]. I en anden dom af samme dato, også i en sag anlagt af ICI mod Kommissionen [37], fandt Retten imidlertid, at et i det væsentlige tilsvarende klagepunkt ikke kunne tages til følge, for selv om den samme procedurefejl var sket, havde denne fejl ikke påvirket sagsøgerens muligheder for at udnytte sin ret til kontradiktion [38].

46. Sidstnævnte dom viser, at det afgørende for Retten naturligvis er, om denne procedurefejl indvirker negativt på forhold vedrørende de berørte virksomheders ret til kontradiktion. Der er en indlysende forklaring på, at Retten når frem til forskellige afgørelser i sagerne Solvay mod Kommissionen og ICI mod Kommissionen på den ene side og den foreliggende sag på den anden. I dommene i de to førstnævnte sager prøvede Retten en beslutning, hvorved Kommissionen havde pålagt de sagsøgende

33 — Præmis 78 og 79.

34 — Dette kriterium er for nylig blevet anvendt af Domstolen i PVC II-dommens præmis 315 ff., navnlig præmis 325.

35 — Det drejede sig om virksomheden Cedest SA (sag T-38/95). Jf. den appellerede doms præmis 2211 og 2286.

36 — Henholdsvis præmis 98 og præmis 108.

37 — Sag T-37/91, jf. fodnote 15.

38 — Jf. præmis 66 og 70.

virksomheder en bøde for at deltage i en samordnet praksis om markedsopdeling, men i modsætning til den foreliggende sag kunne dette kun godtgøres ved hjælp af indirekte beviser, som i det væsentlige udgjordes af virksomhedernes parallelle og tilbageholdende adfærd [39]. Under disse omstændigheder havde de diskulperende dokumenter, som der ikke kunne henvises til under sagsbehandlingen, kunnet påvirke beviskraften af disse indicier [40], idet de kunne sætte den parallelle adfærd i et andet lys. Situationen er en anden for Irish Cement. Irish Cements deltagelse i overtrædelserne blev fastslået af Kommissionen på grundlag af direkte og specifikke beviser [41], og de dokumenter, som virksomheden ikke fik adgang til under den administrative procedure, imødegik efter Rettens suveræne bedømmelse ikke indholdet af disse beviser.

C — Spørgsmålet, om der retsstridigt er pålagt en omvendt bevisbyrde

47. Irish Cement — som mener, at bevisbyrden er vendt — har anført, at der ikke egentligt var tale om direkte og specifikke dokumentbeviser, eftersom de kunne fortolkes på andre måder. Irish Cement har tilføjet, at de dokumenter, som blev fremlagt under retssagen, gav et andet billede end det, Kommissionen havde tegnet.

48. Dette anbringende må — formuleret på denne måde — afvises, for så vidt som det vedrører fastlæggelsen af sagens faktiske omstændigheder, som tilkommer Retten, idet den skal bedømme de fremlagte beviser. Domstolen skal som appelinstans kun beskæftige sig med dette område, hvis almindelige fællesskabsretlige bestemmelser eller principper er blevet tilsidesat i forbindelse med bevisernes tilvejebringelse, eller hvis Retten i forbindelse med bedømmelsen af beviserne har tilsidesat reglerne om bevisbyrde og bevisvurdering ved at foretage en ulogisk og vilkårlig vurdering og følgelig gengive beviserne forkert. Domstolen kan kun afhjælpe en eventuel forkert retsanvendelse foretaget i første instans; den kan aldrig fastlægge de faktiske omstændigheder, kun kontrollere den retlige subsumption af disse [42].

39 — Jf. dommen i sagen Solvay mod Kommissionen, præmis 61, og dommen i sagen ICI mod Kommissionen, præmis 71.

40 — Jf. henholdsvis præmis 98 og 108 i dommene.

41 — Jf. den appellerede doms præmis 263 og 264.

42 — Jf. punkt 27 i det forslag til afgørelse, jeg fremsatte den 3.5.2001 i den sag, der gav anledning til dom af 10.7.2001, sag C-315/99 P, Ismeri Europa mod Revisionsretten, Sml. I, s. 5281, og de domme, der er nævnt i fodnote 17 i forslaget, samt i præmis 19 i selve dommen i sagen Ismeri Europa mod Revisionsretten. Blandt de nyere domme afsagt af Domstolen kan der henvises til dom af 21.6.2001, forenede sager C-280/99 P — C-282/99 P, Moccia Irme m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 4717, præmis 78.

49. Ingen af disse omstændigheder foreligger i sagen her, og appellanten har ikke engang hævdet dette, men blot anfægtet Rettens bedømmelse af de direkte dokumentbeviser og de dokumenter, som ikke var tilgængelige for parterne under den administrative procedure, og som derfor blev tilvejebragt under retssagen.

50. Under alle omstændigheder er anbringendet ugrundet og må følgelig forkastes.

51. Beslutningen blev ikke truffet på grundlag af »en parallel adfærd på markedet« [43], hvilket Retten fastslår i dommen med henblik på at vise, at de dokumenter, som måske kunne have givet en alternativ, økonomisk begrundet forklaring på adfærden hos de virksomheder, der var blevet pålagt bøder, er uden relevans [44].

52. Dette argument gør det også klart, hvad der er den dybere mening med det af Retten anvendte kriterium for at begrænse de mange forskellige beviser, som kunne afkræfte de af Kommissionen fastlagte faktiske omstændigheder, til »dokumenter, som direkte angår overtrædelser«, der er fastslået i beslutningen [45]. Det vil sige, at det var korrekt at anvende reglen om, at sagsøgernes ret til kontradiktion er blevet tilsidesat, hvis de under den administrative procedure ikke fik adgang til oplysninger, som kunne afkræfte de beviser, Kommissionen lagde til grund [46], og ikke blot give supplerende eller alternative forklaringer, som — hvor udmærkede de end er — ikke imødegår de i beslutningen anførte dokumenter.

53. Dette kan påvises ved et eksempel. Kommissionen fastslog på grundlag af visse dokumenter [47], at der på de europæiske cementproducenters møder den 14. januar 1983, den 19. marts 1984 og den 7. november 1984 blev indgået konkurrencebegrænsende aftaler. Det forekommer rimeligt at fastslå, at retten til forsvar blev krænket på grund af de dokumenter, som havde kunnet afkræfte indholdet af sådanne beviser, hvilket er det krav, Retten opstillede, da den omtalte en »objektiv forbindelse« mellem dokumentet og et klagepunkt, som er fastslået over for sagsøgeren i beslutningen [48].

54. Kommissionen vurderede på grundlag af de dokumenter, der indgik i sagen, at

43 — Den appellerede doms præmis 264.

44 — Jf. for virksomhederne generelt præmis 264 og 1116. Hvad særligt angår Irish Cement kan der henvises til præmis 1243-1251.

45 — Den appellerede doms præmis 262.

46 — Jf. den appellerede doms præmis 263.

47 — De dokumenter, som er angivet i beslutningens nr. 18, 19 og 45.

48 — Jf. den appellerede doms præmis 247.

Cembureau og sammenslutningens direkte medlemmer på delegationsledernes møde den 14. januar 1983 indgik en aftale om at respektere hjemmemarkederne og indføre regler for salg fra det ene land til det andet, og at denne aftales indhold blev bekræftet på møderne den 19. marts og den 7. november 1984. Appellantens ret til forsvar kan kun være blevet krænket ved, at virksomheden ikke fik mulighed for til sit forsvar at føre beviser, som afkræftede, at deltagerne i disse møder indgik og tilsluttede sig en sådan aftale, som godtgjorde, at virksomheden ikke var til stede på møderne, eller som gjorde det åbenbart, at virksomheden, selv om den var til stede, tog afstand fra det, som blev aftalt.

55. Når aftalen én gang var blevet indgået og tiltrådt på disse møder, var en eventuel anvendelse af beviser, som kunne have givet en alternativ, økonomisk begrundet forklaring på Irish Cements adfærd på markedet, irrelevant, og det forhold, at virksomheden ikke fik aktindsigt i de pågældende dokumenter under den administrative procedure kunne således ikke indebære, at virksomhedens ret til forsvar blev krænket. Ved en omhyggelig læsning af den appellerede doms præmis 1243-1251 fremgår det, at de dokumenter, som virksomheden ikke fik aktindsigt i, var dokumenter, som ikke kunne hævdes at tilbagevise de direkte beviser, som lægges til grund i beslutningen, og som derfor kan betegnes som uvedkommende og irrelevante for virksomhedens forsvar.

56. Med andre ord udledte Kommissionen af visse beviser[49], at de virksomheder og sammenslutninger af virksomheder, som den besluttede at pålægge en bøde, havde udvist den konkurrencebegrænsende adfærd, som den beskrev i beslutningens syv første artikler. Irish Cement ønskede at benytte sig af visse dokumenter, fordi de gav en anden version af de faktiske omstændigheder, men Kommissionen nægtede virksomheden aktindsigt i disse bevismidler. Retten afhjalp — inden for rammerne af udøvelsen af sin prøvelsesret og med henblik på at fremme sagsøgernes forsvar — situationen ved at stille samtlige sagsakter til rådighed for sagsøgerne. Efter at have hørt sagsøgerne om spørgsmålet, fandt Retten, at de pågældende dokumenter ikke kunne sætte begivenhederne i et andet lys.

57. Bevisbyrden er ikke herved blevet vendt. Bevisbyrden har hele tiden påhvilet Kommissionen[50], som skulle føre bevis for, at Irish Cement og de øvrige virksomheder, der blev pålagt bøder, deltog i de faktiske forhold. Efter at Kommissionen havde opfyldt denne forpligtelse, skulle appellanterne afkræfte de anvendte belastende beviser med alle til rådighed stående midler. Retten anvendte det i den appellerede doms præmis 241 nævnte bedømmelseskriterium og fandt, at den formelle mangel, nemlig den manglende adgang til disse dokumenter

49 — De beviser, som er nævnt i beslutningens nr. 18, 19 og 45.

50 — Det påhvilede — ikke forgæves — Kommissionen at afkræfte uskyldsformodningen med hensyn til de implicerede virksomheder og sammenslutninger.

under den administrative procedure, ikke havde været relevant for de berørte virksomheders og sammenslutningers ret til forsvar.

D — Spørgsmålet, om begrundelsen vedrørende Rettens domme i sagerne Solvay mod Kommissionen og ICI mod Kommissionen, er tilstrækkelig

58. Dette anbringende dækker over en ren og skær uenighed om det kriterium, som Retten anvender vedrørende dette spørgsmål i den appellerede dom. Jeg har allerede i punkt 44-46 anført, at dette kriterium er korrekt.

59. I overensstemmelse med det anførte bør ovenstående anbringender, som Irish Cement har fremført, forkastes.

2 — *Et konkret eksempel på et dokument, som parterne blev nægtet aktindsigt i under den administrative procedure: Toscanos notat (en del af første anbringende og tredje anbringendes ottende led)*

A — Parternes holdning

60. Irish Cement har anfægtet det kriterium, som Retten har anvendt med henblik på at afgøre, om Kommissionens formelle fejl indebar en krænkelse af retten til forsvar i forhold til de virksomheder og sammenslutninger, der blev pålagt bøder, nemlig kriteriet vedrørende et muligt andet udfald af sagsbehandlingen. Irish Cement har i det første anbringendes to sidste afsnit tilføjet, at virksomheden kunne have påvirket Kommissionen i en anden og for de berørte virksomheder og sammenslutninger potentielt positiv retning, hvis den havde kunnet anvende de dokumenter, som Kommissionen nægtede den adgang til.

61. Appellanten har som eksempel henvist til Toscanos notat, som beskriver indholdet af delegationsledernes møde den 14. januar 1983. Desuden ville Kalogeropoulos' memorandum have gjort det muligt at forklare visse cementproducenters reaktion på det såkaldte græske problem (European Task Force eller Cembureau Task Force) som udtryk for en mere uformel, men også ældre aftale mellem de største europæiske producenter.

62. Irish Cement har i det tredje anbringendes ottende led tilføjet, at Toscanos notat var relevant som diskulperende oplysning i hvert fald i to henseender. For det første underbygger det, at der ikke var et hemmeligt formål med mødet den 14. januar 1983. For det andet udgør notatet et referat af de drøftelser, der faktisk blev ført under dette møde, hvorimod de doku-

mentbeviser, som Kommissionen henviser til, blot henviser til forberedende oplysninger.

63. Ifølge Kommissionen kan Domstolen ikke udtale sig om den måde, hvorpå Retten har bedømt de nævnte dokumenter.

B — Et argument, som alene vedrører de faktiske omstændigheder

64. Uanset Irish Cements bestræbelser på at godtgøre det modsatte rækker virksomhedens argumentation ikke videre end til fastlæggelsen af sagens faktiske omstændigheder. Der er tale om en anden indfaldsvinkel til de faktiske omstændigheder, som på ingen måde viser, at Retten skulle have bedømt de foreliggende beviser på en vilkårlig og ulogisk måde.

65. Efter at have anvendt det i den appellerede dom præmis 241 nævnte bedømmelseskriterium — hvis berettigelse jeg allerede har argumenteret for — har Retten i den appellerede dom fastslået, at de nye oplysninger, der var kommet frem, ikke kunne ændre den version af de faktiske omstændigheder, som Kommissionen havde lagt til grund. Efter Rettens opfattelse dokumenterede Toscanos notat, at der på delegationsledernes møde den 14. januar 1983 blev drøftet aktuelle spørgsmål inden for cementbranchen, men det afkræfter ikke, at der blev indgået konkurrencebegrænsende aftaler, hvilket Kommissionen udledte af direkte dokumentbeviser [51]. Det fremgår således, at den debat, som Irish Cement ønsker at sætte i gang, ikke rækker videre end til bedømmelsen af beviskomplekset eller fastlæggelsen af sagens faktiske omstændigheder.

66. Det samme kan siges, hvad angår oprettelsen af European Task Force på mødet i Baden-Baden.

3 — *Bedømmelsen af visse dokumentbevisers relevans*

A — Kalogeropoulos' erklæring (tredje anbringendes sjette led og fjerde anbringendes første led)

1) Parternes holdning

67. Ifølge Irish Cement støtter de dokumentbeviser, på grundlag af hvilke Kom-

51 — Dokumenterne, der er angivet i beslutningens nr. 18, 19 og 45. Der henvises til den appellerede doms præmis 1122 ff. (navnlig præmis 1130, 1131, og 1132).

missionen vedtog beslutningen, ikke denne. Dette er navnlig indlysende hvad angår erklæringen fra Kalogeropoulos, som har været formand for Heracles' bestyrelse siden den 1. juni 1986. Efter Irish Cements opfattelse tager Retten fejl, når den i forbindelse med undersøgelsen af denne erklæring udtaler, at »[f]or så vidt angår begyndelsestidspunktet for den i den anfægtede beslutnings artikel 1 omhandlede overtrædelse, bemærkes, at det forhold, at Kommissionen anså denne overtrædelse for at være påbegyndt den 14. januar 1983 *og ikke et tidligere tidspunkt*, fordi det kartel, Kalogeropoulos omtalte, havde eksisteret i 30 år, *ikke kan betragtes som belastende for sagsøgerne og ikke påvirker bevisværdien af erklæringen* for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt kartellet mellem de europæiske cementproducenter faktisk fandtes« [52].

68. Irish Cement har tilføjet, at Retten rent abstrakt kan have ret, når den i den appellerede doms præmis 906 udtaler, at det forhold, at der i 1986 i tredive år havde eksisteret en aftale mellem de europæiske cementproducenter om at respektere hjemmemarkederne, ikke udelukker, at man i forbindelse med delegationsledernes møde den 14. januar 1983 blev enige om en aftale med samme formål. Denne konstatering kan imidlertid efter virksomhedens opfattelse ikke bruges til at underbygge Kommissionens argument om, at der fandtes en aftale, som var blevet indgået under det nævnte møde.

69. Hvad angår beviserne vedrørende indholdet af de drøftelser, der blev ført under mødet den 14. januar 1983, har Retten bekræftet Kommissionens vurderinger, som i modsætning til, hvad der gøres gældende, ikke er uforenelige med Kalogeropoulos' erklæring.

70. Ifølge Kommissionen udtalte appellanten sig ikke om dette forhold under sagen for Retten. Virksomheden nøjedes med at betegne erklæringen som uforenelig med påstanden om, at der var blevet indgået en aftale under delegationsledernes møde den 14. januar 1983. Dette argument behandlede Retten i den appellerede doms præmis 904 ff.

2) Endnu et spørgsmål, som alene vedrører bevisbedømmelsen

71. Hvis vi ser nærmere på indholdet af de argumenter, som Irish Cement fremfører, fremgår det, at virksomheden blot er uenig i Rettens bedømmelse af Kalogeropoulos' erklæring om, at »der fortsat findes en aftale mellem alle de europæiske cementproducenter om, at de ikke må gå ind på de andres nationale områder« [53]. Efter Rettens opfattelse udgør denne erklæring et utvety-

52 — Den appellerede doms præmis 904. Fremhævet af appellanten.

53 — Jf. den appellerede doms præmis 903.

digt indicium for, at der fra en ikke nærmere bestemt dato fandtes en aftale mellem de europæiske cementproducenter, som blev bekræftet på mødet den 14. januar 1983. Efter Rettens opfattelse var det på grund af denne usikkerhed hvad datoen angår, at Kommissionen fastsatte begyndelsestidspunktet for overtrædelsen til datoen for det nævnte møde.

72. Irish Cement er slet og ret uenig i denne opfattelse, som dog ikke er forbundet med nogen af de fejl, som i overensstemmelse med Domstolens praksis[54] ville gøre det muligt for virksomheden at appellere og — som en undtagelse — give adgang til korrektion af sagens faktiske omstændigheder efter en konstatering af, at der er begået en retlig fejl.

3) Anbringendets manglende grundlag

73. Anbringendet må således afvises, men det er desuden grundløst. Kommissionen fastslog ikke, at den i beslutningens artikel 1 omhandlede overtrædelse havde fundet sted, på grundlag af Kalogeropoulos' notat. At Cembureau-aftalen fandtes, har Kommissionen udledt af de beviser, den nævner i beslutningens nr. 18, 19 og 45. Denne udtalelse er, som anført af Retten, endnu et indicium, som bekræfter den konklusion, som er draget på grundlag af de i de nævnte punkter angivne beviser, nemlig at deltagerne på mødet den 14. januar 1983 anerkendte en aftale om markedsopdeling, som allerede havde eksisteret gennem længere tid.

74. Som Kommissionen har anført i svarskriftet, er der intet modsætningsforhold mellem de faktiske omstændigheder, sådan som disse er beskrevet i beslutningen på grundlag af de dokumenter, som kastede lys over indholdet af drøftelserne på mødet den 14. januar 1983, og erklæringen fra Heracles' bestyrelsesformand.

4) Tilstrækkelig begrundelse

75. Irish Cement har anført, at Retten ikke har taget stilling til virksomhedens argument om, at det forhold, at der gennem længere tid havde eksisteret en aftale om markedsopdeling, ikke kan bruges til at gøre gældende, at der fandtes en aftale, som var blevet indgået under det nævnte møde i 1983. Det kan alene på grundlag af den appellerede doms præmis 903 ff. konstateres, at denne påstand ikke er rigtig.

76. Irish Cement har også anført, at virksomheden ikke har fået svar på argumentet om, at Kalogeropoulos' erklæring var

54 — Jf. punkt 48 ovenfor.

politisk, og på spørgsmålet om, hvilke konsekvenser dette burde få. Jeg kan her henvise til den appellerede doms præmis 907, hvor dette argument er udførligt besvaret.

77. Jeg må her erindre om, at den begrundelse, som fællesskabsinstitutionerne [55] skal angive, og som nærmere bestemt skal angives i de afgørelser, som træffes af Fællesskabets retsinstanser, ikke nødvendigvis skal omfatte en redegørelse, som til punkt og prikke følger alle de argumenter, som parterne har fremført. Det er tilstrækkeligt, at begrundelsen gør det muligt for de berørte parter at få kendskab til grundlaget for afgørelsen og sikrer, at den kompetente ret råder over de faktiske oplysninger, som er nødvendige for, at den kan udøve sin prøvelsesret [56].

B — Notaterne fra Blue Circle m.fl. vedrørende Kalogeropoulos' erklæring (tredje anbringendes syvende led og fjerde anbringendes femte led)

1) Parternes holdning

78. Irish Cement er af den opfattelse, at Kalogeropoulos' erklæring og visse interne notater fra Blue Circle ikke kunne gøres gældende over for virksomheden, idet den ikke havde deltaget i udarbejdelsen af disse og ikke havde haft lejlighed til at udspørge ophavsmændene til disse dokumenter. Dette argument, som Irish Cement fremførte første gang under retsmødet i sagen for Retten, forkastede Retten i den appellerede doms præmis 1399 uden først at tage stilling til, om det kunne antages til realitetsbehandling. Efter appellantens opfattelse har Retten ved at forkaste dette argument med den begrundelse, at den administrative procedure ikke foreskriver nogen »cross-examination«, tilsidesat virksomhedens ret til kontradiktion.

79. Kommissionen har heroverfor gjort gældende, at anbringendet ikke kan antages til realitetsbehandling, eftersom det først blev påberåbt under retsmødet. Kommissionen har dernæst anført, at anbringendet må forkastes hvad angår realiteten, eftersom de fællesskabsretlige konkurrenceregler ikke indeholder nogen generel regel om udelukkelse af beviser som den, appellanten forsøger at påberåbe sig. Kommissionen har tilføjet, at når Irish Cements argument blev forkastet i dommen, skyldtes det ikke kun, at procedurereglerne ikke foreskriver nogen »cross-examination«, men nok så meget, at argumentet er uden betydning for de vigtigste af de dokumenter, på grundlag af hvilke Kommissionen godtgjorde, at Cembureau-aftalen eksisterede, og at Irish Cement deltog heri.

80. Appellanten har også anført, at Retten ikke tog stilling til argumentet om, at den aftale, som nævnes i Blue Circles interne notater, hverken er Cembureau-aftalen,

55 — Jf. artikel 253 EF.

56 — Jf. blandt de seneste afgørelser dom af 19.10.2000, forenede sager C-15/98 og C-105/99, Italien og Sardegna Lines mod Kommissionen, Sml. I, s. 8855, præmis 65, og af 25.10.2001, sag C-120/99, Italien mod Rådet, Sml. I, s. 7997, præmis 28.

som blev vedtaget på delegationsledernes møde den 14. januar 1983, eller den aftale, der hentydes til i Kalogeropoulos' erklæring.

81. Efter Kommissionens opfattelse forsøger appellanten med dette anbringende igen at antyde, at der skulle findes foranstaltninger med tilknytning til en anden aftale, som virksomheden ikke deltog i. Under alle omstændigheder har Retten efter Kommissionens opfattelse behandlet disse argumenter og navnlig argumentet om, at importen fra Tyskland var uforenelig med, at der skulle findes en Cembureau-aftale.

2) Anbringendet kan antages til realitetsbehandling, ...

82. Den argumentation, som ligger til grund for tredje anbringendes syvende led, blev ganske vist først fremført under retsmødet i sagen for Retten, men ikke desto mindre undlod Retten at afvise den med henvisning til, at den var fremført for sent. I stedet realitetsbehandlede Retten argumentet, hvorefter den dog forkastede det.

83. Domstolen kan som appelinstans ikke se bort fra et anbringende, som er fremført for sent, men som Retten — som tilrettelægger sagen og styrer forhandlingerne — ikke afviste af denne grund, idet den fandt det relevant at undersøge det.

3) ... men det er grundløst

84. I forbindelse med en stillingtagen til dette anbringende i appelsagen er det ikke nødvendigt at undersøge, om argumentet vedrørende »cross-examination« og følgerne af, at en sådan ikke fandt sted, kan påberåbes i forbindelse med en administrativ procedure, der kan føre til pålæggelse af sanktioner for overtrædelse af konkurrencereglerne. Der er tale om en problemstilling, som skal angribes frontalt og undersøges tilbundsgående og med den nødvendige besindighed, når den er uundgåelig, men ikke i en sag som den foreliggende, hvor den — nærmest upåagtet — er blevet bragt på bane på et uheldigt valgt tidspunkt, hvor den ikke var nødvendig for at tage den sagsøgende virksomheds påstand til følge.

85. Svaret kan hentes fra et mere underordnet plan, hvor der tages hensyn til nyttebetragtninger. Selv hvis vi ved at følge appellantens ræsonnement nåede frem til, at Blue Circles interne notater ikke kunne gøres gældende mod virksomheden, ville det nemlig ikke ændre beslutningens indhold.

86. I den appellerede doms præmis 1399 udtrykker Retten sig lysende klart: Selv om Blue Circles interne notater ikke kan anvendes som belastende materiale, berører dette ikke de øvrige dokumenter, der er nævnt i nr. 19 i den anfægtede beslutning, og på grundlag af hvilke Kommissionen drog den af Retten bekræftede konklusion, at Cembureau-aftalen blev indgået på delegationsledernes møde den 14. januar 1983 og bekræftet ved de efterfølgende møder den 19. marts 1984 og den 7. november 1984, som Irish Cement deltog i[57].

87. Selv om man gav appellanten ret hvad angår den grundlæggende problemstilling i dette anbringende, ville virksomhedens påstand ikke kunne tages til følge, for selv om Blue Circles interne notater ikke blev brugt som belastende materiale, ville der fortsat være andet materiale, som inkriminerer virksomheden. Dette er fastslået af Retten, som det tilkommer at bedømme beviserne i sagen.

88. Under sådanne omstændigheder ville Irish Cement ikke kunne gøre gældende, at virksomheden ikke har fået en retfærdig rettergang, for virksomheden er blevet pålagt en bøde på grundlag af belastende materiale, som afkræfter uskyldsformodningen: indkaldelse til mødet den 14. januar 1983 og udkast til formandens indledende redegørelse, notater fra møderne den 19. marts 1984 og den 7. november 1984, for blot at nævne noget af dette. Der er tale om materiale, som ifølge Kommissionen og Retten gav oplysninger, som Blue Circles notater blot bekræftede[58].

4) Tilstrækkeligt begrundet besvarelse

89. Henset til den appellerede doms indhold er det ubegribeligt, at Irish Cement kan tale om manglende begrundelse hvad angår bevisværdien af Blue Circles interne notater og de faktiske oplysninger heri. Det er herved mere end rigeligt at henvise til den appellerede doms præmis 875-901.

90. Navnlig er argumentet om, at den aftale, der nævnes i disse notater, ikke er Cembureau-aftalen, behandlet i dommes præmis 876, 878 og 881, og argumentet vedrørende importen fra Tyskland er behandlet i præmis 897.

91. Jeg har på fornemmelsen, at appellanten forveksler manglendebegrundelse med

57 — Jf. den appellerede doms præmis 921-1095, 1344, 1345, 1350 og 1352, som der henvises til i præmis 1399.

58 — Jf. beslutningens nr. 45, punkt 3.

det, at begrundelsen ikke er i overensstemmelse med appellantens påstand. Hvad angår rækkevidden af begrundelseskravet, som gælder for enhver retsafgørelse, kan jeg henvise til det ovenfor i punkt 77 anførte.

93. Kommissionen har anført, at brevet fra Gil Braz de Oliveira er korrekt vurderet i denne appellerede doms præmis 930-941.

2) Endnu et klagepunkt, som må afvises, og som er grundløst

C — Indkaldelsen til mødet den 14. januar 1983 — Gil Braz de Oliveira (fjerde anbringendes sjette led)

94. Dette anbringende kan betragtes fra to synsvinkler. Ud fra den første må det klart afvises, og ud fra den anden savner det grundlag.

1) Parternes holdning

95. Irish Cement vil med sit argument rejse tvivl om den bevisbedømmelse, Retten har foretaget, og argumentet må følgelig afvises.

92. Irish Cement anførte under sagen for Retten, at brevet fra Gil Braz de Oliveira ikke var en indkaldelse til delegationslædernes møde den 14. januar 1983, eftersom han ikke havde optrådt som Cembureaus officielle repræsentant, men som sammenslutningens repræsentant i Irland og Danmark, med hvem han delte en plads i eksekutivkomitéen. Irish Cement har tilføjet, at til trods for, at Retten anerkendte, at dokumentet var blevet vurderet fejlagtigt, tillagde den det fortsat en forkert betydning, hvorfor der må stilles spørgsmålstegn ved dokumentets bevisværdi.

96. Retten har anerkendt, at der var to udgaver af mødeindkaldelsen. Der var dels en »officiel« udgave, som blev sendt til alle sammenslutningens medlemmer, dels en version, som var underskrevet af Gil Braz de Oliveira, der var befuldmægtiget medlem af Cembureaus eksekutivkomité, og som kun blev sendt til Aalborg Portland og Irish Cement. Kommissionen mente, at det fremgik af sidstnævnte version af brevet, at der på mødet den 14. januar 1983 skulle fastsættes »spilleregler« for virksomhedernes adfærd på det europæiske cementmarked. Det afsnit i brevet, hvoraf Kommis-

sionen udledte dette, fandtes ikke i det »officielle« brev. Retten fandt, at denne mødeindkaldelse »på ingen måde [var] i modstrid med indholdet af Gil Braz de Oliveiras brev« [59], som af de grunde, Retten anfører i præmis 936-941 og præmis 977-987, er relevant som bevis for, hvad formålet med mødet den 14. januar 1983 var.

97. Som det ses, rækker anbringendet ikke videre end til bevisbedømmelsen, og appellanten har ikke godtgjort — og ikke engang gjort gældende — at der foreligger omstændigheder, som kan berettige, at Domstolen går ind på dette område for at afhjælpe eventuelle fejl begået af Retten.

98. Anbringendet er grundløst, for så vidt som det går på, at Retten ikke har behandlet Irish Cements klagepunkter. Jeg kan her henvise Domstolen til den appellerede doms præmis 930-941.

4 — *Bøden*

99. Efter at det ved kendelse er fastslået, at anbringenderne delvis ikke kan antages til realitetsbehandling, resterer to klagepunkter, som Irish Cement har fremført vedrørende den ved beslutningen pålagte bøde — som i øvrigt er blevet nedsat af Retten. Det første vedrører Kommissionens sondring mellem direkte og indirekte deltagere i delegationsledernes møder (tredje anbringendes trettende led og fjerde anbringendes fjerde led), og det andet vedrører proportionalitetsprincippet (tredje argument i tredje anbringendes fjortende led).

100. De to klagepunkter behandles i det følgende samlet, idet jeg dog først skal redegøre for parternes holdning.

A — Tredje anbringendes trettende led

101. Irish Cement har anført, at Retten ikke burde have anerkendt Kommissionens sondring mellem direkte og indirekte deltagere i delegationsledernes møde, idet der efter Irish Cements opfattelse er tale om en fejl, som fører til absurde resultater.

102. Efter Kommissionens opfattelse vedrører det spørgsmål, som appellanten har rejst, bevisbedømmelsen, og det kan derfor ikke behandles under en appelsag. Under alle omstændigheder er sondringen berettiget.

59 — Jf. dommen præmis 935.

B — Fjerde anbringendes fjerde led

103. I forbindelse med samme spørgsmål har Irish Cement anført, at Retten ikke har taget stilling til dens argument om, at sondringen mellem direkte og indirekte deltagere får unaturlige resultater. Irish Cement giver følgende eksempel på dette: Appellanten var den eneste cementproducent i Irland; D. Quirke var den irske repræsentant på mødet den 14. januar 1983, og Kommissionen udledte heraf, at han var ansat i Irish Cement, og at det derfor var uomtvisteligt, at virksomheden havde deltaget i mødet. Hvis der derimod på det pågældende tidspunkt havde været en anden irsk cementproducent, ville D. Quirkes tilstedeværelse på mødet — uanset at han var ansat i Irish Cement — ikke have givet indtryk af, at han repræsenterede Irish Cement, og virksomheden ville kun være blevet gjort ansvarlig for at have vedtaget gennemførelsesforanstaltninger til Cembureau-aftalen.

104. Kommissionen mener ikke, at Retten var forpligtet til at undersøge dette argument — som efter Kommissionens opfattelse er fejlagtigt, men at den skulle tage stilling til, om det var bevist, at Irish Cement deltog i aftalen.

C — Tredje argument i tredje anbringendes fjortende led

105. Efter appellantens opfattelse har Retten anlagt et åbenbart urigtigt skøn i den appellerede doms præmis 4964, hvor den fastslår, at Kommissionens analyse er en relevant bedømmelse af omfanget af hver af sagsøgernes ansvar. Det er ikke rigtigt at fastslå, at virksomheder, som deltager i en konkurrencebegrænsende aftale på et sekundært plan og vedtager ubetydelige gennemførelsesforanstaltninger, skal straffes på samme måde som de virksomheder, som har arbejdet aktivt for aftalens indgåelse og beslutsomt gennemført denne. En sådan tankegang strider mod proportionalitetsprincippet, den afskrækker ikke de deltagere i aftalen, som har det største ansvar, og den fører til, at de virksomheder, som har en mindre grad af skyld, pålægges en uforholdsmæssig stor sanktion.

106. Irish Cement har tilføjet, at Retten har undladt at anvende de kriterier, som Domstolen opstillede i dommen i sagen Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen [60].

107. Irish Cement har endelig bemærket, at Retten ikke har behandlet de argumenter, som virksomheden fremførte for at påvise, at dens adfærd ikke kunne få direkte virkninger hvad angår afskærmningen af de nationale markeder og ikke burde henføres under samme kategori som den adfærd, der udvistes af de virksomheder, som havde et større ansvar. Retten har selv anerkendt, at virksomhedens deltagelse i den i beslutningens artikel 2, stk. 2, omhandlede overtrædelse, som er beskrevet

60 — Dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, Sml. s. 1825.

i beslutningens kapitel 4, 5 og 6, var nærmest lig nul eller i hvert fald begrænset, og Retten burde derfor have draget den slutning, at det samme gjaldt virksomhedens ansvar. Herefter ville bøden ikke kunne opretholdes.

108. Kommissionen har anført, at dette argument ikke kan realitetsbehandles, fordi det ikke vedrører en retlig fejl, men Rettens vurdering af overtrædelsens grovhed og bødens størrelse. Kommissionen har tilføjet, at Retten jo rent faktisk har nedsat bøden.

109. Kommissionen har hvad angår realiteten anført, at bøden er pålagt under hensyntagen til Cembureau-aftalen i dens helhed. Der er ikke beregnet forskellige bødestørrelser for de enkelte gennemførelsesforanstaltninger til aftalen.

D — Kommissionens kriterier ved bødeudmålingen

110. Med henblik på gennemgangen af dette anbringende er det hensigtsmæssigt at gennemgå beslutningens opbygning og de kriterier, Kommissionen har benyttet ved bødepålæggelsen.

111. Beslutningen omhandler to forskellige markeder, dels markedet for grå cement, dels markedet for hvid cement. For så vidt angår det første marked påtales vedtagelsen af Cembureau-aftalen, hvorved det blev aftalt, at hjemmemarkedsprincippet skulle overholdes, og cementleverancerne fra det ene land til det andet skulle reguleres. I artikel 2-6 påtales bilateral og multilateral adfærd, der er beregnet til at lette gennemførelsen af denne »samlede og kontinuerlige« aftale, eller til at fjerne de hindringer, der kunne modvirke dens effektivitet som for eksempel den såkaldte »græske trussel«. Endelig omhandler artikel 7 konkurrencebegrænsende adfærd på markedet for hvid cement.

112. Kommissionen fastsatte særskilte bøder for overtrædelserne på markedet for grå cement og på markedet for hvid cement [61].

113. For så vidt angår markedet for grå cement, som er det eneste marked, hvor Irish Cement er blevet draget til ansvar for at have udvist en konkurrencebegrænsende adfærd, besluttede Kommissionen ikke at fastsætte særskilte bøder, men pålagde hver virksomhed en samlet bøde på grund af sammenhængen mellem Cembureau-aftalen

61 — Jf. beslutningens nr. 65, punkt 7.

og alle foranstaltningerne til dens gennemførelse [62]. Denne fremgangsmåde er lovlig og er støttet på Kommissionens beføjelse til at træffe afgørelse vedrørende flere overtrædelser ved én enkelt beslutning [63].

114. Kommissionen var endvidere af den opfattelse, at alle de virksomheder og sammenslutninger, som beslutningen var rettet til, havde tilsluttet sig Cembureau-aftalen, og Kommissionen anførte de oplysninger, på grundlag af hvilke den fastslog, at hver enkelt virksomhed havde deltaget. For Irish Cements vedkommende anførte den, at virksomheden som medlem af Cembureau tilsluttede sig hjemmemarkedsaftalen eller -princippet på det tidspunkt, hvor den blev drøftet og vedtaget, idet selskabet også deltog i de foranstaltninger og ordninger, der blev vedtaget som supplement til den som led i gennemførelsen deraf [64].

115. »I denne forbindelse har den dog også taget hensyn til de enkelte virksomheders rolle i vedtagelsen af aftalen« eller i de foranstaltninger og ordninger, der blev vedtaget som supplement dertil og som led i gennemførelsen deraf. Den har også taget hensyn til disse foranstaltningers og ordningers varighed [65].

116. I overensstemmelse med ovenstående sondrede Kommissionen mellem to kategorier af virksomheder og sammenslutninger, på den ene side dem, der deltog i Cembureau-aftalen, på den anden side de øvrige virksomheder, hvis indgriben var mindre afgørende og derfor mindre alvorlig [66].

117. Kommissionen inddelte den første kategori i tre undergrupper: 1) de virksomheder og sammenslutninger, der som medlemmer af Cembureau direkte deltog i vedtagelsen af hjemmemarkedsaftalen samt i de foranstaltninger, der tog sigte på at beskytte disse markeder direkte, heriblandt Irish Cement, 2) de selskaber, der gennem deres øverste ledende medarbejdere påtog sig opgaven som delegationsledere ved Cembureau både på det tidspunkt, hvor aftalen blev vedtaget, og i dens anvendelsesperiode, og 3) de virksomheder, der deltog i gennemførelsesforanstaltninger til aftalen med det formål at beskytte hjemmemarkederne [67].

62 — Jf. beslutningens nr. 65, punkt 8, første led.

63 — Jf. Domstolens dom af 16.12.1975, sag 40/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663, præmis 111. Vedrørende udmålingen af bøderne ved overtrædelseskomplekser kan der henvises til E. David, »La détermination du montant des amendes sanctionnant les infractions complexes: régime commun ou régime particulier?«, *Revue trimestrielle de droit européen*, nr. 36, hæfte 3, juli-september 2000, s. 511-545.

64 — Jf. beslutningens nr. 65, punkt 3, litra a), og punkt 9, litra a), første led.

65 — Beslutningens nr. 65, punkt 9, første led. Jf. også den appellerede doms præmis 4950. Kommissionen har »fastsat en samlet bøde for hver enkelt virksomhed for dens deltagelse i Cembureau-aftalen eller -princippet og i foranstaltningerne til gennemførelse deraf« (nr. 65, punkt 8, andet led).

66 — Beslutningens nr. 65, punkt 9, litra a) og b).

67 — Beslutningens nr. 65, punkt 9, litra a).

118. Kommissionen sondrede også i den anden kategori mellem tre typer af ansvarlige: 1) virksomheder, der udelukkende deltog i gennemførelsesforanstaltninger til aftalen med det formål at omdirigere overskudsproduktionen til tredjelande, 2) virksomheder, som selv om de havde deltaget i foranstaltninger med det formål at beskytte hjemmemarkederne direkte, forsøgte at trække sig ud af Cembureau-aftalen, og 3) selskabet Ciments luxembourgeois SA, der, selv om det var direkte medlem af Cembureau og deltog i delegationsledernes møder, hvor aftalen eller princippet blev vedtaget, ikke iværksatte nogen gennemførelsesforanstaltning [68].

119. Kommissionen pålagde de virksomheder og de sammenslutninger, der indgik i den første kategori, en bøde på 4 % af deres respektive omsætning på markedet for grå cement i 1992. Der blev pålagt dem, der indgik i den anden kategori, en bøde på 2,8 % af det samme beregningsgrundlag [69].

120. Retten gav Irish Cement delvis medhold, idet det under sagen var blevet bevist, at selskabet reelt kun havde deltaget i kartellet i 71,5 måneder [70], hvilket var mindre, end Kommissionen havde antaget, da den i forbindelse med bødeudmålingen lagde til grund, at Irish Cement havde deltaget i Cembureau-aftalen i 122 måneder. Henset til dette forhold, og idet den benyttede den samme beregningsmetode, som Kommissionen havde anvendt, nedsatte Retten bøden porportionalt [71].

121. Det er denne fremgangsmåde, hvorved Retten har godkendt Kommissionens sondring mellem direkte og indirekte deltagere, som appellanten mener indebærer en overtrædelse af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og betegner som åbenbart urigtig og absurd.

122. Dette anbringende må afvises af to grunde.

123. For det første gengiver appellanten blot de samme argumenter som dem, der var anført i stævningen, og som Retten tog stilling til i præmis 4965 ff. i den appellerede dom. Irish Cement anfører ikke noget nyt i dette anbringende, der ikke har været genstand for behandling og afgørelse under sagen. Appellanten benytter sig af, at Retten

68 — Beslutningens nr. 65, punkt 9, litra b).

69 — Jf. Kommissionens skrivelse til Retten af 7.7.1998, navnlig andet og tredje afsnit. Der henvises endvidere til den appellerede doms præmis 4738, 4957 og 4963.

70 — Jf. den appellerede doms præmis 4807-4814, og helt konkret præmis 4814, andet led.

71 — Jf. den appellerede doms præmis 4815 og punkt 29, syvende led, i domskonklusionen.

har anvendt samme kriterium i forbindelse med bødeudmålingen som Kommissionen, for at gentage en debat, der reelt ikke indeholder en kritik af den appellerede dom, men derimod af den beslutning, hvorved bøden er blevet pålagt.

124. For det andet rækker Irish Cements anbringende ikke videre end til bevisbedømmelsen og rent hypotetiske antagelser [72], eftersom det afgørende er, at virksomheden på det pågældende tidspunkt var den eneste irske cementproducent, og at den person, som ledede den irske delegation ved mødet den 14. januar 1983, var ansat i virksomheden.

125. Det siger også sig selv, at Irish Cements klagepunkt vedrørende Rettens manglende stillingtagen til virksomhedens argumenter helt åbenbart savner grundlag. Den besvarelse, som appellanten savner, findes i dommen. Præmis 4940 omhandler Irish Cements klagepunkter vedrørende dette punkt, og i præmis 4965 ff. begrundes det som svar på alle parternes argumenter, at det af Kommissionen anvendte kriterium er juridisk korrekt. Hvad angår den begrundelse, som Retten skal angive i sine afgørelser, kan jeg henvise til punkt 77 ovenfor, idet det ikke er nødvendigt at tage stilling til alle de argumenter, som parterne har fremført, hver for sig. Implicitte begrundelser i retsafgørelser er også tilladt, i det omfang de opfylder formålene med denne garanti for, at magten udøves rationelt.

126. I denne appelsag gentages — ligesom i de øvrige fem appelsager vedrørende samme dom — argumenterne for manglende begrundelse. Jeg må her anføre, at disse anbringender navnlig på grund af den stædighed, hvormed de fremføres, er upassende. Meget kan man sige om en retsafgørelse, som fylder næsten 1 700 sider i Samlingen, og som indeholder 5 134 præmisser, hvori de 41 sagsøgeres argumenter gennem et stort sammenfatningsarbejde ordnes, pudses af og systematiseres, så de alle behandles, men ubegrundet er den ikke.

127. Naturligvis kan en udtrykkelig stillingtagen til et eller andet isoleret argument være udeladt, men netop fordi der er tale om en enkelt og samlet tekst, findes afgørelsen i mange tilfælde, og f.eks. hvad angår Irish Cement, implicit i Rettens argumentation. Når Retten fastslår, at Kommissionen »med rette valgt[e]« at pålægge sanktioner for deltagelsen i Cembureau-aftalen som sådan, uafhængigt af hver enkelt virksomheds adfærd og antallet

72 — Jf. punkt 103 ovenfor.

af gennemførelsesforanstaltninger, den vedtog [73], når den udtaler, at Kommissionens sondring mellem direkte og indirekte deltagere er berettiget [74], og at Kommissionen følgelig ikke har »været forpligtet til at bedømme den særlige rolle, som hver enkelt virksomhed har spillet i de forskellige ulovlige forhold« [75], og når den anfører, at »[d]et antal overtrædelser, som konkret er begået af en virksomhed i forbindelse med Cembureau-aftalen, [...] ikke i det foreliggende tilfælde [udgør] noget relevant kriterium for vurderingen af omfanget af virksomhedens ansvar« [76], siger den dermed til Irish Cement, at det af Kommissionen anvendte kriterium ikke er forkert.

E — Spørgsmålet om, hvorvidt proportionalitetsprincippet er blevet overholdt

128. Anbringendet vedrørende den påståede tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet er også grundløst.

129. Sanktionen har to formål: Et repressivt og et præventivt. Man ønsker at straffe for en bestemt handlemåde og afskrække gerningsmændene samt andre eventuelle lovovertrædere fra at handle i strid med konkurrencereglerne. Sanktionen skal derfor være egnet til at opfylde disse formål, og der skal være en passende ligevægt, således at bøden modvirker den handlemåde, der sanktioneres, og samtidig tjener som eksempel.

130. For så vidt angår det repressive aspekt som en naturlig følge af princippet om personligt ansvar skal sanktionen stå i et rimeligt forhold til grovheden af overtrædelsen og de øvrige subjektive og objektive omstændigheder, der foreligger i sagen. Af denne grund er det i artikel 15, stk. 2, andet afsnit in fine, i forordning nr. 17 fastsat, at bødens størrelse fastsættes under hensyntagen til overtrædelsens grovhed og — hvis det er relevant — dens varighed.

131. Domstolen har fastslået, at overtrædelsernes grovhed skal fastslås på grundlag af en lang række forhold, herunder sagens særlige omstændigheder, den sammenhæng, hvori den indgår, og bødernes afskrækkende virkning. Domstolen har tilføjet, at der ikke findes en bindende eller udtømmende liste over disse kriterier [77].

73 — Den appellerede doms præmis 4975 og 4966.

74 — Den appellerede doms præmis 4968.

75 — Den appellerede doms præmis 4965.

76 — Den appellerede doms præmis 4966.

77 — Jf. dommen i sagen Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen, præmis 120, og dom af 17.7.1997, sag C-219/95 P, Ferriere Nord mod Kommissionen, Sml. I, s. 4411, præmis 33, samt kendelse af 25.3.1996, sag C-137/95 P, SPO m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1611, præmis 54.

132. Jeg mener, at der er tre centrale kriterier, der er afgørende for denne vurdering: Overtrædelsens karakter, indvirkningen på konkurrencen og den geografiske afgrænsning af det berørte marked. Hvert enkelt kriterium skal betragtes dels i en objektiv dimension — hvor der ses på selve overtrædelsen — dels i en subjektiv dimension — hvor der ses på den ansvarlige virksomhed [78].

133. Der skal således foretages en vurdering af, hvori den konkurrencebegrænsende adfærd består, på hvor stor en del af markedet den indvirker, og særligt hvilken skade der påføres grundlæggende erhvervsretlige principper, hvorved omstændigheder som varigheden af den ulovlige praksis, beskaffenheden af det omhandlede marked samt antallet og intensiteten af de foranstaltninger, der er truffet med henblik på dens gennemførelse, er af betydning.

134. På det subjektive plan — med hensyn til de ansvarlige virksomheder — kommer omstændigheder såsom virksomhedernes størrelse målt som deres markedsandel inden for den pågældende økonomiske sektor samt spørgsmål, om der foreligger gentagne forhold af adfærd, der modvirker den frie konkurrence, på tale.

135. Kravet om, at sanktionen skal stå i et rimeligt forhold til overtrædelsens grovhed, medfører, at der, når en overtrædelse er begået af flere virksomheder [79], skal foretages en undersøgelse af, hvor indgribende den enkelte virksomheds deltagelse har været [80], under anvendelse af de anførte retningslinjer. Dette følger af lighedsprincippet, der indebærer, at bøden skal være ens for alle virksomheder i samme situation. Princippet er modsat til hinder for, at virksomheder i forskellige situationer pålægges en bøde af samme størrelse.

136. Retten har netop gjort dette, idet den har godkendt og anvendt de kriterier, som Kommissionen har lagt til grund for udmåling af bøden. Disse kriterier har langt fra karakter af en vilkårlig inddeling af de ansvarlige virksomheder og sammenslutninger, men er et resultat af en detaljeret analyse af hver virksomheds deltagelse og adfærd. Et godt bevis herpå er beslutningens nr. 65, punkt 3, 5 og 9, idet der — hvilket vi ikke må glemme — er en omfattende første del, som indeholder de faktiske omstændigheder, og hvor der findes en beskrivelse af de forskellige virksomheders og sammenslutningers rolle.

137. Virksomhedernes adfærd, der ikke nødvendigvis er identisk, forfølger det

78 — I ovennævnte artikel anfører E. David, at *la gravité s'apprécie selon trois critères: La nature de l'infraction, son impact sur le marché lorsqu'il est mesurable et le marché géographique et à deux niveaux: ceux de l'infraction et de l'entreprise* (s. 522).

79 — Overtrædelserne af artikel 81 EF forudsætter pr. definition en kollektiv handling.

80 — Jf. dommen i sagen Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, præmis 623, og i sagen Hercules Chemicals mod Kommissionen, præmis 110.

samme konkurrencebegrænsende formål, hvorfor denne adfærd ved bødeudmålingen efter sin grovhed kan inddeles i en eller flere kategorier i forhold til indvirkningen på markedet og påvirkningen af den frie konkurrence.

138. Der er intet ulovligt ved denne fremgangsmåde, da en overtrædelses grovhed, som jeg allerede har nævnt, kan vurderes på grundlag af den skade, som adfærden har forvoldt i forhold til de grundlæggende erhvervsretlige principper. Således, og som Retten fastslog i den appellerede doms præmis 4966, havde alle de virksomheder, der deltog i Cembureau-aftalen, »søgt at sikre respekten af hjemmemarkederne gennem et antal foranstaltninger, som blev betragtet som nødvendige særlig på grundlag af virksomhedernes forretningsmæssige interesser og deres naturlige markeds geografiske placering. Den omstændighed, at en virksomhed på grundlag heraf kun havde deltaget i et begrænset antal ulovlige foranstaltninger, medfører derfor ikke, at den havde en svagere tilknytning til Cembureau-aftalen og således mindre ansvar for overtrædelsen«. I forhold til den skade, der var forvoldt konkurrencen, var situationen den samme.

139. De grunde, som Kommissionen anfører, og som Retten [81] har anført for sondringen mellem de to typer af virksomheder, udgør et rimeligt og objektivt kriterium, nemlig adfærdens indvirkning på konkurrencen og navnlig på opdelingen af hjemmemarkederne. Den adfærd, der er beskrevet i beslutningens artikel 2, 3 og 4, og som vedrører den direkte beskyttelse af hjemmemarkederne, blev således karakteriseret som den alvorligste, set i forhold til den, der er beskrevet i artikel 5 og 6, som havde »mindre direkte indvirkning« [82], og som således kunne kvalificeres som mindre alvorlig.

140. Anbringendet må desuden afvises, for så vidt som Irish Cement anfører, at Retten ikke har taget stilling til argumentet om, at virksomhedens adfærd ikke kunne påvirke afskærmningen af de nationale markeder. Jeg kan her henvise Domstolen til den appellerede doms præmis 4966 og 4975 og til det ovenfor i punkt 125-127 anførte.

141. Anbringendet må også afvises, for så vidt som Irish Cement forsøger at overbevise Domstolen om, at virksomhedens deltagelse i de faktiske forhold var uden

81 — Jf. beslutningens nr. 65, punkt 9, og den appellerede doms præmis 4968.

82 — Den appellerede doms præmis 4968, sidste punktum.

betydning, og at den kun kan tillægges et ubetydeligt ansvar for overtrædelserne. Der er tale om et faktisk spørgsmål, som ikke kan behandles under en appelsag.

142. Henset til ovenstående betragtninger bør anbringenderne vedrørende bøden også forkastes.

143. Da alle de anbringender, som er antaget til realitetsbehandling, bør forkastes, må Kommissionen frifindes i det hele.

V — Sagens omkostninger

144. Omkostningerne i forbindelse med appelsagen bør — i overensstemmelse med Kommissionens påstand — pålægges Irish Cement i henhold til artikel 122, stk. 1, sammenholdt med artikel 69, stk. 2, første afsnit, i Domstolens procesreglement.

VI — Forslag til afgørelse

145. Herefter skal jeg foreslå Domstolen at fastslå:

1) De anbringender, som Irish Cement har fremført i appelsagen, og som ikke blev forkastet ved kendelse af 5. juni 2002, forkastes i det hele.

2) Den dom, som Retten i Første Instans (Fjerde Udvidede Afdeling) afsagde den 15. marts 2000 i de 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, stadfæstes i forhold til denne virksomhed.

3) Appellanten pålægges at betale sagens omkostninger.