FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT P. MENGOZZI

fremsat den 6. november 2008 [1]

Indhold

I — Baggrund, retsforhandlinger og påstande . . . . . I - 5850

II — Retlig vurdering . . . . . I - 5852

A — Indledning . . . . . I - 5852

B — Første appelanbringende vedrørende tilsidesættelse af retten til kontradiktion ved udpegelsen af appellanten som leder af kartellet . . . . . I - 5853

1. Rettens bemærkninger . . . . . I - 5853

2. Parternes argumenter . . . . . I - 5854

3. Bedømmelse . . . . . I - 5856

C — Den anfægtede beslutning — vurdering af, om der foreligger en tilsidesættelse af kontradiktionsretten ved udpegelse af appellanten som leder af kartellet . . . . I - 5863

D — Andet appelanbringende vedrørende tilsidesættelse af processuelle garantier ved at anvende FBI-rapporten som bevis for appellantens rolle som leder af kartellet I - 5865

1. Rettens bemærkninger . . . . . I - 5865

2. Parternes argumenter . . . . . I - 5867

3. Bedømmelse . . . . . I - 5870

a) Fortolkning af den appellerede dom . . . . . I - 5870

b) Spørgsmålet, om analysekriterierne i den appellerede dom er korrekte I - 5872

1 — Originalsprog: italiensk.

i) Mangel på generelt forbud mod, at Kommissionen henholder sig til beviser, der er indhentet i forbindelse med en anden procedure end den, som den selv har indledt . . . . . I - 5873

ii) Tilsidesættelse af specifikke processuelle garantier . . . . . I - 5876

— Betingelser for, at Kommissionen kan benytte bevismateriale, der er tilvejebragt i forbindelse med en anden procedure end den, som den selv har indledt: overholdelse af procesrettigheder . . . . . I - 5877

— Rettens kriterier vedrørende de regler, som Kommissionen skal overholde for at sikre sig, at procesrettighederne overholdes, samt anvendelsen heraf i denne sag . . . . . I - 5880

E — Den anfægtede beslutning: Kunne Kommissionen lægge FBI-rapporten til grund som bevis for appellantens førende rolle i kartellet? . . . . . I - 5887

F — Tredje, fjerde og femte anbringende vedrørende Cerestars skriftlige erklæringer I - 5887

G — Den anfægtede beslutning: Har Kommissionen i tilstrækkeligt omfang godtgjort, at ADM spillede en førende rolle i kartellet? . . . . . I - 5889

H — Sjette appelanbringende vedrørende manglende anerkendelse af en formildende omstændighed i forbindelse med ADM's udtræden af kartellet efter de amerikanske antitrustmyndigheders indgriben . . . . . I - 5890

1. Rettens bemærkninger . . . . . I - 5890

2. Parternes argumenter . . . . . I - 5892

3. Bedømmelse . . . . . I - 5892

I — Niende anbringende vedrørende kartellets konkrete indvirkning på markedet I - 5895

1. Rettens bemærkninger . . . . . I - 5895

2. Parternes argumenter . . . . . I - 5896

3. Bedømmelse . . . . . I - 5897

J — Syvende og ottende appelanbringende vedrørende tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning ved vurderingen af ADM's samarbejde under den administrative procedure . . . . . I - 5901

1. Anbringendet vedrørende erklæringerne fra Kommissionens personale under den administrative procedure . . . . . I - 5902

2. Anbringendet vedrørende tilsidesættelse af betingelserne i afsnit B i samarbejdsmeddelelsen . . . . . I - 5903

K — Den anfægtede beslutning: Burde appellanten i medfør af afsnit B, litra b), i samarbejdsmeddelelsen være blevet betragtet som den første virksomhed, der forelagde Kommissionen afgørende beviser for kartellets eksistens? . . . . . I - 5904

L — Regulering af størrelsen af den bøde, der blev pålagt appellanten . . . . . I - 5909

M — Sagens omkostninger . . . . . I - 5909

III — Forslag til afgørelse . . . . . I - 5910

I — Baggrund, retsforhandlinger og påstande

1. Ved beslutning af 5. december 2001, 2002/742/EF (herefter den »anfægtede beslutning«) [2] fastslog Kommissionen som svar på udfaldet af en procedure efter artikel 1 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 [3], at Archer Daniels Midland Co. (herefter »appellanten« eller »ADM«) og andre virksomheder havde tilsidesat EF-traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, ved at deltage i en vedvarende aftale og/eller samordnet praksis i citronsyresektoren.

2. I betragtning 158 til den anfægtede beslutning har Kommissionen anført følgende elementer som relevante ved vurderingen af ovennævnte overtrædelse: fordeling af markeder og kvoter for markedsandele, fastfrysning/begrænsning/lukning af produktionskapacitet, aftale om samordnede prisstigninger, udpegning af den producent, der skal »lede« prisstigningerne på de enkelte nationale markeder, rundsendelse af lister over aktuelle og fremtidige målpriser for at koordinere prisstigninger, udvikling og gennemførelse af et rapporterings- og overvågningssystem for at sikre gennemførelsen af de konkurrencebegrænsende aftaler, fordeling eller tildeling af kunder, deltagelse i regelmæssige møder og andre kontakter med henblik på at blive enige om begrænsningerne og eventuelt gennemføre og/eller ændre disse.

3. I artikel 3 i den anfægtede beslutning blev de ansvarlige virksomheder pålagt bøder for

2 — Kommissionens beslutning om en procedure efter EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/E-1/36.604 — Citronsyre) (EFT 2002 L 239, s. 18).

3 — Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens [artikel 81 og 82] (EFT 1959-1962, s. 81) og efterfølgende ændringer.

ovennævnte overtrædelse. Ved beregningen af bøderne har Kommissionen, uden at dette dog nævnes direkte, anvendt metodikken i retningslinjerne fra 1998 for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, i EKSF-traktaten (herefter »retningslinjerne«) [4] samt sin meddelelse, som der udtrykkeligt henvises til, fra 1996 om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (herefter »samarbejdsmeddelelsen«) [5].

4. Appellanten blev pålagt en bøde på 39,69 mio. EUR.

5. Kommissionen har ved bødeberegningen ud fra vurderingen af overtrædelsens grovhed især taget hensyn til kartellets konkrete indvirkning på markedet for citronsyre inden for EØS. Ud over at påføre ADM en grundbøde på 58,8 mio. EUR beregnet ud fra overtrædelsens grovhed og varighed har Kommissionen på grund af skærpende omstændigheder forhøjet beløbet med 35%, idet ADM sammen med en anden virksomhed havde en ledende rolle i kartellet. ADM blev ikke indrømmet den godtgørelse, som til gengæld blev indrømmet en anden virksomhed, Cerestar Bioproducts BV (herefter »Cerestar«), som foreskrives i afsnit B i samarbejdsmeddelelsen, dvs. »bødefritagelse« eller »bødenedsættelse« i forhold til den bøde, der ville være blevet pålagt, hvis virksomheden ikke havde samarbejdet. Ifølge Kommissionen var det Cerestar og ikke ADM, som først fremlagde afgørende beviser for kartellets eksistens i henhold til afsnit B, litra b), i samarbejdsmeddelelsen, og da ADM var udpeget som leder af kartellet, opfyldte virksomheden ikke betingelsen i afsnit B, litra e), i samme meddelelse. I medfør af afsnit D i nævnte meddelelse har Kommissionen dog indrømmet ADM en »betydelig bødenedsættelse« (50%).

6. Ved stævning indleveret til Justitskontoret ved De Europæiske Fællesskabers Ret af Første Instans (herefter »Retten«) den 28. februar 2002 har ADM for det første nedlagt påstand om annullation af artikel 1 i den anfægtede beslutning, for så vidt som det heri fastslås, at appellanten har tilsidesat artikel 81 EF og EØS-aftalens artikel 53 ved at indgå aftale om at begrænse kapaciteten på det pågældende marked og deltage i udpegelsen af en producent, der skulle »føre an« i prisforhøjelserne på hvert nationalt segment, og for det andet påstået annullation af samme beslutnings artikel 3, for så vidt som den vedrører appellanten, eller subsidiært ændring eller nedsættelse af den bøde, der er pålagt appellanten.

4 — EFT 1998 C 9, s. 3.
5 — EFT 1996 C 207, s. 4.

7. Ved dom af 27. september 2006 (herefter den »appellerede dom«) [6] tog Retten appellantens påstand om delvis annullation af artikel 1 i den anfægtede beslutning til følge, mens den forkastede appellantens påstande vedrørende bødeforlægget i artikel 3 i samme beslutning, dømte Kommissionen til at betale en tiendedel af appellantens sagsomkostninger og dømte appellanten til at bære resten af sine egne omkostninger og betale Kommissionens omkostninger.

8. Ved appelskrift indleveret til Domstolens Justitskontor den 11. december 2006 har appellanten appelleret førnævnte dom og nedlagt påstand om dens ophævelse, for så vidt som appellantens påstand ikke blev taget til følge, samt om annullation af beslutningens artikel 3, for så vidt som den angår appellanten, eller ændre den, således at den pålagte bøde nedsættes yderligere eller ophæves, eller alternativt hjemvise sagen til Retten, således at denne kan træffe afgørelse i overensstemmelse med de af Domstolen fastsatte principper og under alle omstændigheder dømme Kommissionen til at betale sagsomkostningerne for begge retsinstanser.

9. I sit svarskrift har Kommissionen nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at appellanten dømmes til at betale omkostningerne.

6 — Sag T-59/02, Archer Daniels Midland mod Kommissionen, Sml. II, s. 3627.

10. Parternes repræsentanter har afgivet indlæg under retsmødet den 8. maj 2008.

II — Retlig vurdering

A — *Indledning*

11. I appellen fremsætter appellanten ni anbringender, der alle vedrører fastsættelsen af bødebeløbet.

12. Med de første fem anbringender i appellen gør appellanten indsigelse imod de vurderinger, Retten har lagt til grund for at forkaste appellantens argumenter vedrørende den forhøjelse på 35% af bødens grundbeløb, som Kommissionen har vedtaget under hensyntagen til de skærpende omstændigheder, der skyldtes, at ADM havde en ledende rolle i kartellet på citronsyremarkedet. Det første anbringende drejer sig om, at Retten har undladt at fastslå, at appellantens ret til kontradiktion er blevet tilsidesat på grund af manglende anfægtelse af nævnte skærpende omstændighed eller de faktiske omstændigheder, der vedrørte denne, i løbet af den administrative procedure. De efterfølgende fire anbringender drejer sig derimod om de vurderinger, som Retten har lagt til grund for

at udelukke, at betragtningerne i den anfægtede beslutning, som udpeger ADM som leder af kartellet, var uegnede til at berettige en sådan udpegelse, som det påstås af appellanten.

B — *Første appelanbringende vedrørende tilsidesættelse af retten til kontradiktion ved udpegelsen af appellanten som leder af kartellet*

1. Rettens bemærkninger

13. De sidste fire appelanbringender vedrører den manglende anerkendelse af en formildende omstændighed, vurderingen af kartellets faktiske følger for markedet og vurderingen af appellantens samarbejde med Kommissionen i løbet af den administrative procedure.

14. Jeg skal allerede her påpege, at jeg mener, at visse af ovennævnte anbringender bør tages til følge, og at den appellerede dom derfor efter min mening bør ophæves på visse punkter, samt at sagsakterne gør det muligt for Domstolen i medfør af artikel 61, stk. 1, i dennes statut at træffe endelig afgørelse i sagen, som appellanten har nedlagt påstand om. For overskuelighedens skyld og på grund af de mange anbringender skal jeg løbende undersøge de anbringender, som jeg mener bør tages til følge, ud fra en undersøgelse af de samme anbringender i førsteinstanssagen, som blev forkastet i de dele af den appellerede dom, der bør ophæves.

15. Appellanten havde over for Retten gjort gældende, at Kommissionen havde tilsidesat virksomhedens ret til kontradiktion, idet udpegelsen af denne som leder af kartellet ikke var blevet fremført under den administrative procedure, og idet klagepunktsmeddelelsen ikke indeholdt beviser (navnlig detaljer vedrørende nogle af appellantens repræsentanters rolle under afviklingen af kartelmøderne) til støtte for en sådan udpegelse i den anfægtede beslutning. Appellanten gjorde desuden gældende, at virksomheden ikke havde kunnet udtale sig i løbet af proceduren angående anvendelsen af rapporten fra Federal Bureau of Investigation (FBI) i USA i forbindelse med FBI-agenternes afhøring af en af ADM's tidligere repræsentanter den 11. og 12. oktober 1996 (herefter »FBI-rapporten«) samt Cerestars skriftlige udtalelse af 18. marts 1999 [7] til Kommissionen (herefter »Cerestars skriftlige udtalelse«) som bevis og støtte for udpegelsen.

7 — I den anfægtede beslutning nævnes Cerestars udtalelse af 25.3.1999. Det drejer sig imidlertid ikke om to forskellige udtalelser, men den samme. Som det fremgår af præmis 371 i den appellerede dom, var Cerestars udtalelse dateret den 18.3.1999, men den blev meddelt Kommissionen den 25.3.1999.

16. Retten henviste navnlig til Domstolens dom i sagen Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen [8], som fastslår, at når Kommissionen i klagepunktsmeddelelsen udtrykkeligt anfører, at den vil undersøge, om der bør pålægges de berørte parter bøder, og ligeledes anfører de væsentlige faktiske og retlige omstændigheder, som kan medføre bødepålæg, herunder den formodede overtrædelses grovhed og varighed samt spørgsmålet om, hvorvidt den er begået »forsætligt eller uagtsomt«, har den opfyldt sin forpligtelse til at respektere virksomhedernes ret til kontradiktion, idet den har givet virksomhederne tilstrækkelige oplysninger til, at de kan tage til genmæle ikke blot for så vidt angår konstateringen af, at der forelå en overtrædelse, men også for så vidt angår bødepålægget [9].

17. Retten forkastede herefter appellantens ovennævnte klagepunkter og bemærkede, at Kommissionen i klagepunktsmeddelelsen havde anført de væsentligste faktiske og retlige omstændigheder, som kunne udgøre begrundelsen for den bøde, den havde til hensigt at pålægge ADM, og fastslog, at »[f]or at sikre de berørte virksomheders ret til kontradiktion er det ikke nødvendigt, at Kommissionen i klagepunktsmeddelelsen nærmere præciserer, hvilken vægt den i givet fald vil tillægge disse elementer ved fastsættelsen af bødens størrelse«. Under henvisning til dommen i sagen Michelin mod Kommissionen [10] bemærkede Retten navnlig, at »Kommissionen ikke [var] forpligtet til at oplyse, at ADM kunne blive anset for leder af kartellet, eller til at angive, med hvor meget ADM's bøde eventuelt vil blive forhøjet af denne grund«. Hvad angår anvendelsen af FBI-rapporten i bevisførelsen samt Cerestars skriftlige udtalelse blev det påpeget, at »Kommissionen [havde] vedlagt klagepunktsmeddelelsen disse dokumenter, og at parterne således havde mulighed for at kommentere dokumenterne og deres anvendelse som beviser« [11].

2. Parternes argumenter

18. I det omhandlede anbringende foreholder appellanten Retten, under tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af retten til kontradiktion at have fastslået, at Kommissionen i klagepunktsmeddelelsen ikke er forpligtet til at advare modtageren om muligheden for, at denne kan blive udpeget som leder af kartellet og ikke er forpligtet til at anføre de faktiske omstændigheder, som denne udpegelse er baseret på, samt at den anden domskonklusion ikke er tilstrækkeligt begrundet.

19. Ifølge appellanten er rollen som leder af kartellet en af de primære faktiske omstændigheder, der ligger til grund for vurderingen af grovheden i en virksomheds overtrædelse, og som skal fremgå af klagepunktsmeddelelsen [12], også fordi bødeforhøjelsen, som

8 — Dom af 7.7.1983, forenede sager 100/80-103/80, Sml. s. 1825, præmis 21.

9 — Den appellerede dom, præmis 434.

10 — Dom af 9.11.1983, sag 322/81, Sml. s. 3461, præmis 20.

11 — Den appellerede dom, præmis 436, 438 og 439.

12 — Appellanten henviser herved til Rettens domme af 20.3.2002, sag T-9/99, HFB m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1487, præmis 316 og 317, og sag T-23/99, LR af 1998 mod Kommissionen, Sml. II, s. 1705, præmis 203-205, samt dom af 8.7.2004, sag T-48/00, Corus UK mod Kommissionen, Sml. II, s. 2325, præmis 153.

pålægges af Kommissionen for denne skærpende omstændighed, normalt udgør mellem 30 og 50% af bødebeløbet.

20. Ifølge appellanten skal de omstændigheder, som udpegelsen som leder af kartellet er baseret på, også nævnes i klagepunktsmeddelelsen eller i hvert fald kunne udledes af den vedlagte dokumentation [13]. I denne sag fremgår disse omstændigheder ikke af klagepunktsmeddelelsen, og det er heller ikke muligt at udlede dem af den vedlagte dokumentation på grund af følgende: a) Kommissionen havde i klagepunktsmeddelelsen udtrykkeligt angivet, at der i beregningen af bødebeløbet, og navnlig i vurderingen af de enkelte virksomheders rolle, er taget udgangspunkt i de faktiske omstændigheder, der er beskrevet i samme meddelelse, b) det var vanskeligt at udpege lederen af kartellet på grund af de faktiske omstændigheders komplekse natur, hvilket ligeledes fremgik af den anfægtede beslutning (betragtning 273) og den appellerede dom (præmis 300), c) Kommissionen havde under den administrative procedure over for ADM anført, at denne kunne benytte sig af afsnit B i samarbejdsmeddelelsen, og havde dermed antydet, at den ikke betragtede ADM som leder af kartellet, d) i mangel på specifik varsling kan man ikke forlange af en virksomhed, at denne undersøger og modbeviser alle de faktiske omstændigheder, som fremgår af de forskellige omfattende dokumenter, der er vedlagt en klagepunktsmeddelelse, hvilket er en antagelse, der kan medføre, at virksomheden mister muligheden for at drage fordel af afsnit B i samarbejdsmeddelelsen, som bl.a. forudsætter et varigt og fuldstændigt samarbejde fra virksomheden.

13 — Rettens dom af 10.3.1992, sag T-11/89, Shell mod Kommissionen, Sml. II, s. 757, præmis 62.

21. Kommissionen mener, at appellantens klagepunkter bør forkastes. Klagepunkterne er baseret på en unaturlig sondring mellem rollen som leder i et kartel og de konsekvenser, som denne rolle har for fastsættelsen af bødebeløbet. Appellanten tager ikke hensyn til, at rollen som leder har indvirkning på bødebeløbet, men ikke på konstateringen af, om der forelægger en overtrædelse. Det er derfor ikke nødvendigt, at Kommissionen i klagepunktsmeddelelsen tilføjer en detaljeret angivelse af »omstændigheder, der i virkeligheden udgør en forhåndsmeddelelse af bødebeløbet«. I denne sag var det ifølge Kommissionen tilstrækkeligt at angive, som den gjorde, at der i vurderingen af overtrædelsens grovhed var taget hensyn til de involverede virksomheders roller.

22. Kommissionen påpeger, at FBI-rapporten og Cerestars skriftlige udtalelse var blandt de otte dokumenter, der var vedlagt klagepunktsmeddelelsen.

23. Den tilføjer, at appellantens rolle i kartellet er nævnt i den centrale del af klagepunktsmeddelelsen (der refereres f.eks. til punkt 63, 71, 84, 85, 93, 94 og 104 i sidstnævnte). I sit svar på klagepunktsmeddelelsen har appellanten desuden udtrykkeligt refereret til ovennævnte to dokumenter og har taget stilling til sin rolle i kartellet ved at udelukke, at virksomheden var leder eller stifter af kartellet, og påvist dette ved at henvise til netop FBI-rapporten. Dette beviser, at appellanten fik mulighed for kontradiktion ud fra indholdet i nævnte meddelelse.

3. Bedømmelse

24. Selv om man kan finde visse udsagn, der kan fortolkes modsat [14], kan det anses for fast retspraksis, at virksomheder, der er sigtet i en sag om overtrædelse af konkurrencereglerne i EF-traktaten, har ret til at blive hørt af Kommissionen, ikke kun hvad angår eksistensen af de påståede overtrædelser, men også hvad angår bødepålæggelsen og kriterierne for fastsættelsen af en sådan bøde.

25. Som Retten bemærker i den appellerede dom, har Domstolen fastslået, at når Kommissionen i sin klagepunktsmeddelelse udtrykkeligt anfører, at den vil undersøge, om der burde pålægges de berørte virksomheder bøder, og ligeledes anfører de væsentlige faktiske og retlige omstændigheder, som kunne medføre bødepålæg, herunder den formodede overtrædelses grovhed og varighed samt spørgsmålet om, hvorvidt den var begået »forsætligt eller uagtsomt«, har den opfyldt sin forpligtelse til at respektere virksomhedernes ret til at blive hørt, idet den har givet virksomhederne tilstrækkelige oplysninger til, at de kan tage til genmæle ikke blot for så vidt angår konstateringen af, at der forelå en overtrædelse, men også for så vidt angår bødepålægget [15].

26. Navnlig i dommen Michelin mod Kommissionen [16] synes Domstolen delvist at have afveget fra generaladvokat Verloren Van Themaat, som fastslog, »at der ikke allerede under den administrative procedure kan meddeles noget om bødens størrelse eller *kriterierne for dens fastsættelse*, eftersom Kommissionen først ved procedurens afslutning kan fastslå, om overtrædelsen skal tilregnes virksomheden som forsætlig eller uagtsom« [17]. Hvad angår kriterierne for fastsættelse af bøden fastslog Domstolen i den pågældende dom, at »Kommissionen […] udtrykkeligt i meddelelsen af klagepunkterne […] [havde] oplyst, at den havde til hensigt at pålægge [den pågældende virksomhed] en bøde med et beløb, der ville blive fastlagt på baggrund af overtrædelsens varighed og grovhed, *som Kommissionen anså for betydelig*«, og herved gjort det muligt for virksomheden »at forsvare sig ikke blot mod en konstatering af overtrædelsen, men også mod pålæggelsen af en bøde« [18].

14 — Jf. 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, »PVC II«-dommen, Sml. I, s. 8375, præmis 91, som angiver, at »området for udøvelse af retten til forsvar som fastlagt ved ovennævnte fællesskabsretlige princip, reguleret ved forordning nr. 17 og nr. 99/63 [er] *afgrænset* ved spørgsmålene om rigtigheden og relevansen af de påberåbte forbehold og omstændigheder og de dokumenter, som Kommissionen påberåber sig til støtte for, at der foreligger en overtrædelse af konkurrenceretten«. Min fremhævelse.

15 — Dommen i sagen Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen, nævnt i fodnote 8 ovenfor, præmis 21, og 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, præmis 428.

16 — Nævnt i fodnote 10 ovenfor.

17 — Forslag til afgørelse af 21.6.1983 i sagen Michelin mod Kommissionen, nævnt i fodnote 10 ovenfor, punkt 7. Min fremhævelse.

18 — Dommen i sagen Michelin mod Kommissionen, nævnt i fodnote 10 ovenfor, præmis 20. Min fremhævelse.

27. I dommen i sagen Showa Denko mod Kommissionen [19] fastslog Domstolen nyligt særdeles klart, at de virksomheder, der er berørt af en procedure på grund af tilsidesættelse af artikel 81 EF, har ret til at blive hørt »ikke alene om sanktionsprincippet, men også om ethvert forhold, som [Kommissionen] agtede at tage hensyn til ved bødefastlæggelsen«.

28. Den formulering i retspraksis, som jeg henviser til i punkt 25 ovenfor, er ikke desto mindre meget generel, og det fremgår ikke, hvad man skal forstå med »faktiske og retlige omstændigheder«, som er relevante for bødepålægget, og som skal fremgå af klagepunktsmeddelelsen, især ikke, om det er tilstrækkeligt, at Kommissionen i sin klagepunktsmeddelelse angiver, at den i sin beslutning vedrørende bødens berettigelse og størrelse tager hensyn til grovheden, varigheden og det subjektive element i den formodede overtrædelse, eller om det derimod er nødvendigt, at den fremkommer med en specifik vurdering af sådanne aspekter.

29. Det kan helt sikkert udelukkes, at det er tilstrækkeligt, at Kommissionen abstrakt set påberåber sig ovennævnte aspekter vedrørende grovheden, varigheden og det subjektive element i den formodede overtrædelse. Domstolen har allerede fastslået, »at forpligtelsen til at fremlægge angivelser vedrørende overtrædelsens grovhed og karakter af forsætlig eller uagtsom ville blive uden indhold, såfremt en blot omskrivning af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 i sig selv var tilstrækkelig til at opfylde den« [20]. Hvad angår overtrædelsens varighed har Domstolen klarlagt, at den allerede skal præciseres i klagepunktsmeddelelsen [21].

30. På den anden side kan det på baggrund af retspraksis udelukkes, at overholdelsen af virksomhedernes kontradiktionsret medfører, at det i klagepunktsmeddelelsen skal fremgå, hvorledes Kommissionen har til hensigt at påberåbe sig hver af disse »faktiske og retlige omstændigheder« til fastsættelse af bødestørrelsen. Hvis der gives indikationer vedrørende bødestørrelsen, inden virksomhederne har haft mulighed for at fremføre deres forsvar i forbindelse med de anfægtede bøder, vil dette være det samme som på utilsigtet måde at vedtage Kommissionens beslutning på forhånd [22].

31. I virkefeltet mellem de to ovennævnte ekstreme hypoteser, og selv om det ligger fast, at det både skal fremgå af klagepunktsmeddelelsen, hvor længe overtrædelsen har varet, og om overtrædelsen er begået forsætligt eller uagtsomt, skal det stadig afgøres, om det er tilstrækkeligt, at Kommissionen i klagepunktsmeddelelsen opregner de kriterier for fastsættelse af overtrædelsens grovhed, som den har til hensigt at følge, eller om den skal

19 — Dom af 29.6.2006, sag C-289/04 P, Sml. I, s. 5859, præmis 70.

20 — Dommen i sagen Corus UK mod Kommissionen, nævnt i fodnote 12 ovenfor, præmis 145.

21 — Dommen i sagen Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen, nævnt i fodnote 8 ovenfor, præmis 15.

22 — Jf. dommen i sagen Michelin mod Kommissionen, nævnt i fodnote 10 ovenfor, præmis 19, i sagen Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen, nævnt i fodnote 8 ovenfor, præmis 21, og i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt i fodnote 15 ovenfor, præmis 434 og 439, samt dom af 10.5.2007, sag C-328/05 P, SGL Carbon mod Kommissionen, Sml. I, s. 3921, præmis 58.

specificere, hvorledes den har til hensigt at anvende disse kriterier. Var det i denne sag tilstrækkeligt, at Kommissionen i klagepunktsmeddelelsen angav, således som den gjorde, at den ville tage hensyn til bl.a den enkelte virksomheds rolle i overtrædelsen i sin fastsættelse af bødebeløbet (angivelse af kriteriet), eller skulle den derimod allerede i klagepunktsmeddelelsen have fremført muligheden for, at ADM kunne blive udpeget som leder af kartellet (bedømmelse i henhold til kriteriet)?

32. Jeg mener ikke, at Domstolens praksis giver et klart svar på dette spørgsmål. Det samme gælder for de domme, Retten har afsagt i sagerne HFB m.fl. mod Kommissionen og LR af 1998 mod Kommissionen, som appellanten påberåber sig til støtte for den anden løsning [23]. Selv om at Retten i disse sager påpegede, at klagepunktsmeddelelsen, som blev tilsendt de sagsøgende virksomheder, bl.a. henviste til disse virksomheders aktive rolle [24] eller rolle som hovedmænd [25] i forbindelse med det pågældende kartel og konstaterede, at »Kommissionen […] dermed i meddelelsen af klagepunkter [havde] angivet de faktiske og retlige omstændigheder, som den ville støtte sig på ved beregningen af den bøde, appellanten skulle pålægges, hvorfor virksomhedens ret til at blive hørt [var] blevet behørigt overholdt på dette punkt« [26], kan det dog ikke udledes, at Retten har fundet denne henvisning *nødvendig* med henblik på at overholde denne ret.

33. Til forskel herfra må det anerkendes, at Retten i dommen i sagen Corus UK mod Kommissionen [27], som også er påberåbt af appellanten, reelt har anlagt en mere snæver fortolkning af Kommissionens pligter med hensyn til indholdet i klagepunktsmeddelelsen ved kort sagt at anse det for utilstrækkeligt, at der angives et bestemt kriterium for grovheden, som ikke følges af en foreløbig bedømmelse i henhold til dette kriterium. Efter at Retten indledningsvis bemærkede, at Kommissionen i klagepunktsmeddelelsen skal »fremlægge en kort, foreløbig bedømmelse af den påståede overtrædelses varighed og grovhed samt af spørgsmålet om, hvorvidt overtrædelsen er blevet begået forsætligt eller uagtsomt under de i sagen konkrete foreliggende omstændigheder«, fastslog den i den pågældende sag, at klagepunktsmeddelelsen var »mangelfuld, idet Kommissionen ikke i meddelelsen angav, hvorledes den foreløbigt bedømte grovheden af den begåede overtrædelse«, idet den havde udeladt at klarlægge, om det efter dens overbevisning drejede sig om en »alvorlig« eller »meget alvorlig« overtrædelse i medfør af retningslinjerne [28]. Herudover bemærkede Retten, at denne mangel ikke medførte en annullation af den anfægtede beslutning, idet det ikke var bevist, at appellanten, på grund af denne mangel, i sit svar på klagepunktsmeddelelsen ville have fremført argumenter, der var meget forskellige fra de argumenter, der havde til formål at minimere den begåede overtrædelses grovhed, som faktisk blev fremført i nævnte svar [29].

34. Jeg spørger mig selv, om det ikke ville være mere korrekt med en omvendt tilgang. I stedet for straks og abstrakt set at fastslå

23 — Nævnt i fodnote 12 ovenfor.

24 — Dommen i sagen HFB m.fl. mod Kommissionen, nævnt i fodnote 12 ovenfor, præmis 316.

25 — Dommen i sagen LR af 1998 mod Kommissionen, nævnt i fodnote 12 ovenfor, præmis 204.

26 — Dommen i sagen HFB m.fl. mod Kommissionen, præmis 317, og i sagen LR af 1998 mod Kommissionen, nævnt i fodnote 12 ovenfor, præmis 205.

27 — Nævnt i fodnote 12 ovenfor.

28 — Ibidem, præmis 146, 151 og 153.

29 — Ibidem, præmis 154-159.

omfanget af de forpligtelser, der påhviler Kommissionen med hensyn til indholdet i klagepunktsmeddelelsen, for herefter at kontrollere, om tilsidesættelsen af disse pligter konkret set har haft indvirkning på kontradiktionsretten, ville det måske være mere passende at udlede omfanget af disse pligter af nødvendigheden af, at denne ret overholdes.

35. Hvis, som det ofte er bekræftet i retspraksis og som nævnt i præmis 435 i den appellerede dom, er »gennem adgangen til at udtale sig om overtrædelsens varighed, grovhed og spørgsmålet om, hvorvidt dens konkurrencebegrænsende virkninger kunne forudses, at de berørte virksomheder er sikret ret til kontradiktion over for Kommissionen for så vidt angår bødeudmålingen« [30], bør de pligter, der påhviler Kommissionen, kun være dem, der udelukkende har til formål at realisere denne adgang.

36. I denne henseende mener jeg, at når Kommissionen som i denne sag i sin klagepunktsmeddelelse har angivet, at den i sin bedømmelse af overtrædelsens grovhed og ved fastsættelsen af den bøde, der skal pålægges en virksomhed, vil tage hensyn til virksomhedens rolle i de hemmelige aftaler, der er beskrevet i samme meddelelse, er virksomheden i stand til at fremføre sine bemærkninger i forbindelse med de konklusioner, der skal udledes med hensyn til virksomhedens rolle af de faktiske omstændigheder, som fremføres af Kommissionen, ved f.eks. at påstå, at disse omstændigheder ikke antyder, at dette var en aktiv rolle eller en ledende rolle.

37. Jeg mener derfor ikke, at Retten har begået en retlig fejl ved at konkludere, at Kommissionen ikke var forpligtet til i klagepunktsmeddelelsen at meddele, at den ville udpege ADM som leder af det omhandlede kartel.

38. Hvad angår den anden del af dette anbringende med hensyn til den manglende angivelse i klagepunktsmeddelelsen af de faktiske omstændigheder, der i den anfægtede beslutning lå til grund for at udpege ADM som leder af kartellet, mener jeg derimod, at appellantens argumenter delvist skal tages til følge.

39. De faktiske omstændigheder, som appellanten henviser til i denne del af anbringendet, er de forhold, der fremgår af betragtning 265 og 266 til den anfægtede beslutning, og som er gengivet fra FBI-rapporten og fra Cerestars skriftlige udtalelse. Ifølge FBI-rapporten udtænkte en repræsentant fra ADM »G-4/5«-ordningen og spillede en aktiv rolle på mødet den 6. marts 1991 i Basel, hvor

30 — Denne antagelse, som findes i mange andre af Rettens domme (dom af 6.10.1994, sag T-83/91, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. II, s. 755, præmis 235, dommen i sagen HFB m.fl. mod Kommissionen, præmis 312, og i sagen LR af 1998 mod Kommissionen, nævnt i fodnote 12 ovenfor, præmis 200, dom af 15.6.2005, forenede sager T-71/03, T-74/03, T-87/03 og T-91/03, Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 140, af 25.10.2005, sag T-38/02, Danone mod Kommissionen, Sml. II, s. 4407, præmis 51, og af 15.3.2006, sag T-15/02, BASF mod Kommissionen Sml. II, s. 497, præmis 49), er blevet stadfæstet af Domstolen i dommen i sagen SGL Carbon mod Kommissionen, nævnt i fodnote 12 ovenfor, præmis 57.

reglerne for citronsyreordningen blev udarbejdet. Denne person blev betragtet som »vismanden« og var blevet døbt »prædikanten« af en repræsentant fra Jungbunzlauer (betragtning 265). Ifølge den skriftlige udtalelse fra Cerestar havde en anden repræsentant fra ADM en ledende rolle og ledte de såkaldte »Sherpa«-møder (dvs. de mere teknisk betonede møder i modsætning til de såkaldte »Masters«-møder, der blev afholdt på højeste niveau) og var normalt den, der forberedte sagerne og fremsatte forslag til de prislister, der skulle vedtages (betragtning 266). Kommissionen har betragtet disse omstændigheder som »tilstrækkelige yderligere oplysninger til at kunne konkludere, at ADM var leder af kartellet«, efter at have fastslået, at »den omstændighed, at ADM holdt en række bilaterale møder med sine konkurrenter kort tid før det første multilaterale kartelmøde, ikke [var] tilstrækkeligt til at godtgøre, at ADM var initiativtager til kartellet,«. Nævnte faktiske omstændigheder var således afgørende for udpegelsen af appellanten som leder af kartellet.

40. Det klagepunkt, hvormed der anføres, at den appellerede dom ikke indeholder en begrundelse i forbindelse med appellantens argument om, at disse omstændigheder ikke er angivet i klagepunktsmeddelelsen, bør derfor afvises. Selv om Retten ikke klart fremførte nogen begrundelse for, at en sådan udeladelse efter dens mening ikke medfører en tilsidesættelse af ADM's kontradiktionsret, kan det antages, at en sådan begrundelse fremgår indirekte af præmis 439 i den appellerede dom. I nævnte præmis refereres primært til et andet argument, som afvises, hvormed appellanten har påstået, at virksomheden ikke havde haft mulighed for at udtale sig i løbet af den administrative procedure vedrørende anvendelsen af FBI-rapporten og Cerestars skriftlige udtalelse som bevismateriale. Alligevel er rækkevidden af denne præmis mere vid, hvilket fremgår af udtrykket »og deres anvendelse som beviser«, idet Retten synes at udlede, at det forhold, at Kommissionen havde vedlagt klagepunktsmeddelelsen de to ovennævnte dokumenter, var tilstrækkeligt til, at parterne både kunne tage stilling til deres anvendelse som bevismateriale og til de faktuelle omstændigheder, som var beskrevet heri.

41. På den anden side mener jeg dog, at Rettens bedømmelse, for så vidt som den ikke fandt det nødvendigt i klagepunktsmeddelelsen at fremføre de faktuelle omstændigheder, som påberåbes i betragtning 265 og 266 i den anfægtede beslutning, er retligt fejlagtig.

42. Overholdelse af kontradiktionsretten kræver efter min mening, at den pågældende virksomhed i klagepunktsmeddelelsen i hvert fald gøres bekendt med det faktuelle materiale samt det bevismateriale, som Kommissionen har til hensigt at basere sin bedømmelse på i sin endelige beslutning [31].

43. Ifølge Domstolen »[indebærer] overholdelsen af retten til kontradiktion […], at den

31 — Jf. dom af 25.10.1983, sag 107/82, AEG-Telefunken mod Kommissionen, Sml. s. 3151, hvor Kommissionen i sin endelige beslutning ikke kunne tage hensyn til visse særlige forhold (jf. præmis 21 og 28) eller bestemte dokumenter (jf. præmis 21 og 27), idet der intet var angivet herom i klagepunktsmeddelelsen.

pågældende virksomhed under den administrative procedure gives lejlighed til at ytre sig dels om, hvorvidt de fremførte faktiske forhold og andre omstændigheder faktisk foreligger, og hvilken betydning de har, dels om de dokumenter, som Kommissionen påberåber sig til støtte for, at der foreligger en overtrædelse« [32].

44. Kommissionens pligt til at forinden at underrette virksomhederne om det faktuelle materiale samt det bevismateriale, som denne har hensigt at anvende i sin endelige beslutning, som det anføres i forbindelse med konstateringen af, om der foreligger en overtrædelse, må efter min mening også gælde for beslutningen vedrørende bødens berettigelse og størrelse [33].

45. Denne sag er karakteriseret ved, at Kommissionens udpegelse af ADM som leder af kartellet klart er baseret på faktuelle omstændigheder (angivet i betragtning 265 og 266 i den anfægtede beslutning), som ikke nævnes i klagepunktsmeddelelsen, men som derimod fremgår af dokumenterne, som Kommissionen understreger ikke kun var vedlagt meddelelsen, men også var nævnt heri, dog kun som bevis på de faktiske omstændigheder, der var beskrevet i meddelelsen.

46. Skal dette forstås således, at det faktum, at disse omstændigheder fremgik af nævnte dokumenter, som det i klagepunktsmeddelelsen blev præciseret ville blive anvendt som bevis, var tilstrækkeligt til, at ADM kunne tage stilling til disse omstændighedernes realitet og relevans?

47. Appellanten henviser til Rettens dom i sagen Shell mod Kommissionen [34], hvoraf det navnlig fremgår, at:

— dokumenter, der er vedlagt klagepunktsmeddelelsen, men som ikke er nævnt heri, kun kan gøres gældende over for virksomheden i beslutningen, hvis sidstnævnte med rimelighed har kunnet udlede af meddelelsen, hvilke konklusioner Kommissionen ville drage heraf [35]

32 — Dom af 25.1.2007, sag C-407/04 P, Dalmine mod Kommissionen, Sml. I, s. 829, præmis 44 og den deri nævnte retspraksis.

33 — I dom af 14.7.2005, forenede sager C-65/02 P og C-73/02 P, ThyssenKrupp mod Kommissionen, Sml. I, s. 6773, præmis 92, gengiver Domstolen formuleringen i praksis, som citeres i punkt 43 i nærværende forslag til afgørelse, idet der dog anvendes begreber, der gør rækkevidden heraf videre: »Retten bemærkede med rette, at den effektive overholdelse af princippet kræver, at den berørte virksomhed lige fra tidspunktet for den administrative procedure har været i stand til at fremføre sit synspunkt om rigtigheden og relevansen af de påståede forhold og omstændigheder og vedrørende de dokumenter, *Kommissionen anvender til støtte for sine påstande*« (min fremhævelse).

34 — Nævnt i fodnote 13 ovenfor.

35 — Ibidem, præmis 56. Samme holdning fremgår også af dom af 10.3.1992, sag T-13/89, ICI mod Kommissionen, Sml. II, s. 1021, præmis 35, af 15.3.2000, forenede sager T-25/95, T-26/95, T-30/95 — T-32/95, T-34/95 — T-39/95, T-42/95 — T-46/95, T-48/95, T-50/95 — T-65/95, T-68/95 — T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 og T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 491, præmis 323, og af 30.9.2003, forenede sager T-191/98 og T-212/98 — T-214/98, Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen, Sml. II. s. 3275, præmis 162.

— dokumenter, der er vedlagt klagepunktsmeddelelsen, og som er nævnt heri til støtte for klagepunktet, i beslutningen kun kan bruges mod virksomheden, såfremt denne med rimelighed af meddelelsen om klagepunkter og dokumenternes indhold har kunnet udlede de konklusioner, som Kommissionen havde til hensigt at udlede heraf [36].

48. Disse kriterier synes rimelige, idet de muliggør en rimelig afvejning mellem kravene vedrørende virksomhedernes kontradiktionsret og kravene om, at Kommissionen sikrer en effektiv administrativ behandling af sagen. I øvrigt kan antallet af vedlagte dokumenter til klagepunktsmeddelelsen være ret omfattende (og er det ofte), og, som appellanten korrekt hævder, man kan derfor ikke pålægge de virksomheder, som modtager en sådan meddelelse, at finde frem til alle aspekter, som abstrakt set kan fortolkes som beviser mod dem, og at bestride det materielle indhold eller betydningen.

49. Et lignende kriterium, som fremgår af dommen i sagen Shell mod Kommissionen, bør efter min mening også kunne anvendes i tilfælde som i denne sag, hvor de dokumenter, der er vedlagt klagepunktsmeddelelsen, og som er nævnt heri, anvendes i den endelige beslutning som bevis for omstændigheder, der er forskellige fra dem, der er nævnt i selve meddelelsen. En sådan anvendelse bør kun være tilladt, hvis det konstateres, at den pågældende virksomhed *af klagepunktsmeddelelsen* og indholdet af de nævnte dokumenter kunne udlede de *faktiske* konklusioner, som Kommissionen havde til hensigt at udlede heraf.

50. Derfor mener jeg, at Retten har begået en retlig fejl, idet den uden at foretage en sådan undersøgelse fastslog, at blot det forhold, at FBI-rapporten og den skriftlige udtalelse fra Cerestar var vedlagt klagepunktsmeddelelsen, gjorde det muligt for Kommissionen i den endelige beslutning at påberåbe sig de faktuelle omstændigheder, som der henvises til i betragtning 265 og 266 i samme beslutning, over for ADM.

51. Denne retlige fejl kan efter min mening ikke opvejes ved at erstatte begrundelsen [37], hvilket kun er tilladt, når en urigtig retlig begrundelse kan erstattes af en rent retlig begrundelse [38]. Ovennævnte undersøgelse med det formål at fastslå, om ADM af klagepunktsmeddelelsen og indholdet i de to omhandlede dokumenter kunne udlede, at Kommissionen havde til hensigt at anvende ovennævnte faktuelle omstændigheder som bevis, medfører en vurdering af de faktiske

36 — Dommen i sagen Shell mod Kommissionen, nævnt i fodnote 13 ovenfor, præmis 62.

37 — Det fremgår af Domstolens praksis, at hvis præmisserne i en dom afsagt af Retten anses for at udgøre en tilsidesættelse af fællesskabsretten, men konklusionen i samme dom fremstår som begrundet af andre retlige grunde, skal en appel med en sådan dom forkastes (jf. bl.a. dom af 9.6.1992, sag C-30/91 P, Lestelle mod Kommissionen, Sml. I, s. 3755, præmis 28, af 15.12.1994, sag C-320/92 P, Finsider mod Kommissionen, Sml. I, s. 5697, præmis 37, og af 13.7.2000, sag C-210/98 P, Salzgitter mod Kommissionen, Sml. I, s. 5843, præmis 58).

38 — Jf. foruden den citerede retspraksis i forudgående fodnote, og mere eksplicit, generaladvokat Légers forslag til afgørelse af 4.7.1996 i sagen Ojha mod Kommissionen, dom af 12.11.1996, C-294/95 P, Sml. I, s. 5863, punkt 179, samt mit forslag til afgørelse af 11.1.1997 i sagen Holcim mod Kommissionen, dom af 19.4.2007, sag C-282/05 P, Sml. I, s. 2941, punkt 123.

omstændigheder, som Domstolen ikke kan anlægge ved undersøgelse af appelsagen. Den appellerede dom skal efter min mening ophæves på det i det forudgående punkt nævnte område, uden at der herved skal tages hensyn til hverken appellantens argumenter i punkt 20, litra a)-c), ovenfor, eller Kommissionens argumenter i punkt 23 ovenfor, som tværtimod henhører under gennemførelsen af ovennævnte undersøgelse.

C — *Den anfægtede beslutning — vurdering af, om der foreligger en tilsidesættelse af kontradiktionsretten ved udpegelse af appellanten som leder af kartellet*

52. Med henblik på en eventuel undersøgelse af det anbringende i førsteinstanssagen, hvor det påstås, at appellantens ret til kontradiktion er blevet tilsidesat ved udpegelsen af lederen af kartellet, skal det som tidligere nævnt undersøges, om appellanten af klagepunktsmeddelelsen og de to vedlagte dokumenter kunne udlede, at Kommissionen havde til hensigt at anvende de faktiske omstændigheder nævnt i betragtning 265 og 266 i den anfægtede beslutning som bevis for virksomhedens rolle som leder af kartellet.

53. Efter min mening kan man ikke svare bekræftende på dette spørgsmål. Som appellanten på korrekt vis påpeger, fremgik det af klagepunktsmeddelelsens punkt 161, at Kommissionen i sin bedømmelse af overtrædelsens grovhed ville tage hensyn til »de ovenfor beskrevne og bedømte omstændigheder«, og af punkt 162, at den i fastsættelsen af den bøde, der skulle pålægges en virksomhed, bl.a. ville tage hensyn til virksomhedens rolle i de hemmelige aftaler, »som ovenfor beskrevet«. De faktiske omstændigheder, der er nævnt i betragtning 265 og 266 til den anfægtede beslutning, er hverken beskrevet i punkt 63, 71, 84, 85, 93, 94 eller 104, som Kommissionen henviser til i sit svarskrift, eller i andre punkter i klagepunktsmeddelelsen. Selv om punkt 50 i klagepunktsmeddelelsen klart angav, at Kommissionen havde til hensigt at anvende bl.a. FBI-rapporten og den skriftlige udtalelse fra Cerestar som bevis, skete dette dog under henvisning til bevisførelsen i forbindelse med »de faktiske omstændigheder som beskrevet i punkt C« i samme klagepunktsmeddelelse [39].

54. Hvad angår Kommissionens påstand om, at appellanten i sit svar på klagepunktsmeddelelsen refererer til de to ovennævnte dokumenter og henviser netop til FBI-rapporten for at udelukke, at denne var leder eller stifter af kartellet, indebærer dette ikke, at appellanten forstod eller burde forstå, at de omstændigheder, der er nævnt i betragtning 265 og 266 til den anfægtede beslutning, ville blive påberåbt over for denne.

39 — De refererede passager i klagepunktsmeddelelsen, som foreligger på engelsk, er oversat af mig.

55. Jeg forstår derfor ikke, hvorledes man logisk set kan konkludere, at appellanten af indholdet i klagepunktsmeddelelsen, selv om det sammenholdes med de vedlagte dokumenter, kunne udlede, at disse omstændigheder ville blive brugt imod virksomheden.

56. Jeg mener derfor, at anbringendet i førsteinstanssagen om tilsidesættelse af appellantens ret til kontradiktion bør tages til følge som tidligere anført.

57. Ved bedømmelsen af, om ADM var leder af citronsyrekartellet, kan der derfor ikke tages hensyn til de faktuelle omstændigheder, som er nævnt i betragtning 265 og 266 til den anfægtede beslutning, og som, hvilket jeg har påpeget i punkt 37 ovenfor, var afgørende for Kommissionens udpegelse af appellanten som leder efter dennes opfattelse. Jeg skal herudover tilføje, at det heller ikke fremgår klart af den anfægtede beslutning, om der blandt de aspekter, som Kommissionen har lagt til grund for denne udpegelse, også indgår de bilaterale møder mellem ADM og virksomhedens konkurrenter kort tid før det første multilaterale kartelmøde, som omtales i betragtning 263 til samme beslutning. I den efterfølgende betragtning 264 anførte Kommissionen, at disse bilaterale møder tydede på, at ADM var *initiativtager*, selv om møderne ikke var tilstrækkelig bevis herfor. Kommissionen tilføjede, at den var i besiddelse af »tilstrækkelige yderligere oplysninger til at kunne konkludere, at ADM var *leder* af kartellet« [40].

58. Som det fremgår af afsnit B, punkt 2, i retningslinjerne vedrørende de skærpende omstændigheder, skal der skelnes mellem begreberne »førende rolle«, som vedrører kartellets funktion, og rollen som en, der har »tilskyndet til overtrædelsen«, som vedrører stiftelse eller udvidelse af kartellet [41]. Indicier vedrørende en virksomheds eventuelle rolle som en, der har tilskyndet til overtrædelsen, kan ikke udgøre bevis for, at denne har haft en førende rolle. De omhandlede bilaterale møder er derfor irrelevante for udpegelsen af ADM som leder af kartellet.

59. Kommissionen har ikke henvist til andre relevante omstændigheder i forbindelse med udpegelsen, hverken over for Retten eller Domstolen, som Fællesskabets retsinstanser kan tage i betragtning i kraft af deres retlige kompetence hvad angår bødepålæggelse.

60. Da forudsætningerne for at udpege ADM som leder af kartellet ikke foreligger, følger

40 — Min fremhævelse.

41 — Retten har udtalt sig herom i dommen i sagen BASF mod Kommissionen, nævnt i fodnote 30 ovenfor, præmis 316, og tilføjet, at der »ved undersøgelsen af, hvilken rolle appellanten spillede i overtrædelserne i den foreliggende sag, [skal] skelnes mellem begreberne »førende rolle« og rollen som en, der har »tilskyndet til overtrædelsen«, og foretages to særskilte undersøgelser for at fastslå, om appellanten spillede en af disse roller«.

heraf, at den bødeforhøjelse på 35% af bødens grundbeløb, som Kommissionen har pålagt på grund af en skærpende omstændighed, skal annulleres.

61. Jeg skal nu undersøge de resterende fire anbringender, som også vedrører spørgsmålet om rollen som leder af kartellet, med undtagelse af de konklusioner, som jeg har draget i de forudgående punkter, i betragtning af visse problemer, som disse anbringender afføder, og såfremt Domstolen — i modsætning til min opfattelse — finder, at det ovenfor undersøgte anbringende er ugrundet.

D — *Andet appelanbringende vedrørende tilsidesættelse af processuelle garantier ved at anvende FBI-rapporten som bevis for appellantens rolle som leder af kartellet*

1. Rettens bemærkninger

62. Appellanten har for Retten gjort gældende, at Kommissionen havde begået en retlig fejl ved at basere sin konklusion vedrørende ADM's rolle som leder på visse passager i FBI-rapporten. Ifølge appellanten burde Kommissionen ikke have lagt nævnte rapport til grund som bevis på, at appellanten havde en ledende rolle i kartellet. I den forbindelse gjorde appellanten visse processuelle betingelser gældende og rejste tvivl om dokumentets pålidelighed. Appellanten fremhævede navnlig, at rapporten var blevet udarbejdet af myndighederne i et tredjeland i forbindelse med en efterforskning, hvor der ikke anvendes samme procesgarantier, som foreligger i fællesskabsretten, at referatet af afhøringerne af en af ADM's tidligere repræsentanter i denne rapport ikke var blevet undersøgt, godkendt og underskrevet af samme repræsentant eller dennes advokat, at appellanten over for Kommissionen og i forbindelse med udtalelserne i dokumentet ikke havde haft mulighed for at udøve sin ret i henhold til fællesskabsretten til ikke at inkriminere sig selv, at de amerikanske antitrustmyndigheder klart havde udtalt, at udtalelserne fra ADM's tidligere repræsentant kun ville blive gengivet i forbindelse med søgsmål anlagt af de amerikanske myndigheder, hvis det blev beordret af en retsmyndighed. Herudover påstod appellanten, at FBI-rapporten ikke var pålidelig på grund af indholdsmæssige modsigelser og modsætninger i forhold til andet bevismateriale.

63. I den appellerede dom forkastede Retten både klagepunkterne vedrørende de processuelle garantier, med henvisning til begrundelserne i præmis 261-270 i samme dom, og klagepunkterne om rigtigheden af Kommissionens bedømmelse af rapportens indhold.

64. I dette anbringende rejses der udelukkende indsigelse mod betragtningerne i præmis 261-270 i den appellerede dom.

65. Retten har heri først og fremmest fundet det »ubestridt, at ingen bestemmelse forbyder Kommissionen at henholde sig til et dokument, der som FBI-rapporten i det foreliggende tilfælde er udarbejdet som led i en anden procedure end den, Kommissionen selv har indledt, som bevis for en tilsidesættelse af artikel 81 EF og 82 EF og fastsætte en bøde på dette grundlag« [42].

66. Efter at Retten havde påpeget, at Fællesskabets retspraksis siden dommen i sagen Orkem mod Kommissionen [43] har anerkendt en virksomheds ret til ikke at være tvunget af Kommissionen til at indrømme sin deltagelse i en overtrædelse i henhold til artikel 11 i forordning nr. 17, bemærkede den, at situationen i den omhandlede sag var forskellig fra situationen i ovennævnte retspraksis, hvor Kommissionen sendte anmodninger om oplysninger til virksomhederne [44].

67. Retten fastslog dog, at »når Kommissionen imidlertid som i det foreliggende tilfælde baserer sin frie bedømmelse af det foreliggende bevismateriale på en erklæring afgivet som led i anden procedure end den, der er indledt for den, og når denne erklæring kan indeholde oplysninger, som den pågældende virksomhed kunne have nægtet at give Kommissionen i henhold til dommen i sagen Orkem mod Kommissionen […], skal Kommissionen sikre virksomheden samme procesgarantier, som virksomheden har i henhold til ovennævnte dom« [45].

68. Ifølge Retten »indebærer [procesgarantierne] i et tilfælde som det foreliggende, at Kommissionen af egen drift skal undersøge, om der umiddelbart er tvivl om, hvorvidt de berørte parters procesrettigheder er overholdt i den sag, under hvilken de har afgivet erklæringerne. Er der ingen alvorlige tvivl, må de berørte parters procesrettigheder anses for tilstrækkeligt sikret, hvis Kommissionen i klagepunktsmeddelelsen klart anfører, at den vil støtte sig på de pågældende erklæringer, og eventuelt medsender de pågældende dokumenter som bilag til klagepunktsmeddelelsen. På denne måde giver Kommissionen de berørte parter mulighed for at tage stilling til ikke alene erklæringernes indhold, men også til eventuelle uregelmæssigheder eller særlige omstændigheder i forbindelse med afgivelsen af erklæringerne eller fremlæggelsen af erklæringerne for Kommissionen« [46].

69. Ved anvendelsen af disse kriterier i det foreliggende tilfælde har Retten for det første anført, at »FBI-rapporten blev forelagt Kommissionen af en af ADM's konkurrenter, Bayer, som også deltog i kartellet […], og at

42 — Den appellerede dom, præmis 261.
43 — Dom af 18.10.1989, sag 374/87, Sml. s. 3283.
44 — Den appellerede dom, præmis 262 og 263.
45 — Den appellerede dom, præmis 264.
46 — Den appellerede dom, præmis 265.

ADM ikke har gjort gældende, at Bayer eller Kommissionen fik dokumentet i hænde på ulovlig vis« [47].

70. For det andet konstaterede den, at »FBI-rapporten er et dokument udarbejdet af den kompetente amerikanske myndighed i kartelsager, som blev fremlagt for de amerikanske domstole under en sag om samme kartel. Umiddelbart var der intet ved dokumentet, der burde have fået Kommissionen til at tvivle på dets bevisværdi« [48].

71. For det tredje bemærkede Retten, at Kommissionen i klagepunktsmeddelelsen havde anført, at den ville støtte sig på denne rapport, som var vedlagt klagepunktsmeddelelsen, og at ADM således havde fået mulighed for, »at tage stilling til ikke alene dokumentets indhold, men også eventuelle uregelmæssigheder eller særlige omstændigheder i forbindelse med rapportens udarbejdelse […] eller fremlæggelsen for Kommissionen, nemlig sådanne uregelmæssigheder eller omstændigheder, som ifølge ADM bevirker, at Kommissionen ikke kan støtte sig på dette dokument uden at tilsidesætte de fællesskabsretlige procesgarantier« [49].

72. Retten bemærkede også, at ADM i sit svar på klagepunktsmeddelelsen ikke havde kritiseret, at Kommissionen havde taget hensyn til dette dokument, men selv udtrykkeligt havde henvist til dette dokument til støtte for sine argumenter. Retten tilføjede, at ADM heller ikke anførte, at den på noget andet tidspunkt under den administrative procedure havde henledt Kommissionens opmærksomhed på, at FBI-rapporten var upålidelig, eller havde anmodet Kommissionen om at spørge den tidligere repræsentant for ADM, om det i rapporten anførte var rigtigt [50].

73. Retten konkluderede derfor, at Kommissionen »under sådanne omstændigheder« ved at basere »sin frie bedømmelse af de foreliggende beviser« på FBI-rapporten ikke havde tilsidesat de fællesskabsretlige garantier [51].

2. Parternes argumenter

74. Appellanten påstår, under henvisning til dommen i sagen om de spanske banker [52] og Otto-sagen [53], at Kommissionen i sin bevisførelse i en sag vedrørende tilsidesættelse af artikel 81 EF ikke må anvende informationer,

47 — Den appellerede dom, præmis 266.
48 — Den appellerede dom, præmis 267.
49 — Den appellerede dom, præmis 268.
50 — Den appellerede dom, præmis 269.
51 — Den appellerede dom, præmis 270.
52 — Dom af 16.7.1992, sag C-67/91, Asociación Española de Banca Privada m.fl., Sml. I, s. 4785.
53 — Dom af 10.11.1993, sag C-60/92, Sml. I s. 5683.

der er indhentet og anvendt, også på lovlig vis, af de offentlige myndigheder i andre sager. FBI-rapporten er udarbejdet efter et regelsæt, som er helt anderledes end det, som Kommissionen anvender, og under anvendelse af andre retssikkerhedsgarantier end dem, som foreligger i fællesskabsretten. Appellanten påpeger, at hverken den tidligere repræsentant fra ADM eller dennes advokat har haft mulighed for at læse, godkende eller underskrive nævnte rapport. Herudover anfører appellanten, at rapporten var fortrolig, hvilket fremgår af første side, og kun skulle anvendes ved søgsmål i USA, som det fremgår af det skriftlige tilsagn, som i den forbindelse blev givet af de amerikanske antitrustmyndigheder ved en skrivelse af 13. juni 1997, som blev fremlagt under sagen for Retten i Første Instans [54].

75. Vedrørende garantien i form af virksomheders ret til ikke at inkriminere sig selv, som anerkendes i dommen Orkem mod Kommissionen [55], anfører appellanten, at man af Ottodommen [56] kan udlede, at denne ret tilsidesættes af Kommissionen, såfremt denne i sin bevisførelse benytter sig af oplysninger, som er indhentet fra andre sager gennem udøvelse af beføjelserne til at benytte tvangsmidler, og som den ikke burde have kunnet indhente direkte i medfør af nævnte ret gennem udøvelse af beføjelserne til at benytte tvangsmidler [57].

76. De af Retten fremførte kriterier i præmis 265 i den appellerede dom (jf. punkt 68 ovenfor) står i modsætning til ovennævnte regler, som appellanten udleder af Fællesskabets retspraksis. Herudover skal Kommissionen under alle omstændigheder overholde de procesgarantier, som virksomhederne indrømmes i fællesskabsretten, og især retten til ikke at inkriminere sig selv, også selv om den pågældende virksomhed ikke indgiver anmodning herom, hvorved det ikke kan gøres gældende, at der ikke foreligger alvorlig tvivl om overholdelsen af procesgarantierne i forbindelse med den »eksterne« sag, som oplysningerne er hentet fra, eller at dokumentet, som indeholder disse oplysninger, af Kommissionen er vedlagt klagepunktsmeddelelsen. Andre omstændigheder, som Retten derimod tog hensyn til i sin undersøgelse, som ifølge appellanten desuden var uden sammenhæng med de ovennævnte kriterier, som denne har fastsat, er også irrelevante. Dette gælder bl.a. det forhold, at nævnte dokument eventuelt er indhentet og sendt lovligt til Kommissionen af en tredje virksomhed, at det er udarbejdet af den kompetente amerikanske myndighed, eller at det i benægtede fald ville kunne bruges som bevismateriale og er blevet fremlagt for de amerikanske retsmyndigheder i forbindelse med en sag, der vedrørte citronsyrekartellet.

77. I forbindelse med disse klagepunkter påstår appellanten også, at Retten i præmis 229 i den appellerede dom, hvori den anførte, at udtalelserne i FBI-rapporten var afgivet under »en erklæring til »grand jury««, og i præmis 267 i samme dom, hvori den påpegede, at nævnte rapport »blev fremlagt for de amerikanske domstole under en sag om [citronsyrekartellet]«, har fastlagt de faktiske omstændigheder baseret på urigtige oplysninger fra sagsakterne, og at de derfor kan bestrides under appel. Dels fremgår det

54 — Jf. appelskriftet, punkt 42 og slutningen af punkt 44.
55 — Nævnt i fodnote 43 ovenfor.
56 — Nævnt i fodnote 53 ovenfor.
57 — Jf. appelskriftet, punkt 41 og 43.

faktisk af samme FBI-rapport, at den tidligere ADM-repræsentant ikke var blevet afhørt af en »grand jury«, men af offentlige anklagere fra det amerikanske justitsministeriums antitrustafdeling og af en FBI-agent, og dels at der ikke blev indledt søgsmål for de amerikanske retsmyndigheder i forbindelse med citronsyrekartellet, idet alle de involverede virksomheder i kartellet indgik såkaldte »plea agreements« (retsforlig).

78. Appellanten påstår også, at Retten »forvansker beviserne«, når den konkluderer, at Kommissionen ikke umiddelbart kunne have betvivlet, at procesrettighederne var blevet overholdt. Ifølge appellanten danner visse omstændigheder i den omhandlede sag, som fremgår af FBI-rapporten, klart grundlag for anvendelse af den retspraksis, som blev fastlagt i dommen i sagen Orkem mod Kommissionen, hvilket Kommissionen burde have undersøgt af egen drift.

79. Endelig kritiserer appellanten den appellerede dom på det punkt, hvor det antages, at den manglende bestridelse fra ADM's side i dennes svar på klagepunktsmeddelelsen vedrørende antagelse af FBI-rapporten som bevismateriale kan »berettige en tilsidesættelse af de grundlæggende rettigheder« og medfører bortfald af ADM's ret til at fremføre dette klagepunkt over for Fællesskabets retsinstanser.

80. Kommissionen mener, at dette anbringende bør forkastes fuldt ud.

81. Kommissionen anfører først, at Retten på korrekt vis har fundet, at den beskyttelse, der sikres ved dommen i sagen Orkem mod Kommissionen, i denne sag skal tilpasses sagens særlige omstændigheder, idet der må tages hensyn til, at Kommissionen havde modtaget FBI-rapporten af en tredje virksomhed og ikke direkte havde anmodet ADM om den. Under disse omstændigheder mener Kommissionen, at den måtte undersøge, om anvendelsen af dokumentet ville kunne tilsidesætte appellantens procesrettigheder. Den bedste fremgangsmåde hertil var, som Retten bemærkede, at give appellanten mulighed for at udtrykke sin mening om anvendelsen af dokumentet, hvilket Kommissionen netop gjorde ved at nævne dokumentet i klagepunktsmeddelelsen og vedlægge det som bilag hertil.

82. Under retsmødet anførte Kommissionens befuldmægtigede repræsentant, at der kan gives afkald på den ret, der anerkendes i dommen i sagen Orkem mod Kommissionen, idet det står virksomheden frit for, om den vil udøve denne ret, og at ADM, selv om virksomheden kunne have gjort indsigelser mod anvendelse af FBI-rapporten i løbet af den administrative procedure for Kommissionen, undlod dette. Ovennævnte repræsentant tilføjede, at retten til kontradiktion var blevet overholdt af de amerikanske myndigheder, som indhentede udtalelser fra den

tidligere repræsentant for ADM, og at virksomheder især i USA i modsætning til fysiske personer ikke har ret til ikke at udtale sig, hvilket fremgår af den amerikanske forfatnings femte ændring.

83. Kommissionen understreger, at hvis appellantens klagepunkt vedrørende Rettens tilpasning af retsbeskyttelsen i medfør af dommen i sagen Orkem mod Kommissionen til sagens omstændigheder tages til følge, vil dette indebære et »afvigende« resultat, idet dette automatisk vil udelukke anvendelse af ethvert dokument med udtalelser om en virksomhed, som fremsættes af en anden virksomhed.

84. I modsætning til appellantens ovennævnte påstande (jf. punkt 76 ovenfor) mener Kommissionen, at alle de faktorer, som Retten har anvendt i sin bedømmelse, er relevante, idet de er nødvendige for at kunne anvende den regel, der fastsættes i dommen i sagen Orkem mod Kommissionen, og som gøres gældende i den foreliggende sag.

85. Hvad angår den påståede forvanskning af beviserne kan Kommissionen vanskeligt forstå meningen med dette klagepunkt, og hvorledes det — selv om det måtte være korrekt — viser, at den appellerede dom er ulovlig. Kommissionen mener, at klagepunktet i punkt 79 ovenfor, hvori det anføres, at appellantens grundlæggende rettigheder ville være blevet tilsidesat, hvis denne ikke var blevet underrettet om Kommissionens hensigt om at anvende FBI-rapporten og ikke havde fået mulighed for at give sit synspunkt vedrørende anvendelsen af dette dokument, er »absurd«. Som Retten imidlertid har fastslået, har Kommissionen i sin klagepunktsmeddelelse behørigt underrettet appellanten om denne hensigt og har dermed givet appellanten mulighed for at bestride anvendelsen af FBI-rapporten.

3. Bedømmelse

a) Fortolkning af den appellerede dom

86. Rettens antagelse i præmis 261-270 i den appellerede dom forekommer ikke fuldstændig klar.

87. Udgangspunktet for denne antagelse er dog klart og indebærer reelt en påstand om, at det i princippet ikke er forbudt, at Kommissionen som bevis i en sag om tilsidesættelse af artikel 81 EF og 82 EF henholder sig til et dokument, der er udarbejdet som led i en anden procedure end den, Kommissionen selv har indledt [58].

58 — Den appellerede dom, præmis 261.

88. Den anden del af antagelsen svarer reelt til at påstå, at når Kommissionen i sin bevisførelse henholder sig til en udtalelse, der er afgivet i en anden procedure end den, den har indledt, skal den sikre virksomheden »samme procesgarantier«, som virksomheden har i henhold til fællesskabsretten, i forbindelse med den pågældende sag [59]. Denne antagelse, som i sig selv er klar, skal dog ses i lyset af de betragtninger, som Retten fremfører, når den dernæst beskriver, hvorledes Kommissionen skal opfylde denne forpligtelse.

89. Retten bemærker herved, at Kommissionen først »af egen drift skal undersøge, om der umiddelbart er tvivl om, hvorvidt de berørte parters procesrettigheder er overholdt i den sag, under hvilken de har afgivet erklæringerne« [60].

90. Denne passage, som står i klar modsætning til forudsætningen om beskyttelse af de samme garantier, som virksomheden har i henhold til fællesskabsretten [61], og med de efterfølgende henvisninger til beskyttelsen af »de fællesskabsretlige procesgarantier« [62], vedrører tilsyneladende beskyttelsen af de procesgarantier, som kan hævdes i den pågældende sag, eller i virkeligheden af de garantier, der foreskrives af den amerikanske lovgivning, hvad angår undersøgelser, der udføres af de amerikanske antitrustmyndigheder. Det gælder også i beskedent omfang for Rettens henvisninger til »eventuelle uregelmæssigheder« vedrørende udarbejdelsen af FBI-rapporten og dens fremlæggelse for Kommissionen [63] (uregelmæssigheder, hvis eksistens ikke kan anerkendes i henhold til amerikansk lov) samt for henvisningen — øjensynligt i forbindelse med anvendelsen i sagen af det første kriterium om en umiddelbar undersøgelse af, om der er tvivl om, hvorvidt procesrettighederne er overholdt (jf. punkt 70 ovenfor) — til spørgsmål vedrørende amerikansk ret, såsom spørgsmålet om kompetencen hos de myndigheder, der har udarbejdet den omhandlede rapport.

91. Selv om præmisserne i dommen på ovennævnte punkt kan forekomme utilstrækkelige eller modsætningsfyldte, mener jeg dog, at man med god grund kan fortolke præmisserne, idet der ses bort fra den uheldige formulering i nogle af punkterne, på følgende måde:

a) Anvendelsen af erklæringer, der er indhentet i en »udenlandsk« procedure, som bevis i en sag, som Kommissionen har indledt, forudsætter dels, at man overholder de procesgarantier, der foreskrives i den pågældende lovgivning på området for indhentning af disse erklæ-

59 — Ibidem, præmis 264.
60 — Ibidem, præmis 265.
61 — Ibidem, præmis 264.
62 — Ibidem, præmis 268 og 270.
63 — Ibidem, præmis 265 og 268.

ringer, *og* dels at den måde, hvorpå erklæringerne er indhentet af de udenlandske myndigheder, er forenelig med de procesrettigheder, der foreskrives af fællesskabsretten.

b) Inden sådanne erklæringer anvendes som bevis i en proces, har Kommissionen pligt til at undersøge, om der er alvorlig tvivl *både* hvad angår overholdelse i den udenlandske procedure af de procesrettigheder, som den pågældende part indrømmes efter den udenlandske lovgivning, *og* hvad angår foreneligheden i den måde, hvorpå erklæringerne er indhentet i den pågældende procedure, med de procesrettigheder, der foreskrives af fællesskabsretten.

92. Retten bemærker herefter, at hvis Kommissionen ikke er i alvorlig tvivl om overholdelsen af »procesrettighederne«, skal den i klagepunktsmeddelelsen anføre, at den vil støtte sig til erklæringerne i den udenlandske procedure [64].

93. På dette område og i henhold til ordlyden i præmis 265 i den appellerede dom mener Retten tilsyneladende, at opfyldelsen af denne pligt i sig selv er tilstrækkelig til at sikre beskyttelsen af disse rettigheder. En sådan konklusion er efter min mening helt forkert.

64 — Den appellerede dom, præmis 265.

Det fremstår klart, at hvis den pågældende virksomhed, fordi det tilsidesætter dennes procesrettigheder, kan anfægte anvendelsen af det dokument, der indeholder disse erklæringer, er dette ikke det samme som at udelukke, at anvendelsen kan tilsidesætte dennes rettigheder. Hvis virksomheden bestrider anvendelsen, skal Kommissionen tage hensyn hertil og overveje begrundelsen ud fra en korrekt juridisk argumentation.

94. Retten vil tilsyneladende hermed angive, at hvis den pågældende virksomhed ikke anfægter anvendelsen af beviser i en sag, som er indledt af Kommissionen, i form af erklæringer fra en udenlandsk procedure, kan Kommissionen antage, at anvendelsen ikke tilsidesætter virksomhedens procesrettigheder.

b) Spørgsmålet, om analysekriterierne i den appellerede dom er korrekte

95. Jeg skal nu ud fra parternes argumentation undersøge foreneligheden med fællesskabsretten af de kriterier, som Retten har anvendt i sine antagelser, og som er fremført i punkt 87 (mangel på generelt forbud mod, at Kommissionen anvender beviser, der er indhentet fra en anden procedure end den, som den selv har indledt), punkt 91, litra a) (betingelse for en sådan anvendelse i form af

overholdelse af procesrettigheder), samt punkt 91, litra b), og punkt 94 ovenfor (forhold, som Kommissionen skal tage hensyn til for at overholde disse rettigheder).

96. Dette søgsmål vedrørende bevisførelse i sager om tilsidesættelse af artikel 81 EF og 82 EF og udveksling af beviser mellem retssager samt mellem forskellige lovgivninger er uden tvivl meget omtåleligt, og det kræver en mere dybdegående behandling.

i) Mangel på generelt forbud mod, at Kommissionen henholder sig til beviser, der er indhentet i forbindelse med en anden procedure end den, som den selv har indledt

97. Appellanten bestrider først og fremmest Kommissionens mulighed for, i sin bevisførelse i en sag om tilsidesættelse af artikel 81 EF, at anvende oplysninger, der er indhentet fra en anden procedure end den, som den selv har indledt, og henviser herved til ovennævnte dom i sagen om de spanske banker og Otto-sagen.

98. I dommen i sagen om de spanske banker [65] har Domstolen af artikel 214 i EF-traktaten (nu artikel 287 EF om tavshedspligt) og bestemmelserne i forordning nr. 17 udledt, at medlemsstaterne i henhold til deres kompetence til at anvende de nationale og fællesskabsretlige regler på konkurrenceområdet i deres bevisførelse hverken må gøre brug af oplysninger, der ikke er offentliggjort og indeholdt i svar på anmodning af oplysninger rettet til virksomheder i medfør af artikel 11 i forordning nr. 17, eller oplysninger, der er indeholdt i anmodninger og anmeldelser i henhold til artikel 2, 4 og 5 i samme forordning. Appellantens henvisning til nævnte dom er dog ikke relevant, idet denne vedrører (og forbyder) anvendelsen af oplysninger, som Kommissionen har indhentet i en procedure efter forordning nr. 17, som bevisførelse *i en sag, der er indledt af de nationale konkurrencemyndigheder,* mens der i sagen, som udmundede i nævnte dom, ikke var tale om indhentning af oplysninger som bevisførelse *i en sag, der var indledt af Kommissionen,* hvilket er tilfældet med dette appelanbringende.

99. Hvad angår dommen i Otto-sagen [66] opfattes forbuddet mod, at Kommissionen som bevisførelse i en sag anvender visse erklæringer, der er afgivet i en national civil retssag, ikke som et generelt forbud, idet der er tale om to forskellige procedurer, men udledes af nødvendigheden i at overholde virksomhedens ret til ikke at inkriminere sig selv, jf. dommen i sagen Orkem mod Kommissionen, under forudsætning af, at de afgivne erklæringer har et inkriminerende indhold.

65 — Nævnt i fodnote 52 ovenfor, præmis 55.

66 — Nævnt i fodnote 53 ovenfor, præmis 20.

100. I dommene i sagen Dow Benelux mod Kommissionen [67] og »PVC II«-sagen [68] (herefter »PVC-dommene«) findes mere udtrykkelige anvisninger til støtte for appellantens påståede teori. Af dommene kan udledes, at oplysninger eller dokumenter, der er indhentet af Kommissionen i en procedure efter forordning nr. 17 i løbet af undersøgelser i medfør af artikel 14 i samme forordning, ikke kan anvendes direkte som beviser i en anden procedure, *der er indledt af Kommissionen efter samme forordning*.

101. Det kan hævdes, at hvis disse to domme indeholder et forbud for Kommissionen mod at anvende oplysninger som bevis i en sag om tilsidesættelse af konkurrencereglerne, som *denne selv* har indhentet i en anden procedure af samme type, kan Kommissionen så meget desto mindre anvende oplysninger som bevis i en sag, som er indhentet fra offentlige myndigheder i et tredjeland i forbindelse med en procedure, som disse myndigheder har indledt i forbindelse med en tilsidesættelse af konkurrencereglerne i det pågældende land.

102. Dette argument kan efter min mening ikke tages til følge.

103. I PVC-dommene fastslog Domstolen, at oplysninger, som er indsamlet under de undersøgelser, der udføres i henhold til artikel 14 i forordning nr. 17, ikke må anvendes til andre formål end dem, der er angivet i undersøgelsesfuldmagten eller i undersøgelsesbeslutningen, og at dette krav har til formål at tilgodese både princippet om tavshedspligt, der er udtrykkeligt nævnt i artikel 20 i samme forordning, og virksomhedernes rettigheder i henhold til kontradiktionsprincippet, som artikel 14, stk. 3, i forordningen skal sikre. Ifølge Domstolen ville »[d]isse rettigheder […] i alvorlig grad blive undergravet, såfremt Kommissionen over for virksomheder kunne benytte sig af bevismateriale, som tilvejebringes ved en kontrolundersøgelse, og som ikke har sammenhæng med dennes genstand og formål«.

104. Det forbud, der indeholdes i PVC-dommene, virker således som et middel til beskyttelse af rettigheder, både hvad angår tavshedspligt og kontradiktionsret, som i medfør af fællesskabsretten *opstår i forbindelse med Kommissionens tilvejebringelse af oplysninger i en procedure, som er indledt af den,* som foreskriver visse forpligtelser for sidstnævnte og dennes befuldmægtigede repræsentanter vedrørende brug af sådanne oplysninger. Da dette er grundlaget for forbuddet [69], kan man ikke af samme automatisk og a fortiori uddrage et generelt forbud mod, at Kommissionen i en sag anvender oplysninger, der er indhentet i en udenlandsk antitrustprocedure.

67 — Dom af 17.10.1989, sag 85/87, Sml. s. 3137, præmis 17-19.
68 — Nævnt i fodnote 14 ovenfor, præmis 298-300 og 305.

69 — Samme grundlag findes i henhold til dommen i sagen om de spanske banker, som er nævnt i fodnote 52 ovenfor, præmis 36-38 og 47-50, også i forbuddet mod de nationale konkurrencemyndigheders anvendelse af oplysninger, som Kommissionen har indhentet i medfør af artikel 11 i forordning nr. 17, eller som denne har modtaget i anmodninger og anmeldelser i henhold til artikel 2, 4 og 5 i samme forordning.

105. At fællesskabsretten ikke indeholder et generelt forbud mod anvendelse i bevisførelsen i en procedure indledt af Kommissionen i forbindelse med tilsidesættelse af artikel 81 EF af oplysninger, der er indhentet fra en procedure indledt af andre myndigheder, bekræftes i Domstolens dom i sagen Dalmine mod Kommissionen [70].

106. I denne dom fastslog Domstolen i lighed med Retten i Første Instans [71], at det i bevisførelsen i en procedure indledt af Kommissionen efter forordning nr. 17 var tilladt at anvende udskrifter af afhøringer af tidligere ledere i et selskab, der var involveret i den pågældende sag — selskabet Dalmine — som var blevet udført af statsanklagemyndigheden i en medlemsstat i forbindelse med en strafferetlig efterforskning.

107. Ved Retten foreholdt Dalmine Kommissionen at have begået en grov overtrædelse af procedurereglerne ved at have anvendt erklæringer, der var blevet afgivet i en strafferetssag, der intet havde at gøre med undersøgelserne, som Kommissionen skulle udføre, og selskabet henviste herved til dommen i sagen om de spanske banker. Retten afviste Dalmines klagepunkt og anførte under forudsætning af, at nævnte dom vedrørte de nationale myndigheders anvendelse af oplysninger indsamlet af Kommissionen i henhold til artikel 11 i forordning nr. 17, at bestemmelserne i forbindelse med en sådan situation findes udtrykkeligt i artikel 20 i forordning nr. 17, og at »spørgsmål om, hvorvidt Kommissionen lovligt kan videresende [sådanne oplysninger] til en national myndighed, og spørgsmålet om, hvorvidt denne sidstnævnte myndighed er afskåret fra direkte at anvende disse oplysninger som beviser, henhører under fællesskabsretten«, hvorimod »spørgsmålene om, hvorvidt en national anklagemyndighed eller de kompetente konkurrencemyndigheder lovligt kan oversende oplysninger til Kommissionen, der er indhentet i medfør af den nationale strafferet, samt om disse derefter lovligt kan anvendes af Kommissionen, principielt [er] omfattet af de nationale retsregler vedrørende gennemførelsen af de nævnte nationale myndigheders undersøgelser samt, hvis der er tale om retssager, reglerne om de nationale domstoles kompetence«. Retten bemærkede dog, at det ikke fremgik, at Dalmine nogensinde havde forelagt spørgsmålet om anvendelse inden for Fællesskabet af ovennævnte udskrifter for en italiensk domstol, og at Dalmine heller ikke havde indleveret dokumenter, der kunne bevise, at en sådan anvendelse var i modstrid med bestemmelserne i de gældende italienske regler. Dalmines argumenter kunne derfor ifølge Retten eventuelt rejse tvivl om troværdigheden af de vidneudsagn, der var indeholdt i disse udskrifter, men ikke om deres antagelse som bevismateriale i den af Kommissionen indledte sag [72].

108. I appelsagen fulgte Domstolen generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse [73] på

70 — Nævnt i fodnote 32 ovenfor.
71 — Dom af 8.7.2004, sag T-50/00, Dalmine mod Kommissionen, Sml. II, s. 2395.
72 — Ibidem, præmis 84-87 og 90.
73 — Forslag til afgørelse af 12.9.2006, punkt 66 og 67.

dette punkt og godkendte således Rettens analyse med følgende begrundelse:

»62 Hvad dernæst angår spørgsmålet, om disse referater kan admitteres som bevismateriale, må det nødvendigvis fastslås, som Retten har gjort […], at spørgsmålet om, hvorvidt en national anklagemyndighed eller de kompetente konkurrencemyndigheder lovligt kan oversende oplysninger til Kommissionen, der er indhentet i medfør af den nationale strafferet, er et spørgsmål, der henhører under national ret. Desuden bemærkes, som Retten har anført […], at Fællesskabets retsinstanser ikke er kompetente til at kontrollere, hvorvidt en retsakt udstedt af en national myndighed er lovlig efter national ret.

63 Hvad angår Kommissionens brug af de nævnte oplysninger bemærkes, at Retten med rette har fastslået […], at Dalmines argumenter kun kunne berøre »spørgsmålet om troværdigheden og dermed bevisværdien af dens direktørers vidneforklaringer og ikke spørgsmålet om, hvorvidt disse kan fremlægges under nærværende sag«. Som det er nævnt […], er det gældende princip i fællesskabsretten princippet om den frie bevisfremlæggelse [74], og det eneste kriterium, der er relevant ved bedømmelsen af de fremlagte beviser, er deres troværdighed. Da oversendelsen af de pågældende referater ikke er blevet erklæret ulovlige af en italiensk domstol, kan det følgelig ikke antages, at disse dokumenter var bevismateriale, der måtte afvises og udtages af sagens akter.«

109. Den nævnte dom udelukker klart, at der eksisterer et generelt forbud for Kommissionen mod i sin bevisførelse i en procedure, som den har indledt efter forordning nr. 17, at anvende erklæringer, der er afgivet i en udenlandsk procedure. Jeg mener derfor ikke, at det generelle argument, som appellanten påberåber sig i punkt 97 ovenfor, bør tages til følge.

ii) Tilsidesættelse af specifikke processuelle garantier

110. Ud over det generelle argument anfægter appellanten i dette anbringende i det væsentlige, at anvendelsen af FBI-rapporten tilsidesætter specifikke processuelle garantier, som tilkommer appellanten, både hvad angår proceduren for de amerikanske antitrustmyndigheder og for Kommissionen.

74 — Visse oversættelser (såsom den engelske, tyske og portugisiske) af dommen i sagen Dalmine mod Kommissionen indeholder i præmis 63 en fejl: udtrykket »libera produzione delle prove«, som indeholdes i den italienske version (der efter artikel 31 i Domstolens procesreglement er retsgyldig), og som svarer til udtrykket »libre administration des preuves« i den franske version (fransk er Domstolens interne arbejdssprog) er i nævnte oversættelse fejlagtigt oversat med et udtryk, der svarer til »fri bevisbedømmelse«.

— Betingelser for, at Kommissionen kan benytte bevismateriale, der er tilvejebragt i forbindelse med en anden procedure end den, som den selv har indledt: overholdelse af procesrettigheder

111. Med henblik på en undersøgelse af de mere specifikke argumenter, som er fremført af appellanten, skal jeg skal først og fremmest undersøge, om Kommissionens anvendelse af bevismateriale, der er tilvejebragt i forbindelse med en anden procedure end den, som den selv har indledt, er underlagt begrænsninger. Dette må undersøges i henhold til Domstolens henvisning i dommen i sagen Dalmine mod Kommissionen (jf. punkt 105 ovenfor) til princippet om »fri bevisførelse« i fællesskabsretten, og kræver efter min mening nogle vigtige præciseringer.

112. Princippet om »fri bevisførelse« i fællesskabsretten kan ikke fortolkes således, at alle *bevismidler* til enhver tid og under alle omstændigheder kan anvendes, og at det eneste, der tæller, er troværdigheden heraf.

113. Hvad angår bevismaterialet må man ikke forveksle de forskellige principper. Til støtte for påstanden, som Retten også fremførte i dommen i sagen Dalmine mod Kommissionen [75], ifølge hvilken det gældende princip i fællesskabsretten er den frie bevisbedømmelse, og det eneste relevante kriterium for bedømmelse af beviserne er deres troværdighed, citerede Retten det forslag til afgørelse, der var fremsat af dommer Vesterdorf, som var udpeget som generaladvokat i sagen Rhône-Poulenc mod Kommissionen [76], og Met-Trans og Sagpol-dommen [77]. Dommer Vesterdorfs betragtninger, som Retten henviser til, forekommer mig at vedrøre et andet princip, nemlig princippet om »dommerens frie bevisbedømmelse«, eller med andre ord dommerens frie overbevisning vedrørende bevisernes indhold og den betydning, som de skal tillægges [78]. I Met-Trans og Sagpol-sagen blev Domstolen bl.a. anmodet om at angive, hvilke beviser der var tilstrækkelige til at godtgøre en given omstændighed, der omfattedes af en særlig bestemmelse i fællesskabsretten, og om der fandtes et skriftligt bevismateriale, der opfyldte visse krav [79]. Domstolen svarede, at det fremgik af ordlyden af denne bestemmelse, at beviserne på den pågældende omstændighed ikke er begrænset til visse bevismidler, og at »eftersom der ikke findes fællesskabsbestemmelser om bevisbegrebet, kan alle de bevismidler anvendes, som efter de processuelle bestemmelser i medlemsstaterne kan anvendes i lignende sager«, hvorved Domstolen klart har fastsat et princip om »fri bevisførelse«, som skal forstås som muligheden for at benytte sig af *alle former* for bevismidler for at bevise en given omstændighed (vidneforklaringer,

75 — Nævnt i fodnote 71 ovenfor, præmis 72.

76 — Rettens dom af 24.10.1991, sag T-1/89, Sml. II, s. 867, på s. 954.

77 — Dom af 23.3.2000, forenede sager C-310/98 og C-406/98, Sml. I, s. 1797, præmis 29.

78 — Dommerens frie overbevisning står normalt i modsætning til systemet med »lovbestemte beviser« i visse nationale lovgivninger, der er bindende for dommeren med hensyn til den betydning, som denne skal tillægge bevisernes indhold.

79 — Det drejede sig navnlig om at bestemme det sted, hvor overtrædelsen skete under en transport med en lastvogn i henhold til artikel 454, stk. 3, første afsnit, i Kommissionens forordning (EØF) nr. 2454/93 af 2.7.1993 (EFT L 253, s. 1), hvorvidt lastvognsejerens erklæring og vidneforklaring fra chaufføren, der havde udført transporten på vegne af ejeren af lastvognen, var tilstrækkelig, eller om dette bevismateriale kun kan fremføres i form af dokumentation, hvoraf det tydeligt fremgår, at de kompetente myndigheder i den anden medlemsstat bekræfter, at overtrædelsen har fundet sted på dennes territorium.

skriftlige bevismidler, tilståelser osv.) med de undtagelser, der tydeligt fremgår af fællesskabsbestemmelserne [80].

114. Hvis en bestemt omstændighed efter fællesskabsretten, medmindre andet er bestemt, kan bevises ved brug af enhver form for *bevismiddel* (fri bevisførelse), og fastlæggelsen af et bevismiddels beviskraft er overladt til dommerens bedømmelse og ikke til et system af lovbestemte bevismidler (fri bevisbedømmelse), kan det efter min mening ikke antages, at ethvert fremført *bevismiddel* kan anvendes og i den pågældende sag bedømmes af Kommissionen eller af Fællesskabets retsinstans. Dette kan man ikke forestille sig, hvis det f.eks. gælder en erklæring, der er frembragt ved tvang fra retsmyndighedernes side. Ud over dette klassiske eksempel skal jeg blot bemærke, at Kommissionen i henhold til Fællesskabets retspraksis ikke må anvende følgende bevismaterialer i en procedure efter forordning nr. 17:

— erklæringer eller dokumenter, der er tilvejebragt af Kommissionen i en forudgående procedure efter samme forordning (jf. punkt 100 ovenfor)

— dokumenter, som den sagsøgte virksomhed ikke har haft mulighed for at udtale sig om i løbet af sagen [81]

— skrivelser mellem advokater og klienter, der i henhold til loven er af fortrolig natur [82]

— erklæringer fra virksomhedsledere som svar på spørgsmål i forbindelse med indledende vidneforklaringer i en national civil retssag, som indebærer en indrømmelse af, at konkurrencereglerne er overtrådt [83]

— afhøringsreferater fra en national strafferetssag, hvis deres videregivelse til Kommissionen er blevet erklæret i modstrid med loven af den kompetente nationale retsinstans (jf. punkt 107 og 108 ovenfor).

80 — Denne problematik gør sig også gældende i Rettens dom af 14.12.2005, sag T-210/01, General Electric mod Kommissionen, Sml. II, s. 5575, præmis 297, hvor det bemærkes, at »bevisbedømmelsens frihed gælder som fællesskabsretligt princip«, og at de »solide beviselementer«, som Kommissionen skal fremlægge for at påvise sandsynligheden for en fremtidig konkurrencebegrænsende adfærd fra den fusionerede enheds side, ikke nødvendigvis skal bestå i økonomiske undersøgelser, men i visse tilfælde kan bestå i »de økonomiske og forretningsmæssige realiteter i den konkrete sag«.

81 — Dommen i sagen AEG-Telefunken mod Kommissionen, nævnt i fodnote 31 ovenfor.

82 — Jf. Domstolens dom af 18.5.1982, sag 155/79, AM & S mod Kommissionen, Sml. s. 1575, præmis 29-31, og Rettens dom af 17.9.2007, forenede sager T-125/03 og T-253/03, Akzo Nobel og Akcros mod Kommissionen, Sml. I, s. 3523.

83 — Otto-dommen, nævnt i fodnote 53 ovenfor, præmis 20.

115. Til ovennævnte eksempler på afvisning af Kommissionens anvendelse af bevismidler tilføjes i den appellerede dom i nærværende sag endnu et eksempel, nemlig erklæringer, der er afgivet i en anden procedure end den, der er indledt af Kommissionen, hvis det medfører tilsidesættelse af den pågældende parts procesrettigheder, som denne har krav på i sagen, eller dennes rettigheder i henhold til fællesskabsretten, hvis Kommissionen indhenter disse erklæringer direkte.

116. Hvad angår begrænsningen i anvendelsen af bevismidler i en procedure, der er indledt af Kommissionen, i form af erklæringer, der er afgivet i en anden procedure, forekommer den appellerede dom og dommene i sagen Dalmine mod Kommissionen [84] at være i indbyrdes modstrid. Af sidstnævnte fremgår det, at en sådan anvendelse af bevismidler tilsyneladende kun skal afvises, hvis videregivelsen til Kommissionen eller dennes brug af referater med de afgivne erklæringer er ulovlig ifølge lovgivningen i det land, hvor erklæringerne er indhentet (og hvis denne lovstridighed er fastslået af den kompetente nationale retsinstans) [85]. I den appellerede dom lægges der i mere bred forstand vægt på den manglende overholdelse af de procesgarantier, der gælder for den udenlandske procedure — som efter min mening også omfatter de begrænsninger, som den udenlandske lovgivning foreskriver til fordel for den part, der har afgivet erklæringerne, med henblik på videregivelse af erklæringerne til andre myndigheder og deres brug heraf — og på den manglende overensstemmelse i måden, hvorpå erklæringerne indhentes til brug i den pågældende procedure med de procesgarantier, der indrømmes efter fællesskabsretten.

117. I dommen i sagen Dalmine mod Kommissionen gøres det ikke gældende, at beviserne ikke kan anvendes på grund af manglende overholdelse af procesgarantierne, og dette beror eventuelt på, at Dalmine ikke havde anfægtet lovligheden i, at Kommissionens i sin bevisførelse i en procedure, den havde indledt, anvendte de omhandlede afhøringsreferater med påstand om tilsidesættelse af *specifikke* procesrettigheder (såsom retten til ikke at inkriminere sig selv, som er sikret i fællesskabsretten), men mere grundlæggende havde hævdet, at det generelt set strider imod kontradiktionsretten, når der som bevismidler i den pågældende procedure anvendes oplysninger, der stammer fra en anden procedure.

118. Det kan desuden anføres, at den særligt reducerende virkning i begrænsningerne i Kommissionens anvendelse af bevismidler, der er fremskaffet i en procedure, der er indledt af andre myndigheder, som er blevet anvendt af Fællesskabets retsinstanser i sagen Dalmine mod Kommissionen, også kan fortolkes som udelukkende at være relevant i tilfælde, der omhandler myndighederne i en af

84 — Nævnt i fodnote 32 og 71 ovenfor.

85 — Faktisk nævnes i præmis 62 og 63 i Domstolens dom i sagen Dalmine mod Kommissionen (jf. punkt 108 ovenfor) kun spørgsmålet vedrørende lovligheden i *videregivelsen* af dokumentet til Kommissionen og ikke også spørgsmålet om, hvorvidt dette lovligt kan *anvendes* som bevismiddel af sidstnævnte. Både i Rettens dom i sagen Dalmine mod Kommissionen (jf. punkt 107 ovenfor) og i generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse i sagen (nævnt i fodnote 73 ovenfor, punkt 71-73 og 76) nævnes derimod udtrykkeligt, hvilke omstændigheder der hindrer Kommissionens anvendelse af dokumentet, også i tilfælde, hvor den kompetente nationale retsinstans har fastslået, at anvendelsen er ulovlig i henhold til den nationale lovgivning, undtagen hvad angår lovligheden i videregivelsen af dokumentet. Jeg mener dog, at Domstolens dom i sagen Dalmine mod Kommissionen på dette punkt kan fortolkes på samme måde som i generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse, hvor udtrykket »videregivelse« af dokumentet henviser til en videregivelse med henblik på Kommissionens brug heraf.

Fællesskabets medlemsstater, og beror på en implicit formodning om overensstemmelse med beskyttelsen af kontradiktionsretten i henhold til fællesskabsretten og medlemsstaternes lovgivning [86]. En sådan formodning kan naturligvis ikke gælde, når det drejer sig om procedurer i tredjelande.

119. Under alle omstændigheder er jeg enig i antagelsen i den appellerede dom, som ikke bestrides af parterne i nærværende sag, om, at det i forbindelse med Kommissionens brug i sin bevisførelse i en sag, den har indledt, af oplysninger, der er indhentet i en procedure, der er indledt af myndighederne i et tredjeland, er nødvendigt, at *både* de procesgarantier, der tildeles i sidstnævnte procedure, *og* dem, der tildeles i den procedure, som Kommissionen har indledt, overholdes. Denne antagelse, der svarer til anvendelse af loven i det land, hvor beviserne stammer fra, og i det land, hvor beviserne skal bruges, må efter min mening tiltrædes, eftersom der er tale om offentlig ret og navnlig lovgivningen vedrørende sanktioner, og overholdelsen af kontradiktionsretten i enhver procedure, hvor der kan pålægges sanktioner, navnlig bøder eller tvangsbøder, udgør et grundlæggende princip i fællesskabsretten, som også skal overholdes, når det drejer sig om administrative procedurer [87].

120. Overholdelsen af procesrettighederne i en sag som denne forudsætter således, at det anvendte bevismateriale i den udenlandske procedure er blevet tilvejebragt i overensstemmelse med de foreskrevne formaliteter i bestemmelserne i den udenlandske lovgivning, at videregivelsen af beviserne til Kommissionen og sidstnævntes anvendelse heraf er tilladt i henhold til omtalte lovgivning, og at anvendelsen ikke er i modstrid med de specifikke garantier, som virksomhederne i medfør af fællesskabsretten nyder godt af, såfremt bevismaterialet er indhentet i direkte forbindelse med den sag, som Kommissionen har indledt.

— Rettens kriterier vedrørende de regler, som Kommissionen skal overholde for at sikre sig, at procesrettighederne overholdes, samt anvendelsen heraf i denne sag

121. I appellen bestrider appellanten de kriterier, som Retten har fastlagt i præmis 265 i den appellerede dom, hvad angår den måde, hvorpå Kommissionen skal

86 — Jeg skal i den forbindelse påpege, at Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EFT 2003 L 1, s. 1), som har erstattet forordning nr. 17, udtrykkeligt i artikel 12, stk. 1, foreskriver, at »[m]ed henblik på anvendelsen af traktatens artikel 81 og 82 har Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder beføjelse til at udveksle alle faktiske eller retlige oplysninger, herunder fortrolige oplysninger, og benytte dem som bevismateriale«. 16. betragtning til forordning nr. 1/2003 angiver i den forbindelse, at »[n]år de udvekslede oplysninger anvendes af den modtagende myndighed til at pålægge virksomheder sanktioner, bør der ikke være andre begrænsninger for anvendelsen af oplysningerne end en forpligtelse til at anvende dem til det formål, med hvilket de blev indsamlet, idet de sanktioner, der pålægges virksomheder, er af samme art i alle systemerne«, samt, at »*virksomhedernes ret til forsvar i de forskellige systemer kan anses for at være tilstrækkeligt ens*« (min fremhævelse).

87 — Jf. dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 9, og af 2.10.2003, sag C-176/99 P, ARBED mod Kommissionen, Sml. I, s. 10687, præmis 19.

sikre ovennævnte rettigheder. Disse rettigheder skal under alle omstændigheder overholdes, og derfor kan Kommissionen ikke, som det antages af Retten, begrænse sig til at konstatere, at der ikke foreligger tvivl eller anfægtelser fra den pågældende virksomheds side. Appellanten har understreget, at Retten ifølge praksis har pligt til af egen drift at undersøge, om procesgarantierne er blevet overholdt.

122. Retten har i det væsentlige antaget, at Kommissionen ikke har tilsidesat den pågældende virksomheds procesrettigheder ved i sin bevisførelse at anvende erklæringer, der er afgivet i en udenlandsk proces, såfremt virksomheden forinden er blevet oplyst om Kommissionens hensigt om at støtte sig på disse erklæringer og ikke gør indsigelser herimod, og hvis Kommissionen ikke har grund til umiddelbart at betvivle, at ovennævnte anvendelse er forenelig med overholdelsen af nævnte rettigheder.

123. Jeg mener, at appellanten har ret i, at denne antagelse er retsstridig. Procesrettighederne skal altid overholdes af Kommissionen, og dette gælder også, selv om de ikke påberåbes af den pågældende virksomhed under den administrative procedure. Fællesskabsretten indeholder ingen regler, der pålægger virksomheden at rejse retlige spørgsmål for Kommissionen i løbet af den administrative procedure, idet den ellers fortaber retten hertil. Der findes ingen regler, der kræver, at besvarelsen af klagepunktsmeddelelsen skal stemme fuldstændig overens med stævningen til Fællesskabets retsinstans. Virksomheden har heller ikke pligt til at besvare klagepunktsmeddelelsen. Kommissionen er forpligtet til at træffe en endelig beslutning i overensstemmelse med loven, uanset om den pågældende virksomhed udøver sin ret til kontradiktion i den administrative procedure, og i hvilket omfang.

124. På den anden side skal jeg påpege, at Kommissionen har pligt til at overholde kontradiktionsretten og dermed *under alle omstændigheder* gøre modtageren af klagepunktsmeddelelsen bekendt med dens hensigt om at støtte sig på erklæringer fra en udenlandsk procedure i sin bevisførelse med henblik på at nå frem til en endelig beslutning, uanset om der er tvivl om, hvorvidt procesrettighederne er overholdt.

125. Også selv om der, som Kommissionen har anført, kan gives afkald på procesrettighederne, kan den omstændighed, at sidstnævnte ikke modtager bemærkninger til dens erklæring om, at den har til hensigt at anvende oplysninger fra en udenlandsk procedure som bevisførelse i klagepunktsmeddelelsen, ikke fortolkes som et afkald på procesrettighederne, men må blot anses for en manglende udøvelse af virksomhedens ret til at blive hørt af Kommissionen hvad angår lovligheden af en sådan anvendelse.

126. Den appellerede dom forekommer mig derfor på det undersøgte punkt at være behæftet med en retlig fejl.

127. Selv om de kriterier, som Retten har fastsat i præmis 265 i den appellerede dom, antages at være i overensstemmelse med loven, forekommer selve dommen mig at være behæftet med retlige fejl, idet Retten tilsyneladende ikke har anvendt disse kriterier korrekt i denne sag.

128. På den ene side vil jeg påpege, at Retten ikke uden yderligere undersøgelse kan foreholde appellanten — og påstå bortfald af dennes rettigheder — i besvarelsen af klagepunktsmeddelelsen ikke at have anfægtet Kommissionens anvendelse af FBI-rapporten som led i dens bevisførelse. I sagen for Retten i Første Instans anfægtede appellanten brugen af denne rapport som bevis på de faktiske omstændigheder, der anføres i betragtning 265 i den anfægtede beslutning. Da disse omstændigheder ikke var nævnt i klagepunktsmeddelelsen, som kun omhandlede omstændigheder, som ikke blev bestridt af appellanten, burde Retten, inden den beskyldte appellanten for ovennævnte manglende anfægtelse, have undersøgt, om appellanten med god grund kunne udlede af klagepunktsmeddelelsen og indholdet i FBI-rapporten, som var nævnt heri og vedlagt, at Kommissionen også havde til hensigt at gøre disse omstændigheder gældende (jf. punkt 46-50 ovenfor), og om appellanten således havde interesse i at gøre indsigelser mod anvendelsen af FBI-rapporten som bevismiddel i sin besvarelse af klagepunktsmeddelelsen. Appellantens tavshed og manglende begrundelse for, at dokumentet ikke kunne bruges som bevismiddel, kan ikke fortolkes som accept heraf, hvis den ikke har forbindelse med den tilsigtede anvendelse, der er nævnt i klagepunktsmeddelelsen.

129. På den anden side var der efter min mening særlig grund til umiddelbart at betvivle, at anvendelse af FBI-rapporten som bevismiddel var forenelig med appellantens procesrettigheder.

130. På dette punkt er jeg først og fremmest enig med appellanten i, at de forhold, der tages i betragtning af Retten i præmis 266 og 267 i den appellerede dom (jf. punkt 69 og 70 ovenfor) — selv om de ikke er helt irrelevante hvad angår problemet med overholdelse af procesgarantierne — ikke gør det muligt at udelukke, at der var tvivl om, hvorvidt brugen af rapporten som led i Kommissionens bevisførelse var forenelig med de procesgarantier, der konkret set blev påberåbt af appellanten foran Retten og nu ved Domstolen. Jeg skal her påpege, at det drejer sig om retten til ikke at inkriminere sig selv, forpligtelsen hos den myndighed, der indsamler oplysningerne, til at udarbejde og forelægge et skriftligt referat af erklæringerne til godkendelse for den part, der har afgivet erklæringerne, samt overholdelse af fortroligheden af de erklæringer, som den tidligere repræsentant hos ADM afgav til de amerikanske antitrustmyndigheder i forbindelse med ADM's samarbejde med sidstnævnte.

131. Jeg hæfter mig navnlig ved det sidste aspekt, der bør behandles yderligere, idet det berører et ømtåleligt emne i det bilaterale forhold mellem Det Europæiske Fællesskab og USA hvad angår samarbejde mellem konkurrencemyndighederne.

132. I forbindelse med påstanden om, at FBI-rapporten udelukkende var beregnet til at blive anvendt i procedurer i USA, har appellanten på den ene side påpeget, at den første side i nævnte rapport angiver, at videregivelse til tredjepart er forbudt, og på den anden side, at de amerikanske antitrustmyndigheder udtrykkeligt havde aftalt med advokaten for ADM's tidligere repræsentant, at de oplysninger, som denne afgav, ikke ville blive videregivet, medmindre formålet var at anvende dem i en procedure indledt af USA. Disse omstændigheder fremgår af den dokumentation, som blev fremført for Retten.

133. Det er korrekt, at Kommissionen formodentlig ikke rådede over det skriftlige bevis for ovennævnte myndigheds tilsagn [88], og at FBI-rapporten ikke blev fremsendt af sidstnævnte, men af en anden virksomhed, som var indblandet i den sag, der blev indledt af Kommissionen.

134. Jeg mener dog ikke, at Kommissionen kunne se bort fra muligheden for, at dens brug af FBI-rapporten i den procedure, som den havde indledt, ville være i strid med visse garantier ifølge den amerikanske lovgivning i forbindelse med fortrolig behandling af de oplysninger, der blev afgivet af den tidligere repræsentant hos ADM. Det gælder ikke kun, fordi der på dokumentets første side, som det påpeges af appellanten, var påtrykt et forbud mod videregivelse til tredjepart, men navnlig på grund af forholdet mellem Det Europæiske Fællesskab og USA hvad angår samarbejde mellem de respektive konkurrencemyndigheder.

135. På tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning var dette forhold, som i dag er reguleret af en gensidig aftale indgået i 1991 [89] samt en anden gensidig aftale indgået i 1998 [90]. De to aftaler foreskriver konsultation, samarbejde og samordning mellem Kommissionen, på den ene side, og justitsministeriets antitrustafdeling og Federal Trade Commission, på den anden side, med henblik på sikring af håndhævelsen af konkurrencelovgivningen. Der er ingen bestemmelser i disse aftaler, der udtrykkeligt kræver udveksling af oplysninger mellem de pågældende myndigheder *med henblik på at bevise* tilsidesættelsen af konkurrencelovgivningen. I aftalen af

88 — Skrivelse af 13.6.1997 underskrevet af Trial Attorney i det amerikanske justitsministeriums antitrustafdeling (fremlagt af ADM som bilag til virksomhedens besvarelse af Rettens skriftlige spørgsmål).

89 — Aftale mellem Det Europæiske Fællesskab og regeringen for Amerikas Forenede Stater af 23.9.1991 om anvendelse af deres konkurrencelovgivning og den fortolkende brevveksling af 31.5. og 31.7.1995 vedrørende aftalen (EFT L 95, s. 47). Aftalen er godkendt af Det Europæiske Fællesskab og af Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab ved Rådets og Kommissionens beslutning 95/145/EF, EKSF af 10.4.1995 (EFT L 95, s. 45, med berigtigelse i EFT L 131, s. 38).

90 — Aftale mellem De Europæiske Fællesskaber og regeringen for Amerikas Forenede Stater om anvendelsen af principperne om »positive comity« i håndhævelsen af deres konkurrencelovgivning (EFT 1998 L 173, s. 28). Aftalen er godkendt af Det Europæiske Fællesskab og af Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab ved Rådets og Kommissionens beslutning 98/386/EF, EKSF af 29.5.1998, EFT 1998 L 173, s. 26.

1991 bestemmes navnlig i forbindelse med udveksling af oplysninger mellem de pågældende myndigheder, at den part, der er i besiddelse af oplysningerne, ikke har pligt til at videregive disse til den anden part, hvis den nationale lovgivning indeholder et forbud mod videregivelse, og at begge parter har pligt til i videst muligt omfang at holde alle oplysninger fra den anden part fortrolige i henhold til aftalen og i videst muligt omfang afvise enhver anmodning om videregivelse fra tredjepart, hvis der ikke foreligger tilladelse hertil fra den part, der har givet oplysningerne (artikel VIII). Det præciseres også, at bestemmelserne i aftalen skal fortolkes på en måde, der ikke strider imod parternes eksisterende nationale lovgivning eller disses medlemsstaters lovgivning, og på en måde, der ikke kræver ændringer af sidstnævnte (artikel IX). I forbindelse med den fortolkende brevveksling i samme aftale erklærede Det Europæiske Fællesskab i medfør af artikel VIII og IX i aftalen, at de oplysninger, der er omfattet af tavshedspligt i henhold til artikel 20 i forordning nr. 17, ikke vil blive videregivet af Kommissionen til de amerikanske antitrustmyndigheder, medmindre der gives udtrykkelig tilladelse hertil af den pågældende »kilde«. Også aftalen af 1998 indeholder, i artikel IV, stk. 2, litra c), nr. iii), og artikel V, henvisninger til nødvendigheden i at opnå forudgående tilladelse fra den pågældende kilde med henblik på den anden parts videregivelse af fortrolige oplysninger til konkurrencemyndighederne.

136. I det væsentlige må Kommissionen og de amerikanske antitrustmyndigheder i henhold til disse aftaler ikke udveksle oplysninger, der ikke må videregives ifølge retssystemet i det land, hvis myndigheder er i besiddelse af oplysningerne [91], idet de er »bundet af deres interne regler om beskyttelse af fortrolige oplysninger, som de er kommet i besiddelse af i forbindelse med deres respektive undersøgelser« [92].

137. Udvekslingen af oplysninger mellem nævnte myndigheder sker således »inden for rammerne af de eksisterende bestemmelser om fortrolighed« [93], og det er den pågældende parts afkald på sin ret til fortrolig behandling, der gør det muligt for de pågældende myndigheder at udveksle fortrolige oplysninger [94]. At konkurrencemyndighederne ikke ud fra de aktuelle samarbejdsaftaler kan udveksle

91 — Ifølge R. Nazzini, *Concurrent Proceedings in Competition Law*, Oxford University Press, New Oxford University Press, New York, 2004, s. 75 og 76.

92 — Kommissionens beretning til Rådet og Europa-Parlamentet af 13.8.2003 om anvendelsen af aftalerne mellem De Europæiske Fællesskaber og regeringen af Amerikas Forenede Stater og Canadas regering om anvendelsen af deres konkurrencelovgivning (1.1.2002 — 31.12.2002), punkt 1.1, findes på Eur-Lex med koden 52003DC0500.

93 — Ibidem, punkt 1.2.2.

94 — Jf. Kommissionens beretning til Rådet og Europa-Parlamentet af 17.9.2002 om anvendelsen af aftalerne mellem De Europæiske Fællesskaber og regeringen for Amerikas Forenede Stater og Canadas regering om anvendelsen af deres konkurrenceregler (1.1.2001 — 31.12.2001), punkt 1.2.2, som findes på Eur-Lex med koden 52002DC0505, hvor Kommissionen henviser til Fine Art Auction Houses-sagen, hvor »en af de involverede virksomheder gav afkald på sin ret til fortrolig behandling, [og hermed] fik de to myndigheder […] mulighed for at udveksle synspunkter om fortrolige forhold«.

fortrolige oplysninger uden tilladelse fra den pågældende kilde fremstår også som en væsentlig begrænsning af det effektive samarbejde om at bekæmpe karteldannelse, og fra flere myndigheders side ønsker man derfor indgåelse af en såkaldt aftale af »anden generation«, der vil tillade udvekslingen af fortrolige oplysninger [95].

138. Begrænsningen i udvekslingen af oplysninger mellem myndigheder på grund af overholdelse af bestemmelserne om fortrolighed indtager en helt særlig betydning, når det som i denne sag drejer sig om frivilligt afgivne oplysninger i forbindelse med en virksomheds samarbejdsvillighed for at opnå en bødenedsættelse eller -fritagelse. Det er klart, at hvis sådanne oplysninger kan videregives af myndighederne, der modtager dem i forbindelse med en anmodning om bødenedsættelse eller -fritagelse, til konkurrencemyndighederne i andre lande, også selv om der ikke findes en samordning af de pågældende myndigheders anvendelse af bødenedsættelsesordninger, vil dette alvorligt påvirke virksomhedernes samarbejdsvillighed inden for sådanne ordninger [96].

139. Som det er påpeget af Konkurrenceudvalget under Organisationen for Økonomisk Samarbejde og Udvikling (OECD), »må udvekslingen af oplysninger ikke skade undersøgelsen i forbindelse med kartelsager, herunder virkningen af ordninger om bødefritagelse eller bødenedsættelse«, og »til det formål har størstedelen af medlemslandene

95 — Kommissionens beretning til Rådet og Europa-Parlamentet af 4.10.2000 om anvendelsen af aftalerne mellem De Europæiske Fællesskaber og regeringen af Amerikas Forenede Stater om anvendelsen af deres konkurrencelovgivning (1.1.1999 — 31.12.1999), punkt 2.2, findes på Eur-Lex med koden 52000DC0618. Jf. også tredje rapport fra OECD's Konkurrenceudvalg af 2005 om udarbejdelse af rekommandationer fra OECD's side af 25.3.1998 vedrørende bekæmpelse af karteller, punkt 4, som findes på OECD's webside (www.oecd.org). Jeg skal her påpege, at det nu inden for visse grænser er muligt at udveksle og benytte *også fortrolige oplysninger* i bevisførelsen i henhold til artikel 12 i forordning nr. 1/2003 i forbindelse med samarbejdet mellem Kommissionen og konkurrencemyndighederne i medlemsstaterne.

96 — Det er derfor ikke overraskende, at det fremgår af nævnte beretning i fodnote 91 ovenfor (punkt 1.2.2), at Kommissionen intervenerede i tre civilretlige sager i USA for at beskytte skriftlige oplysninger, som var blevet forelagt som led i Kommissionens rabatpolitik og ikke skulle støtte nogen af parterne i disse sager, men derimod havde til formål »at sikre integriteten« i denne politik. Herudover er der væsentlige indikationer i Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager. I udgaven fra 2002 (EFT C 45, s. 3, punkt 33) har Kommissionen præciseret, at enhver erklæring, der er afgivet til Kommissionen i relation til denne meddelelse, ikke må offentliggøres eller anvendes til noget andet formål end håndhævelsen af artikel 81 EF, mens den i udgaven fra 2006 (EUT C 298, s. 17, punkt 35) har præciseret, at de nævnte erklæringer kun kan fremsendes til medlemsstaternes konkurrencemyndigheder på visse betingelser. I begge de nævnte udgaver af meddelelsen (henholdsvis punkt 32 og punkt 40) påpeges, at offentliggørelsen af sådanne erklæringer vil være til skade for beskyttelsen af formålet med inspektioner og undersøgelser, jf. artikel 4, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning nr. 1049/2001 af 30.5.2001 om aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter (EFT L 145, s. 43).

[af OECD] vedtaget politikker, som foreskriver, at de ikke udveksler oplysninger, der er indhentet fra ansøgere om favorabel behandling, uden forudgående tilladelse fra ansøgeren« [97].

140. Set i lyset af den bilaterale aftale mellem Det Europæiske Fællesskab og USA på det omhandlede område og problematikken vedrørende videregivelse af oplysninger afgivet af virksomheder, der er omfattet af en bødenedsættelsesordning, som Kommissionen ikke kunne se bort fra, mener jeg, at når den pågældende instans har modtaget FBI-rapporten fra en virksomhed, der er part i den procedure, som den har indledt, skal der træffes de nødvendige forholdsregler med henblik på at sikre en fortrolig behandling af dokumentet i den pågældende sag for at afværge risikoen for at tilsidesætte gældende garantier i den amerikanske lovgivning med henblik på videregivelse af indholdet i samme dokument.

141. Jeg mener især, at Kommissionen ikke på lovlig vis kunne anvende FBI-rapporten som bevis uden først at have anmodet den virksomhed, som havde tilstillet den oplysningerne, om en forklaring på, hvorledes denne var kommet i besiddelse af oplysningerne, og uden først at have forespurgt de amerikanske antitrustmyndigheder — under opfyldelse af dens samarbejdspligt i kraft af de eksisterende bilaterale aftaler — om rapporten ifølge amerikansk ret udgjorde et fortroligt dokument, som det måtte forudsættes, indtil andet var bevist, både på grund af dokumentets første side og de omstændigheder, som det blev udarbejdet under, og som Kommissionen var bekendt med (og som det tilsyneladende fremgår af skrivelsen af 13.6.1997 fra det amerikanske justitsministeriums antitrustafdeling).

142. Det faktum, at det var en tredje virksomhed og ikke ovennævnte myndigheder, der videregav FBI-rapporten, kan ikke berettige, at Kommissionen undlod at træffe sådanne forholdsregler. Kommissionen kan ikke af denne grund antage, at nævnte dokument ikke længere er af fortrolig karakter. Ud fra en fortolkning ifølge god tro af artikel VIII i den bilaterale aftale af 1991 skulle Kommissionen efter min mening undgå risikoen for at tilføre yderligere konsekvenser i forbindelse med en krænkelse af rapportens fortrolige karakter begået i USA ved at bruge nævnte rapport i sin bevisførelse.

143. Det faktum, at ovennævnte rapport ikke blev tilsendt Kommissionen af de amerikanske antitrustmyndigheder, adskiller i væsentlig grad denne sag fra den sag, der var genstand for dommen i sagen Dalmine mod Kommissionen [98], hvor Kommissionen havde modtaget de omhandlede afhøringsreferater

97 — Dokument af oktober 2005 med titlen *Best Practices for the Formal Exchange of Information Between Competition Authorities in Hard Core Cartel Investigations*, som findes på OECD's webside (www.oecd.org). Min oversættelse. Jeg skal bemærke, at Kommissionen i sin meddelelse om samarbejdet inden for netværket af konkurrencemyndigheder (EUT 2004 C 101, s. 43) i punkt 40 foreskriver, at bortset fra visse tilfælde »vil oplysningerne, som en ansøger af favorabel behandling fremsætter frivilligt, kun blive videregivet til en anden deltager i netværket i henhold til artikel 12 i Rådets forordning [nr. 1/2003] med ansøgerens samtykke«.

98 — Nævnt i fodnote 32 og 71 ovenfor.

direkte fra de nationale myndigheder, der havde udarbejdet dem. I sagen Dalmine mod Kommissionen havde Kommissionen ifølge Domstolen ret til at anvende referaterne som bevismateriale, idet videregivelsen af referaterne til Kommissionen ikke var blevet erklæret ulovlig af en national domstol [99]. I denne sag har de amerikanske myndigheder derimod ikke direkte videregivet FBI-rapporten, og derfor er det således ikke relevant, at der ikke foreligger en lignende kendelse fra en amerikansk domstol. Kommissionen burde have rådført sig med de amerikanske antitrustmyndigheder hvad angår foreneligheden med amerikansk ret ved anvendelsen af dokumentet, med henblik på at opnå en foreløbig erklæring på området fra de kompetente nationale myndigheder, selv om denne ikke var af retslig karakter.

144. Af de årsager, der er nævnt i punkt 121 ovenfor, mener jeg derfor, at hvis det første anbringende forkastes, må den appellerede dom ophæves på det punkt, hvor Retten forkaster appellantens klagepunkter vedrørende tilsidesættelse af processuelle garantier derved, at Kommissionens har lagt FBI-rapporten til grund som bevis for ADM's førende rolle i kartellet.

99 — Dommen i sagen Dalmine mod Kommissionen, nævnt i fodnote 32 ovenfor, præmis 63.

E — *Den anfægtede beslutning: Kunne Kommissionen lægge FBI-rapporten til grund som bevis for appellantens førende rolle i kartellet?*

145. Jeg har i punkt 141 ovenfor påpeget, at Kommissionen ikke på lovlig vis kunne lægge FBI-rapporten til grund som bevis uden først at have indhentet de nødvendige afklaringer fra den virksomhed, der har videregivet den, og fra de amerikanske antitrustmyndigheder og fastslået, hvilket retssystem der var gældende for det pågældende dokument hvad angår fortrolighed. Anbringendet i sagen for Retten i Første Instans om tilsidesættelse af processuelle garantier bør derfor efter min mening tages til følge, for så vidt som det begrundes med uforeneligheden mellem Kommissionens anvendelse af rapporten som bevismateriale og den fortrolige behandling af samme, som garanteres af ovennævnte myndigheder.

F — *Tredje, fjerde og femte anbringende vedrørende Cerestars skriftlige erklæringer*

146. Ved tre forskellige anbringender fremsætter appellanten klagepunkter i forbindelse med de betragtninger, der har ført Retten til at konkludere — i modsætning til, hvad appellanten påstod i førsteinstanssagen — at Kommissionen ikke har begået fejl ved vurderingen af den skriftlige erklæring fra Cerestar hvad angår ADM's tidligere repræsentants rolle i kartellet.

147. Jeg skal først og fremmest påpege, at Domstolen ikke er kompetent til at fastlægge de faktiske omstændigheder og i princippet heller ikke til at bedømme beviser, som Retten har lagt til grund ved fastlæggelsen af de faktiske omstændigheder. Når disse beviser er blevet forskriftsmæssigt tilvejebragt, og de almindelige retsgrundsætninger og de processuelle regler om bevisbyrde og bevisførelse er overholdt, er det alene Retten, der har kompetence til at vurdere, hvilken bevisværdi der skal tillægges de oplysninger, den har fået forelagt. Medmindre der er sket en forvanskning af beviselementerne, udgør Rettens vurdering heraf derfor ikke retsspørgsmål, der som sådant er undergivet Domstolens prøvelsesret [100].

148. I første appelanbringende påstår appellanten dog netop, at der er sket en forvanskning af et beviselement, nemlig FBI-rapporten. Appellanten mener i modsætning til Rettens antagelse i præmis 288 i den appellerede dom, at nævnte rapport overhovedet ikke underbygger Cerestars skriftlige erklæring, som fastslår, at ADM's tidligere repræsentant spillede en ledende rolle i kartellet, idet denne ledte Sherpa-møderne og forberedte sagerne og fremsatte forslag til de prislister, der skulle vedtages. Ifølge rapporten var det en anden repræsentant fra ADM, der spillede en særligt aktiv rolle i kartellet.

149. Dette anbringende mener jeg ikke bør tages til følge. Som Kommissionen har anført, bemærkes det ikke i præmis 288 i den appellerede dom, at FBI-rapporten underbygger den skriftlige erklæring fra Cerestar med hensyn til det ovenfor fremførte spørgsmål, men blot, at de to dokumenter stemmer overens. Denne konstatering er desuden fremført af Retten i forbindelse med dens undersøgelse af troværdigheden af Cerestars skriftlige erklæring, som stod i modsætning til det, som ADM's tidligere repræsentant havde oplyst til Kommissionen i løbet af den administrative procedure. Retten fandt således ikke kun Cerestars skriftlige erklæring troværdig, fordi den stemte overens med FBI-rapporten, men også fordi det var ubestridt, at Cerestar ikke havde spillet en aktiv rolle i kartellet, og fordi erklæringerne fra ADM's tidligere repræsentant var blevet afgivet til Kommissionen »in tempora suspecto« [101]. Appellanten fremfører dog ingen klagepunkter med hensyn til disse yderligere betragtninger fra Rettens side.

150. I det andet anbringende påstår appellanten, at den appellerede dom ikke indeholder nogen begrundelse for, at Retten forkaster appellantens argument om, at den skriftlige erklæring fra Cerestar, hvad angår ADM's tidligere repræsentants rolle i Sherpa-møderne, ikke var troværdig, idet Cerestar ikke kunne identificere disse møder eller fremlægge detaljer herom.

100 — Dom af 21.9.2006, sag C-167/04 P, JCB Service mod Kommissionen, Sml. I, s. 8935, præmis 107 og den deri nævnte retspraksis.

101 — Jf. den appellerede dom, præmis 288 og 290.

151. Dette anbringende mener jeg også bør forkastes. I præmis 289 i den appellerede dom har Retten i det væsentlige fastslået, at manglen på detaljer vedrørende nogle af kartelmøderne ikke kunne udelukke Cerestar fra at gøre gældende, at disse møder blev arrangeret og ledet af ADM's tidligere repræsentant.

G — *Den anfægtede beslutning: Har Kommissionen i tilstrækkeligt omfang godtgjort, at ADM spillede en førende rolle i kartellet?*

154. Det følger af de betragtninger, jeg fremførte i forbindelse med Kommissionens brug af FBI-rapporten som bevis for ADM's førende rolle i kartellet, at Kommissionen ikke — idet en sådan brug var ulovlig — i sin vurdering af ADM's rolle burde have taget hensyn til de faktiske omstændigheder, der var anført i betragtning 265 i den anfægtede beslutning, og som kun fremgik af nævnte rapport.

152. Med det tredje anbringende påstår appellanten, at Retten i præmis 290 i den appellerede dom fejlagtigt har konkluderet, at appellanten er afskåret fra at anfægte rigtigheden af Cerestars skriftlige erklæring under sagen, fordi denne anfægtelse ikke skete under den administrative procedure. Jeg er enig med Kommissionen i, at dette klagepunkt er behæftet med fejl på grund af en åbenlys fejllæsning af ovennævnte præmis, hvor Retten ikke afviste anbringendet, men blot påpegede, at Cerestars skriftlige erklæring burde tillægges »større beviskraft« end erklæringen fra ADM's tidligere repræsentant, og at det derfor ikke kunne uddrages, at den første var unøjagtig, blot fordi de to erklæringer ikke stemte overens.

155. I forbindelse med undersøgelsen af den anfægtede beslutning, som jeg tilråder Domstolen at udføre i henhold til artikel 61, stk. 1, i dennes statut og under hensyn til mine betragtninger i punkt 57-59 ovenfor, må det derfor afgøres, om udpegelsen af ADM som leder af kartellet kan være begrundet udelukkende på baggrund af de omstændigheder, der er fremført i betragtning 266 i den anfægtede beslutning og gengivet fra Cerestars skriftlige udtalelse. Det drejer sig om Cerestars »indtryk« af, at ADM's tidligere repræsentant havde en ledende rolle, og det faktum, at han ledede Sherpa-møderne og normalt var den, »der forberedte sagerne og fremsatte forslag til de prislister, der skulle vedtages«.

153. Jeg mener derfor, at anbringenderne vedrørende Cerestars skriftlige erklæring bør forkastes.

156. Efter min mening kan man ikke tildele Cerestars ovennævnte »indtryk« nogen værdi i sig selv, idet udpegelsen af en virksomhed

som leder af et kartel skal baseres på konkrete omstændigheder og ikke på indtryk eller vurderinger fra andre deltagere i kartellet. Med hensyn til de konkrete omstændigheder mener jeg, at det faktum, at ADM's tidligere repræsentant ledte Sherpa-møderne, forberedte sagerne og fremsatte forslag, om ikke andet vidner om, at appellanten spillede en aktiv rolle i kartellet, men ikke er tilstrækkeligt til at godtgøre, at denne var leder af kartellet. Det er en kendsgerning, at de vigtige beslutninger i kartellet blev truffet på mastermøderne, der blev afholdt på højeste niveau, og at disse møder, som Cerestar bekræfter, normalt blev ledet af repræsentanter fra Hoffmann-La Roche og Jungbunzlauer, uden at sidstnævnte er blevet taget i betragtning af Kommissionen som leder af kartellet. Det fremgår også af samme skriftlige udtalelse fra Cerestar, at ADM's tidligere repræsentant som leder af Sherpa-møderne regelmæssigt afgav referat af de aftaler, som blev indgået under master-møderne [102]. Kommissionen har desuden i betragtning 273 til den anfægtede beslutning påpeget, at »også andre medlemmer af kartellet [optrådte] på en måde, der normalt forbindes med en lederrolle, f.eks. ved at lede møder eller centralisere dataindsamling og -formidling«.

157. Jeg mener derfor, at udpegelsen af ADM som leder af kartellet på citronsyremarkedet ikke kan anses for at være tilstrækkeligt godtgjort.

158. Jeg foreslår derfor, at Domstolen også på dette grundlag ophæver den forhøjelse på 35% af grundbeløbet for bøderne, som Kommissionen har pålagt i den anfægtede beslutning.

H — *Sjette appelanbringende vedrørende manglende anerkendelse af en formildende omstændighed i forbindelse med ADM's udtræden af kartellet efter de amerikanske antitrustmyndigheders indgriben*

1. Rettens bemærkninger

159. Appellanten påstod ved Retten, at Kommissionen ikke havde givet virksomheden mulighed for at drage fordel af den formildende omstændighed, der er nævnt i retningslinjernes punkt 3, tredje led, f.eks. »hvis en virksomhed har bragt overtrædelsen til ophør straks efter Kommissionen første indgreb (typisk en kontrolundersøgelse)«. Appellanten påpegede, at virksomheden havde bragt sin deltagelse i kartellet på citronsyremarkedet til ophør straks efter FBI's ransagning af dennes lokaler i USA i juni 1995 [103], og anførte, at Kommissionens

102 — Bilag 15 til appelskriftet, s. 3.

103 — Der består i virkeligheden tvivl om, hvorvidt ADM's deltagelse i citronsyrekartellet ophørte *som følge af* FBI's ransagelse af dennes lokaler i juni 1995. I den anfægtede beslutning fastslås, at ADM's deltagelse i kartellet fortsatte indtil maj 1995 (jf. betragtning 247 og artikel 1, stk. 2), og at ADM i sin besvarelse af klagepunktsmeddelelsen (punkt 5.2), havde anført, at virksomheden ophørte med at deltage på eget initiativ i maj 1995, »hvor kartellet ikke længere fungerede, og inden myndigheders indgriben«. Den anfægtede beslutning indeholder dog flere indikationer af, at ADM's deltagelse i kartellet ophørte i juni 1995 i forbindelse med FBI's ransagelse (jf. betragtning 128 og 193).

manglende anerkendelse af dette som en formildende omstændighed er i strid med proportionalitetsprincippet samt ligestillingsprincippet, idet Kommissionen i en tilsvarende sag med samme omstændigheder traf en anden beslutning.

160. Retten har med en klar begrundelse i præmis 331-346 i den appellerede dom forkastet begge klagepunkter.

161. Først og fremmest fastslog Retten, at det var nødvendigt »at fortolke bestemmelsen i retningslinjernes punkt 3, tredje led, indskrænkende, således at den effektive virkning af artikel 81, stk. 1, EF ikke bringes i fare«. En fortolkning af bestemmelsen baseret alene på en analyse af ordlyden, som kan »[give] 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«, »vil […] svække den effektive virkning af de bestemmelser, der skal sikre opretholdelsen af en effektiv konkurrence, idet den vil svække såvel den sanktion, der kan iværksættes, når artikel 81 EF tilsidesættes, som sanktionens afskrækkende virkning«. Ifølge Retten kan »[e]n overtrædelses ophør alene som følge af et kommissionsindgreb […] således ikke sidestilles med en forholdsregel, som virksomheden træffer på eget initiativ, men er blot en hensigtsmæssig og normal reaktion på indgrebet«, idet »et sådant ophør blot [markerer], at virksomheden lovliggør sin situation«. Bestemmelsen i retningslinjerne »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« [104].

162. For det andet fastslog Retten, at »i det foreliggende tilfælde kan det ikke betragtes som en formildende omstændighed, at ADM har bragt overtrædelsen til ophør efter en konkurrencemyndigheds første indgreb«, idet det drejer sig om, »at der er etableret et hemmeligt kartel med det formål at fastsætte priser og fordele markeder«, og Retten er derfor »ikke i tvivl om, at de berørte parter har begået overtrædelsen forsætligt« [105].

163. Endelig fastslog Retten, at »den omstændighed, at Kommissionen i en tidligere sag har vurderet en adfærd på en bestemt måde, ikke [bevirker], at den er forpligtet til at anlægge samme vurdering i senere sager«, og at den tidligere sag, som blev indledt af appellanten, ikke sætter spørgsmålstegn ved Rettens analyse, idet den kun er udtryk for Kommissionens vurdering [106].

104 — Den appellerede dom, præmis 335-338.
105 — Den appellerede dom, præmis 339-342.
106 — Den appellerede dom, præmis 345.

2. Parternes argumenter

164. Med dette appelanbringende påstår appellanten, at Retten med sine betragtninger tilsidesætter princippet om, at Kommissionen skal overholde de regler, den har pålagt sig selv, eller i modsat fald angive en begrundelse for, hvorfor den afviger fra disse regler. Appellanten fremfører herved forskellige argumenter, som i det væsentlige består i følgende:

— en kritik af Rettens fortolkning af retningslinjernes punkt 3, tredje led, idet denne fastslår, at Kommissionen ikke har egentlig pligt, men blot mulighed for at nedsætte bødebeløbet, hvis overtrædelsen ophørte inden Kommissionens første indgreb

— en anfægtelse af, at Retten ikke fastslog, at Kommissionen ikke havde opfyldt sin pligt til at begrunde, hvorfor denne sag ikke havde til hensigt at tage hensyn til, om udtrædelsen af kartellet efter de amerikanske myndigheders første indgriben berettigede til en bødenedsættelse.

165. Kommissionen påpeger, at Retten har foretaget en omfattende undersøgelse af appellantens klagepunkter og anlagt en korrekt fortolkning af bestemmelserne i retningslinjerne og en korrekt vurdering af sagens omstændigheder og derfor med rette kunne konkludere, at ADM's udtræden af kartellet efter FBI's ransagelse af virksomheden lokaler ikke udgjorde en formildende omstændighed.

3. Bedømmelse

166. Jeg skal straks påpege, at jeg er enig med Retten i, at en virksomheds udtræden af et hemmeligt og ulovligt kartel ikke udgør en formildende omstændighed, der svækker overtrædelsens grovhed betydeligt, og som derfor belønnes med en nedsættelse af bødebeløbet [107].

167. Jeg er dog ikke enig [108] i de betragtninger, som Retten lægger til grund for at have forkastet appellantens klagepunkter om en

107 — Jf. i denne retning også generaladvokat Trstenjaks forslag til afgørelse af 15.5.2008 i sag C-510/06 P, Archer Daniels Midland mod Kommissionen, som endnu verserer, punkt 232, vedrørende et kartel på markedet for natriumgluconat.

108 — I modsætning til generaladvokats Trstenjaks forslag til afgørelse, som nævnt i fodnoten ovenfor.

tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet på grund af den manglende hensyntagen til en formildende omstændighed i sagen. Jeg mener især, at appellanten korrekt anklager Retten for at have foretaget en fejlagtig fortolkning af retningslinjernes punkt 3, tredje led.

168. Som det fastslås i præmis 335 i den appellerede dom, skal ordlyden i bestemmelsen forstås således, at hvis blot en virksomhed bringer overtrædelsen til ophør straks efter Kommissionens første indgreb, er der tale om en formildende omstændighed. Ingen elementer i bestemmelsen gør det muligt at foretage en sondring eller kun indrømme den omhandlede bødenedsættelse »[under] særlige omstændigheder«. Desuden er det først med de nye retningslinjer fra 2006 [109], at Kommissionen ved at optage formuleringen i retningslinjernes punkt 3, tredje led, angav, at den formildende omstændighed, som består i, at overtrædelsen er bragt til ophør efter Kommissionens første indgreb, »[ikke] gælder […] for hemmelige aftaler eller for hemmelig praksis (især karteller)«.

169. Retten har derfor fraveget princippet om, at det ikke er nødvendigt at fortolke en klar bestemmelse (in claris non fit interpretatio) ved at antage, at den skulle foretage en restriktiv fortolkning af retningslinjernes punkt 3, tredje led, som kun gør den anvendelig under »særlige omstændigheder«, under henvisning til, at »[h]vis det anerkendes som en formildende omstændighed, at en overtrædelse bringes til ophør straks efter Kommissionens første indgriben, vil det nemlig på urimelig vis svække den effektive virkning af artikel 81, stk. 1, EF, idet såvel sanktionen som sanktionens afskrækkende virkning vil blive formindsket«.

170. Denne afgørelse forekommer mig tillige noget forceret. Ud over det faktum, at artikel 81, stk. 1, EF i sig selv ikke fastsætter nogen sanktion, men kun et forbud, kan jeg ikke indse, hvorledes en principiel anerkendelse af en sådan formildende omstændighed ligefrem kan svække den effektive virkning af nævnte artikel — eller af artikel 83 EF og 15 i forordning nr. 17, som fastsætter reglerne for bødepålæggelse — eftersom størrelsen af den bødenedsættelse, som opnås, kan reguleres ud fra den pågældende sags natur og være den lavest mulige og altså ikke svækker bødens effektive virkning.

171. Jeg skal påpege, at der i retningslinjerne ikke nævnes noget om fortsættelse af overtrædelsen efter Kommissionens første indgreb blandt de angivne skærpende omstændigheder i punkt 2. Man kan derfor formode, at retningslinjerne har til formål at fastsætte en forskelsbehandling af virksomheder, der deltager i et ulovligt kartel, og som reagerer forskelligt på Kommissionens indgreb — én ophører med overtrædelsen, andre fortsætter overtrædelsen — gennem en belønning (bødenedsættelse), som gives i første tilfælde, i stedet for en straf (bødeforhøjelse) i andet tilfælde.

109 — Retningslinjer til beregning af bøder efter artikel 23, stk. 2, litra a), i forordning (EF) nr. 1/2003 (EUT 2006 C 210, s. 2). Jf. punkt 29, første led.

172. Hvis retningslinjernes punkt 3, tredje led, som hævdet af appellanten skal fortolkes efter sin ordlyd, betyder dette ikke, at Kommissionen har pålagt sig selv *i alle sager* kun at anerkende det som en formildende omstændighed, hvis en overtrædelse bringes til ophør straks efter dens første indgriben. Appellanten har ret i, at Kommissionen — i overensstemmelse med retspraksis — kan fravige retningslinjerne, såfremt at den begrunder fravigelsen, og dens begrundelser er forenelige med lighedsprincippet [110].

173. Jeg mener, at retningslinjernes punkt 3, tredje led, kan fortolkes således, at hvis overtrædelsen bliver bragt til ophør straks efter indgrebene, skal det i princippet — og altså ikke kun i særlige tilfælde, som det antages i den appellerede dom — belønnes med en nedsættelse af bødens grundbeløb.

174. En sådan fortolkning medfører dog ikke, at Retten nødvendigvis skal anerkende, at der foreligger en formildende omstændighed til fordel for appellanten i medfør af ovennævnte bestemmelse og således indrømme denne en nedsættelse af bødens grundbeløb.

110 — Jf. dommen i sagen Dansk Rørindustri mod Kommissionen, nævnt i fodnote 15 ovenfor, præmis 209.

175. Retten har i medfør af artikel 229 EF og artikel 17 i forordning nr. 17 en fuld prøvelsesret hvad angår pålagte bøder i henhold til nævnte forordning og har »som følge heraf beføjelse til, ud over en simpel legalitetskontrol af sanktionen, at anlægge sin egen vurdering i stedet for Kommissionens«, og kan således ophæve, nedsætte eller forhøje den bøde, der er pålagt af Kommissionen, når spørgsmålet om bødens størrelse forelægges den til vurdering [111]. Som generaladvokat Jacobs allerede har anført i sit forslag til afgørelse i sagen JCB Service mod Kommissionen [112], er Retten ikke som konsekvens heraf bundet af retningslinjerne.

176. Retten havde således kunnet forkaste appellantens påstand ved hjælp af argumenterne i præmis 336, 340 og 341 i den appellerede dom — som jeg er helt enig i [113], og som i det væsentlige fastslår, at det er en »hensigtsmæssig og normal reaktion« på Kommissionens indgreb at ophøre med en overtrædelse, som er klart ulovlig — dog ud fra en hensigtsmæssig vurdering, som Retten foretager i overensstemmelse med sin skønsbeføjelse i henhold til fællesskabsretten.

111 — Dom af 8.2.2007, sag C-3/06 P, Groupe Danone mod Kommissionen, Sml. I, s. 1331, præmis 61 og 62. Jf. også generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse af 8.12.2005 i sagen Technische Unie mod Kommissionen, dom af 21.9.2006, sag C-113/04, Sml. I, s. 8831, punkt 132, og generaladvokat Poiares' forslag til afgørelse af 16.11.2006 i sagen Groupe Danone mod Kommissionen, nævnt i punkt 45 og 48 ovenfor.

112 — Forslag til afgørelse af 15.12.2005 i den ovenfor i fodnote 100 nævnte dom, punkt 141.

113 — Undtagen, som ovenfor nævnt, de to sidste linjer i præmis 336, som omtaler sanktionen og sanktionens afskrækkende virkning.

177. Dette anbringende skal derfor efter min mening tages til følge, i det omfang Retten foreholdes at have begået en retlig fejl i sin fortolkning af retningslinjerne. Den appellerede dom bør på dette punkt ophæves. Da sagen er moden til påkendelse, kan appellantens klagepunkt for Retten i Første Instans underkastes en fornyet prøvelse, hvor det efter min mening bør forkastes af Domstolen, som også kan udøve sin fulde prøvelsesret i sin endelige afgørelse i sagen i medfør af artikel 61, stk. 1, i dennes statut [114].

I — *Niende anbringende vedrørende kartellets konkrete indvirkning på markedet*

1. Rettens bemærkninger

178. Appellanten fremsatte flere klagepunkter over for Retten, hvorefter Kommissionen ikke i tilstrækkeligt omfang havde påvist, som det fastslås i den anfægtede beslutning i medfør af retningslinjernes punkt 1 A, stk. 1 [115], at det pågældende kartel havde haft en konkret indvirkning på markedet. I appelskriftet kritiserer appellanten på dette punkt udelukkende de vurderinger, som Retten i præmis 198-203 i den appellerede dom har lagt til grund for at forkaste virksomhedens argument, hvorefter ovennævnte indvirkning ikke kunne betragtes som påvist, da Kommissionen ikke først havde afgrænset det relevante produktmarked. Appellanten havde anført, at en sådan afgrænsning var påkrævet med henblik på en undersøgelse af kartellets indvirkning på markedet og en vurdering af overtrædelsens grovhed, og henvist til, at den anfægtede beslutning ikke indeholdt en konklusion, som fastslog, at citronsyremarkedet var det relevante produktmarked [116].

179. Retten forkastede ovennævnte argument på baggrund af følgende betragtninger:

»198 Det bemærkes for det første, at Kommissionen i beslutningen ikke har undersøgt, om det relevante produktmarked kun omfattede citronsyre, eller om det som hævdet af ADM også omfattede produkter, der kan erstatte citronsyre. Under overskrifterne »Produktet« […] og »Citronsyremarkedet« […] har Kommissionen blot beskrevet citronsyrens forskellige applikationer samt citronsyremarkedets størrelse.

199 Den ekspertrapport, ADM forelagde Kommissionen under den administra-

114 — Dom af 8.7.1999, sag C-49/92, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, Sml. I, s. 4125, præmis 218.

115 — Ifølge denne bestemmelse skal der »[v]ed vurderingen af overtrædelsens grovhed […] tages hensyn til«, bl.a., »overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet — når den kan måles«.

116 — Jf. stævningen til Retten i Første Instans, punkt 7.2.3.

tive procedure, indeholder imidlertid en analyse af det relevante produktmarked, som defineres bredere, således at det også omfatter erstatningsprodukter, bl.a. fosfater og mineralsyrer. Kommissionen har imidlertid i beslutningen ikke gennemgået ADM's argumenter for en bredere afgrænsning af det relevante produktmarked.

200 Når dette er sagt, finder Retten dog kun ADM's argumenter antagelige, såfremt ADM kan godtgøre, at Kommissionen, hvis den havde afgrænset det relevante produktmarked som ønsket af ADM, ville have konkluderet, at overtrædelsen ikke havde følger for markedet defineret som omfattende citronsyre og erstatningsprodukter […]

201 Henset til Kommissionens analyse af prisudviklingen og salgskvoterne i betragtning 213 ff. til beslutningen, findes ADM imidlertid ikke at have påvist eller at have peget på forhold, som under ét udgør en række sammenhængende indicier, som med rimelig sandsynlighed viser, at citronsyrekartellet ikke ville have følger for det større marked omfattende erstatningsprodukter, eller i hvert fald kun ubetydelige følger. Selv i ekspertrapporten, der anbefaler en bredere afgrænsning af markedet, omfatter undersøgelsen af, om kartellet har påvirket prisudviklingen, alene citronsyremarkedet.«

2. Parternes argumenter

180. I appelskriftet anfører appellanten, at når det i præmis 198 i den appellerede dom med rette konstateres, at Kommissionen ikke havde afgrænset det relevante produktmarked, kan Retten ikke drage den konklusion, at Kommissionen havde påvist, at kartellet havde haft indvirkning på markedet. Appellanten gør gældende, at en afgrænsning af det relevante marked er en forudsætning for at kunne kontrollere et kartels indvirkning på markedet, og anfører, at et priskartel ikke kan have indvirkning på markedet, hvis forbrugerne kan købe erstatningsprodukter, samt at en generel prisforhøjelse eller stigning i efterspørgslen kan være afgørende for en forhøjelse af priserne på det produkt, kartellet omhandler, som er uafhængig af sidstnævnte. Retten har ved at antage, at det påhvilede appellanten at påvise, at Kommissionen, såfremt produktmarkedet var blevet afgrænset korrekt ifølge appellantens overbevisning, skulle have konstateret, at overtrædelsen ikke havde haft indvirkning på dette marked, fejlagtigt pålagt appellanten bevisbyrden i forbindelse med kartellets virkning, hvilken ellers påhviler Kommissionen. Retten har således tilsidesat princippet om, at Kommissionen skal overholde de regler, som findes i retningslinjerne, og som den pålægger sig selv. Da kartellets indvirkning på markedet ikke findes påvist, bør bødebeløbet følgelig nedsættes.

181. Selv om det forudsættes, at Retten ikke fastslog, at den anfægtede beslutning ikke angav en afgrænsning af et marked, udelukker Kommissionen, at Retten har begået en fejl vedrørende bevisbyrden. Den har anført, at appellanten med dette anbringende i virkeligheden forsøger at få Domstolen til at undersøge en faktisk omstændighed, som der under førsteinstanssagen ikke er fremført de nødvendige beviser for. Under retsmødet tilføjede dennes repræsentant, at det under alle omstændigheder ikke var nødvendigt at analysere det relevante produktmarked i denne sag.

3. Bedømmelse

182. Jeg skal indledningsvis bemærke, at appellanten med afgrænsning af det relevante produktmarked mener den almindeligt anerkendte identificering af de samlede produkter eller tjenesteydelser, som på grund af deres egenskaber er særligt egnede til at opfylde vedvarende behov, og som kun i ringe omfang kan erstattes af andre produkter [117]. Det påhviler Kommissionen at foretage denne identificering i medfør af artikel 81 EF og 82 EF og i henhold til fusionskontrolproceduren inden for Fællesskabet. Denne identificering gør det sammen med den relevante geografiske afgrænsning af markedet muligt at fastslå det konkurrencepres, som de pågældende virksomheder har været udsat for, som følge af en given markedsadfærd eller en fusion og dermed vurdere deres markedsstyrke.

183. Som Kommissionen selv påpeger i sin meddelelse vedrørende afgrænsning af det relevante marked i medfør af Fællesskabets regulerende bestemmelser om konkurrence [118], »[adskiller] begrebet relevant marked sig fra andre markedsbegreber, der hyppigt anvendes i andre forbindelser. F.eks. benytter virksomhederne ofte udtrykket marked om det område, hvor de sælger deres produkter, eller om den industri eller branche, som de tilhører«. Man kan almindeligvis referere til et produktmarked (f.eks. for citronsyre), som de grænser, hvor det pågældende produkts udbud og efterspørgsel mødes, idet der ses bort fra, at der kan eksistere produkter, der kan erstatte det, og hvis udbud og efterspørgsel kan overlappe det pågældende produkts udbud og efterspørgsel. Det er denne opfattelse af det relevante produktmarked, der er beskrevet i forrige punkt, og ikke de mere generelle opfattelser af produktmarkedet, jeg henviser til i det følgende, når jeg nævner det relevante produktmarked.

184. I appellantens klagepunkt opfordres Retten til at tage stilling til, om en vurdering af virkningerne af et kartel, der er forbudt i henhold til artikel 81 EF, ved fastsættelse af overtrædelsens grovhed nødvendigvis forudsætter en afgrænsning af det relevante produktmarked, eller om vurderingen kan udføres under henvisning udelukkende til det produkt, der er genstand for kartellet, idet der således ses bort fra andre produkter, der eventuelt kan erstatte det pågældende produkt set fra forbrugernes synspunkt.

117 — Jf. især dommen i sagen Michelin mod Kommissionen, nævnt i fodnote 10 ovenfor, præmis 37.

118 — EFT 1997 C 372, s. 5, punkt 3.

185. Dette anbringende tager udgangspunkt i, at Retten, da den konstaterede, at der i den anfægtede beslutning ikke var foretaget en afgrænsning af det relevante produktmarked, i det væsentlige og med urette ikke fandt det nødvendigt med en sådan afgrænsning i denne sag med henblik på at vurdere kartellets indvirkning på markedet.

186. Selv om Rettens betragtninger ikke er helt klare på det punkt, og Kommissionen har anført, at Retten ikke foreholdt den ikke at have afgrænset et marked, mener jeg, at det fremgår tilstrækkelig klart af præmis 198 og 199 i den appellerede dom, at Kommissionen alene havde taget produktet citronsyre i betragtning, uden at undersøge, om dette kan erstattes med andre produkter. Det faktum, at Retten har bemærket, at der i den anfægtede beslutning henvises til »citronsyremarkedet«, betyder ikke, at Retten har anerkendt, at Kommissionen har foretaget en afgrænsning af det relevante produktmarked.

187. Selv om Kommissionen i sin replik for Retten har anført, at det af den anfægtede beslutning klart fremgår, at det produktmarked, der skulle tages i betragtning, var markedet for citronsyre [119], har den dog i svaret på Rettens skriftlige spørgsmål anført, at den med denne bemærkning ikke havde til hensigt at påstå, at den havde udført »en *omfattende og udtømmende* analyse af det relevante produktmarked« [120], som det fremgår af ovennævnte meddelelse i punkt 183, idet det ikke var nødvendigt at undersøge alle mulige erstatningsprodukter for citronsyre i denne sag. I ovennævnte svar tilføjede Kommissionen desuden, at den i den anfægtede beslutning blot havde beskrevet »*kartellets produkter* samt udbud og efterspørgsel for disse produkter« [121], hvilket udelukker, at den havde foretaget *nogen som helst* analyse af det relevante produktmarked.

188. Jeg mener derfor, at appellanten har ret i sin påstand om, at Retten har bekræftet, at Kommissionen ikke har afgrænset det relevante produktmarked, men alene har taget *produktet* citronsyre og det relevante marked i almindelig betydning i betragtning.

189. Hvis det anses for begrundet, som appellanten fremstiller det, at det altid er nødvendigt at afgrænse det relevante produktmarked for at kunne fastslå et kartels konkrete indvirkning på markedet ved vurderingen af overtrædelsens grovhed, har appellanten ret, når selskabet i appelskriftet gør gældende, at Rettens antagelse i præmis 200 og 201 i den anfægtede dom på urimelig vis pålægger appellanten en bevisbyrde, som ellers påhviler Kommissionen. Hvis Kommissionen skulle afgrænse det relevante produktmarked, og den ikke har gjort det, men kun taget hensyn til citronsyremarkedet og ikke andre erstatningsprodukter, kunne Retten ikke gøre andet end at

119 — Replikken, punkt 25.

120 — Jf. svar på spørgsmål nr. 1, s. 2. Uofficiel oversættelse (min fremhævelse).

121 — Ibidem, s. 3. Uofficiel oversættelse (min fremhævelse).

foretage en bemærkning om Kommissionens udeladelse, og den burde ikke anmode appellanten om at påvise, at kartellet ikke havde haft nogen indvirkning på det relevante produktmarked som afgrænset af sidstnævnte.

190. Dette anbringende rejser derfor et retligt spørgsmål og anfægter ikke Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder. Anbringendet kan derfor realitetsbehandles.

191. Med hensyn til realiteten er jeg i det væsentlige enig med Retten i dens vurderinger.

192. Det har ikke nogen praktiske konsekvenser, at Retten har undersøgt appellantens klagepunkt, som om appellanten hævdede, at der forelå en fejlagtig afgrænsning af det relevante produktmarked [122], skønt appellanten i virkeligheden fokuserede på den *manglende* afgrænsning heraf. Retten har taget udgangspunkt i, at Kommissionens manglende analyse af muligheden for at erstatte citronsyre med andre produkter i praksis indebar, at det relevante produktmarked blev begrænset til citronsyre, hvorimod appellanten argumenterede for en bredere afgræsning. Ved Retten gjorde appellanten derimod gældende, at Kommissionen kun havde betragtet citronsyre som produktmarked i almindelig betydning. Reelt er disse forskellige perspektiver uden praktisk relevans, da appellantens egentlige kritik drejer sig om, at Kommissionen ved ikke at have afgrænset det relevante produktmarked ikke har undersøgt kartellets indvirkning på det, der efter dennes mening var det relevante produktmarked, altså et marked, der ikke kun omfatter citronsyre, men også andre produkter.

193. Jeg er enig med Kommissionen i, at appellantens argument om, at det altid er nødvendigt at afgrænse det relevante produktmarked for at kunne vurdere et kartels konkrete indvirkning på markedet, bør forkastes.

194. Jeg skal først og fremmest understrege, at ikke alle Kommissionens vurderinger i medfør af EF-traktatens konkurrenceregler forudsætter, at der forinden er foretaget en afgrænsning af det relevante marked.

122 — Jf. den appellerede dom, præmis 194 og 203, hvor der henvises til henholdsvis »fejl i afgrænsningen af det relevante marked« og »en fejlagtig afgrænsning af det relevante produktmarked«.

195. Afgrænsningen af markedet er som bekendt afgørende for bl.a. at kunne fastslå en dominerende stilling i medfør af artikel 82 EF [123].

196. Hvad angår artikel 81 EF har Domstolen fastslået, at afgrænsningen af det relevante marked i medfør af EF-traktatens artikel 85, stk. 1 (nu artikel 81, stk. 1, EF), kun har til hensigt at fastslå, om den omhandlede aftale kan skade handelen mellem medlemsstaterne, og har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet [124]. Ifølge Rettens praksis er forpligtelsen til at afgrænse det relevante marked i en beslutning truffet i medfør af artikel 81 EF ikke ufravigelig, men påhviler kun Kommissionen, »*når det uden en sådan afgrænsning* ikke er muligt at afgøre, om [det omhandlede kartel] kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater og har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet« [125].

197. Afgrænsningen af det relevante marked forekommer ligeledes nødvendig med henblik på at vurdere i en bestemt sag, om betingelsen i medfør af artikel 81, stk. 3, litra b), EF er opfyldt med henblik på at fastslå fritagelse fra stk. 1 i samme artikel [126], mens den ikke er nødvendig ved undersøgelsen af, om de andre tre betingelser i artikel 81, stk. 3, EF er opfyldt [127].

198. Når det drejer sig om at fastslå overtrædelsens grovhed i medfør af artikel 15 i forordning nr. 17, skal det ligeledes vurderes, om det er nødvendigt at afgrænse det relevante marked inden den vurdering, som herefter skal anlægges.

199. Da det drejer sig om en vurdering af et kartels konkrete indvirkning på markedet, mener jeg ikke, at Kommissionen altid skal afgrænse det relevante marked forinden for at kunne vurdere et kartels indvirkning.

200. I denne sag fastslog Kommissionen, at kartellet havde påvirket prisdannelsen på citronsyremarkedet. Appellantens klagepunkter i forbindelse med denne konstatering

123 — Jf. bl.a. dom af 31.5.1979, sag 22/78, Hugin mod Kommissionen, Sml. s. 1869, præmis 5, dommen i sagen Michelin mod Kommissionen, nævnt i fodnote 10 ovenfor, præmis 37, og dom af 13.12.2007, sag C-250/06, United Pan-Europe Communications m.fl., Sml. I, s. 11135, præmis 21.

124 — Kendelse af 16.2.2006, sag C-111/04 P, Adriatica di Navigazione mod Kommissionen, Sml. I, s. 22*, præmis 31.

125 — Dom af 19.3.2003, sag T-213/00, CMA, CGM m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 913, præmis 206. Min fremhævelse. Jf. også dom af 6.7.2000, sag T-62/98, Volkswagen mod Kommissionen, Sml. II, s. 2707, præmis 230, og af 8.7.2004, sag T-44/00, Mannesmannröhren-Werke mod Kommissionen, Sml. II, s. 2223, præmis 132.

126 — Jf. herved Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret, nævnt i fodnote 118 ovenfor, punkt 11, samt dommen i sagen CMA CGM m.fl. mod Kommissionen, nævnt i forrige fodnote, præmis 226.

127 — Dommen i sagen CMA CGM m.fl. mod Kommissionen, nævnt i fodnote 125 ovenfor, præmis 226.

ved Retten blev forkastet af sidstnævnte af de årsager, der fremføres i præmis 152-168 og 180-193 i den appellerede dom, og som ikke er anfægtet i appelskriftet. Disse indvirkninger må derfor anses for at være endeligt godtgjort.

201. Selv om det relevante produktmarked i denne sag måtte omfatte andre produkter end citronsyre, er det et faktum, at kartellet havde indvirkning på mindst ét segment af dette i teorien bredere marked, hvilket netop var markedet for citronsyre. Ved at konstatere nævnte indvirkninger fritages Kommissionen efter min mening for bevisbyrden for at påvise, at kartellet havde haft en konkret indvirkning på markedet. Det påhviler herefter appellanten at modbevise disse indvirkninger ved at vedlægge og påvise, f.eks. at disse blev opvejet af modsatte indvirkninger, som kartellet havde forårsaget på andre segmenter på det bredere marked. Som Retten dog med rette bemærker i præmis 201 i den appellerede dom, har appellanten ikke fremført nogen beviser, som kan give anledning til at antage, at konklusionen, hvis Kommissionen også havde taget erstatningsprodukterne til citronsyre i betragtning, herved ville være, at kartellets indvirkning på det bredere marked ikke eksisterede eller var ubetydelig.

202. Dette appelanbringende bør efter min mening ikke tages til følge.

J — *Syvende og ottende appelanbringende vedrørende tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning ved vurderingen af ADM's samarbejde under den administrative procedure*

203. Appellanten bestred over for Retten den anfægtede beslutning på det punkt, hvor det fastslås, at virksomheden ikke var berettiget til en bødenedsættelse efter samarbejdsmeddelelsens afsnit B vedrørende »bødefritagelse eller meget betydelig bødenedsættelse«. Dette afslag var, for så vidt som det var begrundet med, at ADM ikke opfyldte betingelsen i nævnte afsnit B, litra b), angiveligt i uoverensstemmelse med princippet om beskyttelse af den berettigede forventning af to årsager. Først og fremmest påstod appellanten i modsætning til antagelsen i den anfægtede beslutning, at virksomheden — og ikke Cerestar — var den første, der fremlagde afgørende bevis på kartellets eksistens i henhold til litra b) i dette afsnit. De beviser, som Cerestar fremlagde under mødet med Kommissionens tjenestegrene den 29. oktober 1998, var ifølge ADM ikke tilstrækkelige til at bevise kartellets eksistens, i modsætning til de beviser, som ADM havde fremlagt for Kommissionen på mødet den 11. december 1998. For det andet gjorde appellanten gældende, at det under alle omstændigheder under de forskellige møder med Kommissionens tjenestegrene og i de udvekslede skrivelser med disse tjenestegrene under den administrative procedure var blevet anerkendt, at appellanten var den første, der samarbejdede med Kommissionen i medfør af afsnit B i nævnte samarbejdsmeddelelse.

204. Retten forkastede begge de nævnte klagepunkter. Det første blev betragtet som

irrelevant, da ADM ikke opfyldte betingelsen i afsnit B, litra e), i samarbejdsmeddelelsen, idet det var blevet fastslået, at virksomheden havde spillet en førende rolle i kartellet, og at de fastsatte betingelser i samme afsnit B, litra a)-e), alle skal være opfyldt, for at en virksomhed kan drage fordel af den omhandlede bødenedsættelse [128]. Det andet klagepunkt blev forkastet, idet Retten efter at have undersøgt appellantens erklæringer fastslog, at Kommissionen under den administrative procedure ikke havde afgivet præcise løfter om, at den ville indrømme ADM en bødenedsættelse og heller ikke kunne afgive noget løfte i den retning. Kommissionen kan nemlig kun på baggrund af en vurdering af samtlige oplysninger fra alle virksomheder under sagens administrative procedure beslutte, om den vil indrømme en af dem en bødenedsættelse [129].

1. Anbringendet vedrørende erklæringerne fra Kommissionens personale under den administrative procedure

205. Med dette anbringende påstår appellanten, at efter konstateringen i præmis 391 og 392 i den appellerede dom af, at »Kommissionen faktisk [har] søgt at tilskynde de berørte parter til at samarbejde så meget som muligt med den ved at gøre samarbejdet tillokkende med sine henvisninger til samarbejdsmeddelelsens afsnit B«, og at den »i denne forbindelse [har] meddelt ADM, at virksomheden i princippet kunne »komme i betragtning«, hvis der skulle indrømmes en meget betydelig bødenedsættelse i henhold til samarbejdsmeddelelsens afsnit B og påtog sig at gennemgå de af ADM fremlagte dokumenter for at undersøge, om ADM faktisk opfyldte kriterierne i [ovennævnte] afsnit«, burde Retten have konkluderet, at appellanten havde fået præcise løfter, der kunne give en berettiget forventning om indrømmelse af den omtalte bødenedsættelse.

206. Retten har herudover med urette fastslået, at sådanne løfter ikke kan gives, idet Kommissionens vurdering af virksomhedernes samarbejde først foretages ved afslutningen af den administrative procedure. Samarbejdsmeddelelsen bekræfter, at en berettiget forventning opstår, i det øjeblik beviserne forelægges.

207. Kommissionen har anført, at Rettens betragtninger ikke er behæftet med retlige fejl. Kommissionen understreger især, at selv om samarbejdsmeddelelsen skaber berettigede forventninger, kan en virksomhed ved at fremlægge beviser for Kommissionen ikke nære en berettiget forventning om, at denne vil indrømme virksomheden en bødenedsættelse i medfør af afsnit B i samme meddelelse. Kommissionen vil faktisk kun være i stand til at vurdere, om den pågældende virksomhed opfylder de kumulative betingelser i dette afsnit, efter at have indhentet og vurderet alle beviserne.

208. Jeg skal først og fremmest påpege, at spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionens personale med sine erklæringer under den

128 — Jf. den appellerede dom, præmis 375-379.
129 — Jf. den appellerede dom, præmis 384-395.

administrative procedure gav appellanten præcise løfter vedrørende indrømmelse af en bødenedsættelse i medfør af afsnit B i samarbejdsmeddelelsen, henhører under Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder, som ikke kan anfægtes i en appelsag, medmindre de faktiske omstændigheder eller selve beviserne er blevet forvansket. I appelskriftet fremfører appellanten dog ingen anbringender af denne art.

209. Jeg mener i øvrigt ikke, at Rettens konklusioner står i modsætning til dens betragtninger i præmis 391 og 392 i den appellerede dom (jf. punkt 205 ovenfor), hvoraf det ikke fremgår, at appellanten havde fået præcise løfter om, at virksomheden ville blive indrømmet en bødenedsættelse i medfør af afsnit B i samarbejdsmeddelelsen. Det fremgår alene af disse betragtninger, at Kommissionens personale over for ADM havde antydet, at en sådan bødenedsættelse var en mulighed »i henhold til« dette afsnit, dvs. forudsat at de fastsatte betingelser var opfyldt.

210. Herudover fastslog Retten med rette hovedsageligt, at selv om appellanten havde indvilliget i at samarbejde med Kommissionen, kunne dette i hvert fald ikke foranledige appellanten til at nære en berettiget forventning om en bødenedsættelse. Appellanten burde allerede fra dette tidspunkt have forstået, hvilket klart fremgår af afsnit E, stk. 2, i samarbejdsmeddelelsen [130], at Kommissionens først tager stilling til, om betingelserne i afsnit B i meddelelsen er opfyldt, når den vedtager sin endelige beslutning.

211. Dette anbringende bør derfor forkastes.

2. Anbringendet vedrørende tilsidesættelse af betingelserne i afsnit B i samarbejdsmeddelelsen

212. Med dette anbringende påstår appellanten i det væsentlige, at forkastelsen af anbringendet i førsteinstanssagen vedrørende tilsidesættelse af afsnit B, litra b), i samarbejdsmeddelelsen og dermed princippet om beskyttelse af den berettigede forventning er baseret på en fejlagtig antagelse om, at ADM ikke opfyldte betingelserne i nævnte afsnit B, litra e). Denne fejlagtige antagelse er en følge af de retlige fejl, som Retten begik i sin undersøgelse af appellantens begrundelser for at anfægte Kommissionens bedømmelse, hvorved den antog, at appellanten havde spillet en førende rolle i kartellet.

130 — Som bestemmer følgende: »Kommissionen vil først tage stilling til, om betingelserne i afsnit B, C eller D er opfyldt, og om der således kan indrømmes en nedsættelse af bøden eller endog bødefritagelse, når den vedtager sin endelige beslutning.«

213. Kommissionen påpeger, at appellanten med dette anbringende blot gentager de klagepunkter, som blev fremført i forbindelse med andre appelanbringender vedrørende de vurderinger, som Retten lagde til grund for at bekræfte ADM's rolle som leder af kartellet, der blev fastlagt i den anfægtede beslutning. Kommissionen mener derfor, at dette anbringende bør forkastes, idet disse klagepunkter, som den også argumenterer for i sit svar herpå, er ugrundede.

214. Da jeg efter min undersøgelse af de anbringender, der vedrører ADM's rolle som leder i citronsyrekartellet, har fastslået, at det hverken af processuelle eller materielle årsager kan antages, at appellanten i virkeligheden spillede en sådan rolle, kan jeg kun foreslå, at også dette anbringende tages til følge. Da Retten derfor ikke kunne antage, at appellanten var leder af kartellet og derfor ikke opfyldte betingelsen i afsnit B, litra e), i samarbejdsmeddelelsen, skulle den i den forbindelse have undersøgt klagepunktet vedrørende Kommissionens fejlagtige anvendelse af samme afsnit B, litra b).

215. Den appellerede dom bør derfor ophæves, for så vidt som Retten herved forkaster nævnte klagepunkt, som jeg nu skal undersøge, idet jeg antager, at sagen er moden til påkendelse, og Domstolen derfor kan træffe endelig afgørelse også på dette punkt i henhold til artikel 61, stk. 1, i dennes statut.

K — *Den anfægtede beslutning: Burde appellanten i medfør af afsnit B, litra b), i samarbejdsmeddelelsen være blevet betragtet som den første virksomhed, der forelagde Kommissionen afgørende beviser for kartellets eksistens?*

216. Appellanten gjorde for Retten gældende, at virksomheden var den første, der gav Kommissionen afgørende bevis for citronsyrekartellets eksistens. Disse beviser blev fremlagt i form af direkte vidnesbyrd, dokumentation vedrørende kartellets daværende eksistens samt dokumentation vedrørende kartellets opbygning og gennemførelse under mødet med Kommissionens personale den 11. december 1998. Omvendt kunne de beviser, der blev fremlagt af Cerestar under mødet med Kommissionens personale den 29. oktober 1998, ikke i modsætning til det, der gøres gældende i den anfægtede beslutning, betragtes som afgørende bevis for kartellets eksistens.

217. I forbindelse med sidstnævnte påstand fremførte appellanten følgende argumenter [131]:

— Cerestar havde ikke fremlagt nogen oplysninger om kartellet, der vedrørte

131 — Jf. stævningen til Retten i Første Instans, punkt 9.2.3.

perioden, fra før Cerestar blev optaget i kartellet.

— Cerestar modtog fra Kommissionen en anmodning om yderligere oplysninger dateret den 3. marts 1999, som var udarbejdet på grundlag af ADM's udtalelser.

— De oplysninger, som Cerestar fremlagte vedrørende datoerne for kartelmøderne og deltagerne, var hverken overbevisende eller præcise, og de blev delvist afkræftet af Cerestar selv efter en mere dybdegående undersøgelse.

218. Kommissionen har anført, at selv om oplysninger fra en virksomhed ikke er fuldstændige, forhindrer dette i medfør af afsnit B, litra b), i samarbejdsmeddelelsen ikke, at disse oplysninger betragtes som afgørende beviser for et kartels eksistens. Denne bestemmelse foreskriver ikke, at der kræves nøjagtig bevis for varigheden af kartellets eksistens eller for, hvor længe deltagerne medvirkede.

— De oplysninger, Cerestar fremlagde, var vage og lidet overbevisende hvad angår formålet med møderne samt de aftalte priser og kvoter.

— Det fremgår ikke, at Cerestar har forelagt Kommissionen beviser i form af direkte vidnesbyrd.

219. Indledningsvis skal jeg påpege, at appellanten ikke har bestridt, at de afgørende beviser ifølge denne bestemmelse også kan fremlægges mundtligt, og heller ikke har anfægtet den manglende nøjagtighed i udtalelsernes indhold, som de blev fremlagt af Cerestars repræsentanter under mødet den 29. oktober 1998. Indholdet i disse udtalelser fremgår af et »notat til sagen« af 6. november 1998, udarbejdet af en af Kommissionens ansatte, der deltog i mødet, og blev fremlagt for Retten efter dennes særlige anmodning herom. Appellanten har heller ikke bestridt eller i hvert fald ikke på tilstrækkelig tydelig og udførlig vis bestridt antagelsen i begyndelsen af betragtning 306 i den anfægtede beslutning, nemlig at de oplysninger, som Cerestars gav på mødet, stemte overens med oplysningerne i Cerestars skriftlige udtalelse.

— Cerestar selv fandt det nødvendigt at udbygge og tydeliggøre sine mundtlige udtalelser under mødet den 29. oktober 1998 ved fremsendelse af yderligere oplysninger, hvilket skete efter mødet mellem ADM og Kommissionens personale den 11. december 1998.

220. For at undersøge dette klagepunkt, som blev rejst i stævningen til Retten, skal det således ud fra appellantens argumenter undersøges, om oplysningerne i det ovenfor nævnte »notat til sagen« og Cerestars skriftlige udtalelser udgjorde afgørende beviser med henblik på at bevise citronsyrekartellets eksistens.

221. I den forbindelse skal jeg først og fremmest påpege, som Retten allerede har fastslået i sin praksis, at begrebet »afgørende elementer med henblik på at bevise kartellets eksistens« i medfør af afsnit B, litra b), i samarbejdsmeddelelsen ikke henviser til beviser, der i sig selv er tilstrækkelige til at bevise kartellets eksistens [132]. De fremlagte beviselementer skal dog ikke kun være retningsgivende for de undersøgelser, som Kommissionen skal foretage, men kunne anvendes direkte som bevisgrundlag for overtrædelsen [133].

222. Den omhandlede bestemmelse kræver således ikke, at der fremlægges bevismateriale vedrørende alle de faktiske omstændigheder, der fastslås i Kommissionens beslutning [134]. De fremlagte beviser skal altså ikke nødvendigvis dække hele den periode, hvor kartellet har eksisteret. Nævnte bestemmelse foreskriver heller ikke, at bevismaterialet nødvendigvis skal fremlægges ved direkte vidnesbyrd fra hovedaktørerne i de ulovlige aktiviteter. Første og fjerde argument i punkt 216 ovenfor er således ugrundede og bør afvises.

223. Den omstændighed, at Cerestar efter mødet den 29. oktober 1998 fremlagde yderligere oplysninger, eller at Kommissionen fremsendte en anmodning om yderligere oplysninger, giver ikke tilstrækkelig anledning til at fastslå, om de beviser, der blev fremlagt under det pågældende møde, var afgørende med henblik på at bevise kartellets eksistens. Derfor bør også femte og sjette argument i punkt 217 ovenfor forkastes.

224. Hvad angår den manglende nøjagtighed i de oplysninger, som Cerestar fremlagde den 29. oktober 1998 vedrørende datoerne for kartelmøderne og deltagerne, skal jeg påpege, at de omstændigheder, som appellanten har fremført - at der blev fremlagt oplysninger om otte møder, som kun blev angivet som »mulige« kartelmøder, at deltagerne i møderne kun blev udpeget i forbindelse med tre kartelmøder, og at seks af de angivne møder aldrig havde fundet sted, hvilket blev bekræftet af Kommissionen — ikke gør det muligt at udelukke, at Cerestar med disse oplysninger har fremlagt afgørende beviser for Kommissionen. Det kan således fastslås,

132 — Jf. dommen i sagen Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, præmis 362, og BASF mod Kommissionen, nævnt i fodnote 30 ovenfor, præmis 492, samt Rettens dom af 15.3.2006, sag T-26/02, Daiichi Pharmaceutical mod Kommissionen, Sml. II, s. 713, præmis 156, som alle påpeger, at adjektivet »tilstrækkelige« i afsnit B, litra a), i samarbejdsmeddelelsen, ikke figurerer i afsnit B, litra b), i samme meddelelse; jf. også Rettens dom af 26.4.2007, forenede sager T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 og T-136/02, Bolloré m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 947, præmis 692.

133 — Jf. dommen i sagen BASF mod Kommissionen, nævnt i fodnote 30 ovenfor, præmis 493, og i sagen Daiichi Pharmaceutical mod Kommissionen, nævnt i forrige fodnote, præmis 157.

134 — Dommen i sagen Daiichi Pharmaceutical mod Kommissionen, nævnt i fodnote 131 ovenfor, præmis 162.

som også påpeget af appellanten, at Cerestar med disse oplysninger — som bilagt passende og tydelige forbehold, hvor dette var nødvendigt, på grund af det forløbne tidsrum og den manglende dokumentation — har kunnet godtgøre afholdelsen af et vist antal kartelmøder, som blev stadfæstet i den anfægtede beslutning, samt deltagerne i disse møder [135].

225. Hvad endelig angår Cerestars angiveligt vage og lidet overbevisende oplysninger af 29. oktober 1998 med hensyn til kartelmøderne og manglen på præcise oplysninger om de aftalte priser og kvoter mener jeg ikke, at dette giver anledning til at udelukke, at disse oplysninger kan betragtes som afgørende beviser for kartellets eksistens.

226. Det er korrekt, at disse oplysninger ikke er fuldstændige med hensyn til datoen, stedet, deltagerne, emnet og drøftelserne i forbindelse med de bekræftede kartelmøder, som nævnes. De indeholder dog for alle møderne specifikke detaljer, der gør dem egnede til brug som direkte bevis for de faktiske omstændigheder vedrørende overtrædelsen, og hvis fulde bevisværdi fremgår af kombinationen af disse oplysninger og de beviser, som Kommissionen har indhentet fra andre kilder.

227. Selv om de oplysninger, som Cerestar afgav vedrørende kartelmødet den 19. maj 1992 i Jerusalem, eksempelvis ikke angav indholdet af drøftelserne, men kun en omtrentlig angivelse af dato, sted og deltagere, har Kommissionen ved hjælp af oplysninger fra andre virksomheder kunne fastslå, at der under dette møde blev talt om en kompensationsordning for salg mellem karteldeltagerne i de tilfælde, hvor de enkelte aftalte markedskvoter blev overskredet [136]. På den anden side underbygges oplysningerne fra de andre virksomheder også af de oplysninger, som Cerestar fremlagde den 29. oktober 1998, som trods manglende henvisninger til specifikke kartelmøder indeholder en beskrivelse af nævnte kompensationsordning i generelle træk samt detaljerede mængdeangivelser i forbindelse med de enkelte udligninger udført af Cerestar med henblik på kompensationsordningen.

228. Under mødet den 2. november 1994 i Bruxelles [137] kunne Cerestar desuden henvise

135 — Det drejer sig især om møderne den 19.5.1992 i Jerusalem (jf. betragtning 103 til den anfægtede beslutning og s. 5 i Cerestars skriftlige udtalelse, hvori den efterfølgende dog angives som mulig dato for mødet, dvs. en kun ringe tidsmæssig afvigelse), den 1.6.1993 i Irland (jf. betragtning 113 til den anfægtede beslutning og s. 6 i Cerestars skriftlige udtalelse) og den 27.10.1993 i Brügge (jf. betragtning 118 til den anfægtede beslutning og s. 6 i Cerestars skriftlige udtalelse).

136 — Jf. betragtning 103 til den anfægtede beslutning.

137 — Jf. betragtning 122 til den anfægtede beslutning og s. 7 og 8 i Cerestars skriftlige udtalelse.

til emnet for drøftelserne, og i særdeleshed til den plan, der blev vedtaget under mødet, om at kontakte de konkurrerende kinesiske producenter gennem egne repræsentanter og gøre dem bekendt med, at der eventuelt ville blive rettet en antidumpingklage imod dem.

229. For at påvise omstændighederne omkring overtrædelsen, såsom de forskellige fastslåede kartelmøder, måtte Kommissionen sammenholde det bevismateriale, som Cerestar fremlagde den 29. oktober 1998, med de oplysninger, den efterfølgende modtog fra andre virksomheder i kartellet eller fra Cerestar, hvilket ikke udelukker, at oplysningerne havde »afgørende« bevisværdi og kunne anvendes direkte som bevismateriale og ikke blot som retningsgivende i Kommissionens undersøgelser.

230. Det er korrekt, at de oplysninger, som Cerestar fremlagde den 29. oktober 1998, ikke indeholdt præcise angivelser af aftalte priser, og hvad angår kvoterne alene angav, at Cerestar selv blev tildelt en kvote på 5% af karteldeltagernes samlede salg på verdensplan.

231. Disse oplysninger identificerer dog karteldeltagerne, gør det muligt at fastlægge overtrædelsens varighed til perioden fra 1991 til 1995, afdækker et vist antal kartelmøder samt stedet for afholdelsen af disse møder og deltagerne, giver en detaljeret gengivelse af omstændighederne for Cerestars indtræden i kartellet, indeholder en generel beskrivelse, som ikke af denne grund er vag, af, hvorledes kartellet fungerede, med henvisning til både typen af møder (»Masters« og »Sherpa«) og til de forskellige temaer for aftalerne (især prisaftaler, tildeling af markedskvoter og udveksling af oplysninger om salg). Der er efter min mening ingen tvivl om, at Cerestar med disse oplysninger, selv om de ikke indeholder talmæssige oplysninger om de aftalte priser og kvoter, har fremlagt afgørende elementer med henblik på at bevise kartellets eksistens [138], som gjorde det betydeligt nemmere for Kommissionen at genskabe og bevise de faktiske omstændigheder omkring den fastslåede overtrædelse. Om dette bidrag i betragtning af dets begrænsede detaljeringsgrad berettigede en så stor bødenedsættelse, som Kommissionen indrømmede Cerestar (90%), er et andet spørgsmål, som ikke skal behandles her.

232. Appellantens argumenter forekommer mig derfor ikke at godtgøre, at Kommissionen har anlagt en fejlagtig vurdering ved at fastslå, at de oplysninger, Cerestar fremlagde på mødet den 29. oktober 1998, var afgørende med henblik på at bevise citronsyrekartellets eksistens.

138 — Jf. lignende konklusioner under lignende omstændigheder, dommen i sagen BASF mod Kommissionen, nævnt i fodnote 30 ovenfor, præmis 568, samt Rettens domme af 27.9.2006, sag T-322/01, Roquette Frères mod Kommissionen, Sml. II, s. 3137, præmis 238-244, især præmis 242, og sag T-329/01, Archer Daniels Midland mod Kommissionen, Sml. II, s. 3255, præmis 320-324, især præmis 323.

233. Jeg mener derfor, at appellantens klagepunkt vedrørende den anfægtede beslutning bør forkastes.

L — *Regulering af størrelsen af den bøde, der blev pålagt appellanten*

234. Med hensyn til konsekvenserne af de tidligere anførte betragtninger og konklusioner mener jeg, at Domstolen i sin endelige afgørelse i medfør af artikel 61, stk. 1, i dennes statut bør regulere størrelsen af den bøde, som er blevet pålagt appellanten i den anfægtede beslutning således: Den forhøjelse på 35% som Kommissionen foretog af bødens grundbeløb som skærpende omstændighed på grund af appellantens rolle som leder af kartellet, bør ophæves, og sidstnævnte grundbeløb, lig med 58,8 mio. EUR, bør reduceres med 50% af Kommissionen i medfør af afsnit D i samarbejdsmeddelelsen.

235. Den samlede bøde, der pålægges appellanten, reduceres således til 29,4 mio. EUR.

M — *Sagens omkostninger*

236. I henhold til artikel 122, stk. 1, i Domstolens procesreglement træffer Domstolen afgørelse om sagens omkostninger, når der gives appellanten medhold, og Domstolen selv endeligt afgør sagen. I henhold til artikel 69, stk. 2, i samme reglement, som i henhold til artikel 118 finder anvendelse på appelsager, pålægges den tabende part at betale omkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. I henhold til af artikel 69, stk. 3, kan Domstolen fordele sagens omkostninger eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter.

237. I denne sag har begge parter i et vist omfang tabt sagen, og jeg mener derfor, at det vil være passende, at hver part bærer sine egne omkostninger i forbindelse med appelsagen.

238. Da den appellerede dom delvist ophæves, og appellantens påstande i forbindelse med den anfægtede beslutning delvist tages til følge, mener jeg, at appellantens påstande i appelskriftet delvist bør tages til følge, hvorfor fordelingen af sagsomkostningerne i den appellerede dom bør ændres. Jeg foreslår derfor, at Kommissionen pålægges at betale en fjerdedel og ikke kun en tiendedel af de sagsomkostninger, som appellanten har afholdt i sagen for Retten i Første Instans, samt at appellanten pålægges de resterende sagsomkostninger i samme sag.

III — **Forslag til afgørelse**

239. På baggrund af ovenstående foreslår jeg Domstolen:

1) at ophæve den dom, der er afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 27. september 2006, sag T-59/02, Archer Daniels Midland mod Kommissionen, for så vidt som Retten herved forkaster appellantens klagepunkt om tilsidesættelse af kontradiktionsretten derved, at Kommissionen ikke i klagepunktsmeddelelsen har angivet de faktiske omstændigheder, på baggrund af hvilke den udpegede appellanten som leder af kartellet i Kommissionens beslutning 2002/742/EF af 5. december 2001 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/E-1/36.604 — Citronsyre), eller subsidiært ophæve førnævnte dom, for så vidt som Retten herved forkaster de klagepunkter om tilsidesættelse af processuelle garantier, som appellanten har fremført i forbindelse med, at Kommissionens lagde FBI-rapporten til grund som bevis for, at virksomheden havde spillet en førende rolle i kartellet

2) at ophæve nævnte dom, for så vidt som Retten herved forkaster appellantens klagepunkt om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet på grund af Kommissionens manglende hensyntagen til formildende omstændigheder i medfør af punkt 3, tredje led, i kommissionsretningslinjerne ved beregningen af bøden i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, i EKSF-traktaten

3) at ophæve nævnte dom, for så vidt som Retten herved forkaster appellantens klagepunkt om, at Kommissionen har begået en fejl ved anvendelsen af afsnit B, litra b), i dens meddelelse af 1996 om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager

4) at fastsætte den bøde, der skal pålægges appellanten, til 29,4 mio. EUR

5) at forkaste den øvrige del af appellen

6) at pålægge Kommissionen at betale en fjerdedel af appellantens sagsomkostninger i forbindelse med sagen for Retten og at bære sine egne omkostninger i forbindelse med appelsagen

7) at pålægge appellanten at bære tre fjerdedele af sine egne sagsomkostninger og betale alle Kommissionens sagsomkostninger i forbindelse med sagen for Retten og at bære sine egne sagsomkostninger i forbindelse med appelsagen.