DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

25. oktober 2011 *

I sag C-109/10 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statutten for Den Europæiske Unions Domstol, iværksat den 26. februar 2010,

Solvay SA, Bruxelles (Belgien), ved avocats P. Foriers, R. Jafferali, F. Louis og A. Vallery,

appellant,

den anden part i appelsagen:

Europa-Kommissionen ved J. Currall og F. Castillo de la Torre, som befuldmægtigede, bistået af avocate N. Coutrelis, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt i første instans,

har

* Processprog: fransk.

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

sammensat af præsidenten, V. Skouris, afdelingsformændene J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot og U. Lõhmus samt dommerne A. Rosas (refererende dommer), R. Silva de Lapuerta, E. Levits, A. Ó Caoimh, L. Bay Larsen, T. von Danwitz, A. Arabadjiev og E. Jarašiūnas,

generaladvokat: J. Kokott
justitssekretær: fuldmægtig R. Şereş,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 18. januar 2011,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 14. april 2011,

afsagt følgende

Dom

1 Solvay SA (herefter »Solvay«) har med sit appelskrift nedlagt påstand om ophævelse af dom afsagt af Den Europæiske Unions Ret den 17. december 2009, Solvay mod Kommissionen (sag T-57/01, Sml. II, s. 4621, herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten frifandt Kommissionen for påstanden om annullation af Kommissionens beslutning 2003/6/EF af 13. december 2000 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 82 (COMP/33.133 — C: Soda — Solvay) (EFT 2003 L 10, s. 10, herefter

»den anfægtede beslutning«), og subsidiært ophævelse eller nedsættelse af den bøde, som virksomheden var blevet pålagt.

Sagens baggrund

2 Solvay er en stor kemivirksomhed. Grundlæggeren, Ernest Solvay, har opfundet en proces, der gør det muligt industrielt at fremstille soda, et materiale, som hovedsageligt anvendes i glasproduktion. Soda anvendes ligeledes inden for den kemiske industri, til fremstilling af vaskemidler og inden for metalindustrien.

3 Omkring år 1870 gav Solvay en produktionslicens til Brunner, Mond & Co., et af de selskaber, der oprindeligt udgjorde Imperial Chemical Industries (herefter »ICI«). Solvay og Brunner, Mond & Co. opdelte deres indflydelsessfærer mellem sig (»Alkali Cartel«), således at Solvay var aktiv på det europæiske fastland, mens Brunner, Mond & Co. var aktiv på de britiske øer, det britiske Commonwealth og andre lande i Asien, Afrika og Sydamerika. Den oprindelige aftale blev fornyet flere gange, bl.a. i 1945.

4 I slutningen af 1980'erne var Solvay den største sodaproducent såvel i Det Europæiske Fællesskab, hvor virksomheden repræsenterede 60 % af markedet, som på verdensplan. ICI var den næststørste producent. Herefter kom fire mindre producenter: nemlig Rhône-Poulenc, Akzo, Matthes & Weber og Chemische Fabrik Kalk (herefter »CFK«).

5 Natursoda blev udvundet i De Forenede Stater. Produktionsomkostningerne herved var lavere end ved industrielt fremstillet soda, men hertil skulle lægges transportomkostningerne. EF-virksomhederne blev beskyttet i nogle år af antidumpingforanstaltninger, men disse blev gjort til genstand for en fornyet undersøgelse på det tidspunkt, hvor Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber indledte de omtvistede procedurer. Det var således muligt, at der ikke længere blev fastslået dumping.

6 Producenterne fra de østeuropæiske lande udgjorde ligeledes konkurrenter, men for ubetydelige mængder soda. Import fra disse lande havde ligeledes været genstand for antidumpingforanstaltninger.

7 På EF-markedet kunne der konstateres en opdeling af indflydelsessfærer mellem Solvay og ICI og en opdeling af de nationale markeder, med væsentlige prisforskelle.

8 Da Kommissionen havde mistanke om, at der forelå aftaler mellem de forskellige produktionsvirksomheder i Fællesskabet, gennemførte den i begyndelsen af 1989 kontrolundersøgelser hos de største sodaproducenter og udbad sig kopier af en række dokumenter. Disse kontrolundersøgelser blev fulgt op af begæringer om oplysninger.

9 Den 13. marts 1990 fremsendte Kommissionen en klagepunktsmeddelelse til Solvay, ICI og CFK. De foreholdte overtrædelser bestod i tilsidesættelser af:

— EØF-traktatens artikel 85 (senere EF-traktatens artikel 85, nu artikel 81 EF) af Solvay og af ICI

— traktatens artikel 85 af Solvay og af CFK

— EØF-traktatens artikel 86 (senere EF-traktatens artikel 86, nu artikel 82 EF) af Solvay

— traktatens artikel 86 af ICI.

10 Kommissionen fremsendte ikke alle dokumenter til hver af de omhandlede virksomheder, men alene de dokumenter, som vedrørte den overtrædelse, der blev lagt den pågældende virksomhed til last. Endvidere blev en række dokumenter eller passager ikke fremsendt til de berørte virksomheder af hensyn til fortroligheden.

11 De pågældende virksomheder blev opfordret til at fremkomme med bemærkninger. Solvay ses ikke at have ønsket at deltage i høringerne.

12 Den 19. december 1990 vedtog Kommissionen følgende fire beslutninger:

— beslutning 91/297/EØF om en procedure i henhold til [...] artikel [81 EF] (IV/33.133 — A: Soda — Solvay, ICI) (EFT 1991 L 152, s. 1), hvorved Kommissionen foreholdt Solvay og ICI i det væsentlige, at de havde fortsat med at opdele sodamarkedet på trods af disse virksomheders angivelser af, at den aftale, der var blevet indgået i 1945, var bortfaldet ved ikke-brug gennem længere tid, og hvorved Kommissionen for at godtgøre, at adfærden ikke var selvstændig (»parallel adfærd«), bl.a. henviste til den omstændighed, at Solvay under visse omstændigheder leverede i ICI's navn, og at der forelå hyppig kontakt mellem de to virksomheder

— beslutning 91/298/EØF om en procedure i henhold til [...] artikel [81 EF] (IV/33.133 — B: Soda — Solvay, CFK) (EFT 1991 L 152, s. 16), hvorved Kommissionen kritiserede Solvay og CFK for at have indgået en prisaftale mod en afsætningsgaranti til CFK for en minimumsmængde, som blev fornyet hvert år

— beslutning 91/299/EØF om en procedure i henhold til [...] artikel [82 EF] (IV/33.133 — C: Soda — Solvay) (EFT 1991 L 152, s. 21), hvorved Kommissionen kritiserede Solvay for at have misbrugt sin dominerende stilling ved at anvende rabatordninger og loyalitets- og meromsætningsbonus, som tilsigtede at forpligte kunderne til at foretage alle deres indkøb hos Solvay og udelukke konkurrenterne

— beslutning 91/300/EØF om en procedure i henhold til [...] artikel [82 EF] (IV/33.133 — D: Soda — ICI) (EFT 1991 L 152, s. 40), hvorved Kommissionen kritiserede ICI for en tilsvarende adfærd.

13 Disse fire beslutninger blev indbragt for Retten. Solvay nedlagde påstand om annullation af beslutning 91/297 (sag T-30/91), beslutning 91/298 (sag T-31/91) og beslutning 91/299 (sag T-32/91). ICI nedlagde påstand om annullation af beslutning 91/297 (sag T-36/91) og beslutning 91/300 (sag T-37/91). CFK betalte derimod den bøde, som virksomheden var blevet pålagt ved beslutning 91/298.

14 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Retten den 27. februar 1992 fastslog, at en beslutning fra Kommissionen vedrørende et kartel mellem virksomheder, som producerede polyvinylchlorid (PVC), var en nullitet, idet der ikke var sket forskriftsmæssig stadfæstelse af den pågældende beslutning (dom af 27.2.1992, forenede sager T-79/89, T-84/89 - T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 og T-104/89, BASF m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 315). I de sager, der er nævnt i denne doms præmis 13, hvori Solvay var sagsøger, indgav virksomheden

»supplerende processkrifter«, hvori den rejste et nyt anbringende om, at den beslutning, som den oprindeligt havde påstået annulleret, skulle erklæres for en nullitet, idet den henviste til to avisartikler, hvoraf det fremgik, at Kommissionen anerkendte ikke at have foretaget forskriftsmæssig stadfæstelse af nogen beslutninger i 25 år.

15 Efter at Domstolen ved dom af 15. juni 1994, Kommissionen mod BASF m.fl. (sag C-137/92 P, Sml. I, s. 2555), havde truffet afgørelse i appelsagen vedrørende denne dom, traf Retten bestemmelse om yderligere foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse og anmodede bl.a. Kommissionen om at fremlægge teksten til den af appellanten anfægtede beslutning, som stadfæstet. Kommissionen svarede, at den ikke fandt anledning til at behandle spørgsmålet om, hvorvidt dette anbringende skulle tages til følge, så længe Retten ikke havde truffet afgørelse om, hvorvidt anbringendet i det hele taget kunne antages til realitetsbehandling. Da Retten imidlertid ved kendelse af 25. oktober 1994 pålagde Kommissionen at fremlægge den nævnte tekst, fremlagde Kommissionen teksten til den pågældende beslutning. Parterne afgav mundtlige indlæg og besvarede spørgsmål fra Retten i retsmøder den 6. og 7. december 1994.

16 Retten afsagde fem domme den 29. juni 1995.

17 Beslutning 91/297 blev annulleret på grund af tilsidesættelse af retten til forsvar ved domme af 29. juni 1995, Solvay mod Kommissionen (sag T-30/91, Sml. II, s. 1775) og ICI mod Kommissionen (sag T-36/91, Sml. II, s. 1847), idet Kommissionen ikke under den administrative procedure havde givet tilstrækkelig aktindsigt i dokumenter og særligt de dokumenter, som kunne anvendes til forsvaret. For at fastslå, at manglen ved den administrative procedure ikke kunne afhjælpes under den retslige behandling, bemærkede Retten i præmis 98 i dommen i sagen Solvay mod Kommissionen, at »hvis sagsøgeren nemlig under den administrative procedure havde kunnet henvise til eventuelt diskulperende dokumenter, havde virksomheden muligvis kunnet påvirke kommissærkollegiets vurderinger, i det mindste hvad angår beviskraften af den parallelle og tilbageholdende adfærd, som bebrejdes sagsøgeren i begyndelsen af perioden og følgelig under overtrædelsens varighed«. Retten fastslog såvel i dommen

i sagen Solvay mod Kommissionen som i dommen i sagen ICI mod Kommissionen, at Kommissionen i det mindste burde have fremlagt en fortegnelse over dokumenter fra de øvrige virksomheder for at gøre det muligt at efterprøve disse dokumenters præcise indhold og deres nytte for forsvaret.

18 Beslutning 91/298 blev annulleret for så vidt angår Solvay ved dom af 29. juni 1995, Solvay mod Kommissionen (sag T-31/91, Sml. II, s. 1821), på grund af, at denne beslutning fra Kommissionen ikke var blevet forskriftsmæssigt stadfæstet.

19 Beslutning 91/299 blev annulleret ved dom af 29. juni 1995, Solvay mod Kommissionen (sag T-32/91, Sml. II, s. 1825), med samme begrundelse.

20 Beslutning 91/300 var genstand for dom af 29. juni 1995, ICI mod Kommissionen (sag T-37/91, Sml. II, s. 1901). Retten forkastede de anbringender og argumenter, som vedrørte den manglende fremsendelse af dokumenter fra andre virksomheder, med den begrundelse, at disse dokumenter ikke ville kunne have været anvendt til sagsøgerens forsvar, og vedrørende den manglende fremsendelse af en fortegnelse over dokumenter fra sagsøgeren selv. Retten annullerede imidlertid den anfægtede beslutning på grund af den manglende forskriftsmæssige stadfæstelse.

21 Ovennævnte domme af 29. juni 1995 i sagerne Solvay mod Kommissionen (sag T-31/91) og Solvay mod Kommissionen (sag T-32/91) blev appelleret af Kommissionen, hvilket gav anledning til dom af 6. april 2000, Kommissionen mod Solvay (forenede sager C-287 P og C-288/95 P, Sml. I, s. 2391). Tilsvarende blev dommen af 29. juni 1995 i sagen ICI mod Kommissionen (sag T-37/91) genstand for en appel, som gav anledning til dom af 6. april 2000, Kommissionen mod ICI (sag C-286/95 P, Sml. I, s. 2341). Disse appeller blev forkastet af Domstolen ved de to domme i sagerne Kommissionen mod Solvay og Kommissionen mod ICI.

22 Hvad angår Solvay vedtog Kommissionen den 13. december 2000 to nye beslutninger:

— Den anfægtede beslutning, som svarer til beslutning 91/299. Ordlyden af disse beslutninger er i det væsentlige ens. Den anfægtede beslutning indeholder endvidere en beskrivelse af den administrative procedure. Den er adresseret til Solvay, som Kommissionen pålægger en bøde på 20 mio. EUR.

— Beslutning 2003/5/EF om en procedure efter EF-traktatens artikel 81 (COMP/33.133 — B: Soda — Solvay, CFK) (EFT 2003 L 10, s. 1), som svarer til beslutning 91/298, men som endvidere indeholder en beskrivelse af den administrative procedure. Ved denne beslutning pålægger Kommissionen Solvay en bøde på 3 mio. EUR.

23 Solvay anlagde sager til prøvelse af disse beslutninger. Ved dom af 17. december 2009, Solvay mod Kommissionen (sag T-58/01, Sml. II, s. 4781), og ved den appellerede dom frifandt Retten Kommissionen i disse sager.

Proceduren ved Retten

24 Da appellanten havde fremført et anbringende vedrørende manglende aktindsigt, anmodede Retten den 19. december 2003 Kommissionen om at fremlægge bl.a. en udførlig fortegnelse over alle de dokumenter, sagsakterne bestod af. Efter at have anmodet om udsættelse af fristen fremlagde Kommissionen først én og siden en anden fortegnelse. Solvay anmodede om aktindsigt i visse dokumenter. Det var under denne forberedelsesperiode, at Kommissionen anerkendte at have forlagt visse sagsakter, og at det var umuligt at fremlægge en fortegnelse over, hvilke dokumenter det drejede sig om, idet indholdsfortegnelserne til disse mapper ifølge Kommissionen ligeledes var

bortkommet. Appellanten og Kommissionen indgav henholdsvis den 15. juli og den 17. november 2005 deres skriftlige bemærkninger om nytten af de dokumenter, som Solvay havde haft adgang til, for dennes forsvar. Der blev stillet parterne forskellige spørgsmål i løbet af 2008. Retsmødet blev afholdt den 26. juni 2008.

Den appellerede dom

De argumenter, der blev fremført til støtte for påstanden om annullation af den anfægtede beslutning

25 Appellanten fremførte seks anbringender, som var underopdelt i led, som atter indeholdt flere argumenter.

Første anbringende vedrørende tidsforløbet

— Den urigtige anvendelse af forældelsesbestemmelserne

26 Solvay gjorde gældende, at forældelsesfristen for retsforfølgning, som beregnes i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 2988/74 af 26. november 1974 om forældelse af adgangen til at pålægge økonomiske sanktioner inden for Det Europæiske Fællesskabs transport- og konkurrenceret og af adgangen til tvangsfuldbyrdelse af disse sanktioner (EFT L 319, s. 1), ikke suspenderes under en appelsag. Kommissionen kunne ifølge virksomheden vedtage en ny beslutning umiddelbart efter afsigelsen af dommen af 29. juni 1995 i sagen Solvay mod Kommissionen (sag T-31/91). Den løb

en risiko ved at iværksætte appel — og så meget desto mere som den var bekendt med dommen i sagen Kommissionen mod BASF m.fl., hvori Domstolen havde taget stilling til spørgsmålet om den manglende stadfæstelse af retsakter.

27 Med henvisning til dom af 15. oktober 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen (forenede sager C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P — C-252/99 P og C-254/99 P, Sml. I, s. 8375) vedrørende den anden »PVC«-beslutning, fastslog Retten i den appellerede dom, at den periode, hvor appelsagen verserede ved Domstolen, udgjorde en periode, hvori forældelsesfristen var suspenderet (præmis 96-109). Retten henviste til de praktiske vanskeligheder, som ville følge af den løsning, som Solvay havde foreslået, nemlig den omstændighed, at der eventuelt ville findes to beslutninger samtidig i tilfælde af, at Domstolen havde givet Kommissionen medhold i appellen.

— Tilsidesættelse af princippet om en rimelig frist

28 Retten undersøgte hver fase af proceduren og proceduren i sin helhed. Den bemærkede endvidere, at da den anfægtede beslutning i det væsentlige var identisk med beslutning 91/299, var retten til forsvar ikke blevet tilsidesat på trods af tidsforløbet. Retten bemærkede særligt i den appellerede doms præmis 141, at appellanten udtrykkeligt havde givet afkald på muligheden for, at bøden nedsættes som kompensation, og appellanten havde heller ikke indbragt et erstatningssøgsmål.

Andet anbringende vedrørende tilsidesættelse af de væsentlige formforskrifter, som var krævet ved vedtagelsen og stadfæstelsen af den anfægtede beslutning

29 Retten forkastede de to første led af dette anbringende vedrørende tilsidesættelse af kollegialitetsprincippet og retssikkerhedsprincippet. Hvad angår tilsidesættelsen af appellantens ret til at blive hørt på ny bemærkede Retten, at den anfægtede beslutning var affattet i det væsentlige identisk med beslutning 91/299, hvorfor Kommissionen

ikke skulle høre appellanten på ny (den appellerede doms præmis 191). Retten forkastede endvidere et led af anbringendet vedrørende manglende fornyet høring af Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål og udvalgets retsstridige sammensætning.

30 I den appellerede doms præmis 218-230 forkastede Retten et led af samme anbringende vedrørende anvendelse af dokumenter beslaglagt i strid med Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel [81] og [82] (EFT 1959-1962, s. 81). Solvay var af den opfattelse, at da beslutningen om kontrolundersøgelser af 5. april 1989 alene vedrørte en tilsidesættelse af artikel 81 EF, kunne Kommissionen ikke anvende de beslaglagte dokumenter for at retsforfølge appellanten efter artikel 82 EF. Retten svarede, at Kommissionen ikke i denne beslutning om kontrolundersøgelse var forpligtet til at angive en nøjagtig retlig kvalificering af overtrædelsen, og at en del af de omstændigheder, som blev kritiseret i den pågældende beslutning, nemlig »anvendelsen af eksklusive købsaftaler«, svarede til dem, der blev gjort gældende i forbindelse med misbruget af dominerende stilling. Kommissionen havde således ikke overskredet den retlige ramme, som samme beslutning om kontrolundersøgelser udgjorde.

31 Retten forkastede endvidere et led af samme anbringende, som vedrørte tilsidesættelse af principperne om upartiskhed, god forvaltningsskik og proportionalitet.

Tredje anbringende vedrørende fejlagtig afgrænsning af det relevante geografiske marked

32 Efter at have undersøgt dette anbringende fastslog Retten i den appellerede doms præmis 256, at Solvay havde en dominerende stilling, og at det relevante geografiske marked var defineret enten som Fællesskabet med undtagelse af Det Forenede Kongerige og Irland eller som hver enkelt af de stater, hvori appellanten blev lagt til last at have begået overtrædelser af artikel 82 EF på markedet for soda.

Fjerde anbringende vedrørende manglende dominerende stilling

33 I den appellerede doms præmis 275-279 henviste Retten til retspraksis vedrørende begrebet dominerende stilling. Den fastslog Solvays markedsandele og bemærkede i præmis 286-304, at appellantens argumenter ikke gav grundlag for at fastslå, at der forelå usædvanlige omstændigheder, der gav grund til at betvivle den vurdering, at virksomheden havde en dominerende stilling på det relevante marked.

Femte anbringende vedrørende manglende misbrug af den dominerende stilling

34 Efter at have sikret sig flere gange i den appellerede doms præmis 325, 327, 349, 368, 369, 376 og 388, at Solvay ikke bestred de beviser, som blev gjort gældende over for virksomheden, konkluderede Retten, at den foreholdte praksis, nemlig rabatter for ekstramængder, loyalitetsbonusser, »koncernrabatter« til de vigtigste kunder og eksklusivaftaler, udgjorde et misbrug af dominerende stilling. Retten redegjorde bl.a. for, hvorledes systemet med rabatter for ekstramængder førte til diskriminerende praksis.

Sjette anbringende vedrørende tilsidesættelse af retten til aktindsigt

35 Retten undersøgte, om den manglende aktindsigt i visse dokumenter under den administrative procedure havde forhindret appellanten i at få kendskab til dokumenter, som kunne anvendes til virksomhedens forsvar. Retten konkluderede, at dette ikke var tilfældet, efter at have undersøgt, om de dokumenter, der blev gjort gældende,

kunne ændre afgrænsningen af det relevante geografiske marked, det omhandlede produktmarked og synspunkterne om, at Solvay havde en dominerende stilling og havde misbrugt denne stilling. Retten undersøgte leddet vedrørende manglende fuldstændig adgang til sagens akter. Efter at have forsøgt at fastslå, hvad der indgik i de sagsakter, som Kommissionen havde forlagt, bekræftede Retten, at den adfærd, som Solvay blev kritiseret for, var godtgjort ved de dokumenter, som fremgik af de eksisterende sagsakter, og konkluderede i den appellerede doms præmis 479, at det således »[kunne] udelukkes, at sagsøgeren i de manglende »sagsmapper« kunne have fundet dokumenter, som selskabet kunne have anvendt til sit forsvar«.

Argumentationen anført til støtte for påstanden om annullation eller nedsættelse af bøden

36 Appellanten fremførte fem anbringender om henholdsvis fejlagtig bedømmelse af overtrædelsens grovhed, fejlagtig bedømmelse af overtrædelsens varighed, eksistensen af formildende omstændigheder, bødens uforholdsmæssighed og den tid, der var forløbet.

37 I den appellerede doms præmis 510 og 511 fastslog Retten, at i en beslutning om anvendelse af artikel 82 EF kan en virksomhed ikke som skærpende omstændighed lægges til last, at der er tale om et gentagelsestilfælde begrundet i sanktioner for overtrædelser af artikel 81 EF, og at de overtrædelser, som Solvay allerede var blevet sanktioneret for, var meget forskellige fra dem, det drejede sig om i denne sag. Følgelig nedsatte Retten bøden med 5 %.

38 Som svar på femte anbringende fastslog retten, at en bøde bevarer sin straffende og forebyggende karakter selv efter et vist tidsrum.

39 Retten fastsatte bøden til 19 mio. EUR. Den pålagde appellanten at bære sine egne omkostninger og betale 95 % af Kommissionens omkostninger og pålagde Kommissionen at bære 5 % af sine egne omkostninger.

Om appellen

40 Appellanten har fremført ni anbringender. Første anbringende vedrører tilsidesættelse af retten til at få sin sag pådømt inden en rimelig frist. Andet anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 14 og 20 i forordning nr. 17. Tredje anbringende vedrører tilsidesættelse af retten til forsvar som følge af, at Kommissionen efter at have nægtet appellanten aktindsigt under den administrative procedure efterfølgende har forlagt en del af disse akter. Fjerde anbringende vedrører tilsidesættelse af retten til forsvar for så vidt angår de diskulperende dokumenter, som virksomheden kunne få adgang til på Justitskontoret. Femte anbringende vedrører tilsidesættelse af appellantens ret til at blive hørt, inden Kommissionen vedtog den anfægtede beslutning. Sjette anbringende vedrører tilsidesættelse af forpligtelsen til at begrunde domme og af artikel 82 EF for så vidt angår Rettens afgrænsning af det relevante geografiske marked i den appellerede dom. Syvende anbringende vedrører tilsidesættelse af forpligtelsen til at begrunde domme og af artikel 82 EF ved vurderingen af den dominerende stilling i den appellerede dom. Ottende anbringende vedrører tilsidesættelse af forpligtelsen til at begrunde domme og af artikel 82 EF for så vidt angår den rabat, der er tildelt Saint-Gobain-koncernen. Niende anbringende vedrører tilsidesættelse af forpligtelsen til at begrunde domme og af artikel 82 EF for så vidt angår eksistensen af et diskriminerende misbrug.

41 Tredje og femte anbringende, som begge vedrører tilsidesættelse af retten til forsvar, vil blive undersøgt først og under ét.

Parternes argumenter

42 Med tredje anbringendes første led har appellanten kritiseret Retten for, at den ved at pålægge appellanten at godtgøre, at de dokumenter, som Kommissionen har forlagt, havde kunnet være til nytte for virksomhedens forsvar, har pålagt den en umulig bevisbyrde, idet disse dokumenter ikke kunne undersøges.

43 Med dette anbringendes andet led har appellanten foreholdt Retten at have tilsidesat princippet om, at det er tilstrækkeligt, at de pågældende dokumenter kunne udgøre en mulighed — om end lille — for at have indflydelse på den anfægtede beslutning.

44 Med anbringendets tredje led har appellanten kritiseret Retten for, at den ikke har begrænset sig til en foreløbig undersøgelse af sagsakterne for at undersøge, om de manglende dokumenter kunne have haft indflydelse på beslutningen, men først har truffet afgørelse om realiteten. Retten har således først fundet, at appellantens anbringender vedrørende realiteten til støtte for påstanden om annullation af den anfægtede beslutning skulle forkastes, for heraf dernæst at udlede, at de dokumenter, der ikke er blevet gjort tilgængelige for appellanten, ikke kunne have haft indflydelse på den pågældende beslutning.

45 Med anbringendets fjerde led har appellanten kritiseret Retten for i den appellerede doms præmis 470 at have bemærket, at »der [...] intet indicium [var] for, at sagsøgeren i de manglende »sagsmapper« kunne have fundet dokumenter, der modbeviste,

at selskabet havde haft en dominerende stilling«, alene på grundlag af markedsandele og for således at have vendt bevisbyrden og tilsidesat uskyldsformodningen. Appellanten havde bestridt, at der forelå en dominerende stilling, og det var ikke udelukket, at andre dokumenter kunne have gjort det muligt for virksomheden at bestyrke sin argumentation.

46 Med tredje anbringendes femte led har appellanten foreholdt Retten at have tilsidesat retten til forsvar ved at fastslå i den appellerede doms præmis 474 vedrørende den »koncernrabat«, der var tildelt Saint-Gobain, at virksomheden »burde [...] have bestræbt sig på at angive, hvorledes andre beviselementer kunne have imødegået indholdet af den hemmelige protokol eller i det mindste have sat den i et andet lys«.

47 Med dette anbringendes sjette led har appellanten anført, at Retten har tilsidesat retten til forsvar ved i den appellerede doms præmis 471 at have fastslået, at hvis Kommissionen havde begået en fejl ved afgrænsningen af det geografiske marked, »ville [det ikke] have haft afgørende betydning for udfaldet«, hvorfor appellanten ikke kunne have fundet dokumenter i de af Kommissionen forlagte manglende mapper, der kunne have været nyttige ved virksomhedens forsvar.

48 Med femte anbringendes første led har appellanten kritiseret Retten for at have undladt at tage stilling til virksomhedens argument om, at den burde have været hørt før vedtagelsen af den anfægtede beslutning, på trods af dommen i sagen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, for så vidt som den administrative procedure var behæftet med uregelmæssigheder som følge af den manglende aktindsigt på et tidligere trin end vedtagelsen af beslutningen, hvilket påvirkede gyldigheden af de forberedende retsakter til beslutningen, og idet disse uregelmæssigheder var blevet fastslået af Retten forud for vedtagelsen af den anfægtede beslutning i dommen af 29. juni 1995 i sagen Solvay mod Kommissionen (sag T-30/91).

49 Med dette anbringendes andet led har appellanten kritiseret Retten for at have afvist at anerkende, at Kommissionen før vedtagelsen af den anfægtede beslutning var forpligtet til at høre den pågældende virksomhed, idet en dom fra Retten — selv om den er afsagt i en anden sag — havde fastslået, at der forelå en fejl, som havde påvirket de forberedende retsakter til den annullerede beslutning. Appellanten har i denne forbindelse henvist til dommen af 29. juni 1995 i sagen Solvay mod Kommissionen (sag T-30/91) og understreget, at proceduren i den foreliggende sag er behæftet med samme fejl som dem, der er gjort gældende i den sag, der gav anledning til den pågældende dom. I henhold til artikel 233 EF er Kommissionen forpligtet til at drage alle konsekvenser af en dom afsagt af Retten. Selv om beslutning 91/299 blev annulleret af Retten på grund af manglende stadfæstelse, burde Kommissionen ligeledes have taget hensyn til dommen af 29. juni 1995 i sagen Solvay mod Kommissionen (sag T-30/91), som endelig fastslog en anden procedurefejl. Kommissionen var således ifølge appellanten forpligtet til at afhjælpe den procedurefejl, som Retten havde fastslået, for at lovliggøre proceduren, og således give virksomheden aktindsigt og give den mulighed for at gøre alle sine skriftlige og mundtlige bemærkninger gældende før vedtagelsen af den anfægtede beslutning.

50 Kommissionen har bestridt, at de af appellanten fremførte anbringender og argumenter kan antages til realitetsbehandling, og har bestridt deres holdbarhed.

Domstolens bemærkninger

51 I modsætning til hvad Kommissionen har gjort gældende, har appellanten med anbringendet vedrørende tilsidesættelse af retten til aktindsigt ikke kritiseret Rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder, men derimod de bestemmelser, som Retten har anvendt vedrørende bevisbyrden for nytten af de dokumenter, hvoraf en del er blevet forlagt. Spørgsmålet om, hvorvidt Retten har anvendt et korrekt retligt kriterium ved bedømmelsen af disse dokumenters nytte for appellantens forsvar, udgør et retligt spørgsmål, som er underlagt Domstolens prøvelse i forbindelse med en appelsag (jf. i denne retning dom af 25.1.2007, forenede sager C-403/04 P og C-405/04 P, Sumitomo Metal Industries og Nippon Steel mod Kommissionen,

Sml. I, s. 729, præmis 40, og af 10.7.2008, sag C-413/06 P, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, Sml. I, s. 4951, præmis 117).

52 Retten til forsvar hører til de grundlæggende rettigheder, der er en integrerende del af de almindelige retsgrundsætninger, som Domstolen skal beskytte (dom af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 123, præmis 64).

53 Overholdelse af retten til forsvar i en procedure ved Kommissionen med henblik på pålæggelse af en bøde til en virksomhed for overtrædelse af konkurrencereglerne kræver, at den pågældende virksomhed har været i stand til på hensigtsmæssig vis at tilkendegive sit syn på omstændighederne, på relevansen af de påståede faktiske forhold samt på de dokumenter, som Kommissionen har lagt til grund for påstanden om en overtrædelse af traktaten (dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, præmis 66). Disse rettigheder er omhandlet i artikel 41, stk. 2, litra a) og b), i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.

54 Som Retten med rette har bemærket i den appellerede doms præmis 405, indebærer retten til aktindsigt, at Kommissionen skal give den pågældende virksomhed mulighed for at undersøge samtlige dokumenter blandt de forberedende sagsakter, der kan være relevante for virksomhedens forsvar. Disse omfatter såvel belastende som diskulperende dokumenter, bortset fra andre virksomheders forretningshemmeligheder, Kommissionens interne dokumenter og andre fortrolige oplysninger (dommen i sagen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, præmis 315, og i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, præmis 68).

55 Tilsidesættelse af retten til aktindsigt under proceduren forud for vedtagelsen af en beslutning kan principielt medføre annullation af beslutningen, når der er gjort indgreb i den pågældende virksomheds ret til forsvar (dommen i sagen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, præmis 317).

56 I så fald afhjælpes den skete tilsidesættelse ikke blot ved, at der senere er blevet givet aktindsigt under en retssag (dommen i sagen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, præmis 318). Da Rettens bedømmelse er begrænset til en retslig prøvelse af de fremførte anbringender, har den hverken til formål eller til følge at træde i stedet for en fuldstændig undersøgelse af sagen under en administrativ procedure. Det sene kendskab til visse dokumenter i sagsakterne placerer i øvrigt ikke den virksomhed, der har anlagt sag til prøvelse af Kommissionens beslutning, i den situation, den ville have befundet sig i, såfremt den kunne have henvist til de samme dokumenter ved fremsættelsen af sine skriftlige og mundtlige bemærkninger for denne institution (jf. dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, præmis 103 og den deri nævnte retspraksis).

57 Såfremt der er blevet givet aktindsigt — særligt i de diskulperende dokumenter — under den retslige procedure, skal den pågældende virksomhed ikke bevise, at Kommissionens beslutning, såfremt virksomheden havde haft adgang til de ikke-meddelte dokumenter, ville have fået et andet indhold, men blot, at de pågældende dokumenter kunne have været til nytte for dens forsvar (dom af 2.10.2003, sag C-199/99 P, Corus UK mod Kommissionen, Sml. I, s. 11177, præmis 128, samt dommen i sagen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, præmis 318, og i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, præmis 131).

58 Skønt Retten har henvist korrekt til disse principper, har den ikke desto mindre fastslået i den appellerede doms præmis 481, at »selv om sagsøgeren ikke [havde fået] indsigt i samtlige dokumenter i de forberedende sagsakter, [havde] dette [...] i det

foreliggende tilfælde ikke [forhindret] selskabet i at forsvare sig mod de faktiske klagepunkter, som Kommissionen havde anført i klagepunktsmeddelelsen og den anfægtede beslutning«.

59 For at nå frem til denne konklusion har Retten først undersøgt de i beslutningen fremførte klagepunkter og de materielle beviser, som var gjort gældende til støtte herfor. En sådan fremgangsmåde kan ikke kritiseres, når det er i lyset af disse forhold, at de øvrige dokumenters nytte for forsvaret skal vurderes.

60 Retten har imidlertid særligt begrundet sin konklusion med de betragtninger, at for det første gælder, at »meget store markedsandele i sig selv, medmindre der foreligger usædvanlige omstændigheder, udgør et bevis for, at der foreligger en dominerende stilling«, og at appellanten — hvis sådanne omstændigheder forelå — ikke kunne have været uvidende om dem (den appellerede doms præmis 470), og for det andet, at »det ikke ville have haft afgørende betydning for udfaldet, hvis Kommissionen havde begået en fejl [vedrørende afgrænsningen af det geografiske marked]« (den appellerede doms præmis 471), og for det tredje, at appellanten »burde [...] have bestræbt sig på at angive, hvorledes andre beviselementer kunne have imødegået indholdet af den hemmelige protokol eller i det mindste have sat den i et andet lys« (den appellerede doms præmis 474).

61 Sådanne betragtninger tilsidesætter de konsekvenser, der skal drages af de mistede sagsakter for appellantens rettigheder i nærværende sag. Ved at argumentere således lægger Retten antagelser til grund ikke alene vedrørende indholdet af de forlagte dokumenter, men ligeledes vedrørende det kendskab, som appellanten burde have haft til dette indhold. Som generaladvokaten har anført i punkt 202 i forslaget til afgørelse, har Retten ikke redegjort for, hvorfor appellanten selv burde have haft kendskab til eventuelle særlige omstændigheder, som kunne have bidraget til at vende formodningen for, at der forelå en dominerende stilling ud fra oplysningerne vedrørende markedsandelene.

62 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at ifølge Kommissionen indeholdt de manglende mapper sandsynligvis svar på anmodninger om oplysninger fremsendt i henhold til artikel 11 i forordning nr. 17. Det er således ikke udelukket, at appellanten i disse mapper kunne have fundet forhold hidrørende fra andre virksomheder, som kunne have gjort det muligt for virksomheden at fortolke de faktiske omstændigheder anderledes end Kommissionen, hvilket kunne have været til nytte for virksomhedens forsvar.

63 Da appellanten ikke havde haft adgang til disse dokumenter, og da deres indhold ikke var fastlagt eller kunne fastlægges, har Retten begået en retlig fejl ved, som den har gjort i den appellerede doms præmis 474, at pålægge virksomheden at præcisere, hvilke argumenter den kunne have fremført, hvis den havde haft disse dokumenter til rådighed, skønt det var materielt umuligt for den at kende disse dokumenter.

64 Det skal understreges, at det i den foreliggende sag ikke er et spørgsmål om visse manglende dokumenter, hvis indhold kunne rekonstrueres på grundlag af andre kilder, men om hele mapper, der, hvis Kommissionens angivelser gengivet i denne doms præmis 62 er korrekte, kunne have indeholdt dokumenter, som var afgørende for proceduren ved Kommissionen, og som kunne have været relevante for appellantens forsvar.

65 Det følger heraf, at Retten ved i den appellerede doms præmis 481 at fastslå, at den omstændighed, at appellanten ikke fik indsigt i samtlige dokumenter i de forberedende sagsakter, ikke forhindrede selskabet i at forsvare sig, har begået en retlig fejl for så vidt angår Kommissionens tilsidesættelse af retten til forsvar, har tilsidesat principperne om bevisbyrde og har lagt antagelser til grund vedrørende indholdet af de manglende dokumenter, som den selv var ude af stand til at undersøge rigtigheden af.

66 Hvad angår høringen af den pågældende virksomhed før vedtagelsen af den anfægtede beslutning, som appellanten har gjort gældende i sit femte appelanbringende, bemærkes, at den indgår i retten til forsvar. En tilsidesættelse af retten til forsvar må undersøges ud fra de specielle omstændigheder i hvert enkelt tilfælde.

67 I den appellerede doms præmis 184 har Retten med rette anført, at når Kommissionen, efter at en beslutning, hvori der pålægges virksomheder, som har overtrådt artikel 81, stk. 1, EF, sanktioner, er blevet annulleret på grund af procedurefejl, der udelukkende vedrører reglerne for kommissærkollegiets endelige vedtagelse af beslutningen, vedtager en ny beslutning med et i det væsentlige identisk indhold og baseret på samme klagepunkter, er den ikke forpligtet til at foretage en ny høring af de berørte virksomheder (jf. i denne retning dommen i sagen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, præmis 83-111).

68 I nærværende sag kan spørgsmålet om høring af appellanten ikke adskilles fra aktindsigten. Hvis den anfægtede beslutnings indhold i det væsentlige er identisk med og baseret på samme klagepunkter som i den første beslutning, som Retten annullerede på grund af en procedurefejl opstået under det sidste trin af proceduren, nemlig kommissærkollegiets manglende forskriftsmæssige stadfæstelse, følger det heraf, at vedtagelsen af denne første beslutning ligeledes var behæftet med en fejl før denne sidstnævnte fejl. Som det fremgår af denne doms præmis 17, er det ubestridt, at Kommissionen under den administrative procedure, som førte til vedtagelsen af den nævnte første beslutning, ikke fremlagde samtlige dokumenter i sine sagsakter, særligt diskulperende dokumenter, for appellanten.

69 Som det er anført i denne doms præmis 17, fastslog Retten i dommene af 29. juni 1995 i sagerne Solvay mod Kommissionen (sag T-30/91) og ICI mod Kommissionen (sag T-36/91) vedrørende beslutning 91/297, som er omhandlet i denne doms præmis 12, og som hænger sammen med den anfægtede beslutning og var genstand for samme klagepunktsmeddelelse, at denne administrative procedure var behæftet

med fejl i form af tilsidesættelse af retten til forsvar, idet Kommissionen ikke havde givet den berørte virksomhed tilstrækkelig aktindsigt og særligt i de dokumenter, som kunne være til nytte for virksomhedens forsvar. Retten annullerede følgelig disse beslutninger og bemærkede bl.a. på den ene side, at aktindsigt i konkurrencesager giver proceduremæssige garantier, der tilsigter at beskytte retten til forsvar, og fremhævede på den anden side nødvendigheden af at fremlægge en detaljeret fortegnelse over de dokumenter, der udgjorde sagens akter, for at den pågældende virksomhed kunne vurdere det hensigtsmæssige i at anmode om indsigt i særlige dokumenter, der kunne være til nytte for virksomhedens forsvar (dommen af 29.6.1995 i sagen Solvay mod Kommissionen, sag T-30/91, præmis 59 og 101, og i sagen ICI mod Kommissionen, sag T-36/91, præmis 69 og 111).

70 På trods af disse forhold og på trods af Domstolens praksis om vigtigheden af aktindsigt og særligt i diskulperende dokumenter (jf. bl.a. dom af 8.7.1999, sag C-51/92 P, Hercules Chemicals mod Kommissionen, Sml. I, s. 4235) har Kommissionen vedtaget samme beslutning som den, der blev annulleret på grund af manglende forskriftsmæssig stadfæstelse, uden at indlede en ny administrativ procedure, hvorunder den kunne have hørt appellanten efter at have givet virksomheden aktindsigt.

71 Det følger heraf, at ved ikke at tage hensyn til de særlige omstændigheder i sagen og ved bl.a. at lægge den omstændighed til grund, at den første beslutning blev annulleret på grund af manglende forskriftsmæssig stadfæstelse, og at den anden beslutning indeholdt de samme klagepunkter, har Retten med urette fastslået, at høringen af appellanten ikke var nødvendig. Retten har således begået en retlig fejl ved at fastslå, at Kommissionen ikke havde tilsidesat retten til forsvar ved ikke at foretage en høring af virksomheden før vedtagelsen af den anfægtede beslutning.

72 Det følger af disse bemærkninger, at tredje og femte anbringende i appellen skal tages til følge, og at den appellerede dom skal ophæves, for så vidt som Retten heri har undladt at annullere den anfægtede beslutning på grund af tilsidesættelse af retten til forsvar.

73 Da der er givet appellanten medhold i tredje og femte anbringende med ophævelse af den appellerede dom til følge, er det ufornødent at undersøge de øvrige appelanbringender.

Om søgsmålet anlagt til prøvelse af den anfægtede beslutning

74 Ifølge artikel 61 i statutten for Den Europæiske Unions Domstol ophæver Domstolen den af Retten trufne afgørelse, hvis Domstolen giver appellanten medhold. Domstolen kan herefter selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse. Det er tilfældet her.

75 Det fremgår af denne doms præmis 51-72, at der skal gives appellanten medhold, og at den anfægtede beslutning skal annulleres på grund af tilsidesættelse af retten til forsvar.

Sagens omkostninger

76 Domstolens procesreglements artikel 122 bestemmer, at såfremt der gives appellanten medhold, og Domstolen selv endeligt afgør sagen, træffer den afgørelse om sagens omkostninger. I medfør af procesreglementets artikel 69, stk. 2, som i henhold til dets artikel 118 finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Appellanten har nedlagt påstand om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger, og da Kommissionen har tabt sagen, bør det pålægges den at bære sine egne omkostninger

og betale samtlige omkostninger afholdt af appellanten i såvel førsteinstansen som i appelsagen.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Store Afdeling):

1) **Dom afsagt af Den Europæiske Unions Ret den 17. december 2009, Solvay mod Kommissionen (sag T-57/01), ophæves.**

2) **Kommissionens beslutning 2003/6/EF af 13. december 2000 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 82 (COMP/33.133 — C: Soda — Solvay) annulleres.**

3) **Europa-Kommissionen betaler sagens omkostninger i såvel førsteinstansen som i appelsagen.**

Underskrifter