FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT V. TRSTENJAK

fremsat den 15. maj 2008 [1]

Indhold

I — Indledning . . . . . I - 1850

II — De relevante retsregler . . . . . I - 1851

A — Forordning nr. 17 . . . . . I - 1851

B — Retningslinjer . . . . . I - 1852

III — De faktiske omstændigheder . . . . . I - 1854

IV — Retsforhandlingerne ved Retten i Første Instans og den appellerede dom . . . . . I - 1858

V — Retsforhandlingerne ved Domstolen . . . . . I - 1859

VI — Appellen . . . . . I - 1860

A — Tilsidesættelse af et angiveligt obligatorisk kriterium for bødeberegningen, nemlig kriteriet om »nødvendighed« ved forhøjelse af bødeniveauet og manglende begrundelse i denne henseende (første og andet anbringende) . . . I - 1861

1. Indledende bemærkninger . . . . . I - 1862

2. Krav om begrundelse for nødvendigheden af at forhøje bødeniveauet . . . I - 1864

a) Parternes argumenter . . . . . I - 1864

b) Retlig vurdering . . . . . I - 1866

B — Manglende hensyntagen til produktomsætningen i EØS som udgangspunkt for bødeberegningen (tredje anbringende) . . . . . I - 1872

1. Indledende bemærkninger . . . . . I - 1872

2. Parternes argumenter . . . . . I - 1873

1 — Originalsprog: tysk.

3. Den appellerede dom og retlig vurdering . . . . . I - 1874

C — Tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet ved bødeberegningen (fjerde anbringende) . . . . . I - 1877

1. Parternes argumenter . . . . . I - 1877

2. Retlig vurdering . . . . . I - 1878

D — Retlig fejl ved bestemmelsen af kartellets indvirkning på markedet (femte, sjette og syvende anbringende) . . . . . I - 1881

1. Indledende bemærkninger . . . . . I - 1881

2. Parternes argumenter . . . . . I - 1882

3. Den appellerede dom . . . . . I - 1883

4. Retlig vurdering . . . . . I - 1884

E — Retlig fejl med hensyn til tidspunktet for kartellets ophør (ottende, niende, tiende og ellevte anbringende) . . . . . I - 1888

1. Indledende bemærkninger . . . . . I - 1888

2. Tilsidesættelse af artikel 81 EF som følge af urigtig anvendelse af reglerne med hensyn til ophør af karteldeltagelse . . . . . I - 1891

a) Parternes argumenter . . . . . I - 1891

b) Den appellerede dom og retlig vurdering . . . . . I - 1892

3. Tilsidesættelse af artikel 81 EF med hensyn til mødet i Anaheim . . . . . I - 1894

a) Parternes argumenter . . . . . I - 1894

b) Den appellerede dom og retlig vurdering . . . . . I - 1895

4. Urigtig gengivelse af beviser med hensyn til tidspunktet for kartellets ophør eller tidspunktet for ADM's udtræden . . . . . I - 1898

a) Vurdering af dokumenter fra andre kartelmedlemmer . . . . . I - 1899

i) Parternes argumenter . . . . . I - 1899

ii) Den appellerede dom og retlig vurdering . . . . . I - 1899

b) Notits, der tilskrives Roquette . . . . . I - 1901

i) Parternes argumenter . . . . . I - 1901

ii) Retlig vurdering . . . . . I - 1901

F — Retlig fejl ved undersøgelsen af den formildende omstændighed som følge af overtrædelsens ophør — tilsidesættelse af princippet om at overholde selvpålagte regler (tolvte — subsidiært fremførte — anbringende) . . . . . I - 1902

1. Parternes argumenter . . . . . I - 1902

2. Den appellerede dom og retlig vurdering . . . . . I - 1903

VII — Sagens omkostninger . . . . . I - 1906

VIII — Forslag til afgørelse . . . . . I - 1907

I — Indledning

1. Den foreliggende sag vedrører en appel iværksat af Archer Daniels Midland Company (herefter »ADM« eller »appellanten«) til prøvelse af dom afsagt den 27. september 2006 af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans i sag T-329/01, Archer Daniels Midland mod Kommissionen (herefter »den appellerede dom«). Retten har i den appellerede dom frifundet Kommissionen i annullationssøgsmålet, som i det væsentlige var rettet mod to artikler i Kommissionens beslutning K (2001) 2931 endelig udg. af 2. oktober 2001 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (COMP/E-1/36.756 — natriumgluconat) (herefter »den anfægtede beslutning«).

2. Der er tale om følgerne af ADM's i det væsentlige ikke omtvistede deltagelse i et kartel i første halvdel af 1990'erne på markedet for natriumgluconat, bl.a. i form af et priskartel. Sagen har visse paralleller med sag C-397/03 P, Archer Daniels Midland m.fl. mod Kommissionen, som vedrørte et kartel — ligeledes i første halvdel af 1990'erne på markedet for aminosyrer, specielt lysin [2].

3. ADM's anbringender for Retten, der alle vedrører fastsættelsen af den bøde, selskabet

2 — Dom af 18.5.2006, sag C-397/03 P, Archer Daniels Midland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 4429.

er blevet pålagt, drejer sig for det første om, hvorvidt de relevante retningslinjer [3] for beregningen af bøder (herefter »1998-retningslinjerne«), som Kommissionen offentliggjorde i 1998, er anvendelige i den foreliggende sag, for det andet om overtrædelsens grovhed, for det tredje om overtrædelsens varighed, for det fjerde om, hvorvidt der foreligger formildende omstændigheder, for det femte om ADM's samarbejde under den administrative procedure og for det sjette om iagttagelsen af retten til kontradiktion.

4. Med appellen har ADM nedlagt påstand om, at den appellerede dom ophæves delvis, og at den bøde, der er pålagt ved den anfægtede beslutning, annulleres eller nedsættes væsentligt.

5. Et væsentligt tema i klagepunkterne er endnu en gang [4] 1998-retningslinjerne, selv om de som sådanne ikke anfægtes direkte og formelt [5].

3 — Retningslinjer for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, i EKSF-traktaten, EFT 1998 C 9, s. 3.

4 — 1998-retningslinjerne og anvendelsen heraf har allerede flere gange været behandlet i Rettens og Domstolens praksis. Tvivl om lovligheden af disse retningslinjer og anvendelsen heraf på tidligere situationer har Domstolen forkastet i flere afgørelser, jf. bl.a. dom af 28.6.2005, forenede sager C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P — C-208/02 P og C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5425, dommen i sagen Archer Daniels Midland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 2, og dom af 8.2.2007, sag C-3/06 P, Groupe Danone mod Kommissionen, Sml. I, s. 1331.

5 — ADM betegner selv i appelskriftet den anfægtede beslutning som »excessernes højdepunkt« (hermed menes bødeberegningen på grundlag af 1998-retningslinjerne).

II — De relevante retsregler

6. Artikel 81 EF bestemmer: »Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet […], er forbudt […]«

A — *Forordning nr. 17*

7. Artikel 15, stk. 2, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel [81] og [82] (herefter »forordning nr. 17«) [6], med overskriften »Bøder«, bestemmer følgende:

»Ved beslutning kan Kommissionen pålægge virksomheder og sammenslutninger af virksomheder bøder på mindst 1 000 og højst

6 — EFT 1959-1962, s. 81, som senest ændret ved forordning (EF) nr. 1216/1999 (EFT L 148, s. 5).

1 000 000 regningsenheder, idet sidstnævnte beløb dog kan forhøjes til 10% af omsætningen i det sidste regnskabsår i hver af de virksomheder, som har medvirket ved overtrædelsen, såfremt de forsætligt eller uagtsomt:

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

[…]

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

8. Forordning nr. 17 er i mellemtiden blevet erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 [7], som ifølge sin artikel 45 anvendes fra den 1. maj 2004.

B — *Retningslinjer*

9. I Kommissionens 1998-retningslinjer [8] hedder det indledningsvis:

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

10. Dernæst anføres det, at den nye metode til beregning af en bødes størrelse fremover vil følge en model, der bygger på fastsættelsen af et grundbeløb, som kan forhøjes i tilfælde af skærpende omstændigheder og nedsættes i tilfælde af formildende omstændigheder. Denne model til beregning af bødens størrelse består af en række trin:

7 — EFT 2003 L 1, s. 1.

8 — Jf. ovenfor, indledning.

11. Kommissionen fastsætter i henhold til 1998-retningslinjernes punkt 1 først bødens grundbeløb »på grundlag af overtrædelsens grovhed og dens varighed«. Med hensyn til det førstnævnte aspekt klassificeres overtrædelserne efter deres art, deres konkrete indvirkning på markedet — når den kan måles — og det berørte markeds udstrækning i kategorierne »lidet alvorlige«, »alvorlige« og »meget alvorlige overtrædelser« (1998-retningslinjernes punkt 1 A). Til hver af disse tre kategorier nævnes kriterier for overtrædelsernes klassificering. Med hensyn til overtrædelsens varighed i disse retningslinjers punkt 1 B sondres der mellem overtrædelser af kort varighed (almindeligvis under et år), af mellemlang varighed (almindeligvis mellem et og fem år) og af lang varighed (almindeligvis over fem år).

12. Efter fastsættelsen af grundbeløbet skal det i henhold til 1998-retningslinjernes punkt 2 og 3 undersøges, om dette skal forhøjes [9] på grund af skærpende omstændigheder eller nedsættes [10] på grund af formildende omstændigheder, f.eks. »hvis en virksomhed har bragt overtrædelsen til ophør straks efter Kommissionens første indgreb (typisk en kontrolundersøgelse)«. I næste trin (1998-retningslinjernes punkt 4) er anvendelsen af meddelelsen af 18. juli 1996 om bødefritagelse eller bødenedsættelse fastsat [11].

13. 1998-retningslinjernes punkt 5, litra a), bestemmer bl.a.:

»Det siger sig selv, at slutresultatet af beregningen af bøden efter denne model (grundbeløb med procentuelle tillæg eller fradrag i tilfælde af skærpende, henholdsvis formildende omstændigheder) under ingen omstændigheder må overskride 10% af en virksomheds verdensomspændende omsætning, jf. artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17.«

14. 1998-retningslinjerne blev i 2006 erstattet af nye retningslinjer [12] (herefter »2006-retningslinjerne«). Disse gælder for alle

9 — I henhold til 1998-retningslinjernes punkt 2 kan grundbeløbet forhøjes i tilfælde af skærpende omstændigheder. Sådanne omstændigheder kan f.eks. foreligge, hvis en virksomhed har spillet en førende rolle eller har tilskyndet til overtrædelsen.

10 — Andre formildende omstændigheder i henhold til 1998-retningslinjernes punkt 3 kan f.eks. foreligge, hvis en virksomhed udelukkende har spillet en passiv rolle eller en rolle som medløber.

11 — EFT 1996 C 207, s. 4. Den angiver betingelserne for, hvornår virksomheder, der samarbejder med Kommissionen i forbindelse med dennes undersøgelser af en kartelsag, kan fritages for bøder eller få nedsat den bøde, de ellers ville være blevet pålagt (såkaldt »samarbejdsordning«). Den blev erstattet af Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (EFT 2002 C 45, s. 3).

12 — Retningslinjer for beregning af bøder efter artikel 23, stk. 2, litra a), i forordning nr. 1/2003 (EØS-relevant tekst), EUT 2006 C 210, s. 2.

sager, hvor klagepunktsmeddelelsen fremsættes efter retningslinjernes offentliggørelse i EU-Tidende (den 1.9.2006) [13].

III — De faktiske omstændigheder

15. Af den appellerede dom fremgår følgende faktiske omstændigheder:

16. ADM er moderselskabet i en koncern, der driver virksomhed inden for forarbejdning af korn og oliefrø. Selskabet indledte sin virksomhed på natriumgluconatmarkedet i 1990.

17. Natriumgluconat er en chelatdanner, som er et produkt, der inaktiverer metalioner i en række industrielle processer. De processer, det drejer sig om, omfatter bl.a. industriel rengøring (rengøring af flasker og redskaber), behandling af overflader (rustbeskyttelse, affedtning, prægning i aluminium) og vandrensning. Chelatdannere anvendes således i fødevareindustrien, kosmetikindustrien, medicinalindustrien, papirindustrien, betonindustrien og flere andre industrier. Natriumgluconat sælges over hele verden, og virksomheder konkurrerer med hinanden på verdensmarkederne.

18. I 1995 androg det samlede salg af natriumgluconat på verdensplan ca. 58,7 mio. EUR og salget i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) ca. 19,6 mio. EUR. På sagstidspunktet tegnede fem virksomheder sig for næsten hele verdensproduktionen af natriumgluconat: Fujisawa Pharmaceutical Co. Ltd (herefter »Fujisawa«), Jungbunzlauer AG (herefter »Jungbunzlauer«), Roquette Frères SA (herefter »Roquette«), Glucona vof (herefter »Glucona«) — et joint venture, som Akzo Chemie BV, et datterselskab ejet fuldt ud af Akzo Nobel NV (herefter »Akzo«), og Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA (herefter »Avebe«) ejede i fællesskab indtil december 1995 — og ADM.

19. I marts 1997 underrettede USA's justitsministerium Kommissionen om, at der, efter at der var blevet foretaget en undersøgelse af markederne for lysin og citronsyre, ligeledes var blevet indledt en undersøgelse af markedet for natriumgluconat. I oktober og december 1997 samt i februar 1998 fik Kommissionen meddelelse om, at Akzo, Avebe, Glucona, Roquette og Fujisawa havde erkendt at have deltaget i et kartel, som havde bestået i at fastsætte priserne for natriumgluconat og fordele de mængder, hvori produktet blev solgt i De Forenede Stater og andre lande. Efter at der var indgået aftaler med det

13 — 2006-retningslinjernes punkt 38.

amerikanske justitsministerium, blev de nævnte virksomheder samt ADM pålagt bøder af de amerikanske myndigheder. Den bøde, der blev pålagt ADM for at have deltaget i kartellet vedrørende natriumgluconatmarkedet, udgjorde en del af den samlede bøde på 100 mio. amerikanske dollars (USD), der blev betalt inden for rammerne af lysin- og citronsyresagerne.

20. I februar 1998 rettede Kommissionen en begæring om oplysninger til de vigtigste producenter, importører, eksportører og aftagere af natriumgluconat i Europa. Begæringen blev ikke rettet til ADM. Efter at have modtaget begæringen om oplysninger meddelte Fujisawa Kommissionen, at selskabet ønskede et samarbejde med den, og inden for rammerne heraf afgav Fujisawa den 12. maj 1998 en skriftlig forklaring og fremlagde et materiale, som omfattede et resumé af kartellets forløb og et antal dokumenter. I september 1998 gennemførte Kommissionen kontrolundersøgelser i Avebes, Gluconas, Jungbunzlauers og Roquettes lokaler.

21. Den 10. november 1998 rettede Kommissionen en begæring om oplysninger til ADM. Den 26. november 1998 meddelte ADM, at selskabet agtede at samarbejde med Kommissionen. På et møde den 11. december 1998 fremlagde det et »første bidrag som led i sit samarbejde«. Derpå afgav det den 21. januar 1999 en forklaring og fremlagde en række dokumenter om sagen for Kommissionen.

22. Den 2. marts 1999 rettede Kommissionen detaljerede begæringer om oplysninger til Glucona, Roquette og Jungbunzlauer. De tre virksomheder meddelte ved skrivelser af 14., 19. og 20. april 1999, at de ønskede at samarbejde med Kommissionen, og gav den en række oplysninger om kartellet. Den 25. oktober 1999 fremsendte Kommissionen supplerende begæringer om oplysninger til ADM, Fujisawa, Glucona, Roquette og Jungbunzlauer.

23. Den 17. maj 2000 tilsendte Kommissionen på grundlag af de oplysninger, som var blevet meddelt den, ADM og de øvrige berørte virksomheder en klagepunktsmeddelelse vedrørende overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF og artikel 53, stk. 1, i EØS-aftalen (herefter »EØS-aftalen«). ADM og de øvrige berørte virksomheder fremsendte skriftlige bemærkninger som svar på Kommissionens klagepunkter. Ingen af parterne begærede en mundtlig høring eller bestred rigtigheden af de faktiske omstændigheder som fremstillet i klagepunktsmeddelelsen.

24. Efter at Kommissionen havde fremsendt supplerende begæringer om oplysninger til ADM og de øvrige berørte virksomheder, vedtog den den 2. oktober 2001 den anfægtede beslutning, hvis dispositive del indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

»*Artikel 1*

[…]

[Akzo], [ADM], [Avebe], [Fujisawa], [Jungbunzlauer] og [Roquette] har overtrådt artikel 81, stk. 1 […] EF og — fra den 1. januar 1994 — EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, ved at have deltaget i en kontinuerlig aftale og/eller samordnet praksis inden for natriumgluconatsektoren.

Artikel 3

For den i artikel 1 omhandlede overtrædelse pålægges følgende bøder:

Overtrædelsen har haft følgende varighed:

a) [Akzo] 9 mio. EUR

— for så vidt angår [Akzo], [Avebe], [Fujisawa] og [Roquette]: fra februar 1987 til juni 1995

b) [ADM] [ADM]10,13 mio. EUR

— for så vidt angår [Jungbunzlauer]: fra maj 1988 til juni 1995

c) [Avebe] 3,6 mio. EUR

— for så vidt angår [ADM]: fra juni 1991 til juni 1995.

d) [Fujisawa] 3,6 mio. EUR

e) [Jungbunzlauer] 20,4 mio. EUR

f) [Roquette] 10,8 mio. EUR

[…]«

25. I beslutningen anvendte Kommissionen ved udmålingen af bøderne både den metode, der er beskrevet i de allerede nævnte 1998-retningslinjer, og samarbejdsmeddelelsen.

26. Først fastsatte Kommissionen bødens grundbeløb i forhold til overtrædelsens grovhed og varighed.

27. I den forbindelse fandt den indledningsvis med hensyn til overtrædelsens grovhed, at de berørte virksomheder havde begået en overtrædelse, som i betragtning af sin art og konkrete indvirkning på natriumgluconatmarkedet inden for EØS samt det relevante markeds geografiske udstrækning var meget alvorlig.

28. Kommissionen fandt dernæst, at der måtte tages hensyn til virksomhedernes faktiske økonomiske muligheder for at skade konkurrencen, og at bøden måtte fastsættes på et niveau, der sikrede den en tilstrækkelig afskrækkende virkning. På grundlag af de oplysninger om de berørte virksomheders omsætning af natriumgluconat på verdensplan i det sidste år, hvori overtrædelsen havde fundet sted, nemlig 1995, som virksomhederne havde meddelt Kommissionen som svar på dens begæringer om oplysninger, og hvorudfra Kommissionen havde beregnet deres respektive markedsandele, inddelte Kommissionen følgelig virksomhederne i to grupper. Til første gruppe henførte den de virksomheder, som ifølge dens oplysninger havde en andel af verdensmarkedet for natriumgluconat på over 20%, nemlig Fujisawa (35,54%), Jungbunzlauer (24,75%) og Roquette (20,96%). For disse virksomheder fastsatte Kommissionen et grundbeløb på 10 mio. EUR. Til anden gruppe henførte den de virksomheder, som ifølge dens oplysninger havde en andel af verdensmarkedet for natriumgluconat på under 10%, nemlig Glucona (ca. 9,5%) og ADM (9,35%). For disse virksomheder fastsatte Kommissionen et grundbeløb på 5 mio. EUR, dvs. 2,5 mio. EUR for både Akzo og Avebe, der havde ejet Glucona i fællesskab.

29. Endvidere justerede Kommissionen grundbeløbet for at sikre bøden tilstrækkelig afskrækkende virkning og for at tage hensyn til, at store virksomheder råder over en juridisk-økonomisk ekspertise og infrastruktur, som sætter dem i stand til bedre at vurdere, om deres adfærd er ulovlig, og de konkurrenceretlige konsekvenser af

adfærden. Under hensyn til de berørte virksomheders størrelse og samlede ressourcer multiplicerede Kommissionen således de for ADM og Akzo fastsatte grundbeløb med 2,5 og forhøjede dermed disse beløb, således at grundbeløbet for ADM blev fastsat til 12,5 mio. EUR og for Akzo til 6,25 mio. EUR.

30. Desuden blev grundbeløbet forhøjet med 10% pr. år for at tage hensyn til varigheden af den overtrædelse, hver enkelt virksomhed havde begået, dvs. med 80% for Fujisawa, Akzo, Avebe og Roquette, 70% for Jungbunzlauer og 35% for ADM.

31. Det var på denne måde, at Kommissionen fastsatte grundbeløbet for bøden til 16,88 mio. EUR for ADM's vedkommende. For Akzo, Avebe, Fujisawa, Jungbunzlauer og Roquette blev grundbeløbet fastsat til henholdsvis 11,25 mio., 4,5 mio., 18 mio., 17 mio. og 18 mio. EUR.

32. For det andet blev grundbeløbet for den bøde, Jungbunzlauer var blevet pålagt, forhøjet med 50% som følge af skærpende omstændigheder under henvisning til, at Jungbunzlauer havde spillet en førende rolle i kartellet.

33. For det tredje undersøgte, og forkastede, Kommissionen de argumenter, nogle af virksomhederne, herunder ADM, havde fremsat, om, at der for deres vedkommende burde tages formildende omstændigheder i betragtning.

34. For det fjerde indrømmede Kommissionen i henhold til samarbejdsmeddelelsens afsnit B Fujisawa en »meget væsentlig nedsættelse« (80%) af den bøde, selskabet ville være blevet pålagt, hvis det ikke havde samarbejdet. Endvidere fandt Kommissionen, at ADM ikke opfyldte betingelserne i samarbejdsmeddelelsens afsnit C for at blive indrømmet en »betydelig nedsættelse« af den bøde, selskabet var blevet pålagt. Endelig foretog Kommissionen i henhold til meddelelsens afsnit D en »betydelig nedsættelse« af de bøder, som var blevet pålagt ADM og Roquette (40%) samt Akzo, Avebe og Jungbunzlauer (20%).

IV — Retsforhandlingerne ved Retten i Første Instans og den appellerede dom

35. Fem af de virksomheder, der var blevet pålagt bøder, herunder også ADM, anlagde i 2001 sag til prøvelse af den anfægtede beslutning. ADM's stævning blev indleveret til Rettens Justitskontor den 21. december 2001.

36. ADM nedlagde heri påstand om, at den anfægtede beslutnings artikel 1 annulleres, for så vidt som den vedrører sagsøgeren, eller i det mindste for så vidt som den fastslår, at sagsøgeren medvirkede til en overtrædelse efter den 4. oktober 1994. Endvidere nedlagde ADM påstand om, at den anfægtede beslutnings artikel 3 annulleres, for så vidt som den vedrører ADM, subsidiært annulleres den bøde, ADM er blevet pålagt, eller den nedsættes væsentligt. Endelig nedlagde ADM påstand om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

37. Med den appellerede dom af 27. september 2006 frifandt Retten Kommissionen og tilpligtede ADM at betale sagens omkostninger. Dommen blev ifølge modtagelsesbeviset forkyndt for ADM den 2. oktober 2006.

V — Retsforhandlingerne ved Domstolen

38. Ved appel indleveret til Domstolens Justitskontor den 11. december 2006 [14] har ADM nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves i det omfang, den frifinder Kommissionen i den sag, ADM havde anlagt til prøvelse af beslutningen.

— Beslutningens artikel 3 annulleres, for så vidt den angår ADM.

— Subsidiært ændres beslutningens artikel 3, og den bøde, der er pålagt ADM, nedsættes yderligere eller annulleres.

— Mere subsidiært hjemvises sagen til Retten i Første Instans til fornyet afgørelse i overensstemmelse med Domstolens afgørelse af retsspørgsmålene.

— Under alle omstændigheder tilpligtes Kommissionen at bære sine egne omkostninger og at betale ADM's omkostninger for Retten i Første Instans og Domstolen.

39. Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og sagsøgeren — ADM — tilpligtes at betale sagens omkostninger.

14 — Appelskriftet indgik til Domstolens Justitskontor den 11.12.2006 pr. telefax og den 15.12.2006 i originaleksemplar. Da der i henhold til artikel 56, stk. 1, i Domstolens statut kan iværksættes appel senest to måneder efter forkyndelsen af den pågældende anfægtede afgørelse, som i den foreliggende sag ifølge modtagelsesbeviset fandt sted den 2.10.2006, er modtagelsen den 11.12.2006 rettidig, hvis man medregner den faste særlige afstandsfrist på ti dage, som er fastsat i henhold til artikel 81, stk. 2, i Domstolens procesreglement.

VI — Appellen

40. ADM har fremført 12 anbringender vedrørende den appellerede dom. I appelskriftet er disse klagepunkter, som alle vedrører størrelsen af den pålagte bøde, indholdsmæssigt henført til fire områder: tilsidesættelser af forskellige principper for bødeberegningen, tilsidesættelser i forbindelse med kriteriet om kartellets indvirkning på markedet, tilsidesættelser i forbindelse med spørgsmålet om kartellets ophør og endelig subsidiært en tilsidesættelse med hensyn til spørgsmålet om hensyntagen til en formildende omstændighed.

41. I forbindelse med den nedenstående undersøgelse anser jeg det af hensyn til den tematiske sammenhæng (som jeg senere kort vil komme ind på, når det er relevant) for at være hensigtsmæssigt at gruppere de 12 anbringender, som appellanten har fremført, lidt anderledes end appellanten har foreslået, uden i væsentlig grad at ændre den rækkefølge, som appellanten har valgt til fremstillingen i appelskriftet.

42. I det følgende vil jeg fremstille og undersøge anbringenderne i seks tematiske afsnit:

a) tilsidesættelse af et angiveligt obligatorisk kriterium for bødeberegningen, nemlig kriteriet om »nødvendighed« ved forhøjelse af bødeniveauet og manglende begrundelse i denne henseende (første og andet anbringende)

b) manglende hensyntagen til produktomsætningen i EØS som udgangspunkt for bødeberegningen (tredje anbringende)

c) tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet ved bødeberegningen (fjerde anbringende)

d) retlig fejl ved bestemmelsen af kartellets indvirkning på markedet (femte, sjette og syvende anbringende)

e) retlig fejl med hensyn til tidspunktet for kartellets ophør (ottende, niende, tiende og ellevte anbringende)

f) retlig fejl ved undersøgelsen af den formildende omstændighed som følge af overtrædelsens ophør — tilsidesættelse af princippet om at overholde selvpålagte regler (tolvte — subsidiært fremførte — anbringende).

43. Indledningsvis skal jeg forudskikke en række generelle bemærkninger vedrørende

omfanget af den efterprøvelse, der foretages under en appelsag, navnlig fordi alle de i denne sag fremførte anbringender i sidste instans vedrører fastsættelsen af størrelsen af den bøde, der er pålagt ADM.

44. Principielt er en appel iværksat ved Domstolen i henhold til artikel 225, stk. 1, EF og artikel 58, stk. 1, i Domstolens statut begrænset til retsspørgsmål. En ny prøvelse af de faktiske omstændigheder er derfor principielt udelukket [15].

45. Med hensyn til de bøder, der er pålagt i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, skal jeg bemærke, at Retten i henhold til artikel 229 EF har fuld prøvelsesret. Under en appelsag tilkommer det ikke Domstolen af billighedsgrunde at omgøre det skøn, som Retten har udøvet under denne fulde prøvelsesret vedrørende størrelsen af de bøder, som er pålagt virksomheder for overtrædelse af fællesskabsretten [16]. Også i denne henseende er det kun retlige omstændigheder, der kan efterprøves.

15 — Kun i yderst begrænset omfang, navnlig med hensyn til urigtig gengivelse af beviser, som jeg vil komme ind på senere (jf. punkt 202 i dette forslag til afgørelse), kan Domstolen behandle faktiske spørgsmål.

16 — Jf. vedrørende fast retspraksis dom af 17.7.1997, sag C-219/95 P, Ferriere Nord mod Kommissionen, Sml. I, s. 4411, præmis 31, og af 17.12.1998, sag C-185/95 P, Baustahlgewebe mod Kommissionen, Sml. I, s. 8417, præmis 128 og 129, dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 128, og dom af 10.5.2007, sag C-328/05 P, SGL Carbon mod Kommissionen, Sml. I, s. 3921, præmis 98.

46. Under en appelsag er formålet med Domstolens efterprøvelse dels at undersøge, i hvilket omfang Retten juridisk korrekt har taget hensyn til alle væsentlige faktorer ved vurderingen af grovheden af en given adfærd på grundlag af artikel 81 EF og 82 EF og artikel 15 i forordning nr. 17, dels at undersøge, om Retten i tilstrækkelig grad har taget stilling til alle de argumenter, som appellanten har fremført til støtte for sin påstand om ophævelse eller nedsættelse af bøden [17].

A — *Tilsidesættelse af et angiveligt obligatorisk kriterium for bødeberegningen, nemlig kriteriet om »nødvendighed« ved forhøjelse af bødeniveauet og manglende begrundelse i denne henseende (første og andet anbringende)*

47. I det følgende sammenfatter jeg de to første anbringender i appelskriftet: påstanden om manglende begrundelse for, at forhøjelsen af bødeniveauet i forhold til den hidtidige praksis er nødvendig, og om tilsidesættelse af obligatoriske kriterier, som Domstolen angiveligt har udviklet i dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen [18] (af appellanten betegnet »Pioneerdommen«).

17 — Dommen i sagen Groupe Danone mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 69 og den deri nævnte retspraksis.

18 — Dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825.

1. Indledende bemærkninger

48. Med hensyn til bødeberegningen vil jeg indledningsvis minde om, at rammerne herfor — med hensyn til det i denne sag relevante tidspunkt [19] — i det væsentlige er fastsat i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17. I henhold til denne bestemmelse kan Kommissionen pålægge virksomheder bøder, såfremt disse forsætligt eller uagtsomt overtræder bestemmelserne i artikel 81, stk. 1, EF. Det fremgår endvidere af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, at der ved fastsættelsen af bødens størrelse skal tages hensyn til både overtrædelsens grovhed og dens varighed.

49. De sanktioner, der er anført i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, har ifølge Domstolens praksis et dobbelt formål, som navnlig består i at straffe ulovlig adfærd [20] og forhindre gentagelse heraf [21]. Kommissionens beføjelse til — inden for rammerne af den tilsynsopgave, som artikel 85 EF tildeler den — at pålægge de virksomheder bøder, som forsætligt eller uagtsomt har overtrådt bestemmelserne i artikel 81, stk. 1, EF eller 82 EF, indebærer nemlig ikke blot, at individuelle overtrædelser skal efterforskes og forfølges, men også en pligt til at føre en generel politik med det formål, at der på konkurrenceområdet anvendes de i traktaten fastlagte principper, og at virksomhedernes adfærd påvirkes i denne retning [22].

50. Artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 indeholder få konkrete retningslinjer; som allerede nævnt er der i det væsentlige tale om kriterierne »overtrædelsens grovhed« og »overtrædelsens varighed«. Hertil kommer

19 — For så vidt angår Kommissionens beslutninger fra den 1.5.2004 finder forordning nr. 17 ikke længere anvendelse, men derimod forordning nr. 1/2003, jf. afsnittet »De relevante retsregler« ovenfor.

20 — De »straffer« uden at være »straf«, jf. i den henseende allerede generaladvokat Gands forslag til afgørelse af 10.6.1970 i sag 41/69, ACF Chemiefarma mod Kommissionen, Sml. 1970, s. 107, 129, på s. 147, org.ref.: Rec. s. 661, 707, på s. 727, med hensyn til artikel 15, stk. 4, i forordning nr. 17, af hvis ordlyd det fremgår, at beslutninger om pålæggelse af bøder »ikke er af strafferetlig karakter«. Med hensyn til kvalificeringen af beslutninger om pålæggelse af bøder som administrative sanktioner, der ikke desto mindre skal opfylde grundlæggende strafferetlige og — processuelle principper, for så vidt som de efter deres formål og virkning har straflignende karakter — som bl.a. kartelbøderne — jf. Schwarze, »Rechtsstaatliche Grenzen der gesetzlichen und richterlichen Qualifikation von Verwaltungssanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht«, *EuZW* 2003, s. 261 ff. Jf. tillige »område, der er nært beslægtet med strafferetten« i generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse af 3.7.2007 i sag C-280/06, ETI m.fl., dom af 11.12.2007, Sml. I, s. 10893, punkt 72.

21 — Dom af 15.7.1970, sag 41/69, ACF Chemiefarma mod Kommissionen, Sml. 1970, s. 107, org.ref.: Rec. s. 661, præmis 172-176 [173], og af 7.6.2007, sag C-76/06 P, Britannia Alloys & Chemicals mod Kommissionen, Sml. I, s. 4405, præmis 22.

22 — Jf. i denne henseende dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 105, med hensyn til den daværende EF-traktats artikel 85, stk. 1, og artikel 86, og dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 170.

grænsen for bødens størrelse på 10% af omsætningen i det sidste regnskabsår. I det enkelte tilfælde henhører fastsættelsen af bødens størrelse under Kommissionens skøn; den er i denne henseende udtrykkeligt tillagt et »vidt skøn« eller »særligt vide skønsbeføjelser« [23], hvilket ikke desto mindre er underlagt visse regler, som ikke kun er fastlagt i forordning nr. 17, men til dels fremgår af de i retspraksis fastlagte almindelige retsprincipper [24], som Domstolen skal beskytte.

51. Ifølge fast retspraksis råder Kommissionen nemlig over et sådant skøn hvad angår valget af de forhold, der skal tages i betragtning ved fastsættelsen af bødens størrelse, såsom sagens særlige omstændigheder, dens sammenhæng og bødernes afskrækkende virkning, uden at det er nødvendigt at opstille en bindende eller udtømmende liste over de kriterier, som skal tages i betragtning [25].

52. Som allerede anført har Retten fuld prøvelsesret med hensyn til fastsættelsen af bøderne; Domstolens efterprøvelse er derfor begrænset til behandlingen af retsspørgsmål [26].

53. Med den beslutning, der gav anledning til dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen [27], indledte Kommissionen i slutningen af 1970'erne en politik med store økonomiske sanktioner i tilfælde af grove overtrædelser af konkurrencereglerne [28]. Domstolen vurderede denne niveauforhøjelse i sin dom i denne forbindelse på følgende måde: »Den omstændighed, at Kommissionen tidligere har pålagt bøder af en bestemt størrelsesorden i tilfælde af visse typer overtrædelser, kan […] ikke berøve den muligheden for at forhøje dette niveau inden for de i forordning nr. 17 angivne rammer, hvis det er nødvendigt for at gennemføre Fællesskabets konkurrencepolitik. For at Fællesskabets konkurrenceregler kan gennemføres effektivt, må Kommissionen tværtimod til enhver tid have mulighed for at tilpasse bødeniveauet efter konkurrencepolitikkens krav« [29].

54. Til beregningen af bødens størrelse vedtog Kommissionen i 1998 sine første retningslinjer — 1998-retningslinjerne — senere 2006-retningslinjerne. Efter vedta-

23 — Bl.a. dom af 29.6.2006, sag C-289/04 P, Showa Denko mod Kommissionen, Sml. I, s. 5859, præmis 36, og dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 172.

24 — Jf. bl.a. dom af 16.11.2000, sag C-291/98 P, Sarrió mod Kommissionen, Sml. I, s. 9991, præmis 87, generaladvokat Mischos forslag til afgørelse af 18.5.2000 i sag C-283/98 P, Mo och Domsjö mod Kommissionen, Sml. I, s. 9855, punkt 59, og generaladvokat Bots forslag til afgørelse af 1.3.2007 i sagen Britannia Alloys & Chemicals mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 21, punkt 127 ff.

25 — Bl.a. dommen i sagen Ferriere Nord mod Kommissionen, nævnt i fodnote 16, præmis 33, og dommen i sagen Groupe Danone mod Kommissionen, nævnt i fodnote 4, præmis 37.

26 — Jf. punkt 44-46 i dette forslag til afgørelse.

27 — Fodnote 18.

28 — Dannecker og Biermann: »Kommentierung Verordnung 1/2003«, punkt 93, i: Immenga og Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht*, Band 1 EG Teil 2, 4. oplag; jf. i denne henseende tillige dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, de daværende appellanters og Kommissionens argumenter i præmis 101-103.

29 — Dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 109.

gelsen af 1998-retningslinjerne er størrelsen af de fastsatte bøder igen blevet forhøjet [30].

55. Selv om sådanne retningslinjer i retspraksis ikke anses for retsregler, som vedkommende myndighed under alle omstændigheder er forpligtet til at overholde, betragtes de dog som vejledende regler for den praksis, der skal følges, og som vedkommende myndighed ikke kan fravige i konkrete tilfælde uden at angive grunde, som er i overensstemmelse med princippet om ligebehandling. Domstolen har henvist til, at Kommissionen med vedtagelsen af sådanne vejledende regler og med offentliggørelsen heraf, hvorved det tilkendegives, at den fremover vil anvende dem på de af reglerne omhandlede tilfælde, har pålagt sig selv en begrænsning i udøvelsen af sit skøn. En fravigelse af retningslinjerne skal i givet fald betragtes som en tilsidesættelse af almindelige retsgrundsætninger, såsom ligebehandlingsprincippet eller princippet om beskyttelse af den berettigede forventning. Det kan derfor ikke udelukkes, at sådanne vejledende regler af generel rækkevidde under visse omstændigheder og afhængig af deres indhold kan fremkalde retsvirkninger [31].

56. I Domstolens retspraksis blev 1998-retningslinjerne absolut vurderet positivt, idet retningslinjerne ved generelt og abstrakt at fastlægge den metode, som skal anvendes ved beregningen af bøder, der pålægges i henhold til artikel 15 i forordning nr. 17, garanterer retssikkerheden for virksomhederne [32]. Disse retningslinjer udgør ganske vist ikke retsgrundlaget for fastsættelsen af bødens størrelse, men præciserer anvendelsen af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 [33]. Og de er ikke kun forenelige med artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, men også med forbuddet mod tilbagevirkende kraft, ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet [34].

2. Krav om begrundelse for nødvendigheden af at forhøje bødeniveauet

a) Parternes argumenter

57. De to første anbringender overlapper i vidt omfang hinanden, og jeg vil derfor undersøge dem samlet.

30 — Jf. endvidere Schwarze, nævnt ovenfor i fodnote 20, s. 263.

31 — Jf. — principielt — dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 209 ff.

32 — Dom af 21.9.2006, sag C-167/04 P, JCB Service mod Kommissionen, Sml. I, s. 8935, præmis 206, og dommen i sagen Groupe Danone mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 23.

33 — Dommen i sagen Groupe Danone mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 28, og dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 211, 213 og 214.

34 — Dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 156 ff., 234 ff. Jf. i den henseende tillige Debroux: »L'imprévisibilité transparente: La politique de sanction de la Commission en matière de cartels«, *Concurrences* 2006, s. 2 ff., s. 5; Völcker: »Developments in EC competition law in 2005 - an overview«, i: *CMLRev*. 2006, s. 1409 ff., s. 1416 f. Med hensyn til foreneligheden ligeledes i bekræftende henseende generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse af 8.7.2004 i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 4, punkt 66 ff.

58. Appellanten har under henvisning til den appellerede doms præmis 38-50 anført, at Retten har begået en retlig fejl ved uden begrundelse at forkaste ADM's argument om, at forhøjelsen af bøderne i henhold til retningslinjerne ikke var nødvendig i det konkrete tilfælde for at sikre gennemførelsen af EF's konkurrencepolitik. Da der i den foreliggende sag er tale om en meget markant forhøjelse med tilbagevirkende kraft, er en særlig overbevisende begrundelse desuden nødvendig. Kun i tilfælde af, at en stigning i bødeniveauet kunne forudses, foreligger der ingen tilsidesættelse af princippet om, at straffelove ikke kan have tilbagevirkende kraft. Derimod har Kommissionen i dette tilfælde ikke anvendt nødvendigheden af at forhøje bøden som kriterium, men udelukkende taget udgangspunkt i artikel 15 i forordning nr. 17. Hertil kommer, at 1998-retningslinjerne selv heller ikke tager hensyn til et kriterium om, at forhøjelsen af bøden skal være nødvendig for at gennemføre EF's konkurrencepolitik.

59. I det andet anbringende forbinder appellanten dette argument om begrundelsesmangel med det yderligere argument om, at der i denne forbindelse endvidere er tale om en indholdsmæssig manglende opfyldelse af de kriterier, som Domstolen har fastlagt i dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen [35]. Retten begik en retlig fejl ved anvendelsen af disse kriterier på den foreliggende sag. Kommissionen har ikke anført et krav i EF's konkurrencepolitik, der generelt eller i det konkrete tilfælde begrunder forhøjelsen af bøderne, og Retten har heller ikke påvist sådanne krav.

35 — Dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18.

60. Endelig supplerer appellanten disse to fremførte påstande med en henvisning til 2006-retningslinjerne, som er et resultat af Kommissionens erfaringer med retningslinjer på dette aktivitetsområde, og som endelig ifølge Kommissionen ville udgøre den mest egnede metode. Efter appellantens opfattelse fremgår en manglende begrundelse for størrelsen af de bøder, der er beregnet ved hjælp af 1998-retningslinjerne, bl.a. af de aktuelle retningslinjer fra 2006. Appellanten er af den opfattelse, at der i et tilfælde som det foreliggende på grundlag heraf kun skulle beregnes et beløb på 25% af det bødebeløb, der er fastsat i denne forbindelse. Selv hvis Kommissionen til støtte for forhøjelsen af bøderne havde anført et krav i EF's konkurrencepolitik, kunne denne forhøjelse i lyset af 2006-retningslinjerne — og de heri fastsatte lavere bøder — ikke anses for begrundet.

61. Kommissionen er af den opfattelse, at begge anbringender under alle omstændigheder er ubegrundede. Det andet anbringende må afvises, da det er formuleret for vagt og generelt; under alle omstændigheder er argumenterne i det væsentlige de samme som i forbindelse med det første anbringende. Retten har i den appellerede dom svaret på appellantens argumenter med hensyn til anvendelsen af 1998-retningslinjerne på den foreliggende sag. Den har i det konkrete tilfælde anset disse retningslinjer for i princippet at være anvendelige og derpå undersøgt, om den konkrete anvendelse har været korrekt. Det er ulogisk og unødvendigt at foretage endnu en yderligere undersøgelse af, om en forhøjelse af bødeniveauet som følge heraf er nødvendig.

b) Retlig vurdering

62. Jeg deler ikke de betænkeligheder, som Kommissionen har givet udtryk for med hensyn til, om det andet anbringende kan antages til realitetsbehandling. Det fremgår nemlig tydeligt, at appellanten blot ønsker at fremsætte den påstand, at Retten ikke har anvendt den relevante retspraksis, dvs. et kriterium, der fremgår af dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen [36], på det konkrete tilfælde.

63. I forbindelse med anbringendet med hensyn til tilsidesættelsen af begrundelsespligten skal jeg minde om, at denne pligt, der er kodificeret i artikel 253 EF, på den ene side tager sigte på, at de berørte personer klart og utvetydigt kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, for at de kan forsvare deres rettigheder, og Fællesskabets retsinstanser på den anden side kan udøve deres prøvelsesret på dette grundlag [37]. Det konkrete omfang af begrundelsespligten skal fastlægges i lyset af den konkrete sags omstændigheder [38].

64. Endelig skal jeg bemærke, at spørgsmålet vedrørende begrundelsespligtens rækkevidde er et retsspørgsmål, som er undergivet Domstolens kontrol i forbindelse med en appel, idet kontrollen med en beslutnings lovlighed, der udøves i denne forbindelse, nødvendigvis må tage det faktum i betragtning, som Retten har lagt til grund for at nå sin konklusion om, at begrundelsen er tilstrækkelig eller utilstrækkelig [39].

65. På grundlag heraf skal det undersøges, hvad der i den foreliggende sammenhæng skal forstås ved en tilstrækkelig klar og utvetydig begrundelse, for derefter at kunne afklare, om den appellerede dom er i overensstemmelse hermed.

66. Påstanden om, at begrundelsespligten er blevet tilsidesat, vedrører i denne forbindelse kriteriet om »nødvendighed« ved forhøjelse af bødeniveauet. Appellanten er af den opfattelse, at forpligtelsen til at begrunde en sådan fremgår af den af selskabet nævnte dom i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen [40].

67. En analyse af dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen viser, at Kommissionen på daværende tidspunkt havde angivet grunde for nødvendigheden af at forhøje bødernes niveau. Et sådant niveau kunne ifølge Kommissionen

36 — Dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18.

37 — Jf. vedrørende fast retspraksis dom af 18.9.2003, sag C-338/00 P, Volkswagen mod Kommissionen, Sml. I, s. 9189, præmis 124 og den deri nævnte retspraksis.

38 — Dom af 6.3.2003, sag C-41/00 P, Interporc mod Kommissionen, Sml. I, s. 2125, præmis 55 og den deri nævnte retspraksis.

39 — Jf. dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 453 og den deri nævnte retspraksis.

40 — Dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18.

begrundes i overtrædelsens art. Et højere bødeniveau var navnlig nødvendigt i forbindelse med de særligt grove overtrædelser, især når — som i det daværende tilfælde — hovedformålet var at opretholde et højere detailprisniveau. Mange virksomheder ville opretholde en adfærd, som de vidste var i strid med fællesskabsretten, fordi den fortjeneste, som de opnåede ved den ulovlige adfærd, var større end de hidtil pålagte bøder. En sådan indstilling kunne kun modvirkes ved at pålægge større bøder end hidtil.

68. I sin efterfølgende retlige vurdering udledte Domstolen af Kommissionens tilsynsopgave [41] og navnlig også af den opgave, der bl.a. er forbundet hermed, nemlig at påvirke virksomhedernes adfærd i overensstemmelse med de fællesskabsretlige konkurrenceregler [42], at »Kommissionen, når karakteren af en overtrædelse fastslås med henblik på at fastsætte bødens størrelse, ikke blot [bør] tage hensyn til særlige omstændigheder i det foreliggende tilfælde, men også til den sammenhæng, overtrædelsen indgår i, og påse, at den trufne forholdsregel er af tilstrækkelig forebyggende karakter, især for så vidt angår den type overtrædelser, som i særlig grad kan bringe gennemførelsen af Fællesskabets formål i fare« [43]. Kommissionen var beføjet til at betegne de pågældende overtrædelser som meget grove overtrædelser. Kommissionen kunne derfor frit tage hensyn til det forhold, at denne form for adfærd stadig — skønt ulovligheden for længst var fastslået — var forholdsvis hyppig på grund af den fortjeneste, der kunne opnås herved, og følgelig skønne, at det var nødvendigt at pålægge større bøder for således at forstærke deres forebyggende virkning [44]. Det hidtidige bødeniveau var ikke bindende for fremtiden, tværtimod måtte Kommissionen, for at Fællesskabets konkurrenceregler kunne gennemføres effektivt, til enhver tid have mulighed for at tilpasse dette niveau, inden for de i forordning nr. 17 angivne grænser, efter konkurrencepolitikkens krav [45].

69. Domstolen undersøgte derfor på daværende tidspunkt inden for rammerne af kriteriet om »overtrædelsens grovhed« i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 det aspekt, der skal undersøges her, nemlig »nødvendigheden af at forhøje bødeniveauet«. I dens vurdering indgik dette kriterium foruden de »særlige omstændigheder i det foreliggende tilfælde«, den »sammenhæng, overtrædelsen indgår i« samt sikringen af den forebyggende virkning. Den accepterede i den forbindelse generelle konkurrencepolitiske grunde som forklaring på forhøjelsen af bødeniveauet og anså endog muligheden for at forhøje niveauet for at være nødvendig for, at Fællesskabets konkurrenceregler kunne gennemføres effektivt.

70. Da Domstolen ikke har krævet i denne forbindelse, at Kommissionen fremlægger en nærmere analyse af nødvendigheden eller forelægger en begrundelse i relation til det foreliggende tilfælde, har den i praksis overladt spørgsmålet om nødvendighed til Kommissionens skøn [46], som skal udøves inden for rammerne af kriteriet om »overtrædelsens grovhed« i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17.

41 — Jf. punkt 49 i dette forslag til afgørelse.

42 — Dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 105.

43 — Dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 106.

44 — Dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 107 og 108.

45 — Dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 109; jf. i denne henseende tillige punkt 523 ovenfor.

46 — Jf. med hensyn til Kommissionens vide skøn punkt 50 i dette forslag til afgørelse.

71. Denne retspraksis i forbindelse med en dom afsagt i 1983 vedrørende en tidligere kommissionsbeslutning, dvs. på et tidspunkt, hvor hverken 1998-retningslinjerne eller noget lignende fandtes, har Domstolen videreført efter disse retningslinjers ikrafttræden og tilpasset til den ændrede situation.

72. I den i forbindelse med 1998-retningslinjerne principielle [47] dom i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen gentog Domstolen sin retspraksis, hvorefter det hidtidige bødeniveau ikke er bindende for fremtiden [48]. Virksomhederne kunne hverken have en berettiget forventning med hensyn til det hidtil anvendte bødeniveau eller en metode for bødeberegningen [49].

73. I dommens præmis 229 understregede Domstolen dette aspekt: »Sådanne virksomheder bør følgelig tage i betragtning, at Kommissionen til enhver tid kan beslutte at forhøje størrelsen af bødebeløbene i forhold det tidligere anvendte niveau.«

74. Dernæst overførte Domstolen i den efterfølgende præmis 230 i denne dom klart den netop beskrevne retspraksis til situationer, hvor 1998-retningslinjerne er blevet anvendt: »Det anførte gælder ikke kun, når Kommissionen gennemfører en forhøjelse af bødebeløbene i forbindelse med fastsættelsen af bøderne i individuelle beslutninger, men også, hvis denne forhøjelse gennemføres ved, at der i konkrete tilfælde anvendes vejledende regler, der har generel rækkevidde, som f.eks. retningslinjerne« [50].

75. Ifølge fast retspraksis skal der endvidere ved undersøgelsen af kriteriet om »overtrædelsens grovhed« tages hensyn til en lang række forhold, herunder også »bødernes afskrækkende virkning« [51]. Dette gælder, såvel når der fastsættes bøder i individuelle

47 — Jf. bl.a. Debroux, nævnt ovenfor i fodnote 34, s. 4. Trods udbredt kritik er det lykkedes Kommissionen at forsvare 1998-retningslinjerne og anvendelsen heraf, hvilket navnlig fremgår af dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommission, nævnt ovenfor i fodnote 4 (Völcker: »Rough justice? An analysis of the European Commission's new fining guidelines«, *CMLRev.* 2007, s. 1285 ff., s. 1285 og 1286).

48 — Jf. punkt 53 og 678 i dette forslag til afgørelse.

49 — Dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 227 og 228. Jf. ligeledes dommen i sagen Archer Daniels Midland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 21-23. I denne henseende tillige udførligt i generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse af 8.7.2004 i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 4, punkt 159-165, og af 7.6.2005 i sagen Archer Daniels Midland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 2, punkt 66, 71 og 72.

50 — Jf. ligeledes dommen i sagen Archer Daniels Midland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 24.

51 — »Overtrædelsernes grovhed skal fastslås på grundlag af en lang række forhold, herunder sagens særlige omstændigheder, dens sammenhæng og bødernes afskrækkende virkning, uden at der er opstillet en bindende eller udtømmende liste over de kriterier, som obligatorisk skal tages i betragtning«, bl.a. dom af 15.10.2002, forenede sager C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P — C-252/99 P og C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 8375, præmis 465, og dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 241. Jf. tillige fodnote 25.

beslutninger, som når der ved fastsættelsen af bøder anvendes vejledende regler, der har generel rækkevidde, som f.eks. 1998-retningslinjerne.

76. På baggrund af det ovenstående kan det som foreløbig konklusion i forbindelse med undersøgelsen af de to første anbringender på grundlag af den af appellanten anførte dom i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen [52] ikke konstateres, at der med hensyn til nødvendigheden af at forhøje bødeniveauet påhviler Kommissionen et krav om at give en begrundelse, der er detaljeret eller endog vedrører konkrete tilfælde, som Retten kunne have taget hensyn til. Dette har analysen af den senere retspraksis, navnlig den i forbindelse med 1998-retningslinjerne principielle dom i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen [53], ligeledes vist.

77. På baggrund heraf skal Rettens appellerede dom nu analyseres med hensyn til påstanden om en begrundelsesmangel.

78. Problematikken med hensyn til forhøjelsen af bødeniveauet var under sagen for Retten — som det fremgår af den appellerede dom [54] — baseret på det principielle spørgsmål om retningslinjernes anvendelighed, dvs. konkret på påstande om tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet og af princippet om, at straffe ikke må have tilbagevirkende kraft.

79. I den forbindelse har Retten i den appellerede doms præmis 38-50, som appellanten har anført, indledningsvis behandlet forbuddet mod tilbagevirkende kraft, navnlig med hensyn til 1998-retningslinjerne, som et konkurrencepolitisk instrument og retsvirkningerne heraf. Den har derpå bemærket, at den væsentligste fornyelse, som retningslinjerne medfører, ligger i metoden til taksering af bøderne [55]. Dernæst har den i præmis 44-46 gentaget den retspraksis, der udførligt er redegjort for ovenfor [56], og hvorefter Kommissionen ikke kan fratages muligheden for at forhøje størrelsen af bødebeløbene i forhold til det tidligere anvendte niveau inden for de i forordning nr. 17 angivne rammer, hvis det er nødvendigt for at gennemføre Fællesskabets konkurrencepolitik, dvs. såvel i forbindelse med individuelle beslutninger som hvis denne forhøjelse gennemføres ved, at der i konkrete tilfælde anvendes vejledende regler, der har generel rækkevidde, som f.eks. retningslinjerne. Endelig anfører Retten i den appellerede doms præmis 47: »Med forbehold af hvad der anføres i præmis 99 ff. nedenfor, er det således med urette, at ADM i det væsentlige har gjort gældende, at Kommissionens forhøjelse af bødeniveauet i forbindelse med kartellet står i

52 — Dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18.

53 — Dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 227 og 228.

54 — Præmis 31 ff.

55 — Den appellerede dom, præmis 43, under henvisning til dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 225: »Det må herom fastslås, at den væsentligste fornyelse i retningslinjerne består i, at der som udgangspunkt for beregningen fastlægges et grundbeløb inden for nogle rammebeløb, der er fastsat herfor i de nævnte retningslinjer, og disse rammebeløb afspejler overtrædelsernes forskellige grader af grovhed, men de har som sådan ingen forbindelse med den relevante omsætning. Denne metode hviler således hovedsageligt på et — ganske vist relativt og fleksibelt — system med taksering af bøderne.«

56 — Jf. punkt 68, 72 og 74 i dette forslag til afgørelse.

åbenbart misforhold til det tilstræbte mål, nemlig at gennemføre konkurrencepolitikken.«

80. I den anførte præmis 99 ff. behandles anbringendet om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet. Rettens bemærkninger vedrører udmålingen af bødens størrelse på grundlag af overtrædelsens grovhed og varighed, navnlig med hensyn til markedsfaktorens betydning. Der er ganske vist ikke udtrykkeligt anført noget om nødvendigheden af at forhøje bøden. Ovennævnte analyse viser imidlertid, at Retten i overensstemmelse med bestemmelserne [57] har undersøgt spørgsmålet om forhøjelse af bødeniveauet på grundlag af kriteriet om »overtrædelsens grovhed«.

81. På baggrund af det ovenstående har Retten i henhold til Domstolens praksis med rette undersøgt det kriterium, der fremgår af dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen [58] med hensyn til »nødvendigheden« af at forhøje bødeniveauet, på grundlag af kriteriet om »overtrædelsens grovhed« og ikke forbundet dette med et yderligere begrundelseskrav, der går videre end 1998-retningslinjerne. Dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen viser, at dette heller ikke er i strid med princippet om, at straffelove ikke kan have tilbagevirkende kraft.

82. Endvidere skal jeg bemærke, at de to anbringender, der er undersøgt i den foreliggende sag, i det væsentlige — selv om appellanten ikke udtrykkeligt har givet udtryk for det — egentlig anfægter lovligheden af den metode til beregning af bøder, der er indeholdt i 1998-retningslinjerne. Domstolen har imidlertid anerkendt, at disse retningslinjer er forenelige med artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, forbuddet mod tilbagevirkende kraft, ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet [59].

83. Et yderligere krav om, at den generelle og abstrakte politik for bødeudmålingen, der ligger til grund for retningslinjerne, i hver individuel beslutning skal begrundes på ny og på grundlag af det enkelte tilfælde, ville i det væsentlige betyde, at beregningsmetoderne i retningslinjerne undermineres [60].

84. Jeg vil dog gerne indskyde, at trods Domstolens praksis, hvorefter metoden til

57 — Jf. punkt 75 i dette forslag til afgørelse.

58 — Dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18.

59 — Dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 156 ff., 234 ff. Jf. i den henseende tillige punkt 56 i dette forslag til afgørelse.

60 — Denne konstatering understreges endnu en gang af den »anden side af medaljen«, dvs. det ovennævnte forhold, at de til enhver tid gældende retningslinjer er bindende for Kommissionen selv (jf. punkt 55 i dette forslag til afgørelse): ikke når der træffes beslutning på grundlag af retningslinjerne, men når dette sker som en undtagelse fra de til enhver tid gældende retningslinjer, skal anvendelsen af vurderingskriterierne begrundes yderligere (i denne henseende tillige Demetriou og Gray: »Developments in EC competition law in 2006 — an overview«, i: *CMLRev*. 2007, s. 1429 ff., s. 1452).

bødeberegning i 1998-retningslinjerne er forenelig med bestemmelserne i artikel 15 i forordning nr. 17 [61], er kritikken af denne metode, navnlig med hensyn til manglende gennemsigtighed, ikke forstummet [62], selv om der konstateres en vis systematisering i den fulgte praksis [63]. Med ikrafttrædelsen af 2006-retningslinjerne har mange af disse kritikpunkter ordnet sig, da metoden er blevet ændret; dette vedrører bl.a. den nu forældede inddeling i punkt 1 A i 1998-retningslinjerne i »lidet alvorlige«, »alvorlige« og »meget alvorlige overtrædelser«, det såkaldte system med taksering [64]. Der er imidlertid ikke ændret noget ved det forhold, at Kommissionen har et vidt skøn ved bødeudmålingen [65]. I henhold til artikel 229 EF og artikel 15 i forordning nr. 17 har Domstolen ganske vist fuld prøvelsesret [66], men af hensyn til retssikkerheden er det ønskeligt, hvis det administrative skøn omfattes af klare kriterier for bødeudmålingen [67].

85. Med hensyn til appellantens argumenter om, at 2006-retningslinjerne skal anvendes, skal det tilføjes, at der ikke er nogen grund til foruden 1998-retningslinjerne at anvende 2006-retningslinjerne, der senere afløste disse, og betragte forhøjelsen i »lyset heraf« [68]. Kommissionen vedtog den i denne sag anfægtede beslutning den 2. oktober 2001. På daværende tidspunkt fandt 1998-retningslinjerne anvendelse. 2006-retningslinjerne finder først anvendelse på kartelsager fra den 1. september 2006 og er derfor uden betydning i den foreliggende appelsag.

86. De kan heller ikke som foregribelse af en senere ændring af politikken fra Kommissionens side præcisere dennes skøn med tilbagevirkende kraft.

87. Og endelig ville Domstolens anvendelse heraf alene indebære, at appelretten af billighedsgrunde ville omgøre Rettens skøn [69].

61 — Jf. punkt 56 og 82 i dette forslag til afgørelse.

62 — Jf. bl.a. Dannecker og Biermann, nævnt ovenfor i fodnote 28, punkt 126, s. 1260. Völcker (»Rough justice«, nævnt ovenfor i fodnote 47, s. 1289), mener at have holdepunkter for, at de ændringer, som Kommissionen har foretaget i 2006-retningslinjerne i forhold til 1998-retningslinjerne, under alle omstændighederne afskaffelsen af »systemet med taksering«, også skyldes, at kritikken med hensyn til manglende gennemsigtighed og vilkårlighed i forbindelse med 1998-retningslinjerne ikke er ophørt trods Rettens og Domstolens bekræftende praksis. Soyez: »Die Bußgeldleitlinien der Kommission — mehr Fragen als Antworten«, *EuZW* 2007, s. 596-600, konkluderer, at det formål, der er fastlagt i 1998-retningslinjerne, nemlig at sikre gennemsigtighed og objektivitet i forbindelse med Kommissionens beslutninger, ikke er nået, og at en række repræsentanter for europæiske konkurrencemyndigheder i tilbageblik endog har vurderet 1998-retningslinjerne som rent »lotteri« (s. 596).

63 — Dannecker og Biermann, nævnt ovenfor i fodnote 28, punkt 126.

64 — I denne henseende tillige punkt 90 i dette forslag til afgørelse.

65 — Jf. Domstolens praksis, der er nævnt i punkt 50 i dette forslag til afgørelse; jf. endvidere punkt 2 i indledningen til 2006-retningslinjerne.

66 — Jf. punkt 45 i dette forslag til afgørelse.

67 — Spørgsmålet, om 2006-retningslinjerne allerede opfylder denne anbefaling, der er formuleret af Schwarze, nævnt ovenfor i fodnote 20, navnlig s. 269, på baggrund af 1998-retningslinjerne, skal der ikke tages stilling til i den foreliggende sag.

68 — Med dette argument håber appellanten åbenbart på et lavere bødebeløb. I litteraturen antages det derimod til dels, at Kommissionens meddelelse om, at 2006-retningslinjerne i visse tilfælde vil medføre en yderligere forhøjelse af bødeniveauet, er korrekt, jf. Demetriou og Gray, nævnt ovenfor i fodnote 60, s. 1429; formålstjenligheden af en yderligere stigning problematiseres af bl.a. Völcker (»Rough justice«, nævnt ovenfor i fodnote 47, s. 1317).

69 — Jf. punkt 445 i dette forslag til afgørelse.

88. Dermed har Retten i den forstand, hvori det i henhold til Domstolens praksis er påkrævet, truffet beslutning uden herved at begå nogen retlig fejl og begrundet sin beslutning klart og utvetydigt. Jeg foreslår derfor, at det første og det andet anbringende forkastes som ubegrundet.

B — *Manglende hensyntagen til produktomsætningen i EØS som udgangspunkt for bødeberegningen (tredje anbringende)*

1. Indledende bemærkninger

89. Lad mig henvise til fast retspraksis, hvorefter beregningsmetoden i retningslinjerne, for så vidt som de består i, at der som udgangspunkt anvendes grundbeløb, der ikke fastsættes på grundlag af den relevante omsætning, ikke er i strid med artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 [70].

90. Den væsentligste nyhed i 1998-retningslinjerne i forhold til den tidligere praksis består i, at der som udgangspunkt for beregningen fastlægges et grundbeløb inden for nogle rammebeløb, der er fastsat herfor i de nævnte retningslinjer, og disse rammebeløb afspejler overtrædelsernes forskellige grader af grovhed, men de har som sådan ingen forbindelse med den relevante omsætning. Denne metode hviler således hovedsageligt på et — ganske vist relativt og fleksibelt — system med taksering af bøderne [71].

91. Undtagen i forbindelse med den øvre grænse på 10% af virksomhedernes omsætning i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 [72] anvendes begrebet »omsætning« ikke udtrykkeligt i disse retningslinjer. På den anden side findes der implicitte tilknytningsmomenter, som bl.a. står i forbindelse med virksomhedernes omsætning [73]. Retningslinjerne er derfor ikke til hinder for, at omsætningen ikke kun tjener som øvre grænse, men også tages i betragtning på forskellige tidspunkter af proceduren for beregning af bøden. Omsætningen er nemlig et »nyttigt og relevant indicium for virksomhedens økonomiske styrke (den samlede omsætning) samt for indvirkningen på konkurrencen af de former

70 — Dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 243-312, og dommen i sagen Archer Daniels Midland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 34. Artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 indeholder ordet »omsætning« uden at præcisere det. I denne artikel er det endvidere kun nævnt som kriterium for fastsættelsen af den maksimale bøde, idet intet i denne bestemmelses ordlyd er til hinder for ikke kun at anvende omsætningen i forbindelse med det maksimale beløb, men også generelt.

71 — Dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 225. Jf. tillige M. Debroux, »L'imprévisibilité transparente«, nævnt ovenfor i fodnote 34, s. 7.

72 — Eller med hensyn til aftaler, der er forbudt i henhold til EKSF-traktaten, jf. punkt 5, litra a), i 1998-retningslinjerne.

73 — Jf. 1998-retningslinjernes punkt 1 A: »Det vil desuden være nødvendigt at tage hensyn til de overtrædende virksomheders *faktiske økonomiske muligheder* for at påføre andre økonomiske beslutningstagere, herunder forbrugerne, alvorlig skade og at fastsætte bødens størrelse på et niveau, der har en tilstrækkelig afskrækkende virkning.«

for adfærd, virksomheden har udvist (omsætningen på det relevante marked)« [74], selv om den blot er et blandt mange vurderingskriterier, som Kommissionen kan lægge til grund [75].

2. Parternes argumenter

92. ADM's foreliggende anbringende vedrører omsætningen på det relevante marked, som Kommissionen i den anfægtede beslutning har anset for at være *produktomsætningen »på verdensplan«*, mens appellanten er af den opfattelse, at det er *produktomsætningen »i EØS«*, der er afgørende.

93. Appellanten har under henvisning til navnlig den appellerede doms præmis 75-81 gjort gældende, at Retten har tilsidesat retsprincipper, som finder anvendelse ved beregningen af bøder, ved i den anfægtede beslutning at have tilladt Kommissionen fuldstændigt at se bort fra den *relevante produktomsætning i EØS* som egnet udgangspunkt for beregningen af bøden. Produktomsætningen i EØS var i den anfægtede beslutning ukorrekt hverken blevet anvendt som udgangspunkt for beregningen eller som en faktor, der senere havde indflydelse på bøden. Som følge heraf er bøden langt højere end den relevante produktomsætning i EØS [76].

94. I den appellerede doms præmis 78 har Retten ganske vist med rette sammenfattet de principper, der skal tages i betragtning ved fastsættelsen af bøder. Retten har imidlertid begået en retlig fejl ved derpå ikke at anvende sin retlige viden på den foreliggende sag.

95. Det fremgår af 2006-retningslinjerne, på hvilken måde produktomsætningen i EØS skulle tages i betragtning som et passende udgangspunkt for at vurdere indvirkningen på konkurrencen på det berørte produktmarked i Fællesskabet og for karteldeltagernes relative betydning i forhold til de produkter, det drejer sig om. Med en sådan beregningsmåde havde ADM kun fået pålagt en brøkdel af den omtvistede bøde.

96. Kommissionen har anført, at Retten alene har kompetence til at efterprøve den måde, hvorpå Kommissionen i hvert enkelt tilfælde

74 — Generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse af 8.7.2004 i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 4, punkt 71.

75 — Jf. generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse af 8.7.2004 i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 4, punkt 71.

76 — Appellanten har i øvrigt allerede i sagen Archer Daniels Midland m.fl. Kommissionen (dom nævnt ovenfor i fodnote 2) fremsat en lignende påstand, på daværende tidspunkt dog i forbindelse med påstanden om, at proportionalitetsprincippet var tilsidesat, fordi der ikke blev taget udgangspunkt i omsætningen i EØS (jf. generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse i sagen Archer Daniels Midland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 2, punkt 128 ff.).

har vurderet grovheden af den ulovlige adfærd [77]. Retten har korrekt taget alle relevante faktorer i betragtning og taget stilling til ADM's argumenter. Anbringendet må følgelig forkastes.

3. Den appellerede dom og retlig vurdering

97. I den appellerede doms præmis 75-81, som appellanten har anført, har Retten undersøgt anbringendet om, at proportionalitetsprincippet er blevet tilsidesat, fordi den pålagte bøde overstiger ADM's omsætning af det berørte produkt i EØS i den af kartellet omfattede periode, og forkaster det. I præmis 76 og 77 har Retten mindet om fast retspraksis vedrørende bedømmelsen af en overtrædelses grovhed og henvist til, at det er lovligt ved fastsættelsen af bøden at tage hensyn dels til virksomhedens samlede omsætning, dels til de berørte virksomheders andel af det relevante marked, idet der ikke skal tillægges et enkelt af disse momenter urimelig betydning i forhold til de andre skønsfaktorer, og en passende bøde derfor ikke kan fastsættes på grundlag af en enkel beregning med udgangspunkt i den samlede omsætning.

98. I den appellerede doms præmis 78 og 79 har Retten anført, at omsætningen af det berørte produkt kun er én blandt flere faktorer, der skal tages i betragtning. I modsætning til hvad ADM har gjort gældende, ville det derfor ved bedømmelsen af den pålagte bødes forholdsmæssighed være ensbetydende med at tillægge den nævnte faktor uforholdsmæssig stor betydning, hvis bøden, således som ADM synes at mene, kun skulle relateres til omsætningen af det pågældende produkt.

99. Det hedder dernæst i præmis 80: »Under alle omstændigheder er den af ADM påberåbte omstændighed, at den pålagte bøde overstiger selskabets omsætning af produktet i EØS i den af kartellet omfattede periode, eller endog overstiger den i væsentlig grad, ikke i sig selv tilstrækkelig til at vise, at bøden er uforholdsmæssig. Om bøden er forholdsmæssig, skal nemlig bedømmes i relation til alle de faktorer, Kommissionen skal tage i betragtning ved vurderingen af overtrædelsens grovhed, dvs. selve arten af overtrædelsen, dennes konkrete indvirkning på det relevante marked og markedets geografiske udstrækning. Om beslutningen er velunderbygget ud fra en række af disse kriterier, behandles nedenfor på grundlag af ADM's argumenter.«

100. Dermed fremgår det klart, at det med hensyn til spørgsmålet, om appellantens påstand i denne henseende er gyldig, ikke er tilstrækkeligt kun at betragte de anfægtede præmisser 75-81 i den appellerede dom.

77 — Dom af 21.9.2006, sag C-113/04 P, Technische Unie mod Kommissionen, Sml. I, s. 8831, præmis 196.

101. For en nærmere forståelse skal det på den ene side tages i betragtning, hvad Retten har udledt af den anfægtede beslutning vedrørende det her omhandlede emne. I den forbindelse hedder det i den appellerede doms præmis 59 med hensyn til Kommissionens vurdering af overtrædelsens grovhed:

»Da den skulle vurdere disse faktorer, valgte Kommissionen at basere sig på de berørte virksomheders omsætning af natriumgluconat på verdensplan i overtrædelsesperiodens sidste år, nemlig 1995. Kommissionen anførte i den forbindelse: »[D]a [natriumgluconat]markedet er et […] globalt marked, udgør denne omsætning den bedst mulige målestok for de deltagende virksomheders muligheder for at påføre andre økonomiske beslutningstagere i fællesmarkedet og/eller EØS væsentlig skade« […]. Kommissionen tilføjede, at denne fremgangsmåde efter dens opfattelse underbyggedes af, at der var tale om et globalt kartel, som bl.a. havde til formål at fordele markederne på verdensplan og dermed unddrage visse områder inden for EØS-markedet konkurrence. Desuden fandt Kommissionen, at de enkelte karteldeltageres omsætning på verdensplan ligeledes gav et fingerpeg om den pågældende virksomheds bidrag til effektiviteten af kartellet som helhed eller omvendt den mangel på stabilitet, som ville have præget det, hvis virksomheden ikke havde deltaget […]«

102. Derefter har Retten anført i den appellerede doms præmis 82-87, at retningslinjerne ikke bestemmer, at de pågældende virksomheders omsætning — det være sig deres globale omsætning eller omsætning af det pågældende produkt — skal være grundlaget for beregningen af bøderne, og endnu mindre, at omsætningen er det eneste relevante kriterium ved bedømmelsen af overtrædelsens grovhed. Kommissionen kan derimod tage omsætningen i betragtning som en af flere relevante faktorer, navnlig når den i overensstemmelse med tredje til sjette afsnit i punkt 1 A i 1998-retningslinjerne tilpasser beløbet for at sikre, at bøderne har en tilstrækkelig afskrækkende virkning.

103. Som det fremgår af betragtning 378-382 til beslutningen, og i modsætning til hvad ADM har hævdet, har Kommissionen i denne sammenhæng rent faktisk taget de berørte parters omsætning af det pågældende produkt i betragtning. Den baserede sig nemlig med henblik på en differentieret behandling af de berørte virksomheder på deres omsætning af natriumgluconat på verdensplan i overtrædelsesperiodens sidste år, dvs. 1995.

104. I den appellerede doms præmis 87 hedder det derpå: »I det foreliggende tilfælde er der tale om et kartel, der består af virksomheder, som råder over praktisk talt samtlige markedsandele for det relevante produkt på verdensplan. Endvidere drejer kartellet sig om fastsættelse af priser og opdeling af markedet på verdensplan gennem tildeling af kvoter. I et sådant tilfælde

kan Kommissionen med henblik på en differentieret behandling af de berørte virksomheder med føje lægge kartelmedlemmernes omsætning ved salget af natriumgluconat på verdensplan til grund. Eftersom formålet med den differentierede behandling er at vurdere de overtrædende virksomheders faktiske økonomiske muligheder for at skade konkurrencen ved deres ulovlige adfærd og dermed tage hensyn til deres specifikke vægt inden for kartellet, har Kommissionen ikke overskredet sit vide skøn ved at finde, at de respektive kartelmedlemmers andel af verdensmarkedet udgjorde en passende målestok.«

105. Inden for rammerne af den videre undersøgelse vender Retten i præmis 113 og 114 tilbage til påstanden om, at der ikke er taget hensyn til produktomsætningen i EØS. I forbindelse med undersøgelsen af en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet i forhold til zinkphosfatbeslutningen [78], som appellanten har anført til sammenligning, har Retten bl.a. fastslået i præmis 113, at »omstændighederne i forbindelse med det kartel, beslutningen vedrører, adskiller sig fra omstændighederne i zinkphosfatbeslutningen. Kartellet på zinkphosfatmarkedet omfattede således kun EØS' område, hvorimod natriumgluconatkartellet omfattede hele verden«. Dernæst har Retten bl.a. anført i præmis 114, at »det grundbeløb, Kommissionen fastsatte for den overtrædelse, ADM har begået i det foreliggende tilfælde, er passende under hensyn til alle de faktorer, Kommissionen anfører i beslutningen, og under hensyn til den bedømmelse af en række af disse faktorer, der foretages i nærværende dom«.

106. Det følger heraf, at Retten i modsætning til appellantens påstand ikke kun har sammenfattet de relevante principper, men også har anvendt den viden, der er fremkommet herved, på det konkrete tilfælde, der skal vurderes her. Den har i den forbindelse taget stilling til argumentet om, at produktomsætningen i EØS skal tages i betragtning [79], men har korrekt anset denne for én blandt flere faktorer. Den har endvidere anført, hvorfor kartelmedlemmernes omsætning ved salget af natriumgluconat på verdensplan i sidste instans var det egnede udgangspunkt for beregningen af bøden, hvorved det samtidig og implicit blev tilkendegivet,

78 — Kommissionens beslutning 2003/437/EF af 11.12.2001 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/E 1/37.027 — Zinkphosphat), EUT 2003 L 153, s. 1. Denne beslutning er genstand for dommen i sagen Britannia Alloys & Chemicals mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 21.

79 — Jeg skal bemærke, at appellantens argument i denne henseende nævner to niveauer med manglende hensyntagen: Produktomsætningen i EØS blev anvendt »hverken som udgangspunkt for beregningen« eller som »en faktor, der senere havde indflydelse på bøden«. For så vidt det kritiseres, at denne ikke blev anvendt som udgangspunkt for beregningen, er der i det væsentlige tale om kritik af 1998-retningslinjerne, hvori udgangspunktet for beregningen er fastsat betydeligt anderledes, jf. punkt 1 og 90 i dette forslag til afgørelse.

hvorfor den relevante produktomsætning i EØS ikke blev taget i betragtning. Retten har dermed i tilstrækkelig grad taget stilling til dette argument, som appellanten har fremført.

107. Under appelsagen er det endelig ikke muligt at efterprøve [80] Rettens vurdering med hensyn til, at »det grundbeløb, Kommissionen fastsatte for den overtrædelse, ADM har begået i det foreliggende tilfælde, er passende under hensyn til alle de faktorer, Kommissionen anfører i beslutningen, og under hensyn til den bedømmelse af en række af disse faktorer, der foretages i nærværende dom«.

108. ADM's nye forsøg på at anvende 2006-retningslinjerne som korrektiv til 1998-retningslinjerne skal endnu en gang besvares med, at 2006-retningslinjerne ikke finder anvendelse i den foreliggende sag [81].

109. På baggrund heraf kan dette anbringende efter min opfattelse derfor ikke antages til realitetsbehandling, for så vidt som formålet hermed er, at der generelt skal foretages en ny vurdering af bøden, og må i øvrigt forkastes.

C — Tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet ved bødeberegningen (fjerde anbringende)

1. Parternes argumenter

110. Appellanten har — under henvisning til den appellerede doms præmis 107-113 — gjort gældende, at Retten har tilsidesat ligebehandlingsprincippet ved at antage, at objektive forskelle berettigede den forskellige bødestørrelse i forhold til den umiddelbart sammenlignelige »zinkphosfatsag« [82].

111. På den ene side er de domme, som Retten har nævnt i præmis 108-110, ikke relevante. Ifølge fast retspraksis, navnlig dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, præmis 209, tilsidesætter Kommissionen efter vedtagelsen af retningslinjerne ligebehandlingsprincippet, når den uden at angive grunde fraviger dem.

112. På den anden side har Retten ikke nævnt en eneste relevant faktor, som faktisk adskiller natriumgluconat- og zinkphosfatsagen fra hinanden i forbindelse med de aspekter, som Kommissionen har taget i betragtning i sin beslutning om pålæggelse af bøden. I begge

80 — Jf. i denne henseende punkt 44 og 45 i dette forslag til afgørelse.

81 — Jf. punkt 85 og 86 i dette forslag til afgørelse.

82 — Jf. fodnote 78 i dette forslag til afgørelse.

sager har Kommissionen taget hensyn til overensstemmende faktorer til beregningen af bødens grundbeløb. I modsætning til det af Retten påståede blev omsætningen på verdensplan ikke taget i betragtning ved fastsættelsen af dette grundbeløb. Først i en senere fase af beregningen er omsætningen på verdensplan i natriumgluconatsagen blevet anvendt som kriterium for opdelingen i tre grupper med henblik på at sikre en afskrækkende virkning. Den bøde, der er fastsat i den anfægtede beslutning, er diskriminerende for ADM i forhold til den bøde, der var fastsat i zinkphosfatsagen.

113. Endelig har ADM kritiseret, at Retten inden for rammerne af sin fulde prøvelsesret på grundlag af de faktorer, som Kommissionen havde taget hensyn til, har fastslået i den appellerede doms præmis 114, at bøden er passende [83]. Denne konstatering kan undtagelsesvis efterprøves af Domstolen med hensyn til, om der er begået retlige fejl. Selv om man, som Retten har gjort, kun tager de faktorer i betragtning, som Kommissionen har lagt til grund for sin beslutning, når man til den konstatering, at den foreliggende sag er umiddelbart sammenlignelig med zinkphosfatsagen. Retten har ikke nævnt nogen yderligere divergerende faktor, der kunne frembringe et andet resultat. Endvidere har ADM anført, at Retten inden for rammerne af sin fulde prøvelsesret ikke må tilsidesætte ligebehandlingsprincippet ved at tillade Kommissionen at pålægge ADM en diskriminerende bøde, mens andre ikke blev behandlet således. Endelig har Retten, såfremt den har fundet en relevant yderligere faktor, som begrunder en højere bøde i den foreliggende sag, ikke tilkendegivet dette med den fornødne præcision. I den henseende er begrundelsen, som blot henviser til alle faktorer, som Kommissionen har anført i beslutningen, utilstrækkelig.

114. Kommissionen har heroverfor anført, at Retten ikke har begået nogen retlig fejl. Navnlig har appellanten selv undladt udførligt at påvise i første instans, på hvilken måde den foreliggende sag konkret er sammenlignelig med zinkphosfatbeslutningen, og hvori forskelsbehandlingen faktisk består.

2. Retlig vurdering

115. Ligebehandlingsprincippet er et almindeligt retsprincip i fællesskabsretten og skal derfor også overholdes inden for rammerne af en procedure i henhold til artikel 81 EF.

116. Det følger af fast retspraksis, at princippet om forbud mod forskelsbehandling indebærer, at ensartede situationer ikke må behandles forskelligt, og forskellige situati-

83 — Jeg skal i den henseende bemærke, at Retten i den nævnte præmis 114 i den engelske version af den appellerede dom har anvendt begrebet »appropriate«, dvs. »passende«. ADM anvender i den engelske originale affattelse af appelskriftet ganske vist begrebet »proportionate«, som imidlertid foruden andre betydninger også kan oversættes som »passende«.

oner ikke behandles ens, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet [84].

117. For så vidt appellanten med hensyn til tilsidesættelsen af ligebehandlingsprincippet således tager situationen i forbindelse med et andet kartel og Kommissionens beslutning i denne henseende i betragtning, skal jeg bemærke, som Retten i øvrigt også har gjort i den appellerede doms præmis 108-112, at Kommissionens beslutningspraksis ikke udgør den retlige ramme for de bøder, der pålægges på konkurrenceområdet, og at beslutninger vedrørende andre sager kun er af vejledende karakter for så vidt angår den eventuelle forekomst af forskelsbehandling, idet det ikke er sandsynligt, at de særlige faktiske omstændigheder i sagerne, såsom markedet, varerne, virksomhederne og de omhandlede perioder, er identiske [85].

118. Under disse omstændigheder påhvilede det appellanten at godtgøre over for Retten, hvorfor den situation, som selskabet har anført, faktisk skulle være en sammenlignelig situation som omhandlet i ovennævnte retspraksis.

119. I fremstillingen af appellantens argumentation i den appellerede dom, som selskabet ikke har anfægtet, hedder det: »Skønt de to sager er delvis samtidige og ikke kun er sammenlignelige med hensyn til størrelsen af de relevante markeder, men også med hensyn til overtrædelsens grovhed og varighed, tog Kommissionen i den anden sag hensyn til, at det europæiske zinkphosfatmarked var af begrænset størrelse, og fastsatte den samlede bøde til 11,95 mio. EUR (eller 75% af det samlede salg af det berørte produkt), mens den i natriumgluconatsagen har fastsat den samlede bøde til 40 mio. EUR (svarende til over 200% af salget af det relevante produkt i EØS). Desuden blev grundbeløbet i zinkphosfatsagen fastsat til 3 mio. EUR for virksomheder med en markedsandel på over 20% og til 0,75 mio. EUR for den virksomhed, som havde en væsentligt mindre markedsandel. I natriumgluconatsagen har Kommissionen derimod fastsat grundbeløbet for bødeberegningen til 10 mio. EUR for virksomheder med en markedsandel på over 20% og til 5 mio. EUR for virksomheder med en væsentligt mindre markedsandel« [86].

84 — Dom af 10.1.2006, sag C-344/04, International Air Transport Association m.fl., Sml. I, s. 403, præmis 95 og den deri nævnte retspraksis.

85 — Dommen i sagen Britannia Alloys & Chemicals mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 60 med yderligere henvisning til Domstolens faste praksis.

86 — Den appellerede doms præmis 95.

120. Derefter har Retten i de bl.a. anfægtede præmisser 113 og 114 anført følgende:

»113 I det foreliggende tilfælde kan det umiddelbart fastslås, at omstændighederne i forbindelse med det kartel, beslutningen vedrører, adskiller sig fra omstændighederne i zinkphosfatbeslutningen. Kartellet på zinkphosfatmarkedet omfattede således kun EØS' område, hvorimod natriumgluconatkartellet omfattede hele verden. Desuden omfattede kartellet på zinkphosfatmarkedet kun virksomheder af forholdsvis begrænset størrelse. De af zinkphosfatbeslutningen berørte virksomheders omsætning på verdensplan i 2000 varierede således fra 7,09 til 278,8 mio. EUR, hvorimod de berørte virksomheders omsætning på verdensplan i den foreliggende sag i 2000 varierede fra 314 mio. til 14,003 mia. EUR, hvoraf ADM tegnede sig for 13,936 mia. EUR.

114 Selv hvis alle de omstændigheder, som var relevante for fastsættelsen af et passende bødebeløb i den sag, der førte til zinkphosfatbeslutningen, kunne anses for sammenlignelige med omstændighederne i det foreliggende tilfælde, finder Retten dog i henhold til sin fulde prøvelsesret, at det grundbeløb, Kommissionen fastsatte for den overtrædelse, ADM har begået i det foreliggende tilfælde, er passende under hensyn til alle de faktorer, Kommissionen anfører i beslutningen, og under hensyn til den bedømmelse af en række af disse faktorer, der foretages i nærværende dom.

121. I den første af disse to præmisser har Retten i tilstrækkelig grad besvaret alle de argumenter, som ADM har fremført. Derudover kan jeg med hensyn til den foreliggende sag bemærke, at appellanten — som det fremgår af gengivelsen af argumentationen i den appellerede dom — ikke har præciseret, hvori sammenligneligheden med hensyn til størrelsen af de relevante markeder samt overtrædelsens grovhed og varighed konkret består.

122. Med hensyn til den vurdering, som Retten har foretaget i den anden af disse to præmisser, skal jeg endelig minde om, at det ikke tilkommer Domstolen af billighedsgrunde at omgøre det skøn, som Retten har udøvet under sin fulde prøvelsesret vedrørende størrelsen af de bøder, som er pålagt [87].

123. Endelig skal jeg bemærke, at den forbindelse til dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen [88], som appellanten har nævnt, er irrelevant. I forbindelse med dette argument har appellanten gjort gældende, at Kommissionen tilsidesætter

87 — Jf. punkt 45 i dette forslag til afgørelse.
88 — Dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 4.

retningslinjerne, når den uden at angive grunde fraviger dem. Appellanten har ikke påvist, hvad dette har at gøre med ligebehandlingsprincippet med hensyn til zinkphosfatsagen.

124. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at dette anbringende forkastes som ubegrundet.

D — *Retlig fejl ved bestemmelsen af kartellets indvirkning på markedet (femte, sjette og syvende anbringende)*

1. Indledende bemærkninger

125. I 1998-retningslinjernes punkt 1 A sondres der med henblik på fastsættelsen af grundbeløbet mellem tre kategorier i forbindelse med overtrædelsens grovhed, hvor der er fastsat forskellige udgangsbeløb for bødens størrelse under hensyntagen til, om der er tale om »lidet alvorlige«, »alvorlige« og »meget alvorlige« overtrædelser. Klassificeringen sker på grundlag af en række kriterier, herunder den »konkrete indvirkning på markedet — når den kan måles«.

126. I denne forbindelse har appellanten gjort gældende, at Retten med hensyn til bestemmelsen af kartellets indvirkning på markedet har begået retlige fejl. Appellanten har i den forbindelse fremført, at princippet om at overholde selvpålagte regler er tilsidesat, at der mangler svar fra Retten på spørgsmålet om indvirkningen ved en ændret definition af markedet, samt at bevisbyrden med urette er blevet vendt om.

127. Da disse tre anbringender i vidt omfang overlapper hinanden, vil jeg undersøge dem samlet.

128. Det fælles udgangspunkt for disse anbringender er den omstændighed, at ADM anser Kommissionens definition af det relevante produktmarked for at være for snæver og de dermed forbundne konstateringer med hensyn til den konkrete indvirkning på markedet for at være urigtige. Kommissionen definerede det relevante produktmarked som »markedet for natriumgluconat i fast eller flydende form og for dets råprodukt gluconsyre« [89].

129. Under den administrative procedure medgav Kommissionen som svar på argumenter fremsat af ADM, at der, alt efter anvendelsesformålet, fandtes en række delvise substitutionsprodukter for natriumgluconat, idet den dog anførte, at der efter dens

89 — Den appellerede doms præmis 226.

opfattelse ikke var noget bevis for, at disse produkter rent faktisk øvede et pres på prisen for natriumgluconat. Tværtimod fandt Kommissionen, at flere faktorer stred imod ADM's opfattelse. Den anførte således, at der ikke fandtes nogen produkter, der fuldt ud kunne erstatte natriumgluconat, og at visse brugere foretrak dette produkt frem for mulige substitutionsprodukter, fordi det var mere miljøvenligt. Endvidere anførte Kommissionen, at dens synspunkt underbyggedes dels af de svar, kartelmedlemmernes kunder havde afgivet, dels af selve eksistensen af kartellet, som udelukkende omfattede natriumgluconat, hvilket efter Kommissionens opfattelse udgjorde en indikation for, at medlemmerne selv anså markedet for at være begrænset til natriumgluconat [90].

2. Parternes argumenter

130. Appellanten er af den opfattelse, at Retten i den appellerede doms præmis 238 med urette har forkastet påstanden om, at det relevante produktmarked er blevet defineret urigtigt.

131. Under henvisning til den appellerede doms præmis 226-239 er appellanten af den opfattelse, at Retten har tilsidesat princippet om, at Kommissionen skal overholde de regler, den har pålagt sig selv — i den foreliggende sag retningslinjerne for beregningen af bøder. Det er et uomgængeligt nødvendigt udgangspunkt for undersøgelsen af et kartels indvirkning på det pågældende marked, at det relevante produktmarked er defineret rigtigt. Hvis, som i den foreliggende sag, det relevante produktmarked defineres for snævert, er de betragtninger vedrørende kartellets indvirkning, som er baseret herpå, derfor ligeledes fejlagtige. Kommissionen har defineret det relevante marked urigtigt, hvilket medfører en fejl med hensyn til indvirkningen på markedet. Da natriumgluconat kun er én blandt flere chelatdannere — det udgør kun 20% af de relevante chelatdannere og er således let at substituere — har kartellet ikke haft den styrke på markedet, der er tillagt det.

132. Retten har begået en retlig fejl ved at besvare ADM's argument i denne henseende med, at det er op til ADM at vise, at det relevante marked skal defineres på en anden måde, end Kommissionen har gjort. ADM har anført i denne forbindelse, at det tværtimod påhviler Kommissionen at vise kartellets indvirkning på det pågældende marked, hvilket i henhold til retningslinjerne også omfatter definitionen af det relevante produktmarked. Så længe denne definition ikke foreligger, kan bevisbyrden ikke pålægges modparten — dvs. ADM.

133. For det andet har appellanten — under henvisning til den appellerede doms præmis 234 og 236 — gjort gældende, at

90 — Den appellerede doms præmis 226.

Retten har begået en retlig fejl ved ikke at besvare ADM's argument om, at bevismaterialet ville vise, at kartellet ikke havde nogen konkret indvirkning på markedet på grundlag af den bredere markedsdefinition.

134. ADM har i sin stævning for Retten vist, bl.a. ved hjælp af tabeller, at natriumgluconat kun udgør 20% af de relevante chelatdannere. Heri ligger et stærkt argument for ADM's konklusion om, at kartellet har været ineffektivt med hensyn til en priskontrol. ADM har vist, at udviklingen i priserne for alternative chelatdannere inden, under og efter den periode, hvori kartellet bestod, har vist en tæt priskorrelation med natriumgluconat. Disse beviser viste uden tvivl, at andre faktorer end kartellet havde været ansvarlige for prisbevægelserne.

135. For det tredje har appellanten — under henvisning til den appellerede doms præmis 230, 234 og 236-237 — gjort gældende, at Retten har vendt bevisbyrden om ved at kræve, at ADM godtgør, at priserne havde været de samme uden kartellet.

136. I den appellerede doms præmis 177 og 184 har Retten med hensyn til ADM's argument om, at Kommissionen skulle vise, hvordan priserne havde udviklet sig uden kartellet, konkret, at de havde været højere med kartellet end uden, tilkendegivet, at dette er en umulig opgave. Alligevel har Retten i præmis 237 netop pålagt ADM en sådan forpligtelse til at vise, at kartellet ikke havde haft nogen indvirkning. ADM er af den opfattelse, at Retten dermed uretmæssigt vender bevisbyrden om. Retningslinjerne kræver, at Kommissionen påviser kartellers indvirkning. De fastsætter dog ikke, at ADM skal vise, at der ikke er tale om nogen indvirkning.

137. Kommissionen er af den opfattelse, at ADM's påstand i denne henseende ikke er begrundet og skyldes en urigtig forståelse af den appellerede dom. Som Retten har fremhævet i den appellerede doms præmis 229, rejser spørgsmålet om markedsdefinitionen sig i den foreliggende sag ikke i forbindelse med konstateringen af, om der forelå en overtrædelse, men derimod i forbindelse med vurderingen af overtrædelsens grovhed. Retten har fastslået, at ADM har undladt at vise i første instans, at den faktiske indvirkning på markedet skulle have været vurderet anderledes, hvis der var blevet lagt en anden markedsdefinition til grund. ADM kræver nu, at Domstolen under appelsagen behandler et faktisk spørgsmål, som ADM selv har undladt at tage i betragtning i første instans.

3. Den appellerede dom

138. I den appellerede doms præmis 228-237 behandler Retten indholdet af ADM's påstand om, at Kommissionen definerede det relevante produktmarked for snævert og derfor urigtigt, idet den udelukkede substitutionsprodukter for natriumgluconat.

139. I den forbindelse har Retten indledningsvis bemærket, at ADM ikke fremsatte påstanden om, at det relevante produktmarked blev defineret urigtigt, for at påvise, at Kommissionen havde tilsidesat artikel 81, stk. 1, EF. ADM har ikke bestridt, at selskabet overtrådte denne bestemmelse ved at deltage i kartellet på natriumgluconatmarkedet [91].

140. Retten har endvidere anført, at den foreliggende sag derimod vedrører den påstand, at Kommissionen har pålagt ADM en for stor bøde; navnlig fordi den efter ADM's opfattelse har fundet, at kartellet havde en konkret indvirkning på det relevante marked, og har taget denne faktor i betragtning ved bødefastsættelsen. Dette argument kan imidlertid kun tiltrædes, hvis ADM påviser, at Kommissionen, hvis den havde defineret det relevante produktmarked anderledes, ville have fundet, at overtrædelsen ikke havde nogen konkret indvirkning på markedet, når det blev defineret som markedet for natriumgluconat og substitutionsprodukterne herfor [92].

141. Retten har herved anført, at det i forbindelse med en undersøgelse af et kartels indvirkning på markedet i henhold til punkt 1 A, første afsnit, i 1998-retningslinjerne er nødvendigt bl.a. at bygge på hypoteser, navnlig for at undersøge, hvad prisen for det pågældende produkt ville have været uden kartellet [93]. Navnlig skal Kommissionen — og ligeledes modparten i tilfælde af anfægtelse [94] — undersøge, hvad prisen for det pågældende produkt ville have været uden kartellet, hvilket er forbundet med forskellige risici, som skal imødegås med rimelige formodninger, der ikke kan måles nøjagtigt [95].

142. ADM har undladt at tilbagevise den beskrivelse af natriumgluconatmarkedet, Kommissionen giver i beslutningen, om så blot ved at foretage en grov sammenligning mellem de faktiske priser i den periode, hvori kartellet bestod, på det bredere marked for chelatdannere, og de priser, der efter al sandsynlighed ville have været gældende på det samme bredere marked, hvis der ikke havde fandtes et kartel, der kun omfattede natriumgluconat [96].

4. Retlig vurdering

143. Af de tre anbringender, der er fremført i denne forbindelse, vil jeg først behandle det sidste, da jeg er af den opfattelse, at afkla-

91 — Dermed har Retten implicit lagt til grund, at spørgsmålet om påberåbelsespligten og bevisbyrden i et sådant tilfælde, som ikke foreligger her, skulle betragtes anderledes end i den foreliggende sammenhæng. Vedrørende påberåbelsespligten og bevisbyrden med hensyn til, om der foreligger en overtrædelse eller ej, jf. punkt 166 ff. i dette forslag til afgørelse.

92 — Den appellerede doms præmis 230.

93 — Jf. den appellerede doms præmis 175-178 samt henvisningen hertil i samme doms præmis 230.

94 — Jf. den appellerede doms præmis 232 og 233.

95 — Jf. den appellerede doms præmis 176 samt henvisningen til den sammenfattende præmis 178 i samme doms præmis 230.

96 — Den appellerede doms præmis 236.

ringen af spørgsmålet om »bevisbyrde« til dels vil give svaret på de to andre anbringender — tilsidesættelse af princippet om at overholde selvpålagte regler samt det manglende svar på spørgsmålet om indvirkningen ved en ændret definition af markedet.

144. Efter min opfattelse er anvendelsen af begrebet »bevisbyrde« i denne forbindelse ikke tilstrækkelig og vildledende. Der er nemlig her først og fremmest tale om de processuelle forpligtelser til at fremlægge beviser og begrunde forhold. Hermed menes parternes forpligtelse til på underbygget vis at anføre faktiske omstændigheder, som kan støtte deres respektive opfattelse af sagen. Hver part skal først fremføre og på overbevisende måde redegøre for de faktiske omstændigheder, der taler til vedkommendes fordel, idet den ene parts indlæg sætter standarden for den anden eller de andre parters modindlæg.

145. Konkret betyder dette: Et underbygget indlæg fra Kommissionen kan kun imødegås af et mindst lige så velunderbygget indlæg fra den anden eller de andre parter. Bevisbyrdereglerne finder kun anvendelse, når begge parter hver især fremkommer med en væsentlig og overbevisende argumentation og når til forskellige konklusioner [97].

97 — Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse af 8.12.2005 i sag C-105/04 P, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen, Sml. I, s. 8725, punkt 73.

146. Kommissionen har i den foreliggende sag lagt en definition af det relevante produktmarked til grund for sin vurdering af overtrædelsens grovhed i forbindelse med bødeudmålingen.

147. Denne definition har Retten åbenbart fundet overbevisende i henhold til de ovennævnte principper om forpligtelsen til at fremlægge beviser, da den har baseret sin efterfølgende vurdering herpå. I denne henseende er der ikke begået en retlig fejl.

148. Retten har præciseret i sine bemærkninger, at det ikke er tilstrækkeligt, når ADM kun gør gældende og i givet fald påviser, at udgangspunktet for markedsdefinitionen er urigtigt, da det ligeledes skal påvises, hvorvidt dette mærkbart ville ændre vurderingen af overtrædelsens grovhed. Dermed antager Retten implicit, at det ikke er en selvfølge — som ADM mener — at en urigtig definition af det relevante marked i en sag som den foreliggende medfører en urigtig vurdering af kartellets indvirkning. I metodemæssig henseende pålægger Retten dermed den part, som ønsker at rejse tvivl om Kommissionens vurdering, i den foreliggende sag ADM, at foretage og godtgøre *de samme analysetrin*, som Kommissionen også skal overholde i sin egen vurdering.

149. Dermed har Retten således krævet, at appellanten redegør for sin opfattelse af sagen med et mindst lige så velunderbygget indlæg. Hvis ADM med føje ønsker at anfægte Kommissionens indlæg, som Retten har fundet åbenbart overbevisende, herunder de åbenbart ligeledes overbevisende konstateringer i den anfægtede beslutning, er dette med rette kun muligt på grundlag af et ligeledes overbevisende og velunderbygget indlæg. Dette omfatter under de givne omstændigheder i den foreliggende sag netop ikke kun argumenter med hensyn til udgangspunktet for markedsdefinitionen, men også med hensyn til alle andre vurderinger, som Kommissionen har foretaget.

150. Retten har i den appellerede doms præmis 230 og 237 med ordene »ikke […] nogen konkret indvirkning«, »ikke […] nogen« og »eller i de mindste kun […] en ubetydelig« gjort det klart, at kun hvis det omtvistede kartel ikke havde nogen konkret indvirkning på det af ADM hævdede bredere marked for chelatdannere, ville det være tilstrækkeligt anfægtet, at Kommissionens vurdering med hensyn til kartellets indvirkning på det relevante marked var urigtig. Argumentet om en ændret markedsdefinition skulle derfor være ledsaget af det begrundede argument, at kartellet ikke havde haft nogen indvirkning på det relevante marked, dvs. i praksis er forblevet uden resultat — fordi det har været uden følger.

151. Efter Rettens opfattelse skulle ADM have »påvist« dette eller henvist til »omstændigheder, der under ét kunne udgøre samstemmende indicier« [98], på grundlag af en sammenligning mellem priserne med kartel og priserne uden kartel [99], idet sidstnævnte, som Retten har fastslået i den appellerede doms præmis 175-178, kun kan fastslås ved anvendelse af hypoteser.

152. Med denne analyse har Retten derfor på acceptabel og korrekt vis godtgjort inden for rammerne af de almindelige principper om påberåbelsespligt og bevisbyrde, hvorfor det ikke er lykkedes ADM at imødegå Kommissionens i denne sag omtvistede konstateringer.

153. Selv hvis Domstolen i sin dom ikke kunne følge denne argumentation fra Rettens side, skulle Rettens dom alligevel ikke ophæves. Dommens konklusion er nemlig berettiget af andre grunde, hvilket medfører, at appellen må forkastes [100]. Jeg vil gerne — subsidiært — skitsere de overvejelser, der ligger til grund herfor:

154. De tre anbringender, der skal undersøges i denne forbindelse, indeholder en åbenbart modstridende argumentation, som

98 — Den appellerede doms præmis 237.

99 — Den appellerede doms præmis 232-236, med henvisning til samme doms præmis 196 og 197.

100 — Jf. dom af 9.6.1992, sag C-30/91 P, Lestelle mod Kommissionen, Sml. I, s. 3755, præmis 28.

ikke kan stå for logikkens og erfaringens grundsætninger og derfor ikke er egnet til at imødegå Kommissionens i denne sag omtvistede konstateringer. For at udtrykke det lidt skarpt: ADM har ganske vist indrømmet, at der gennem flere år eksisterede kartelaftaler, som imidlertid ikke havde nogen virkning, da et sådant kartel ikke kunne udøve nogen indflydelse på det »større marked«. Der er ikke fremlagt det mindste bevis til støtte for, at denne argumentationslinje er rigtig. Ved at deltage i praksis og aftaler søger man nemlig i strid med konkurrencereglerne normalt at maksimere sin indtjening [101]. ADM har imidlertid påstået i den foreliggende sag, at selskabet gennem en årrække har investeret tid, kræfter og penge i et kartel uden profitable indvirkninger. Denne påstand er allerede i sig selv ikke troværdig. I betragtning af den kendte ulovlighed af karteller og risikoen for bøder forekommer det paradoksalt, at man skulle have opretholdt et sådant uprofitabelt kartel i flere år [102]. Hvis denne argumentation, herunder den dermed fremførte definition af markedet, overhovedet ikke er overbevisende, kan den ikke medføre, at Kommissionens konstateringer med hensyn til kartellets indvirkning på det relevante marked, herunder definitionen af dette marked, imødegås.

155. Anbringendet om, at bevisbyrderegler er tilsidesat, må derfor under alle omstændigheder forkastes.

156. Heraf følger med hensyn til princippet om at overholde selvpålagte regler, hvis tilsidesættelse ADM har kritiseret, at Retten heller ikke i denne henseende har begået en retlig fejl. Det påhvilede nemlig ikke Kommissionen at påvise kartellets indvirkning på det af ADM definerede »større« marked. Dette var heller ikke nødvendigt, da det ikke er lykkedes ADM at rejse tvivl om rigtigheden af den definition og analyse, som Kommissionen har fremlagt.

157. Det sidste af de tre anbringender, der her er undersøgt samlet — dvs. at Retten ikke har besvaret ADM's argument om, at bevismaterialet ville vise, at kartellet ikke havde nogen konkret indvirkning på markedet på grundlag af den bredere markedsdefinition — kan heller ikke tages il følge.

101 — Jf. 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 53.

102 — For fuldstændighedens skyld skal jeg bemærke, at den foreliggende vurdering af de faktiske omstændigheder vedrører en bevismæssigt anden situation end den situation, der er vurderet i præmis 159 i dom af 9.7.2003, sag T-224/00, Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen, Sml. II, s. 2597. Heri forkastede Retten en kommissionsbeslutning, for så vidt som det var anført deri, at det er »utænkeligt, at parterne gentagne gange ville være gået ind på at mødes rundt omkring i verden for at fastsætte priser […] i så lang en periode, hvis der ikke havde været tale om en virkning på lysinmarkedet«. Retten fastslog, at denne påstand var uden beviskraft, eftersom den byggede på rene formodninger og ikke på objektive økonomiske faktorer (jf. tillige Debroux-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 34, s. 8). Jeg er enig i Rettens opfattelse i denne henseende, som vedrører en situation, hvor påberåbelsespligten og bevisbyrden påhviler Kommissionen. I den foreliggende sammenhæng er situationen imidlertid en anden. Vi er nået til et punkt, hvor det påhviler appellanten at begrunde berettiget tvivl om rigtigheden af Kommissionens konstateringer med hensyn til kartellets indvirkning på det relevante marked, herunder definitionen af dette marked. I denne henseende påhviler det appellanten at påvise en begivenhed, der i det mindste kan efterprøves i et sådant omfang, at den nævnte »berettigede tvivl« kan udløses. Dette er efter min opfattelse end ikke antydningsvis lykkedes i den foreliggende sag.

158. Som allerede anført [103] er det efter almindelige bevisbyrderegler en selvfølge og kan derfor ikke kritiseres retligt, at Retten kræver, at ADM rejser tvivl om Kommissionens omtvistede konstateringer, herunder den fastsatte definition, gennem et underbygget indlæg i et sådant omfang, at Kommissionens konstateringer imødegås. Det er i den forbindelse alene Retten, der har kompetence til at afgøre, hvilken bevisværdi der skal tillægges de oplysninger, den har fået forelagt [104], hvilket indebærer — bortset fra urigtig gengivelse af beviser [105], hvilket ikke er gjort gældende i den foreliggende sag — at Rettens overbevisning er af betydning. Det kan derfor ikke anfægtes, at Retten af ADM kræver en sammenligning af prisniveauerne: en sammenligning af prisudviklingen med og uden kartel [106], der er en integrerende del af undersøgelsen af et kartels indvirkning på det pågældende marked. Det er derfor nødvendigt at foretage og godtgøre de samme analysetrin, som Kommissionen også skal overholde i sin vurdering.

159. Appellanten har ganske vist i givet fald [107] godtgjort et af disse prisniveauer [108], men klart ikke begge. Der er intet i det anførte, der tyder på, at appellanten har hævdet at have anvendt og godtgjort de nødvendige hypoteser [109], som kunne vise det prisniveau, »der efter al sandsynlighed ville have været gældende på det samme bredere marked, hvis der ikke havde fandtes et kartel, der kun omfattede natriumgluconat«.

160. I den appellerede doms præmis 234 og 236 har Retten begrundet denne konstatering tilstrækkeligt; der fremgår ikke at foreligge nogen mangel.

161. På baggrund af ovenstående må det anbringende, der er behandlet her, forkastes i det hele.

E — *Retlig fejl med hensyn til tidspunktet for kartellets ophør (ottende, niende, tiende og ellevte anbringende)*

1. Indledende bemærkninger

162. Varigheden af hvert enkelt kartelmedlems overtrædelse indgår i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 i bødeudmålingen og i henhold til 1998-

103 — Jf. punkt 145 ff. i dette forslag til afgørelse.

104 — Jf. vedrørende fast retspraksis bl.a. dom af 1.6.1994, sag C-136/92 P, Kommissionen mod Brazzelli Lualdi m.fl., Sml. I, s. 1981, præmis 66, og af 15.6.2000, sag C-237/98 P, Dorsch Consult mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 4549, præmis 50.

105 — Jf. med hensyn til urigtig gengivelse af beviser nærmere nedenfor, punkt 202 i dette forslag til afgørelse.

106 — Jf. den appellerede doms præmis 236: på den ene side de faktiske priser i den periode, hvori kartellet bestod, på det bredere marked for chelatdannere, og på den anden side de priser, der efter al sandsynlighed ville have været gældende på det samme bredere marked, hvis der ikke havde fandtes et kartel, der kun omfattede natriumgluconat.

107 — Vurderingen heraf falder ind under vurderingen af de faktiske omstændigheder og er ikke appelrettens opgave; jf. punkt 44 i dette forslag til afgørelse.

108 — Formentlig tager de faktiske omstændigheder, der er omhandlet i punkt 134 i dette forslag til afgørelse, sigte på at beskrive de faktiske priser i den periode, hvori kartellet bestod, på det bredere marked for chelatdannere.

109 — Jf. i denne henseende punkt 141 i dette forslag til afgørelse.

retningslinjernes punkt 1 B i form af et tillæg [110].

163. Appellanten har vedrørende de fire anbringender, som selskabet har fremført med hensyn til spørgsmålet om tidspunktet for kartellets ophør, gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl ved at have opretholdt Kommissionens konstatering af, at ADM deltog i kartellet i tre år og elleve måneder, fra juni 1991 til juni 1995, hvilket har forhøjet bøden med 35% som følge af overtrædelsens varighed. Den korrekte varighed af ADM's deltagelse var derimod tre år og fire måneder, fra oktober/november 1991 til den 4. oktober 1994 [111]. Bøden skal derfor nedsættes.

164. Konkret har appellanten hævdet for Retten, at Kommissionen foretog en fejlagtig vurdering, da den fandt, at overtrædelsen havde varet indtil juni 1995. Selskabet har gjort gældende, dels at det bragte sin deltagelse i kartellet til ophør på mødet i London den 4. oktober 1994, dels at mødet i Anaheim (Californien) den 3.-5. juni 1995 ikke kan betragtes som en fortsættelse af overtrædelsen [112].

165. Over for Rettens vurderinger i denne henseende har appellanten fremsat fire anbringender: en tilsidesættelse af artikel 81 EF som følge af urigtig anvendelse af reglerne vedrørende ophør af karteldeltagelse, urigtig gengivelse af beviserne med hensyn til tidspunktet for ADM's udtræden, en tilsidesættelse af artikel 81 EF med hensyn til mødet i Anaheim samt urigtig gengivelse af beviserne med hensyn til den notits, der tilskrives Roquette.

166. Inden jeg går over til en nærmere behandling af disse anbringender, skal jeg endnu en gang forudskikke nogle bemærkninger vedrørende den processuelle fordeling af påberåbelsespligten og bevisbyrden, da vi her står over for et lidt anderledes spørgsmål end til dels ovenfor [113].

167. De anbringender, der skal undersøges i denne forbindelse, vedrører ganske vist i sidste instans også bødeudmålingen. Dog foretages denne del af udmålingen af bøden på grundlag af kriteriet om kartellets varighed.

110 — I henhold til 1998-retningslinjernes punkt 1 B: overtrædelser af kort varighed (almindeligvis under et år): intet tillæg; overtrædelser af mellemlang varighed (almindeligvis mellem et og fem år): Beløbet kan andrage op til 50% af det beløb, der fastlægges for overtrædelsens grovhed; overtrædelser af lang varighed (almindeligvis over fem år): Beløbet kan for hvert år andrage 10% af det beløb, der fastlægges for overtrædelsens grovhed.

111 — Selv om ikke kun appellantens oplysninger her vedrørende ophørstidspunktet, men også vedrørende påbegyndelsestidspunktet afviger fra Kommissionens konstateringer i denne henseende, er indholdet af appellantens argumentation for Domstolen, som også tydeligvis for Retten, imidlertid begrænset til ophørstidspunktet.

112 — Den appellerede doms præmis 240.

113 — Jf. punkt 144 ff. i dette forslag til afgørelse.

Dette i bødemæssig henseende relevante kriterium udfyldes indholdsmæssigt af Kommissionens oplysninger, som omfatter spørgsmålet, om der foreligger overtrædelser af konkurrencereglerne, og Kommissionens konstatering i denne henseende.

168. For så vidt der er uenighed om varigheden af kartellet eller enkelte kartelmedlemmers deltagelse heri, som i den foreliggende sag, tilkommer det Kommissionen at påvise de tidspunkter, den har anført i den anfægtede beslutning [114]. I tilfælde af tvist om, hvorvidt der foreligger en overtrædelse af konkurrencereglerne, påhviler det nemlig den at føre bevis for de fastslåede overtrædelser og for, at de omstændigheder, som udgør overtrædelsen, faktisk foreligger [115].

169. I denne forbindelse er det ikke sjældent, at den omstændighed, at der foreligger en konkurrencebegrænsende praksis eller aftale, kun kan udledes ved en slutning ud fra et vist antal sammenfaldende omstændigheder og indicier, der, når de betragtes samlet, og i mangel af en anden logisk forklaring kan udgøre beviset for en tilsidesættelse af konkurrencereglerne [116].

170. Når det er godtgjort, at virksomheders deltagelse i møder er af åbenbar konkurrencebegrænsende beskaffenhed, finder den regel anvendelse på bevisbyrden, at det påhviler den pågældende virksomhed at fremføre indicier af en sådan beskaffenhed, at den kan påvise, at dens deltagelse i de nævnte møder ikke var sket for at begrænse konkurrencen, samt at virksomheden over for konkurrenterne havde oplyst, at den deltog i møderne med et andet formål end deres [117]. Det er ikke nogen overbevisende argumentation, at man i al hemmelighed eller i det skjulte har trukket sig ud af en kartelaftale [118].

114 — Med hensyn til den objektive bevisbyrde (dvs. med hensyn til det tilfælde, hvor en faktisk omstændighed ikke er bevist — *non liquet*) indeholder artikel 2, første punktum, i forordning nr. 1/2003, som tidsmæssigt endnu ikke finder anvendelse i denne sag, en tilsvarende bestemmelse; jf. i denne henseende Säcker og Jaeks, »Kommentierung zu Art. 81 EG«, punkt 815, i: Hirsch, Montag og Säcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)*, bind 1.

115 — Fast retspraksis, jf. bl.a. dom af 17.12.1998, sag C-185/95 P, Baustahlgewebe mod Kommissionen, Sml. I, s. 8417, præmis 58. Jf. tillige Hackspiel, »§ 24 Beweisrecht«, punkt 13, i: Rengeling, Middeke og Gellermann, *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*: På konkurrenceområdet påhviler det principielt Kommissionen at bevise, at der foreligger en overtrædelse af konkurrencereglerne, navnlig at en virksomhed har deltaget i et kartel, og hvor længe overtrædelsen har varet.

116 — Dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 101, præmis 57. Jf. i den henseende tillige nævnte doms præmis 55 og 56: »55. Da forbuddet mod at deltage i konkurrencebegrænsende praksis og aftaler såvel som de sanktioner, der kan ifaldes ved at overtræde dette forbud, er almindeligt kendt, er det hyppigt forekommende, at de aktiviteter, som en sådan praksis og sådanne aftaler indebærer, gennemføres hemmeligt, at møderne afholdes hemmeligt — som oftest i et tredjeland — og at dokumenterne herom begrænses til et minimum, 56. Selv i tilfælde, hvor Kommissionen opdager dokumenter, der udtrykkeligt viser en ulovlig kontakt mellem erhvervsdrivende, som f.eks. referater fra et møde, er disse normalt kun brudstykkeagtige og spredte, hvorfor det ofte viser sig nødvendigt at rekonstruere visse enkeltheder ved hjælp af følgeslutninger.«

117 — Dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 101, præmis 81 og den deri nævnte retspraksis, og dom af 14.7.2005, sag C-57/02 P, Acerinox mod Kommissionen, Sml. I, s. 6689, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis. Jf. tillige Hackspiel, nævnt ovenfor i fodnote 115, punkt 13.

118 — Dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 101, præmis 84 og 85.

171. Selv om bevisbyrden dermed er præciseret, må man dog ikke se bort fra det ovenfor [119] allerede undersøgte aspekt med hensyn til forpligtelsen til at fremlægge beviser og begrunde forhold. Selv om Kommissionen har bevisbyrden for sine konstateringer i den anfægtede beslutning, påhviler det nemlig alligevel den part, der har anlagt sagen — dvs. i den foreliggende sag ADM — at fremføre omstændigheder og indicier, som er egnede til at rejse tvivl om rigtigheden af de konstateringer, der ligger til grund for den anfægtede akt [120], idet relevansen af Kommissionens konstateringer angiver standarden for modargumenterne.

172. Det tilkommer principielt Retten at vurdere de faktiske omstændigheder og beviserne [121], hvilket logisk omfatter vurderingen af, om argumenterne er overbevisende, og under appelsagen kun kan anfægtes i meget begrænset omfang, navnlig med hensyn til urigtig gengivelse af beviser [122].

119 — Jf. punkt 144 ff. i dette forslag til afgørelse.
120 — Hackspiel, nævnt ovenfor i fodnote 115, punkt 13.
121 — Jf. punkt 44 i dette forslag til afgørelse.
122 — Jf. med hensyn til urigtig gengivelse af beviser nærmere nedenfor, punkt 202 i dette forslag til afgørelse.

2. Tilsidesættelse af artikel 81 EF som følge af urigtig anvendelse af reglerne med hensyn til ophør af karteldeltagelse

a) Parternes argumenter

173. Appellanten har — under henvisning til den appellerede doms præmis 247-253 — gjort gældende, at Retten har tilsidesat artikel 81 EF ved at anvende reglerne urigtigt med hensyn til ophør af karteldeltagelse. Retten har ganske vist med rette taget udgangspunkt i kriteriet om »offentlig afstandtagen«, der er relevant med hensyn til ophøret af en karteldeltagelse. Af den omstændighed, at ADM forlod kartellets møde i London den 4. oktober 1994, burde Retten dog have sluttet, at ADM dermed havde bragt sin deltagelse i kartellet til ophør.

174. Retten har i stedet ikke draget denne konklusion af de faktiske omstændigheder — nemlig at ADM under dette møde for det første havde truet med at trække sig ud af kartelaftalen, hvis selskabets krav ikke blev opfyldt, for det andet havde stillet et ultimatum og for det tredje havde forladt mødet, efter at dette ultimatum var udløbet uden at være efterkommet. Retten har begået en fejl ved at lade en subjektiv komponent indgå i kriteriet om offentlig afstandtagen, idet den har vurderet ADM's motiver. Den har anset den omstændighed, at ADM forlod mødet, for en forhandlingsstrategi og efterfølgende ikke anerkendt den 4. oktober 1994 som ophørstidspunkt.

175. Kriteriet om offentlig afstandtagen skal imidlertid udelukkende forstås som et objektivt kriterium. Det fremgår af retspraksis, at begrebet ulovlig aftale eller samordnet praksis er objektivt, idet det forudsætter »bevidst konsensus« [123] og en »udtrykt vilje« [124] [125]. Ifølge retspraksis er det heller intet tilstrækkeligt forsvarsargument, at man i al hemmelighed har trukket sig ud af en kartelaftale [126]. Appellanten er af den opfattelse, at en skjult hensigt om at fortsætte karteldeltagelsen efter en offentlig afstandtagen heller ikke kan betragtes som en belastende omstændighed. Såfremt der havde været tale om en forhandlingsstrategi, var denne endvidere mislykkedes. Under alle omstændigheder vurderer artikel 81 EF offentlige handlinger, ikke ureglementerede tanker.

176. Efter at appellanten havde forladt mødet og dermed aftalen, er denne endvidere faktisk blevet bragt til ophør som følge af uløste konflikter. Derefter har der ikke været tale om yderligere aktiviteter med hensyn til aftalen, som det fremgår af ophøret med at give meddelelse om salgstal, hvilket Retten selv har anerkendt i den appellerede doms præmis 252.

123 — I originalen: »knowing consensus«.

124 — Den engelske originaltekst er ikke helt klar i denne forbindelse. I originalen har appellanten således skrevet »manifest concurrence of wills«, mens selskabet i det citat fra dommen, der er anført i den henseende, har understreget ordene »manifestation of the wish«.

125 — Appellanten har nævnt to domme til støtte for sit synspunkt: dom af 6.1.2004, forenede sager C-2/01 P og C-3/01 P, BAI og Kommissionen mod Bayer, Sml. I, s. 26, præmis 102 [»For at en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand kan anses for indgået gennem stiltiende accept, er det nødvendigt, at den af den ene kontraherende part *udtrykte vilje* vedrørende et konkurrencebegrænsende formål udgør en udtrykkelig eller stiltiende opfordring til den anden part om sammen at gennemføre dette formål […]«], og af 14.7.1972, sag 48/69, Imperial Chemical Industries mod Kommissionen, Sml. 1972, s. 151, org.ref.: Rec. s. 619, præmis 64-67 [»[…] *bevidst* erstatter den risiko, der er forbundet med normal konkurrence, med indbyrdes praktisk samarbejde […]«] (appellantens fremhævelse).

126 — Dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 101.

177. Endelig er de begrundelsesaspekter, der er anført i den appellerede doms præmis 248 og 249, for det første urigtige og for det andet irrelevante, da Kommissionen hverken har nævnt disse aspekter i sin beslutning eller i sit svarskrift.

178. Kommissionen forsvarer den appellerede dom.

b) Den appellerede dom og retlig vurdering

179. I den appellerede dom henviser Retten i præmis 246 til kriteriet om »offentlig afstandtagen«. Det kunne ikke fastslås, at ADM havde bragt sin deltagelse i kartellet endeligt til ophør, medmindre ADM »offentligt havde taget afstand fra mødernes indhold«. I den appellerede doms præmis 247 vurderer Retten derpå ikke den omstændighed, at ADM forlod mødet i London den 4. oktober 1994, som et endeligt ophør af karteldeltagelsen, fordi ADM ikke tog åbent afstand fra kartellets mål, mens ADM's forsøg på at løse konflikten mellem kartelmedlemmerne og bestræbelserne på at opnå enighed derimod vidnede om en principiel accept af, at kartellet

skulle gennemføres. Retten er derfor enig i Kommissionens opfattelse, hvorefter den pågældende adfærd kunne vurderes som forhandlingsstrategi og ikke som kartelophør.

180. Da appelretten ikke kan foretage en ny vurdering af de faktiske omstændigheder [127], vedrører undersøgelsen af dette anbringende udelukkende det spørgsmål, om vurderingen af de faktiske omstændigheder må tage hensyn til de motiver, der var baggrunden for, at ADM forlod mødet i London den 4. oktober 1994.

181. Appellanten har ikke bestridt, at mødet i London den 4. oktober 1994 hører blandt de »møder, [der] er af åbenbar konkurrencebegrænsende beskaffenhed« [128]. I dette tilfælde påhviler det selskabet, som det allerede er anført ovenfor, at fremføre indicier af en sådan beskaffenhed, at det kan redegøre for — og i givet fald påvise — at dets deltagelse i de nævnte møder ikke var sket for at begrænse konkurrencen, samt at selskabet over for konkurrenterne havde oplyst, at det deltog i møderne med et *andet* formål end deres [129].

182. »Hensigterne« eller »motiverne« er taget i betragtning og er, i modsætning til appellantens opfattelse, af interesse. Der er endvidere taget hensyn til modtagerens horisont. Det drejer sig nemlig om over for konkurrenterne at have oplyst, at selskabet deltog i møderne med et *andet* formål end deres. Dermed menes et formål, der netop *ikke (længere) er konkurrencebegrænsende*.

183. Denne synsvinkel understreges meget klart i dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen:

»84 I den forbindelse virker den stiltiende godkendelse af et ulovligt initiativ, uden offentligt at tage afstand fra dets indhold eller gøre myndighederne opmærksom på det, som en tilskyndelse til at fortsætte overtrædelsen og hindrer, at den bliver opdaget. Denne medvirken udgør en form for passiv deltagelse i overtrædelsen, som derfor kan gøre virksomheden ansvarlig inden for rammerne af en samlet aftale.

85 Endvidere bemærkes, at den omstændighed, at en virksomhed ikke følger udfaldet af et møde, der havde et konkurrencebegrænsende formål, ikke fritager den for ansvaret for sin deltagelse i et kartel, medmindre den offentligt har taget afstand fra dets indhold […]«

127 — Jf. punkt 172 i dette forslag til afgørelse.
128 — Jf. punkt 170 i dette forslag til afgørelse.
129 — Jf. punkt 170 i dette forslag til afgørelse.

184. Et andet sted i samme dom hedder det endvidere, at det drejer sig om åbent at give udtryk for sin misbilligelse over for den ulovlige praksis eller at meddele de øvrige deltagere, at man deltager i et i sig selv konkurrencebegrænsende møde med et »andet« — dvs. ikke konkurrencebegrænsende — sigte [130].

185. På baggrund af det ovenstående har Retten således ikke begået nogen retlig fejl med hensyn til kriteriet; den har fastsat og anvendt dette korrekt.

186. Med hensyn til de begrundelsesaspekter, der er anført i den appellerede doms præmis 248 og 249, og som appellanten finder urigtige og irrelevante, skal jeg bemærke, at de ikke længere er relevante, da allerede vurderingen af den appellerede doms præmis 246 og 247 støtter, at anbringendet forkastes.

187. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at dette anbringende ligeledes forkastes som ubegrundet.

130 — Dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 101, præmis 330.

3. Tilsidesættelse af artikel 81 EF med hensyn til mødet i Anaheim

188. I en lidt ændret rækkefølge vil jeg først behandle mødet i Anaheim i juni 1995, for derefter at undersøge de to påstande vedrørende urigtig gengivelse af beviser samlet.

a) Parternes argumenter

189. Appellanten har gjort gældende, at Retten har tilsidesat artikel 81 EF ved at konkludere, at adfærden under mødet i Anaheim i juni 1995 var i strid med konkurrencereglerne. Mødet i Anaheim havde ikke været i strid med konkurrencereglerne, og der var kun blevet udvekslet markedsdata, som ikke var virksomhedsspecifikke. Under den forudsætning, at kartellet blev bragt til ophør under mødet den 4. oktober 1994, kunne der højst være tale om påbegyndelsen af et nyt kartel. Forsøget på at fastslå markedets samlede størrelse ved hjælp af en anonym informationsudveksling er ikke i sig selv forbudt. Kommissionen har i modsætning til den appellerede doms præmis 265 heller ikke vist, at dette har begrænset konkurrencen. Retten har derfor begået en retlig fejl ved at antage, at kartellet blev fortsat med mødet i juni 1995.

190. Kommissionen har heroverfor gjort gældende, at appellanten ikke bragte sin deltagelse i kartellet til ophør med mødet i oktober 1994, og at mødet i Anaheim udgjorde en fortsættelse af kartellets møder. Retten har ikke begået nogen retlig fejl.

b) Den appellerede dom og retlig vurdering

191. I den appellerede dom har Retten i præmis 258-268 foretaget en vurdering af karakteren af mødet i Anaheim den 3.-5. juni 1995. Den har i den forbindelse i fem på hinanden følgende trin vurderet de faktiske omstændigheder i sagen. I de to første vurderingstrin, som dette anbringende vedrører, vurderes mødeforløbet i præmis 258-262:

»258 For det første har ADM, således som Kommissionen bemærker i betragtning 232 til beslutningen, ikke bestridt, at deltagerne under mødet, hvor samtlige medlemmer af kartellet var til stede, drøftede, hvor store mængder natriumgluconat der var blevet solgt i 1994. Kommissionen har navnlig peget på — og ADM ikke bestridt det — at Jungbunzlauer havde anmodet ADM om at »oplyse ADM's samlede salg af natriumgluconat i 1994« […]

259 Denne fremgangsmåde stemte i det væsentlige overens med den faste praksis inden for kartellet, der skulle sikre, at de tildelte salgskvoter blev overholdt, og som — således som det fremgår af betragtning 92 og 93 til beslutningen — bestod i, at kartelmedlemmerne forud for hvert møde meddelte deres salgstal til Jungbunzlauer, som sammenstillede dem og udleverede dem under møderne.

260 For det andet har ADM bekræftet Kommissionens beskrivelse af hændelsesforløbet i betragtning 232 til beslutningen, hvorefter der under mødet blev stillet forslag om et nyt system til udveksling af oplysninger om salgsmængder. Systemet skulle gøre det muligt anonymt — dvs. således at intet medlem ville få kendskab til tallene for de øvrige — at fastslå natriumgluconatmarkedets samlede størrelse på følgende måde:

»[V]irksomhed A skriver et vilkårligt tal, der repræsenterer en del af virksomhedens samlede mængde; dernæst viser virksomhed B virksomhed C summen af tallene for virksomhed A og virksomhed B; til denne sum lægger virksomhed C sin samlede mængde; endelig lægger virksomhed A resten af sin samlede mængde til summen og meddeler gruppen den endelige sum« […]

[…]

262 Idet det er ufornødent at tage stilling til, om den omtalte adfærd isoleret betragtet udgjorde en overtrædelse af konkurrencereglerne, kunne Kommissionen med føje finde, at den udgjorde et nyt forsøg fra kartelmedlemmernes side på at »genoprette ordenen på markedet« og fastholde den konkurrencebegrænsende praksis, de havde fulgt i de foregående år, og som havde til formål at sikre sig kontrol med markedet gennem fælles handlen, om end under forskellige former og ved hjælp af forskellige metoder alt efter omstændighederne. Kartelmedlemmernes forsøg på at indføre et »anonymt« informationsudvekslingssystem, som beskrevet i præmis 260 ovenfor, kunne Kommissionen med rimelighed fortolke som en naturlig fortsættelse af den adfærd, kartellets virksomheder havde udvist, og som, således som det bl.a. fremgår af betragtning 93 til beslutningen, kendetegnedes af en »atmosfære præget af stigende gensidig mistænksomhed«, men som ikke desto mindre havde til formål at opdele markedet. Under denne synsvinkel kunne Kommissionen med føje finde, at kartellets medlemmer ved at indføre det nye informationsudvekslingssystem viste, at de »stadig var besluttet på at finde en løsning, der gjorde det muligt for dem at fortsætte deres konkurrencebegrænsende praksis« […], og at »opretholde deres kontrol med markedet gennem fælles handlen« […]«

192. I det følgende vurderingstrin — »for det tredje« — drejer det sig om den notits, der tilskrives Roquette, hvilket skal undersøges senere. I det fjerde trin drejer det sig om forklaringer afgivet af kartelmedlemmer, hvilket ligeledes skal undersøges senere. I afsnittet »for det femte« betragtes det som irrelevant, at mødet i juni 1995 fandt sted i forbindelse med et alment møde inden for industrien, da denne omstændighed ikke udelukker, at de berørte virksomheder benyttede sig af dette almene møde til at holde et møde om kartellet.

193. Med hensyn til Rettens bemærkninger i den appellerede doms præmis 258-262, der skal undersøges i denne forbindelse, er der i det væsentlige tale om en vurdering af de faktiske omstændigheder, og en ny prøvelse heraf under appelsagen er principielt udelukket [131]. Retten har lagt til grund, at mødet i Anaheim ikke udgør påbegyndelsen af et nyt kartel, men fortsættelsen af det gamle. Appellantens argument om, at kartellet allerede var blevet bragt til ophør i London med mødet den 4. oktober 1994, er efter Rettens vurdering ikke korrekt. Disse to konklusioner fra Retten er resultatet af en vurdering af de faktiske omstændigheder, og det er derfor udelukket, at Domstolen i denne henseende omgør Rettens vurdering.

194. Et grænsetilfælde mellem vurdering af de faktiske omstændigheder og retsspørgsmål ligger i appellantens påstand om, at der ikke

131 — Jf. punkt 44 og 172 i dette forslag til afgørelse.

havde fundet nogen ulovlig udveksling af oplysninger sted under mødet i juni 1995, da forsøget på at fastslå markedets samlede størrelse ved hjælp af en anonym informationsudveksling ikke havde til formål at begrænse konkurrencen.

195. Isoleret betragtet kunne spørgsmålet, om en sådan udveksling af oplysninger udgør en konkurrencebegrænsende adfærd, principielt skulle betragtes som et retsspørgsmål. Dette synes under alle omstændigheder at være lagt til grund af appellanten, som til støtte for sin påstand henviser til forskellige kilder [132].

196. Dette spørgsmål rejste sig imidlertid ikke isoleret for Retten i den foreliggende sammenhæng, da der var tale om at kvalificere og vurdere et af flere møder — det sidste, så vidt vides i den foreliggende sag — blandt deltagerne i et kartel. Den foreliggende sammenhæng er kendetegnet ved, at det er ubestridt, at kartellet eksisterede i flere år. I denne forbindelse er der tale om spørgsmålet om at kvalificere og vurdere adfærden blandt deltagerne på dette åbenbart sidste møde.

197. Retten har for så vidt vurderet de faktiske omstændigheder i sagen og fastslået, at samtlige medlemmer af kartellet var til stede under dette møde, hvor de, som under andre møder tidligere, drøftede salgsmængderne i det foregående år. Retten har i den forbindelse faktisk taget hensyn til, at der blev foreslået og anvendt et nyt system til udveksling af oplysninger om salgsmængder. Som allerede gengivet ovenfor, fastslog Retten i denne henseende, at systemet skulle gøre det muligt anonymt, dvs. således at intet medlem ville få kendskab til tallene for de øvrige, at fastslå natriumgluconatmarkedets samlede størrelse. Retten har imidlertid ikke vurderet, om dette nye system i sig selv var konkurrencebegrænsende — hvilket ville være et retsspørgsmål — men har derimod vurderet, om Kommissionen med rimelighed kunne vurdere kartelmedlemmernes adfærd under dette møde som en fortsættelse af deres hidtidige adfærd ved hjælp af nye former og metoder. Dermed har den foretaget en vurdering af de faktiske omstændigheder. En ny prøvelse fra Domstolens side er derfor ligeledes udelukket i denne forbindelse.

132 — Appellanten har i denne henseende henvist til bl.a. punkt 42 i generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse af 29.6.2006 i sagen ASNEF-EQUIFAX (sag C-238/05,, Sml. I, s. 11125), dvs. til følgende passage: »Sammenlagte markedsoplysninger er principielt lovlige på betingelse af, at de ikke gør det muligt at identificere og få kendskab til en enkeltstående konkurrents forretningsmæssige strategi.« Denne passage taler, hvis den læses i sin sammenhæng, imidlertid slet ikke entydigt for en fortolkning som den af appellanten foretagne. Generaladvokat Geelhoed har anført i punkt 41 og 42 i det nævnte forslag til afgørelse, at sondringen mellem en lovlig og en ulovlig udveksling af oplysninger også afhænger af, om sammenlægningsniveauet gør det muligt at få kendskab til konkurrenternes strategier, *hvilket i den sidste ende afhænger af antallet* af konkurrenter. Derudover har det berørte markeds struktur (oligopolistisk eller opsplittet) og udvekslingens hyppighed også betydning. Det skal endvidere bemærkes, at generaladvokat Geelhoeds bemærkninger i denne henseende ganske vist er generelt formuleret, men blev fremsat på baggrund af en helt anden situation. Den daværende sag vedrørte et system til udveksling af kreditoplysninger mellem pengeinstitutter, konkret et register med oplysninger om kundernes solvens.

198. Appellantens anden indvending om, at Kommissionen ikke har vist, at den anonyme informationsudveksling til at fastslå markedets samlede størrelse havde til formål at begrænse konkurrencen, støtter heller ikke anbringendet.

199. I denne henseende har Retten i den appellerede doms præmis 265 med rette bemærket, at det ifølge fast retspraksis ved anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF ikke er nødvendigt at tage hensyn til en aftales faktiske følger, når det fremgår, at aftalen har haft *til formål* at begrænse, hindre eller fordreje konkurrencen [133]. Som det fremgår ovenfor med gengivelsen af den appellerede doms præmis 262, kunne Kommissionen ifølge Rettens vurdering med føje finde, at kartellets medlemmer ved at indføre det nye informationsudvekslingssystem havde *til formål* at fortsætte deres konkurrencebegrænsende praksis for at sikre sig kontrol med markedet.

200. Det foreliggende anbringende må derfor ligeledes forkastes.

133 — Jf. dom af 13.7.1966, forenede sager 56/64 og 58/64, Consten og Grundig mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 245, org.ref.: Rec. s. 429, på s. 496, og dommen i sagen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 51, præmis 491.

4. Urigtig gengivelse af beviser med hensyn til tidspunktet for kartellets ophør eller tidspunktet for ADM's udtræden

201. I det følgende undersøges to påstande fra appellanten vedrørende urigtig gengivelse af beviser.

202. Der foreligger en urigtig gengivelse af beviser, hvis det uden fremlæggelse af nye beviser fremgår åbenbart, at gengivelsen af de foreliggende beviser er urigtig [134]; dette kan f.eks. være tilfældet, hvis vurderingen tilsidesætter logikkens love, eller hensigten med beviserne er fuldstændig forvansket [135], dvs. at visse beviser blev tillagt et objektivt fejlagtigt indhold [136].

134 — Dom af 18.1.2007, sag C-229/05 P, PKK og KNK mod Rådet, Sml. I, s. 445, præmis 37.

135 — Hackspiel, »§ 28, Rechtsmittel und Rechtsbehelfe«, punkt 28, i: Rengeling, Middeke og Gellermann, *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*.

136 — Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse af 27.9.2006 i sag C-229/05 P, PKK og KNK mod Rådet, Sml. I, s. 445, punkt 43.

a) Vurdering af dokumenter fra andre kartelmedlemmer

i) Parternes argumenter

203. Appellanten har — under henvisning til den appellerede doms præmis 248-250 — gjort gældende, at Retten har foretaget en urigtig gengivelse af beviserne ved ikke at have vurderet de deri nævnte dokumenter fra andre deltagere, nemlig Roquette og Jungbunzlauer, som bevis for ADM's oplysning om, at selskabet allerede var trådt ud af aftalen den 4. oktober 1994. I modsætning til Rettens fortolkning var oplysningerne fra Roquette og Jungbunzlauer helt i overensstemmelse med ADM's tilkendegivelse af, at aftalen og dermed kartellet blev bragt til ophør den 4. oktober 1994. Jungbunzlauer har således oplyst, at »[kartel]aftalerne ophørte, da Roquette den 4. oktober 1994 i London udtalte, at selskabet ikke længere ville overholde nogen [af dem]«. Og Roquette har anført: »Roquette udtalte, at selskabet ikke ønskede at fortsætte«, og »dette bragte aftalen til ophør«. Roquette og Jungbunzlauer har således angivet tidspunktet for aftalens ophør i overensstemmelse med ADM. Rettens modsatte fortolkning støttes hverken af den anfægtede beslutning eller af Kommissionens svarskrift.

204. Kommissionen har påstået denne argumentation forkastet. De pågældende beviser viser ikke, at hele kartellet blev bragt til ophør den 4. oktober 1994. Beviserne viser blot, at Roquette forlod kartellet på det nævnte tidspunkt, men ikke appellanten. Retten har med rette fastslået, at der ikke var tegn på, at appellanten havde bragt sin deltagelse i kartellet til ophør den 4. oktober 1994.

ii) Den appellerede dom og retlig vurdering

205. Den appellerede doms præmis 248-250, som appellanten har anført, udgør — sammen med præmis 251 — det allerede nævnte [137] fjerde af fem trin. Hele passagen i dommen har følgende ordlyd:

»248 Desuden fremgår det ikke af nogen af de dokumenter, ADM har påberåbt sig, at de øvrige kartelmedlemmer opfattede ADM's adfærd under mødet som en offentlig afstandtagen fra selve indholdet af kartellet.

249 Således indeholder, indledningsvis, Jungbunzlauers skrivelse til Kommissionen af 21. maj 1999 ikke nogen beskrivelse af ADM's adfærd under

137 — Jf. punkt 192 i dette forslag til afgørelse.

mødet i London den 4. oktober 1994. Det angives kun i skrivelsen, at »[kartel]aftalerne ophørte, da Roquette den 4. oktober 1994 i London udtalte, at selskabet ikke længere ville overholde nogen [af dem]«.

250 Endvidere gav Fujisawa i selskabets skrivelse til Kommissionen af 12. maj 1998 ikke nogen beskrivelse af mødet, som det i øvrigt ikke deltog i, således som det fremgår af betragtning 224 til beslutningen. Fujisawa anførte derimod i skrivelsen, at kartellet først ophørte i 1995.

251 Endelig indeholder beskrivelsen af mødet i Jungbunzlauers skrivelse til Kommissionen af 30. april 1999 heller intet om, at ADM skulle have udtalt under mødet, at selskabet ville træde ud af kartellet. Jungbunzlauer anførte derimod i skrivelsen, at ADM havde anmodet om, at salgskvoterne blev omfordelt, men at anmodningen ikke blev taget til følge.«

206. I denne passage i den appellerede dom har Retten således på grundlag af tre skrivelser fra andre kartelmedlemmer draget konklusioner med hensyn til kartellets fortsatte eksistens i perioden fra den 4. oktober 1994 indtil juni 1995. I modsætning til hvad appellanten har anført, fremgår det ikke, at vurderingen af disse beviser er åbenbart urigtig. Beviserne blev ikke tillagt et objektivt fejlagtigt indhold.

207. Tværtimod taler konstateringen i præmis 250, »Fujisawa anførte derimod i skrivelsen, at kartellet først ophørte i 1995«, sammenholdt med den konstatering, at det ikke fremgår, at ADM er udtrådt på et tidligere tidspunkt, klart for den vurdering, som Retten har foretaget.

208. På denne baggrund er det en legitim fortolkningsmulighed blot at betragte de af appellanten anførte vidnesbyrd, »[kartel]-aftalerne ophørte, da Roquette den 4. oktober 1994 i London udtalte, at selskabet ikke længere ville overholde nogen [af dem]«, samt »Roquette udtalte, at selskabet ikke ønskede at fortsætte«, og »dette bragte aftalen til ophør«, som Roquettes udtræden og ikke som kartellets ophør.

209. Det følger heraf, at Domstolen ikke har kompetence til at behandle dette anbringende, da den ikke af billighedsgrunde kan erstatte Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder med sin egen vurdering.

210. Da ADM's argumenter ikke indeholder nogen tungtvejende elementer, der kan vise, at Retten kunne have gengivet de her omhandlede beviser urigtigt, må dette anbringende ligeledes forkastes og afvises fra realitetsbehandling.

b) Notits, der tilskrives Roquette

i) Parternes argumenter

211. Appellanten har — under henvisning til den appellerede doms præmis 263 — gjort gældende, at Retten har gengivet beviserne urigtigt ved at tilskrive Roquette den deri nævnte notits og derpå betragte denne notits som et bevis for karakteren af mødet i juni 1995. Denne — eneste — henvisning til, at der under det nævnte møde blev drøftet emner som »modydelse«, »produktion« eller »pris«, er i virkeligheden ikke udfærdiget af Roquette, men af en amerikansk anklagemyndighed som sammenfattende grundlag for drøftelserne med vidner fra Roquette, ikke som mødenotat. Oplysningerne deri er af ubekendt oprindelse.

212. Kommissionen har anført, at Roquette ganske vist ikke er forfatter til den her omhandlede notits, men fremlagde den for Kommissionen, som det også rigtigt fremgår af betragtning 233 til den anfægtede beslutning. En fejl, som Retten i givet fald måtte have begået med hensyn til forfatteren af denne notits, kan ikke tillægges betydning. Notitsen viser, at mødet i Anaheim i 1995 var af konkurrencebegrænsende karakter. I øvrigt udgør Rettens bemærkninger i den appellerede doms præmis 263 kun et led i en kæde. Den konkurrencebegrænsende karakter af dette møde i Anaheim fremgår klart af de øvrige dele.

ii) Retlig vurdering

213. Der er med hensyn til den her omhandlede notits i realiteten tydeligvis intet bevis for, at Roquette er forfatter hertil, hvilket tilskrives selskabet i den appellerede doms præmis 263. Roquette synes kun at have fremlagt denne notits for Kommissionen. Dette fremgår også af fremstillingen af parternes argumenter i den appellerede doms præmis 255 [138].

214. I sidste instans er denne notits og dens oprindelse imidlertid uden relevans. Det fjerde trin, der er undersøgt i denne forbindelse, udgør kun ét i en række af led. Udfaldet af sagen afhænger ikke at dette trin.

138 — I den franske udgave — processproget ved Retten — hedder det »[l]es indications contenues dans un document obtenu auprès de Roquette«, i den engelske, bekendtgjorte udgave »[t]he evidence contained in a document obtained from Roquette« og endelig i den tyske version »die Angaben eines von Roquette vorgelegten Dokuments« (o.a.: I den danske udgave hedder det »[o]plysningerne i et dokument fundet hos Roquette«).

215. Som det fremgår af det ovenfor anførte, støtter Rettens andre vurderinger vedrørende karakteren af mødet i Anaheim nemlig allerede kvalificeringen i den appellerede dom som »konkurrencebegrænsende«. Med hensyn til den af Kommissionen fastslåede varighed af deltagelsen i kartellet foreligger der dermed allerede en række tilstrækkelige oplysninger, hvis gyldighed det ikke er lykkedes appellanten at anfægte, nemlig på den ene side vurderingen af mødet i Anaheim som fortsættelse af den hidtidige adfærd ved hjælp af andre metoder og på den anden side vurderingen af dokumenterne fra andre kartelmedlemmer. Retten har i den appellerede doms præmis 263 ligeledes anset den her omhandlede notits for kun »at bekræfte« Kommissionens opfattelse af sin tidligere vurdering af mødet i Anaheim i juni 1995.

216. Det ottende, niende, tiende og ellevte anbringende må derfor forkastes.

F — *Retlig fejl ved undersøgelsen af den formildende omstændighed som følge af overtrædelsens ophør — tilsidesættelse af princippet om at overholde selvpålagte regler (tolvte — subsidiært fremførte — anbringende)*

217. Indledningsvis vil jeg minde om, at bødens grundbeløb i henhold til 1998-retningslinjernes punkt 3 kan nedsættes i tilfælde af formildende omstændigheder, herunder i henhold til denne bestemmelses tredje led, »hvis en virksomhed har bragt overtrædelsen til ophør straks efter Kommissionens første indgreb (typisk en kontrolundersøgelse)«.

218. Med hensyn til vurderingen af formildende omstændigheder, som ikke er opregnet udtømmende i 1998-retningslinjerne [139], har Kommissionen et vidt skøn [140].

1. Parternes argumenter

219. Appellanten har i det væsentlige gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 272-287 at have tilladt Kommissionen at se bort fra overtrædelsens ophør som relevant formildende omstændighed. Dette er i strid med princippet om, at Kommissionen skal overholde de regler, den har pålagt sig selv. Efter appellantens opfattelse bør bødens størrelse nedsættes i overensstemmelse hermed.

139 — Den ikke-udtømmende karakter kan allerede læses af ordlyden: »Grundbeløbet kan nedsættes i tilfælde af formildende omstændigheder, f.eks.« Jf. tillige Demetriou og Gray, nævnt ovenfor i fodnote 60, s. 1453, hvorefter retningslinjerne ikke indeholder bindende indikationer for formildende omstændigheder.

140 — Jf. bl.a. Dannecker og Biermann, nævnt ovenfor i fodnote 28, punkt 164.

220. Kommissionen har forsvaret den pågældende passage i den appellerede dom.

2. Den appellerede dom og retlig vurdering

221. Indledningsvis skal jeg bemærke, at appellanten med sine bemærkninger vedrørende den formildende omstændighed, som det vil fremgå nedenfor, har afgivet selvmodsigende oplysninger i forhold til sine egne oplysninger vedrørende tidspunktet for kartellets ophør.

222. Det fremgår af den appellerede doms præmis 270, at ADM har gjort gældende, at det ifølge 1998-retningslinjernes punkt 3, tredje led, udgør en formildende omstændighed, at »en virksomhed har bragt overtrædelsen til ophør straks efter Kommissionens første indgreb (typisk en kontrolundersøgelse)«. Det hedder videre, at denne »formildende omstændighed i det foreliggende tilfælde burde være taget i betragtning til selskabets fordel, eftersom det straks indstillede sin ulovlige adfærd efter de amerikanske konkurrencemyndigheders første indgreb«.

223. Denne fremstilling af parternes argumenter har appellanten ikke bestridt i appelskriftet, selv om det åbenbart er i strid med det, der er hævdet et andet sted i appelskriftet, nemlig at selskabets deltagelse i kartellet allerede blev bragt til ophør med mødet den 4. oktober 1994 [141]. Modsigelsen ligger konkret i, at et ophør i forbindelse med de amerikanske myndigheders indgreb blev dateret til — uden at det er blevet bestridt — den 27. juni 1995 [142], et tidspunkt, der stemmer overens med det af Kommissionen fastslåede — og af appellanten bestridte — tidspunkt for kartellets ophør i »juni 1995«.

224. Helt uafhængigt af appellantens selvmodsigende fremstilling af de faktiske omstændigheder i denne henseende er jeg af den opfattelse, at Retten ikke har begået en retlig fejl med hensyn til spørgsmålet om hensyntagen til den formildende omstændighed.

225. Retten har anført og begrundet i den appellerede doms præmis 272-287, at det er nødvendigt at fortolke den her omhandlede bestemmelse i 1998-retningslinjernes punkt 3, tredje led, indskrænkende, således at den effektive virkning af artikel 81, stk. 1, EF ikke bringes i fare, og at Kommissionen med sine retningslinjer derfor ikke kan pålægge sig selv en pligt til allerede at anse den blotte omstændighed, at overtrædelsen er bragt til ophør straks efter dens første indgriben, for en formildende omstændighed [143].

141 — For så vidt som appellanten har påstået, at selskabets deltagelse i kartellet blev bragt til ophør med mødet den 4.10.1994 (jf. punkt 163 ff. i dette forslag til afgørelse), er denne påstand på ingen måde knyttet til konkurrencemyndigheders indgreb, men derimod en manglende overensstemmelse mellem de virksomheder, der deltog i kartellet.

142 — Jf. den appellerede doms præmis 273.

143 — Jf. navnlig den appellerede doms præmis 279.

226. Det hedder videre i den appellerede dom:

»280 Bestemmelsen må derfor fortolkes således, at kun de særlige omstændigheder i den konkrete sag, hvor overtrædelsen blev bragt til ophør straks efter Kommissionens første indgriben, kan begrunde, at overtrædelsens ophør betragtes som formildende omstændighed […]

281 I det foreliggende tilfælde består overtrædelsen imidlertid i, at der er etableret et hemmeligt kartel med det formål at fastsætte priser og fordele markeder. Denne form for kartel forbydes udtrykkeligt i artikel 81, stk. 1, litra a) og c), EF og anses for en særlig grov overtrædelse. Parterne må derfor have vidst, at deres adfærd var ulovlig. Dette bekræftes af, at kartellet var hemmeligt. Retten er derfor ikke i tvivl om, at de berørte parter har begået overtrædelsen forsætligt.

282 Retten har tidligere udtrykkeligt fastslået, at det ikke kan betragtes som en formildende omstændighed, at en forsætligt begået overtrædelse er bragt til ophør, når dette skyldes Kommissionens indgriben […]

283 Under disse omstændigheder finder Retten i det foreliggende tilfælde ikke, at det kan betragtes som en formildende omstændighed, at ADM har bragt overtrædelsen til ophør efter en konkurrencemyndigheds første indgreb.

284 Denne konklusion anfægtes ikke af, at det i det foreliggende tilfælde er efter de amerikanske myndigheders og ikke Kommissionens indgreb, at ADM har bragt sin konkurrencebegrænsende praksis til ophør […]. At ADM bragte overtrædelsen til ophør straks efter de amerikanske konkurrencemyndigheders første indgreb, gør nemlig ikke ophøret mere frivilligt, end hvis det var sket straks efter Kommissionens første indgreb.«

227. Jeg anser denne begrundelse for ikke at være behæftet med fejl og det tilgrundliggende kriterium for at være korrekt.

228. Betragter man alene ordlyden af bestemmelsen i 1998-retningslinjernes punkt 3, tredje led, kan man i realiteten få den opfattelse, at hvis blot en virksomhed bringer overtrædelsen til ophør straks efter Kommissionens første indgreb, er der i alle

tilfælde tale om en formildende omstændighed [144].

229. En sådan fortolkning alene på grundlag af bestemmelsens ordlyd ville imidlertid ikke være i overensstemmelse med målene med Fællesskabets konkurrenceregler, som navnlig er at sikre, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes.

230. Retten har med rette fremhævet, at en formildende omstændighed i overensstemmelse med målene med Fællesskabets konkurrenceregler skal indeholde en »forholdsregel, som virksomheden træffer på eget initiativ« [145]. Dette er også efter min opfattelse korrekt, da den efterfølgende nedsættelse af bøden jo er en belønning, som ikke må gives, hvis den ulovlige adfærd blot bringes til ophør refleksagtigt efter konkurrencemyndighedernes indgreb. Med hensyn til den absolut ønskede reaktion i form af, at den ulovlige adfærd bringes til ophør, indeholder 1998-retningslinjerne i øvrigt allerede en passende tilskyndelse, idet en fortsættelse af en overtrædelse efter Kommissionens første indgriben anses for en skærpende omstændighed i 1998-retningslinjerne punkt 2 [146].

144 — Den appellerede doms præmis 277.

145 — Den appellerede doms præmis 278.

146 — Jf. tillige den appellerede doms præmis 278.

231. I denne henseende er det i øvrigt også logisk, når det i Rettens praksis i andre tilfælde lægges til grund, at en reduktion af grundbeløbet i forbindelse med hemmelige karteller ikke kan begrundes i tilfælde af et ophør som følge af et kommissionsindgreb, da ophøret i forbindelse med disse overtrædelser af konkurrencereglerne nødvendigvis hænger sammen med Kommissionens indgriben [147].

232. Det kan derfor ikke kritiseres, at Retten har antaget, at den pågældende virksomhed, for at der kan være tale om en formildende omstændighed, skal have taget et initiativ, der går længere end blot at bringe overtrædelsen til ophør efter Kommissionens indgreb [148]. Endvidere foreligger der heller ingen retsgrund, der kunne medføre en anfægtelse af Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag med hensyn til, at appellanten ikke har truffet et sådant initiativ, og den pågældende formildende omstændighed derfor heller ikke var taget i betragtning for selskabets vedkommende.

233. Indholdsmæssigt er denne forståelse af formildende omstændigheder på grundlag af en vurdering af adfærden i øvrigt i overens-

147 — Jf. tillige Engelsing og Schneider, »Kommentierung zu Art. 23 VO 1/2003«, punkt 144, i: Hirsch, Montag og Säcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)*, bind 1. Jf. desuden punkt 29 i 2006-retningslinjerne med hensyn til de formildende omstændigheder, hvori det nu hedder, at bødens grundbeløb kan nedsættes, hvis Kommissionen fastslår, at der foreligger formildende omstændigheder, som f.eks. »hvis den pågældende virksomhed fremlægger bevis for, at den bragte overtrædelsen til ophør, så snart Kommissionen greb ind. Dette gælder ikke for hemmelige aftaler eller hemmelig praksis (især karteller)«.

148 — Den appellerede doms præmis 285.

stemmelse med retspraksis vedrørende formildende omstændigheder, som vedrørte situationer inden anvendelsen af 1998-retningslinjerne, og hvor en bødenedsættelse forudsatte samarbejde under den administrative procedure [149].

234. Jeg skal imidlertid bemærke, at denne begrundelse, hvor Kommissionens selvforpligtelse i 1998-retningslinjerne vurderes på grundlag af artikel 81, stk. 1, EF, går videre end begrundelsen i dommen i sagen Dalmine mod Kommissionen [150]. I den pågældende dom — og f.eks. også i Rettens dom [151] i samme sag — lægges der blot vægt på, at der skal være en årsagsforbindelse med Kommissionens første indgreb.

235. For fuldstændighedens skyld skal jeg bemærke, at der heller ikke foreligger en formildende omstændighed i den foreliggende sag, hvis der tages udgangspunkt i en årsagsforbindelse med Kommissionens første indgreb. Det fremgår nemlig af de af Retten fastslåede faktiske omstændigheder, at Kommissionen først fra februar 1998 rettede en begæring om oplysninger til de vigtigste producenter, importører, eksportører og aftagere af natriumgluconat i Europa [152], dvs. på et tidspunkt, hvor ADM ifølge egne oplysninger [153] allerede i nogle år havde bragt sin deltagelse i kartellet til ophør.

236. Dermed må dette subsidiært fremførte anbringende ligeledes forkastes som ubegrundet.

237. Da ingen af anbringenderne efter min opfattelse kan tages til følge, foreslår jeg, at appellen forkastes i sin helhed.

VII — Sagens omkostninger

238. I medfør af procesreglementets artikel 69, stk. 2, som i henhold til procesreglementets artikel 118 finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da appellanten har tabt sagen, og Kommissionen har nedlagt påstand herom, bør det pålægges appellanten at betale sagens omkostninger.

149 — Jf. f.eks. dom af 16.11.2000, sag C-297/98 P, SCA Holding mod Kommissionen, Sml. I, s. 10101, præmis 36 og 37. Med hensyn til Kommissionens praksis jf. tillige dom af 25.1.2007, sag C-407/04 P, Dalmine mod Kommissionen, Sml. I, s. 835, præmis 154.

150 — Dommen i sagen Dalmine mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 149, præmis 158-160.

151 — Dom af 8.7.2004, sag T-50/00, Dalmine mod Kommissionen, Sml. II, s. 2395, præmis 328-330.

152 — Den appellerede doms præmis 5.

153 — Jf. punkt 164 i dette forslag til afgørelse: Appellanten har hævdet, at selskabet allerede havde bragt sin deltagelse i kartellet til ophør med mødet i London den 4.10.1994.

VIII — Forslag til afgørelse

239. På baggrund af disse betragtninger foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»1) Appellen forkastes.

2) Archer Daniels Midland Company betaler sagens omkostninger.«